

Cons. Stato, sez. V, 12.7.2023 n. 6817

Massime (segue testo)

<<Se ne ricava (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10634) un sistema compiuto – peraltro, coerente con quello già previsto dal precedente decreto legislativo n. 163 del 2006 e, vale aggiungere, a quello delineato dal decreto legislativo n. 36 del 2023, che all’art. 141, comma 2 codifica espressamente il criterio di strumentalità in senso funzionale – in base al quale “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” (Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 590, confermata da Cass., SS.UU., 13 maggio 2020, n. 8849; già Cons. Stato, V, 26 maggio 2015, n. 2639).

In tale prospettiva “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” (Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16); infatti, “per determinare se l’affidamento di un appalto sia assoggettato alla disciplina dei settori speciali occorre sia un presupposto soggettivo (l’affidante dev’essere un ente operante nei settori speciali) sia un presupposto oggettivo (l’appalto deve essere strumentale all’attività speciale)” (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.).

A sua volta, “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” (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.; Id., Ad. plen. 11 del 2016, cit.)>>

<<D’altra parte, la Corte di Giustizia, nella sentenza 28 ottobre 2020, C521/18, ha diffusamente chiarito che devono considerarsi strumentali le attività che “avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all’esercizio di altre attività

non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali", nonostante siano "prestate anche a favore di attività che esulano dall'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva".

5.3.- Alla luce delle premesse e delle considerazioni esposte, deve ritenersi, di conserva, sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, che è diretta conseguenza della necessità di applicare le regole del Codice dei contratti pubblici: le imprese pubbliche sono, infatti, tenute ad applicare tali regole laddove operino in virtù di diritti speciali od esclusivi per il perseguimento dei fini per i quali tali diritti sono stati conferiti, poiché in tal caso la concorrenza va salvaguardata "a valle" mediante l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica (sia pure speciale)>>

Pubblicato il 12/07/2023

N. 06817/2023REG.PROV.COLL.

N. 06731/2022 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6731 del 2022, proposto da Ibm Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Trenord s.r.l. e Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

Almaviva - The Italian Innovation Company s.p.a. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Mia S.r.l, non costituita in giudizio; Accenture s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dall'avvocato Fabio Elefante, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano, sez. I, n. 1828/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Accenture s.p.a., di Trenord s.r.l. e di Azienda Trasporti Milanesi s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Cassamagnaghi, Cardi, Elefante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- In data 25 febbraio 2022, Trenord s.r.l. e Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. inoltravano un invito a cinque primarie imprese (IBM Italia s.p.a., Accenture s.p.a., Almviva s.p.a., MIA s.r.l. e Nearform) a trasmettere una “*offerta per il progetto MAAS nell’area metropolitana milanese*”, per un importo complessivo pari ad € 10.320.000,00, oltre IVA.

Come precisato dal disciplinare, l’obiettivo della gara era quello di “*assegnare la fornitura per la progettazione, lo sviluppo, la conduzione e la manutenzione della Piattaforma MaaS (Mobilty as a Service) operante nell’area metropolitana milanese*”.

Segnatamente, la piattaforma in questione, inclusiva delle interfacce relative al *back-office* (operatore MaaS) e delle interfacce relative al *front-end* utenti (*Mobile App, Portale Web*, etc.), avrebbe dovuto permettere agli utenti l’accesso a servizi ferroviari, di trasporto pubblico e di *sharing mobility*, prevedendo la futura estensione anche ad

altri possibili servizi legati alla mobilità, quali ad esempio il noleggio auto, i servizi di sosta, etc..

Il disciplinare puntualizzava che la procedura attivata (gestita unicamente a mezzo di posta elettronica certificata), pur riguardando in tesi un affidamento non soggetto all'applicazione del d. lgs. n. 50/2016 (in quanto non riconducibile "*alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto*"), avrebbe fatto comunque capo, in via analogia e *per relationem*, alle disposizioni del vigente Codice dei contratti pubblici.

2.- All'esito della acquisizione e della valutazione comparativa (secondo il sancito criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) delle proposte ricevute, la gara, previa giustificazione dei rilevati profili di anomalia, veniva aggiudicata a Accenture s.p.a..

Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia, IBM Italia s.p.a. impugnava la ridetta determinazione, di cui lamentava, sotto plurimo rispetto, l'illegittimità.

Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza resa in forma semplificata, il TAR dichiarava il ricorso improponibile per difetto di giurisdizione, sull'argomentato assunto: *a)* che gli artt. 114 e 118, comma 1, del d. lgs. 18.4.2016 n. 50 imponessero l'applicazione delle disposizioni in materia di appalti di pubblici servizi "*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*"; *b)* che, per contro, i servizi oggetto dell'appalto in contestazione non rientrassero in tale novero, nemmeno in termini di strumentalità, "*trattandosi di servizi di supporto al viaggiatore e non alle reti di trasporto, sia per la scelta del mezzo di trasporto e dell'accesso al sistema on line di vendita dei biglietti di viaggio (gestiti dalle aziende pubbliche di trasporto o dai loro appaltatori), sia per gli spostamenti*

urbani (car e bike sharing, selezione dei parcheggi), sia per la scelta dei generi di conforto e relax (prenotazione cinema, teatri, ristoranti)”.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, IBM Italia s.p.a. impugna la ridetta statuizione, auspicandone la riforma, con dichiarazione della sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e conseguente rimessione della causa al primo giudice per la definizione nel merito della controversia.

Nella resistenza di Trenord s.r.l. e di ATM. s.p.a., nonché dell'aggiudicataria Accenture s.p.a., alla camera di consiglio del 26 gennaio 2023 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato.

2.- Con unico, articolato motivo di doglianza l'appellante lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 9, 11, 120 e 133 del codice del processo amministrativo, nonché degli artt. 114 e ss., e in particolare dell'art. 118, e 17 del d. lgs. n. 50/2016 e dell'art. 16 del d. lgs. 175/2016, una a violazione e falsa applicazione della Direttiva 2014/25/UE ed in particolare dell'art.11, relativamente alla sottrazione della lite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3.- Importa premettere che sia ATM s.p.a. che Trenord s.r.l. sono due “*imprese pubbliche*” incaricate, tra l'altro, della gestione dei servizi di trasporto pubblico locale rispettivamente nell'area metropolitana di Milano e nella Regione Lombardia

In particolare, ATM s.p.a. è una società controllata totalmente dal Comune di Milano, concessionaria, in virtù di procedura evidenziale indetta nel 2009, del servizio di trasporto pubblico locale nel capoluogo lombardo e in quarantasei comuni della relativa città metropolitana, in forza di contratto di servizio stipulato in data 29 aprile 2011, avente ad oggetto la gestione dei servizi di trasporto e quelli

ad essi “*accessori, connessi e strumentali*” (art. 2.1), individuati, con elencazione non esaustiva, nei “*servizi di controllo e monitoraggio e in quelli correlati, come il bike sharing*”.

Per quest’ultimo profilo, la legge regionale n. 6/2012, prevede (all’art. 2, comma 6) che “*sono servizi complementari al trasporto pubblico regionale e locale i servizi non convenzionali, quali a titolo esemplificativo sistemi che prevedano l’uso collettivo dei veicoli e delle biciclette, parcheggi, noleggio di veicoli e di biciclette destinate ad essere utilizzate da una pluralità di soggetti*”.

Per parte sua, Trenord s.r.l. (partecipata pariteticamente da Trenitalia S.p.A. e da FNM S.p.A.) opera nel settore dei servizi per la mobilità delle persone nell’ambito territoriale della Regione Lombardia, gestendo l’intero servizio di trasporto pubblico locale ferroviario regionale, sulla base di un contratto di servizio sottoscritto con la Regione Lombardia.

3.- Ciò posto, la procedura in contestazione discende (come emerge dalle indicazioni del capitolato tecnico, al punto 3.1.) dal comune intendimento di creazione di una *partnership*, preordinata – nella prospettiva programmatica della implementazione di una “*mobilità totalmente integrata e ‘seamless’*” – alla creazione di un “*nuovo servizio*” in grado di generare ed incentivare “*un vero e proprio cambiamento di abitudini, a favore di mezzi di trasporto pubblico e a basso impatto ambientale, con un effetto positivo su temi quali la sostenibilità e abilitando una migliore ‘customer experience’ collegata alla mobilità per chi si sposta nell’area Metropolitana di Milano*”.

In siffatta prospettiva, il servizio denominato “*Mobility as a Service*” (in acronimo, *Maas*), rappresenta e sintetizza – secondo è dato evincere dalle indicazioni del Dipartimento per la trasformazione digitale (al momento della stesura della presente decisione, consultabile al sito <https://innovazione.gov.it/progetti/mobility-as-a-service-for-italy/>) – un concetto globale di mobilità che prevede l’integrazione di molteplici servizi di trasporto pubblico e privato accessibili grazie ad un unico canale digitale. Attraverso

“*piattaforme digitali di intermediazione*”, che combinano varie funzionalità e garantiscono diverse alternative di viaggio – dal trasporto pubblico al *car sharing*, dal *bike sharing* ai taxi – gli utenti possono pianificare, prenotare e pagare più servizi in base alle proprie esigenze.

Si tratta, in sostanza, di un “*nuovo paradigma per la mobilità*”, declinato dal Governo italiano attraverso il progetto “*Mobility as a Service for Italy*” a cui, peraltro, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) dedica una parte degli investimenti (per un totale di 40 milioni di euro più 16,9 milioni aggiuntivi stanziati dal Fondo Complementare) e per il quale il Dipartimento per la trasformazione digitale (DTD) è soggetto attuatore, con il supporto del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti (MIT).

Il progetto rientra nella più ampia strategia “*Italia digitale 2026*” ed include tre linee di intervento: *a)* sperimentazione nei territori; *b)* creazione di una piattaforma aperta (denominata “*Data Sharing and Service Repository Facilities - DS&SRF*”), concretante un'infrastruttura tecnologica in grado di garantire un'efficace interazione tra i vari operatori di settore, di prevedere un unico punto di accesso nazionale all'insieme dei dati di offerta di trasporto e mobilità disponibili, di realizzare una serie di servizi in grado, tra l'altro, di abilitare la scelta di possibili opzioni di viaggio e facilitarne la prenotazione e il pagamento, di potenziare la dimensione digitale del trasporto pubblico con l'abilitazione di servizi di pagamento digitale, l'implementazione di sistemi di informazione agli utenti e di servizi per la prenotazione dei viaggi.

L'obiettivo è quello di raggiungere – anche trasformando progressivamente le abitudini di mobilità e fruizione dei servizi di trasporto da parte degli utenti, in virtù dell'uso delle piattaforme digitali e dell'introduzione di un'esperienza più agile, accessibile e moderna – un complessivo miglioramento in termini di omogeneità delle prestazioni ai cittadini, di sviluppo economico per le imprese del

settore e di benefici per la collettività e per l'ambiente, favorendo l'utilizzo di mezzi di trasporto più sostenibili, limitando il ricorso alla mobilità individuale e riducendo gli impatti negativi sul traffico automobilistico.

La creazione delle nuove piattaforme prevede il coinvolgimento di vari soggetti, tra cui:

a) gli operatori di servizi MaaS (“*Operatori MaaS*”), che aggregano e ottimizzano l'offerta di trasporto e offrono servizi digitali di mobilità agli utenti attraverso le loro “piattaforme di intermediazione”;

b) gli operatori di servizi di mobilità (“*Operatori di mobilità*”), che offrono servizi di mobilità quali taxi e NCC, nonché servizi in *sharing* quali monopattini, biciclette, moto e auto, *car pooling* e simili;

c) operatori di servizi di trasporto (“*Operatori del trasporto*”), che offrono servizi di trasporto pubblico ferroviario, marittimo, aereo, metropolitano, su gomma, etc.

Nella vicenda in esame, tali premesse vengono coerentemente recepite ed esplicitate, con specifico riguardo alle prefigurate modalità programmatiche, dal capitolato tecnico di gara, il quale: a) rimarca l'obiettivo principale di “*integrare tutti i modi di trasporto, privati e pubblici, fornendo un'esperienza di accesso alla mobilità nuova e semplificata, basata sull'utilizzo di un'unica interfaccia utente capace di offrire un'esperienza di viaggio completamente digitalizzata, personalizzata e user friendly*”; b) precisa che il servizio sarebbe stato fornito “*attraverso un'app mobile, che consente agli utenti di pianificare, prenotare e pagare più servizi di mobilità in un'unica soluzione, al fine di permettere il raggiungimento del luogo desiderato nel modo più personalizzato, efficace ed efficiente possibile*”; c) evidenzia la continua evoluzione dei “*modelli di business proposti agli utenti: dal pay-as-you-go alla subscription*”; d) chiama in causa i “*molteplici [...] stakeholders coinvolti*” (*MaaS Integrator, MaaS Operator, operatori del trasporto pubblico locale, operatori di mobilità, fornitori di sistemi IT, utenti finali, città e comuni, autorità regionali e nazionali, altri soggetti pubblici e privati*).

Più in dettaglio, l'obiettivo perseguito (cfr. il punto 3.2 del capitolato) è quello di progettare, implementare ed operare un servizio in grado di integrare i vari servizi di mobilità e accessori, e segnatamente: *a)* servizi pubblici di mobilità (metropolitana, autobus, tram, treni); *b)* servizi privati di mobilità (*car sharing, bike sharing, etc.*); *c)* servizi accessori alla mobilità (sosta, parcheggi, area C); *d)* servizi a valore aggiunto (musei, teatri, eventi, etc.).

Il tutto allo scopo di: *a)* facilitare l'accesso al trasporto intermodale; *b)* incrementare l'utilizzo del trasporto pubblico e della mobilità condivisa, aggregando nello stesso *touch point* diverse soluzioni di trasporto (dall'auto privata, considerata tramite l'integrazione dei servizi di sosta e parcheggi, ai mezzi di trasporto pubblici, allo *sharing* e altre forme di mobilità attive, c.d. *active traveling*); *c)* implementare nuove funzionalità (come, ad esempio, la possibilità di pagare, oltre alla sosta su strada o nei parcheggi in struttura, le multe, l'accesso all'area C, la vendita di servizi ancillari); *d)* arricchire l'esperienza di mobilità (con forme di intrattenimento, cultura, creazione di *communities* che si ritrovano nel loro viaggio multimodale); *e)* realizzare modalità di *customer journey* sempre più evolute e personalizzate (che consentano di valutare le alternative di viaggio sulla base di input preferenziali personalizzabili e di ricevere supporto in *real time* attraverso funzioni integrate di *travel companion*).

Sulle esposte basi, come indicato nel disciplinare, l'obiettivo della procedura in contestazione è quello di “*selezionare il Fornitore maggiormente competitivo a cui assegnare la fornitura per la progettazione, lo sviluppo, la conduzione e la manutenzione della Piattaforma MaaS (Mobilty as a Service) operante nell'area metropolitana milanese, denominato “Progetto MaaS Milano”*”.

È, all'uopo, previsto l'affidamento di un accordo quadro, con un primo contratto obbligatorio, che riguarda la *Fase 1* del progetto, ed uno meramente opzionale, che

riguarda la *Fase 2*, che potrà comprendere anche servizi di business estranei alla mobilità.

Oggetto specifico dell'affidamento è, perciò, la creazione di una “*piattaforma MaaS*” che “*dovrà permettere agli utenti l'accesso a servizi ferroviari, di trasporto pubblico e di sharing mobility*”, concepita (cfr. il punto 5.1 del capitolato) per “*erogare sia Servizi lato utente (funzionalità Client-Facing) per l'accesso ai servizi di mobilità (oppure a eventuali servizi accessori), che funzionalità a favore del Committente (Servizi MaaS Operator) e degli Operatori dei Servizi di trasporto (Funzionalità MaaS Service Provider) per il monitoraggio del servizio offerto e la gestione dello stesso*”.

4.- Così individuati e precisati, per un verso, la *natura* (di *impresa pubblica*) dei soggetti committenti e, per altro verso, l'*ambito* (il *trasporto pubblico locale*) e l'*oggetto* (servizi accessori, in senso generale) dell'affidamento, vale rammentare che, ai fini dell'applicazione della Parte II del Codice dei contratti pubblici, l'art. 3, comma 1, lett. e), n. 1.1), del d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis*: cfr. art. 225, comma 9 d. lgs. n. 36/2023) riconduce le imprese pubbliche (insieme con le “*amministrazioni aggiudicatrici*”) nel novero dei cd. “*enti aggiudicatori*” allorché svolgenti “*una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121*”, e cioè operanti in uno dei cd. “*settori speciali*”.

A sua volta, l'art. 114, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le disposizioni di cui al Capo I (dedicato appunto agli “*appalti nei settori speciali*”) si applichino “*agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121*”, fra cui rientrano anche le “*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*” (art. 118).

Simmetricamente, l'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 50 cit. stabilisce che *“le disposizioni del [...] codice non si applicano agli appalti e concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121 [...]»*.

Se ne ricava (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10634) un sistema compiuto – peraltro, coerente con quello già previsto dal precedente decreto legislativo n. 163 del 2006 e, vale aggiungere, a quello delineato dal decreto legislativo n. 36 del 2023, che all'art. 141, comma 2 codifica espressamente il criterio di *strumentalità in senso funzionale* – in base al quale *“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?”* (Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 590, confermata da Cass., SS.UU., 13 maggio 2020, n. 8849; già Cons. Stato, V, 26 maggio 2015, n. 2639).

In tale prospettiva *“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”* (Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16); infatti, *“per determinare se l'affidamento di un appalto sia assoggettato alla disciplina dei settori speciali occorre sia un presupposto soggettivo (l'affidante dev'essere un ente operante nei settori speciali) sia un presupposto oggettivo (l'appalto deve essere strumentale all'attività speciale)”* (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.).

A sua volta, *“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”* (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.; Id., Ad. plen. 11 del 2016, cit.).

In particolare, l'ambito di applicazione dell'art. 118 (che attua l'art. 11 della direttiva 2014/25/UE) è individuato con riferimento alla *“messa a disposizione”*

ovvero alla “*gestione*” delle reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

All'uopo (cfr. art. 118, comma 2), la rete oggetto dell'attività di gestione è solo quella soggetta a regole operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, inerenti tipicamente l'individuazione delle tratte, la capacità di trasporto e la frequenza del servizio: si tratta, per tal via, di “*servizi al pubblico*”, rientranti nella definizione comunitaria di “*servizi di interesse economico generale*” in ordine ai quali, malgrado la progressiva liberalizzazione dei mercati di riferimento, perdura – in concorrente ragione della presenza di infrastrutture che presentano i tipici caratteri del monopolio naturale e della destinazione a rilevanti interessi oggettivamente pubblici – un condizionamento dell'attività economica da parte degli enti pubblici di riferimento, che giustifica l'assoggettamento agli obblighi evidenziali.

5.- Tutto ciò premesso, osserva il Collegio che, con la sentenza appellata, il TAR ha ritenuto fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalle odierne resistenti, sull'assunto che i servizi oggetto dell'appalto in contestazione non rientrino, nemmeno in termini di “*strumentalità*”, nell'ambito del settore speciale dei trasporti pubblici locali, trattandosi di servizi di supporto “*al viaggiatore*” e non già “*alle reti di trasporto*”, sia per la scelta del mezzo di trasporto e dell'accesso al sistema *on line* di vendita dei biglietti di viaggio (gestita dalle aziende pubbliche di trasporto o dai loro appaltatori), sia per gli spostamenti urbani (*car e bike sharing*, selezione dei parcheggi), sia per la scelta dei generi di conforto e *relax* (prenotazione cinema, teatri, ristoranti).

5.1.- L'assunto non può essere condiviso.

Sotto un primo profilo, non è anzitutto revocabile in dubbio che venga in considerazione, nella specie, la “*gestione della rete*” per l'erogazione del servizio di trasporto pubblico. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha, invero, da tempo

chiarito 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'*” (Corte di giustizia UE, sentenza 28 febbraio 2019, C-388/17, *Konkurrensverket contro SJ AB*, sia pure con riguardo all'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, peraltro non difforme sul punto dall'attuale direttiva 2014/25/UE).

Sussiste anche, in relazione all'oggetto dell'affidamento, il requisito della stretta strumentalità funzionale. Invero, diversamente dalla tesi delle società appellate – in certo modo recepita dal primo giudice, laddove ne ha minimizzato la natura, ritenendolo orientato al mero supporto al viaggiatore, senza incidenza sulla organizzazione e gestione del servizio – dalla documentazione tecnica di gara si desume che l'appalto non ha ad oggetto la semplice creazione di una ‘app’ destinata all'utenza, ma più comprensivamente (come espressamente indicato dal disciplinare) la “*fornitura per la progettazione, lo sviluppo, la conduzione e la manutenzione della Piattaforma MaaS (Mobility as a Service) operante nell'area metropolitana milanese*”, piattaforma “*inclusiva delle interfacce relative al back-office (operatore MaaS) e delle interfacce relative al front-end utenti (Mobile App, Portale Web, etc.)*”, idonea a permettere agli utenti l'accesso a servizi ferroviari, di trasporto pubblico e di *sharing mobility*, e tale da prevedere la futura estensione anche ad altri possibili servizi legati alla mobilità quali ad esempio il noleggio auto, i servizi di sosta, etc..

Occorre, invero, osservare che i ‘modelli’ di ‘servizi MaaS’, di cui si è in termini generali detto *supra*, non sono (secondo risulta dal Report dalla *Union Internationale des Transports Publics*, consultabile all'indirizzo https://www.ttsitalia.it/wpcontent/uploads/2021/07/Linee-guida-per-lo-sviluppo-dei-servizi-MaaS-inItalia_web.pdf) omogenei, sicché il loro contenuto richiede di essere valutato in concreto.

Si distingue, infatti, tra: *a) MaaS Marketplace* (operante in un mercato libero e aperto, in assenza di regole definite dall'amministrazione pubblica); *b) MaaS Open Platform* (basato sulla definizione e determinazione di regole da parte dell'amministrazione pubblica, che si pone come infrastruttura pubblica sulla quale gli attori del mercato possono costruire una propria soluzione tecnologica); *c) MaaS Public Transport* (in cui la piattaforma viene direttamente gestita dall'operatore di trasporto pubblico locale, che definisce anche il sistema di regole, aggregando i servizi di mobilità); *d) Decentralised MaaS* (in cui la condivisione dei servizi di mobilità è basata sull'utilizzo di tecnologie tipo *blockchain* e tutti gli *stakeholder* lavorano attraverso una piattaforma di condivisione di dati e servizi decentralizzata, ma senza un amministratore/gestore del servizio).

Nel caso di specie, il riferimento è, con ogni evidenza, al paradigma del *MaaS Public Transport*, in cui l'operatore di trasporto pubblico *cumula* il ruolo di *MaaS Integrator* (cioè di soggetto aggregatore e integratore dei dati di trasporto pubblico e privato).

Si tratta, in definitiva, nel condivisibile assunto della società appellante, di un *MaaS* dedicato all'area metropolitana di Milano, ideato e “regolato” dai due “*pilastri della mobilità pubblica nell'area metropolitana milanese*” e dichiaratamente finalizzato migliorare il servizio del trasporto pubblico (gestito da Trenord e ATM) e della mobilità condivisa (gestita da ATM per obbligo di legge e di contratto pubblico): modello, dunque, ben diverso da quello degli operatori privati del *MaaS*, i quali non sono anche operatori di servizi di trasporto, e si come tali muovono in un ambito concorrenziale pieno, sia a monte che a valle.

Ne discende che le prestazioni oggetto di affidamento devono essere riguardate in termini di servizi *integrativi*, *accessori* e *strumentali* rispetto alla gestione della rete di trasporti, rientrando perciò nell'ambito dell'attività assoggettata agli obblighi evidenziali.

D'altra parte, la Corte di Giustizia, nella sentenza 28 ottobre 2020, C521/18, ha diffusamente chiarito che devono considerarsi strumentali le attività che *“avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all'esercizio di altre attività non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali”*, nonostante siano *“prestate anche a favore di attività che esulano dall'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva”*.

5.3.- Alla luce delle premesse e delle considerazioni esposte, deve ritenersi, di conserva, sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, che è diretta conseguenza della necessità di applicare le regole del Codice dei contratti pubblici: le imprese pubbliche sono, infatti, tenute ad applicare tali regole laddove operino in virtù di diritti speciali od esclusivi per il perseguimento dei fini per i quali tali diritti sono stati conferiti, poiché in tal caso la concorrenza va salvaguardata *“a valle”* mediante l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica (sia pure speciale).

6.- In definitiva, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve dichiararsi la giurisdizione amministrativa, con conseguente rinvio al primo giudice, ai sensi dell'art. 105 cod. proc. amm.

La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione, tra le parti costituite, delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara la sussistenza della giurisdizione amministrativa e rimette la causa al primo giudice per la definizione nel merito.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO