

Pubblicato il 10/01/2022

N. 00146/2022REG.PROV.COLL.

N. 03301/2015 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3301 del 2015, proposto dal Fallimento A. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Gorla, Roberto Maria Izzo e Teodosio Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Maria Izzo in Roma, via Monte Santo, n. 68;

contro

il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
la società R. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Bellitti e Gian Michele Roberti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gian Michele Roberti in Roma, via del Foro Traiano, n. 1/A;

nei confronti

della società T. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47; della Regione Piemonte e della Regione Lombardia, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Lazio – Roma - Sezione III *ter*, n. 9967 del 24 settembre 2014, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di R. s.p.a. e di T. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il consigliere Alessandro Verrico e udito l'avvocato Massimo Letizia, su delega dell'avvocato Maurizio Goria;

Viste le istanze di passaggio in decisione depositate in data 24 novembre 2021 dall'avvocato Luisa Torchia e dall'avvocato dello Stato Davide Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito da:

- il provvedimento del direttore dell'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF), presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, datato 9 novembre 2010 prot. 589, recante “*Valutazioni di cui all'art. 59, comma 2, della*

Legge n. 99 del 23 luglio 2009. Servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale richiesti dalla impresa ferroviaria A. s.p.a.”;

- il provvedimento istruttorio del responsabile del procedimento in data 8 novembre 2010 prot.587/4/URSF/Div.1;
- ove necessario, gli artt. 1-2-6-7 dell’atto del direttore dell’Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, datato 6 maggio 2010 prot. 203/1/URSF;
- il provvedimento del 27 ottobre 2011, prot. 768/4/URSF, del direttore dell’URSF, recante l’oggetto: “*Riesame della Decisione n. 589 del 9-11-2010, ai sensi dell’art. 59, comma 4, della legge n. 99 del 23 luglio 2009. Trasmissione Decisione URSF n. 768 del 27 ottobre 2011*”;
- il provvedimento istruttorio del responsabile del procedimento in data 21 ottobre 2011 prot. n. 752/4/URSF;
- la domanda di condanna del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari al risarcimento dei danni, con interessi e rivalutazione dalla data di maturazione al saldo.

1.1. In particolare, ad essere impugnati sono i provvedimenti conclusivi della verifica effettuata dall’URSF (organismo di regolazione di cui all’art. 37, d.lgs. n. 188/2003) sulla compromissione dell’equilibrio economico del contratto di servizio pubblico - sottoscritto tra alcune Regioni (Piemonte e Lombardia) e la società T. - riveniente dalla richiesta di tracce orarie presentata dalla impresa ferroviaria A. s.p.a. successivamente fallita (ossia l’assegnazione delle tracce orarie necessarie per lo svolgimento del servizio di trasporto passeggeri sulle relazioni Novara-Vercelli-Torino-Asti-Alessandria (via passante di Torino) e Alessandria-Pavia-Milano-Novara (via passante di Milano), nella parte in cui ha

comportato limitazioni sulle fermate da effettuare sulla direttrice Milano-Torino.

Invero, pendente il procedimento *de quo*, entrava in vigore l'art. 59 della l. 23 luglio 2009 n. 99, in virtù del quale lo “... *svolgimento di servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale... può essere soggetto a limitazioni nel diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività di tutti i servizi coperti (co. 2)...*”. Il successivo comma 3 stabiliva inoltre che l'URSF presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti “... *entro due mesi dal ricevimento di tutte le informazioni necessarie, stabilisce se un servizio ferroviario rispetta le condizioni ed i requisiti di cui ai commi 1 e 2 e, se del caso, dispone le eventuali limitazioni al servizio, in base ad un'analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti, previa richiesta: a) del Ministero...; b) del gestore dell'infrastruttura; c) della o delle regioni titolari del contratto di servizio pubblico; d) della impresa ferroviaria che fornisce il servizio pubblico...*”.

L'URSF notificava alla R. s.p.a. (...) e ad A. la decisione conclusiva del procedimento *ex art. 59*, comma 3 della l. n. 99/2009 - nel quale era stata chiamata a riferire ed a produrre documentazione pure T. s.p.a. (peraltro producendo una relazione tecnica in data 5 agosto 2010) -, stabilendo che le tracce assegnabili fossero limitate ai soli capisaldi (Milano e Torino) della tratta richiesta, senza fermate intermedie, in caso contrario assumendo il servizio carattere “*regionale*” e compromettendo l'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico in essere.

2. Con la sentenza non definitiva n. 5185 del 4 settembre 2018, la Sezione:

a) ha respinto i motivi I, II e III dell'atto di appello proposto dal Fallimento della A. s.p.a.;

b) con riferimento ai motivi IV, V, VI, VII e VIII dell'atto di appello, ha disposto la sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 79, comma 1 del c.p.a. e dell'art. 337, comma 2, c.p.c., fino alla definizione del giudizio di cui al r.g. n. 5829/2014 pendente dinanzi alla Sezione VI del Consiglio di Stato, avente ad oggetto il provvedimento n. 23770 del 25 luglio 2012 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, secondo cui la relazione di T. del 5 agosto 2010, sulla cui base era stato assunto il provvedimento URSF n. 589/2010 (oggetto del presente giudizio), avrebbe fornito un'analisi economica errata, fondata su dati aggregati e non di dettaglio ed avrebbero indotto in errore l'URSF sull'attendibilità e veridicità dell'analisi stessa.

3. Il menzionato giudizio r.g. n. 5829/2014, è stato definito dalla sentenza n. 1101 del 5 febbraio 2021, la quale, nell'accogliere in parte l'appello:

i) ha confermato la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella parte in cui ha assodato le illecite e dolose condotte di T. e R. consistenti fra l'altro nel fornire fuorvianti informazioni all'URSF sulla cui base sono stati adottati gli atti impugnati nel presente giudizio; invero, T. costituiva fonte d'induzione in errore del regolatore, *“per avergli rappresentato fatti inerenti ad un preteso, ma esagerato squilibrio economico nell'esecuzione di CdS a causa della assegnazione di tracce orarie ad A.”*, comunicandogli un insieme di dati economici sopravvalutati e fuorvianti, per dimostrare l'esistenza di effetti nocivi sui contratti di servizio in atto, a causa dell'ingresso di detta società nel mercato del trasporto interregionale passeggeri;

ii) ha escluso la responsabilità concorrente di A.;

iii) ha escluso la responsabilità della capogruppo società F. d. S.;

iv) ha assodato la violazione delle norme e dei principi europei di riferimento (art. 102 TFUE - e art. 3 della l. n. 287/1990 - sul divieto di abuso di posizione

dominante; art. 30, § 4), II per., della direttiva n. 2001/14/CE, in merito al principio di tempestività, completezza e correttezza dei dati da fornire dalle parti al regolatore; direttiva n. 2007/58 – che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria - e la relativa comunicazione interpretativa della Commissione europea n. 353/01 del 2010), nonché dell'art. 59 l. n. 99 del 2009, in ogni caso ritenendo applicabili le disposizioni europee a tutti i tipi di trasporto ferroviario (internazionale, nazionale e regionale).

4. Con l'ordinanza presidenziale n. 533 del 26 marzo 2021 è stato chiesto alla parte appellante, ai sensi degli articoli 35 e 85 del codice del processo amministrativo, di dichiarare la persistenza o meno del proprio interesse alla definizione del giudizio nonché opportuni chiarimenti su eventuali sopravvenienze e a ciascuna parte costituita di depositare una analitica nota spese per agevolare il Collegio nella relativa liquidazione.

5. A tale ordinanza ha dato riscontro:

a) il Fallimento A. con autonome comunicazioni in data 5 maggio 2021, con cui: *i*) ha dichiarato la permanenza del proprio interesse alla definizione del giudizio; *ii*) ha proposto l'istanza di fissazione udienza per la prosecuzione del giudizio sospeso;

b) la società T., comunicando un compenso forfettario per la difesa (nella misura di euro 40.000).

6. Le parti hanno infine scambiato ulteriori memorie difensive (Fallimento A. in data 25 ottobre 2021 e T. in data 4 novembre 2021).

7. All'udienza del 25 novembre 2021 il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

8. Il Collegio osserva che con il quarto motivo di appello l'appellante lamenta che l'indagine effettuata dall'URSF sarebbe incentrata esclusivamente su di un elemento (compromissione del profitto dell'impresa titolare del contratto pubblico), e non sulla complessiva efficienza economica del contratto stesso, realizzando un acritico recepimento degli elementi forniti da T. e limitando l'analisi economica in termini di redditività alle sole tracce (Torino-Milano) interessate dall'attività della società concorrente, piuttosto che valutare l'incidenza dei servizi forniti da A. sul contratto pubblico tra T. e Regione Piemonte considerato nella sua interezza.

Con la quinta censura l'appellante ha inoltre lamentato, in particolare, la mancata applicazione da parte dell'URSF dei criteri dallo stesso predeterminati, nonché l'inidoneità e l'incompletezza dell'istruttoria effettuata.

8.1. Entrambe le censure si rivelano fondate alla luce delle statuizioni di cui alla sentenza n. 1101 del 5 febbraio 2021 che ha riscontrato la natura illecita e dolosa delle condotte di T. e R. nell'aver fornito informazioni fuorvianti all'URSF, in tal modo condizionandolo ed inducendolo in errore nell'adozione dell'impugnato provvedimento n. 589/2010.

In ragione di tali statuizioni - che peraltro non hanno ricevuto specifica contestazione da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e delle società R. e T. s.p.a. nel presente giudizio - deve quindi essere accolto sul punto l'appello, di conseguenza disponendo, in riforma della gravata sentenza e in accoglimento parziale del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti di prime cure, l'annullamento degli atti impugnati richiamati *sub* § 1.

9. Con il sesto e il settimo motivo di appello, il Fallimento ha censurato, rispettivamente, la decisione n. 589/2010 dell'URSF per aver illegittimamente qualificato di carattere regionale il servizio offerto e l'art. 59, comma 2, della legge n. 99/2009 in ragione del contrasto con la normativa comunitaria in materia di concorrenza, avendo introdotto ostacoli alla reale liberalizzazione del settore dei servizi ferroviari attraverso la limitazione del diritto di fermate intermedie anche nell'ambito del trasporto nazionale di passeggeri. Per tali ragioni, l'appellante ha chiesto di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione in ordine al contrasto tra l'art. 59, comma 2, della l. n. 99/2009 e gli artt. 102 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

9.1. Il Collegio, a tale riguardo, rileva la carenza di interesse dell'appellante a coltivare il sesto e il settimo motivo, atteso che:

i) gli impugnati provvedimenti, stante l'accoglimento della quarta e della quinta censura, risultano colpiti dalla statuizione di annullamento, dovendosi conseguentemente ritenere soddisfatto l'interesse dell'appellante manifestato nel presente giudizio;

ii) dapprima l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con il provvedimento n. 23770 del 25 luglio 2012, quindi la Sezione VI del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1101 del 5 febbraio 2021, hanno statuito che nella vicenda in esame si è avuta una violazione dei principi e delle norme europee ed italiane in materia di concorrenza, con particolare riferimento alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria;

iii) tanto l'Autorità Antitrust quanto il Consiglio di Stato hanno altresì ritenuto applicabili detti principi anche ai trasporti regionali;

iv) peraltro, il Fallimento A. non ha insistito ulteriormente nella richiesta di rinvio nella ultima memoria conclusionale.

9.2. In ragione di tali considerazioni, il Collegio ritiene superfluo sia l'esame del sesto motivo che il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* di cui al settimo motivo di appello, atteso peraltro che la Corte di giustizia UE in ordine alla valutazione di disporre il rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale:

a) nella sentenza 18 luglio 2013, C-136/12, § 26, ha statuito che i giudici nazionali non sono tenuti a sottoporre una questione di interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad essi se questa non è rilevante, ovvero nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia;

b) nella pronuncia 3 febbraio 1983, C-149/82, *Robards*, ha ritenuto irrilevante ai medesimi fini anche la questione interpretativa che non presenti un carattere di “concretezza”, non configurandosi quale “*antecedente logico*” alla soluzione della controversia devoluta alla cognizione del giudice nazionale;

c) nella sentenza 19 aprile 2018, C 152/17, ha ritenuto di dover dichiarare irricevibile la questione pregiudiziale qualora non abbia alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della controversia di cui al procedimento principale o qualora il problema sia di natura ipotetica (richiamando, sul tema, la sentenza del 28 marzo 2017, C 72/15, *Rosneft*, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata);

d) nella recente pronuncia 6 ottobre 2021, C-561/19, nel richiamare le ipotesi che, secondo giurisprudenza costante della Corte (*ex multis* sentenze Corte di giustizia UE, 6 ottobre 1982, *Cilfit* e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 21 cit.; 15 settembre 2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, punto 33; *idem*, 4 ottobre 2018, *Commissione c. Repubblica francese*, C-416/17, EU:C:2018:811, punto 110), esonerano un giudice nazionale (avverso le cui

decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno) dall'obbligo di disporre il rinvio pregiudiziale, ha citato *in primis* il caso dell'irrilevanza della questione sollevata, ossia laddove la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia (cfr. Corte di giustizia UE, 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio Nazionale dei Geologi*, EU:C:2013:489, punto 26; 15 marzo 2017, *Aquino*, C-3/16, EU:C:2017:209, punto 43); invero, spetta al giudice nazionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, tanto la necessità quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte (cfr. Corte di giustizia UE, 26 maggio 2011, *Stichting Natuur en Milieu e a.*, C-165/09 - C-167/09, EU:C:2011:348, punto 47; settembre 2015, C-72/14 e C-197/14, *X e van Dijk*, EU:C:2015:564, punto 57; 12 maggio 2021, C-70/20, EU:C:2021:379, *Altenrhein Luftfahrt*, punto 25).

In questo senso, del resto, sono anche alcune recenti pronunce di questo Consiglio di Stato (sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 6686; sez. IV, 14 settembre 2021, n. 6290).

10. Da ultimo, deve essere respinta la domanda di risarcimento del danno proposta dal Fallimento A., considerato che:

- i) essa è stata avanzata esclusivamente nei confronti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari;
- ii) alla luce del provvedimento n. 23770 del 25 luglio 2012 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della più volte menzionata sentenza n. 1101 del 5 febbraio 2021, è stato assodato che tale organo del Ministero è stato tratto in errore dal comportamento doloso delle società R. e T., le quali hanno fornito – pure con grande ritardo – informazioni non veritiere e fuorvianti;

iii) tali circostanze consentono di escludere la colpa di apparato attribuibile all'URSF, intesa quale elemento soggettivo indispensabile per la configurazione della responsabilità civile dell'Amministrazione, non potendosi ritenere sufficiente la sola illegittimità del provvedimento impugnato, secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Ad. plen., n. 21 del 2021; sez. IV, n. 2193 del 2021; n. 361 del 2017).

11. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l'appello è meritevole di accoglimento nei limiti di quanto affermato.

12. Le spese del doppio grado di giudizio devono essere regolate nei seguenti termini:

a) secondo la regola della soccombenza, con conseguente liquidazione nel dispositivo, in relazione al rapporto processuale tra R. s.p.a. e T. s.p.a., da un lato, e il Fallimento A., dall'altro;

b) con integrale compensazione fra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Fallimento A., ravvisandosi eccezionali ragioni, ex artt. 26 comma 1 c.p.a. e 92 comma 2 c.p.c., nelle considerazioni sviluppate *retro* al § 10.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie in parte l'appello r.g. n. 3301/2015 e per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza:

i) accoglie in parte il ricorso di primo grado (r.g. n. 578/2011) e i relativi motivi aggiunti e annulla:

- il provvedimento del direttore dell'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF), presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, datato 9 novembre 2010 prot. 589;

- il provvedimento del direttore dell'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF), presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, datato 27 ottobre 2011, prot. 768/4;

ii) respinge la domanda di condanna del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari al risarcimento dei danni;

iii) condanna R. s.p.a. e T. s.p.a., in solido, a rifondere le spese del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante, che liquida in complessivi euro 30.000,00 (trentamila/00), oltre accessori (IVA, CPA e rimborso spese generali al 15%);

iv) compensa le spese del doppio grado di giudizio fra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Fallimento A..

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

Michele Pizzi, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO