

Trasporto pubblico locale su gomma

Data di pubblicazione: 5 Marzo 2020

ANGELO ANNIBALI, Trasporto pubblico locale su gomma e applicabilità dell'art. 5 del Reg. UE 1370/2007: una ricostruzione che non convince. La vicenda "ATAC" (nota alla sentenza del Tar Lazio, sez. II, del 7 febbraio 2020 n. 1680)

ANGELO ANNIBALI (*)

**Trasporto pubblico locale su gomma e applicabilità dell'art. 5 del
Reg. UE 1370/2007: una ricostruzione che non convince. La vicenda "ATAC".**

(nota alla sentenza del Tar Lazio, sez. II, del 7 febbraio 2020 n. 1680)

1. Premessa: l'attuale gestione del trasporto pubblico locale su strada a Roma e la sua remunerazione.

Dalla lettura della Relazione Annuale 2019 sullo stato dei servizi pubblici locali del Comune di Roma, con riferimento al trasporto pubblico locale, emerge che *"La maggior parte dei servizi di TPL a Roma è gestita in house da Atac in virtù di un affidamento diretto. A settembre 2017, la società ha fatto ricorso alla procedura di concordato preventivo in continuità per la quale ha ottenuto dal Tribunale di Roma il decreto di omologa in data 25 giugno 2019. Il concordato, oltre alla soddisfazione dei creditori, mira a salvaguardare la prosecuzione del servizio di TPL e i livelli occupazionali, nonché a risanare l'azienda nell'ottica dell'eventuale partecipazione ad una futura gara per l'affidamento del servizio.*

L'erogazione dei servizi di TPL da parte di Atac è regolata mediante il vigente CdS (DGCa 273/2015), la cui validità – originariamente prevista dal 1° agosto 2015 al 3 dicembre 2019 – è stata poi prorogata al 3 dicembre 2021 con DAC 2/2018.

Roma Capitale ha giustificato la necessità di proroga con il rischio di "pericolo imminente di interruzione" del servizio (avvalendosi quindi della facoltà prevista all'art. 5, par. 5, del Regolamento UE 1370/2007) e ha condizionato gli effetti della stessa all'ammissione della domanda di concordato preventivo in continuità da parte del Tribunale Civile di Roma.

Sulla proroga del CdS è intervenuta l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) contestandone le motivazioni; poiché Roma Capitale ha deciso di non condividere i rilievi dell'AGCM e di confermare le proprie scelte, l'AGCM ha disposto l'impugnazione della DAC 2/2018 dinanzi al Tar Lazio, la cui decisione è attesa per il mese di dicembre 2019.

Sulla proroga è intervenuta anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che ha avviato un procedimento di vigilanza in data 19 gennaio 2018; sempre l'ANAC, con comunicazione di risultanze istruttorie del 15 giugno 2018 (prot. n. 52209), indirizzata agli organi apicali di Roma Capitale, ha mosso svariati rilievi nei riguardi della DAC 2/2018, mettendo in dubbio sia i presupposti della proroga, sia l'effettivo esercizio del controllo analogo da parte di Roma Capitale. Il procedimento di vigilanza avviato dall'ANAC si è concluso con la delibera 270 del 26 marzo 2019, che ha confermato i rilievi e le criticità contestate con la comunicazione di risultanze istruttorie evidenziando una serie di anomalie di cui si chiedeva la risoluzione: la carenza dei presupposti di fatto e di diritto che giustificano l'estensione dell'efficacia negoziale del CdS in essere tra Roma Capitale ed Atac fino al 3 dicembre 2021, carenze relative agli obblighi motivazionali in tema di affidamenti in house cui è tenuta la stazione appaltante e,

infine, diverse criticità nelle modalità di attuazione del controllo analogo nei confronti di Atac.”[\[1\]](#)

Per quanto qui interessa, va altresì evidenziato che, avuto riguardo ai ricavi economici di ATAC S.p.A., sempre dalla Relazione Annuale si evince che *“Il vigente CdS tra Roma Capitale ed Atac, adottato nel 2015, ha recepito “in via anticipata” il principio del costo standard in una prospettiva di efficientamento della gestione del TPL. Il costo standard è stato definito in termini di euro per vettura km o treno km per ciascuna tipologia di trasporto. Sulla base dei costi standard viene quindi definito il corrispettivo chilometrico standard a favore del gestore; nel CdS Atac, tale corrispettivo è pari al 65% del costo standard (il restante 35% è da coprire tramite ricavi derivanti dalla vendita di titoli di viaggio), mentre il LAS costituisce il limite massimo della produzione chilometrica remunerabile. Il corrispettivo per ciascuna tipologia di mezzi è calcolato come prodotto tra la produzione Trasporto pubblico e servizi per la mobilità privata chilometrica rilevata e certificata e il corrispettivo chilometrico unitario (determinato nella misura del 65% dei costi standard).”* [\[2\]](#)

2. Il caso affrontato dal Giudice Amministrativo.

La vicenda in esame riguarda l'impugnazione, da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), della Deliberazione n. 2 del 16 gennaio 2018 dell'Assemblea Capitolina, recante *“Proroga dell'affidamento alla Società ATAC S.p.A. del servizio di trasporto pubblico locale di superficie (bus, filobus, tram) e di metropolitana (linee A, B/B1, C in costruzione), del servizio di gestione della rete delle rivendite e di commercializzazione dei titoli di viaggio, nonché del servizio di esazione e controllo dei titoli di viaggio relativi alle linee della rete periferica esternalizzata. Periodo 4 dicembre 2019 - 3 dicembre 2021”*.

L'AGCM ha contestato la legittimità della delibera n. 2 del 16.01.2018 siccome adottata in violazione dei principi a tutela della concorrenza e delle disposizioni in materia di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale.

Nello specifico, l'AGCM ha ritenuto che, nel caso di specie, non vi fossero motivi per ricorrere alla proroga biennale da parte di Roma Capitale, in carenza dei presupposti di cui all'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento Europeo n. 1370/2007, relativo ai servizi di trasporto dei passeggeri su strada e per ferrovia.[\[3\]](#)

In buona sostanza, secondo l'Autorità non sarebbe configurabile alcuna situazione emergenziale atta a giustificare una proroga a distanza di 2 anni dalla scadenza del contratto, né sarebbe integrato il presupposto dell'avvenuta indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, come richiesto dal Regolamento comunitario.

L'Autorità ha sollevato altre censure avverso il provvedimento adottato da Roma Capitale.

Nel giudizio si sono costituite Roma Capitale e l'ATAC S.p.A.

Il Tar Lazio, tralasciando le eccezioni formulate dalla difesa dell'amministrazione capitolina, ha rigettato il ricorso non condividendo la lettura dell'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento comunitario n. 1370/2007 proposta dall'AGCM.[\[4\]](#)

Per i Giudici Capitolini, nel caso di specie, trova applicazione il regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia ed in particolare il paragrafo 5.2 [\[5\]](#).

A sua volta la deliberazione n. 2 del 16.1.2018 non viola l'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento n. 1370/2007, laddove l'Amministrazione ha motivato la proroga dell'affidamento ad ATAC con la necessità *“di evitare un pericolo imminente di interruzione del servizio TPL in tutto il Comune di Roma, che potrebbe trovare immediata concretezza (già dal prossimo 26 gennaio 2018), in caso di mancato accoglimento della richiesta di concordato in continuità e conseguente dichiarazione di fallimento di ATAC S.p.A.”* e di assicurare la *“continuità del servizio pubblico locale alla collettività, che sarebbe esposta a serio pregiudizio nel deprecato scenario di apertura della procedura fallimentare, sia in ragione dell'incertezza economica sulle risorse disponibili, sia tenuto conto del più che verosimile incremento del tasso di conflittualità sindacale”*.

Quanto sopra in ragione del fatto che a detta del TAR “*sulla base degli atti e dei dati in possesso dell’Amministrazione alla data di adozione della delibera impugnata, l’evenienza dell’imminente interruzione del servizio pubblico era altamente probabile, né spettava a Roma Capitale prevedere quale sarebbe stato il modus operandi del giudice fallimentare, vale a dire ipotizzare uno scenario alternativo rispetto alla proposta concordataria in grado di salvaguardare la prosecuzione del servizio senza interruzione alcuna dello stesso.*”

Da una lettura complessiva della vicenda, la pronuncia in esame non convince e siamo portati a sposare la tesi dell’AGCM prima e dell’ANAC poi [6] in ordine alla insussistenza, nella fattispecie in esame, dei presupposti per far ricorso alla proroga biennale dal 2019 al 2021, invocati da Roma Capitale in ragione della possibile interruzione del servizio in caso di fallimento di ATAC S.p.A.

A ben vedere, infatti, come rilevato dalle suindicate Authority intervenute nella fase istruttoria del procedimento, all’epoca dell’adozione della delibera gravata, l’interruzione del servizio era una ipotesi del tutto potenziale.

Né il concordato preventivo con continuità aziendale era (ed è) l’unica possibilità per garantire la continuità del servizio.

Ricordiamo a noi stessi che dal 2016 il nostro ordinamento ha espressamente previsto la possibilità per le società *in house* (quale ATAC) di essere soggette alla procedura del fallimento [7], salvaguardando, in ogni caso, l’interruzione del “servizio pubblico essenziale”, atteso che la stessa “Legge Fallimentare” prevede strumenti specifici per la gestione provvisoria della Società fallita, il c.d. esercizio provvisorio (contestuale o successivo).

Piuttosto, tale modo di agire posto in essere dall’Amministrazione capitolina, appare essere un disperato tentativo di salvare una gestione *in house providing* del servizio di trasporto pubblico.

Gestione che nel corso degli anni (si dubita a partire solo dal 2017) ha dimostrato di non essere improntata ai principi di efficienza, efficacia ed economicità e che non ha consentito alla società il perseguimento dell’equilibrio economico finanziario.

Circostanza quest’ultima che avrebbe dovuto indurre l’Amministrazione Comunale a prender in esame, una volta per tutte, la possibilità di un diverso modulo gestorio rispetto al modello *in house* [8].

Nessuna preclusione in ordine all’affidamento *in house* di un servizio pubblico locale, a condizione, però, che tale gestione si dimostri congrua sotto il profilo economico e apporti benefici alla collettività di riferimento in termini di qualità ed efficienza del servizio.

Diversamente, appare più opportuno e conveniente rivolgersi al mercato mediante un confronto concorrenziale, ponendo a monte efficaci strumenti di controllo in ordine alle modalità di esecuzione del servizio, così come consentiti dal nostro ordinamento.

3. L’applicabilità dei paragrafi da 2 a 5 dell’art. 5 del Regolamento comunitario n. 1370/2007 alla fattispecie in esame.

Al di là dell’interpretazione fornita dal Tar Lazio, in ordine alla sussistenza delle condizioni contenute all’interno dell’art. 5 par. 5 del Regolamento UE che, se del caso, saranno oggetto di vaglio da parte del Consiglio di Stato, laddove la sentenza dovesse essere appellata, ciò che desta perplessità è l’aver ritenuto applicabile tale disposizione alla gestione *in house* svolta da parte di ATAC S.p.A.

Gestione il cui affidamento a monte, va sin da subito evidenziato, appare essere riconducibile all’alveo dell’appalto dei servizi, piuttosto che delle concessioni.

Ma procediamo con ordine.

Il 20° considerando del Regolamento CE 1370/2007 recita che “*Quando l’autorità pubblica decide di affidare a un terzo un servizio d’interesse generale, la scelta dell’operatore di servizio pubblico deve avvenire nell’osservanza*

della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e di concessioni, quale risulta dagli articoli da 43 a 49 del trattato, nonché nell'osservanza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. In particolare, le disposizioni del presente regolamento devono lasciare impregiudicati gli obblighi applicabili alle pubbliche autorità in forza delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, quando i contratti di servizio pubblico rientrano nel loro ambito di applicazione."

A sua volta l'art. 5 comma 1 del suindicato Regolamento prevede che *"I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano."*

Dalle dette disposizioni si trae la convinzione che il Regolamento, fa salve, in ogni caso, le norme relative alle modalità di aggiudicazione degli appalti pubblici.

La stessa Commissione Europea con la Comunicazione 2014/C 92/0 ha chiarito l'ambito di applicazione del Regolamento suindicato [\[9\]](#), riportando una tabella sintetica delle norme comunitarie applicabili per l'aggiudicazione degli appalti nelle diverse modalità di trasporto pubblico passeggeri (autobus, tram, ferrovia e metropolitana) e per tipologia contrattuale (a seconda che si tratti di appalti di servizi oppure concessioni di servizi).

Dalla lettura della tabella citata si evince che:

a) l'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico in materia di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e metropolitana è disciplinata unicamente dal regolamento (CE) n. 1370/2007;

b) l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico in materia di trasporto di passeggeri con autobus e tram è disciplinata unicamente dalle direttive sugli appalti pubblici: ossia dalle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, recepite dal Legislatore nazionale con il D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.

c) l'aggiudicazione delle concessioni di servizio per servizi pubblici di trasporto passeggeri (sia autobus e tram che ferrovia) è invece sempre disciplinata unicamente dal regolamento (CE) n. 1370/2007.

Sempre la Comunicazione 2014/C 92/0 della Commissione, distingue, in ordine alla relazione tra il regolamento (CE) n. 1370/2007 e le direttive sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/23/UE, tra appalti di servizio e concessioni di servizi. [\[10\]](#)

Identica distinzione la ritroviamo all'interno dell'art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. [\[11\]](#)

Il tratto distintivo tra i due istituti, come anche recentemente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa [\[12\]](#), è il rischio di impresa: si è in presenza di una concessione, piuttosto che di un appalto, quando resta in capo all'operatore economico il rischio d'impresa, a prescindere dalle modalità di gestione del servizio, se mediante il modello *in house providing*, gara o società mista.

Ebbene, a parere dello scrivente, in presenza di un affidamento come quello disposto nei confronti di ATAC, non trovano applicazione le disposizioni di cui ai paragrafi da 2 a 5 dell'art. Regolamento CE 1370/2007, in virtù dell'esimente operata dall'ultimo periodo del paragrafo 1 dell'art 1 del Regolamento, così come chiarito anche dalla stessa Commissione Europea con la Comunicazione 2014/C 92/0.

Ciò in quanto, nel caso di specie ci troviamo dinnanzi ad un servizio che, seppur gestito secondo il modello dell'*in house providing*, a monte riveste la forma dell'appalto, piuttosto che della concessione; locuzione quest'ultima più volte richiamato nella sentenza oggetto di commento e sulla quale non si concorda.

La maggior parte dei ricavi di gestione ad ATAC S.p.A., infatti, non proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato

(come richiesto dall'art. 165, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016), ma dal rimborso chilometrico derivante dal finanziamento comunale regionale che rappresenta il 65% circa del valore stimato dell'appalto, così come desumibile dalla Relazione Annuale 2019 sullo stato dei servizi pubblici locali del Comune di Roma, con riferimento al trasporto pubblico locale. [\[13\]](#)

La stessa giurisprudenza amministrativa (nonché l'ANAC [\[14\]](#)) ha ritenuto, più volte in passato, non applicabile le disposizioni del Regolamento CE 1370/2007 nei casi in cui, come quello in esame, ci si trovi di fronte ad un appalto di servizi piuttosto che ad una concessione di servizi [\[15\]](#).

In tali circostanze, trattandosi di appalto di servizio pubblico di trasporto passeggeri da eseguirsi a mezzo di autobus, trovano applicazione le Direttive CE 2014/24 e 2014/25 e, di conseguenza, le norme del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., che, da un lato all'art. 5 regola (in ogni caso) le modalità di gestione in *house* di un servizio pubblico come quello in esame, dall'altro all'art. 118 regola la specifica disciplina del trasporto pubblico passeggeri con autobus.

Ciò lo si ribadisce, a scanso di equivoci, a prescindere dalle modalità di gestione del servizio, attraverso il modello dell'*in house providing* (come nel caso di ATAC S.p.A.), piuttosto che tramite gara o società mista.

Né appare persuadente, il richiamo all'art. 61 della Legge n. 99/2009, fatto dall'Amministrazione capitolina nelle premesse della Deliberazione n. 2 del 16.1.2018, in merito all'applicabilità delle disposizioni di cui ai paragrafi da 2 a 5 dell'art. 5 del Regolamento alla fattispecie in esame, che, come noto, consente, alle autorità competenti di procedere all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, avvalendosi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007. [\[16\]](#)

16 L'art. 61 della legge n. 99 del 23 luglio 2009 recante "*Ulteriori disposizioni in materia di trasporto pubblico locale*", *statuisce che "Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007"*.

Tale disposizione che consente l'affidamento diretto del servizio è stata introdotta nel nostro ordinamento in concomitanza con l'entrata in vigore del Regolamento comunitario [\[17\]](#), con l'esclusiva finalità di derogare alla procedura di gara quale unica modalità di affidamento di tale tipologia di servizio prevista (all'epoca) dall'art.18 del D.Lgs. n. 422/1997 (c.d. Decreto Burlando).

A riprova di ciò, vi è il fatto che il paragrafo 3 dell'art. 5 che, per l'appunto, prevede la gara quale modalità di affidamento del servizio, non viene in alcun modo richiamato dall'art. 61 della Legge n. 99/2009, in quanto con il suindicato articolo il Legislatore ha consentito alle amministrazioni di procedere ad un adeguamento "graduato" alla disciplina indicata all'art. 5 del Regolamento, che ha trovato piena applicazione a partire dal 3 dicembre 2019. [\[18\]](#)

Nè, infine, può condividersi, la definizione di tipo: "Net cost", fornita dall'Amministrazione Capitolina, nelle premesse della richiamata deliberazione n. 2/2018 [\[19\]](#) al contratto di servizio stipulato con ATAC S.p.A. [\[20\]](#).

Usualmente, sia la giurisprudenza che la dottrina sono concordi nel suddividere i contratti di servizio del trasporto pubblico locale (in ragione della diversa allocazione dei rischi) in due macrocategorie:

(i) *contratto gross cost*: ove il rischio industriale è totalmente a carico dell'operatore, mentre il rischio commerciale ricade in via esclusiva sull'ente concedente. In pratica, il gestore riceve un corrispettivo basato sui soli costi, concordato all'esito della gara pubblica e pagato per la produzione di un ammontare prestabilito di servizio. In tale tipologia il gestore non deve fare previsioni sulle entrate del servizio offerto. L'impresa è incentivata solo a contenere i costi, mentre i ricavi sono gestiti ed incassati esclusivamente dall'ente affidante;

(ii) *contratto net cost*: ove sia il rischio industriale (legato ai costi di esercizio ed all'attività di impresa) che il rischio

commerciale – legato all'attività di vendita, cioè al livello di ricavi ottenibile – sono a carico del gestore, che ottiene un corrispettivo pattuito in anticipo e calcolato come differenza tra costi di esercizio e ricavi da traffico preventivati. In tale tipologia i rischi economici derivanti dalla gestione del servizio gravano in via integrale sull'operatore economico, il quale si rifà essenzialmente sull'utenza e, dunque, il contratto rientra appieno nel novero delle concessioni di servizi.

Tuttavia all'interno di queste due "macro aree", nel corso degli ultimi anni abbiamo assistito sempre più spesso alla stipula di *terzus genus* di contratto il quale prevede – in buona sostanza – una (minima) compartecipazione del Gestore nel rischio derivante dalla gestione del servizio.

Si tratta di una specie di contratto "*gross cost con incentivi*", dove la maggior parte dei ricavi di gestione derivano non dalla vendita dei servizi resi al mercato, ma provengono dal rimborso chilometrico derivante dal finanziamento comunale/regionale.

Per un esatto inquadramento giuridico del contratto di servizio stipulato tra le parti, sono state individuate le singole voci che compongono l'elemento prezzo, ovvero il corrispettivo a fronte dell'esecuzione del servizio, che è il risultato:

- (i) del rimborso chilometrico derivante dal finanziamento per l'espletamento dei servizi (art. 19);
- (ii) degli introiti derivanti dalla vendita dei titoli di viaggio (art. 20);
- (iii) del ripiano delle agevolazioni tariffarie a qualsiasi titolo disposte dall'Ente (art. 21).

Ebbene, nella fattispecie, ci troviamo di fronte proprio ad un contratto "*gross cost con incentivi*" e non ad un contratto "*net cost*", in quanto il corrispettivo prevede una parte (maggiore) derivante dal contributo chilometrico e una parte (minore) derivante dai ricavi di traffico.

In altri termini il valore principale del corrispettivo è rappresentato senz'altro dal contributo pubblico, mentre il ricavo derivante dalla vendita dei titoli di viaggio rappresenta solamente una parte minore del prezzo del servizio. [\[21\]](#)

In conclusione si ritiene che nel caso affrontato dal TAR non possono trovare applicazione le disposizioni di cui ai paragrafi da 2 a 5 art. 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, in ragione di quanto prescritto al paragrafo 1 del medesimo articolo.

L'affidamento *in house* disposto dal Comune di Roma alla società ATAC S.p.A. riveste, infatti, la natura di appalto di servizi e per l'effetto, la fattispecie in esame è regolata dalle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., anche in ordine alle modalità di concessione di una (eventuale) proroga all'attuale gestore del servizio.

(*) *Socio AOR Avvocati.*

(1) Relazione Annuale 2019 sullo stato dei servizi pubblici locali nel comune di Roma, par. 4.2, pagg. 75 e ss. consultabile al seguente link <http://www.agenzia.roma.it/documenti/relazioni/289.pdf>

(2) Relazione Annuale 2019 sullo stato dei servizi pubblici locali nel comune di Roma, par. 4.5, pagg. 85 e ss. consultabile al seguente link <http://www.agenzia.roma.it/documenti/relazioni/289.pdf>

(3) Ai sensi dell'art. 5, paragrafo 5 del Reg. UE 1370/2007 "*L'autorità competente può prendere provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico o di una proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici [...] I contratti di servizio pubblico aggiudicati o prorogati con provvedimento di emergenza o le misure che*

impongono di stipulare un contratto di questo tipo hanno una durata non superiore a due anni”.

(4) Tar Lazio, sez. II, sentenza del 7 febbraio 2020 n. 1680.

(5) Art. 5, paragrafo 2 del Reg. UE 1370/2007 che prevede testualmente che *“a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi. [...] Se un'autorità competente a livello locale adotta una tale decisione, si applicano le disposizioni seguenti: a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri; b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, pur con eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale”.*

(6) Sulla questione è intervenuta anche l'ANAC con deliberazione n. 270 del 26 marzo 2019 avente ad oggetto *“Oggetto: ATAC S.p.A. - Proroga affidamento contratto di servizio pubblico locale di superficie (bus, filobus, tram) e di metropolitana (linee A, C/B1, C), dei servizi di gestione della rete, delle rivendite e di commercializzazione dei titoli di viaggio, nonché del servizio di esazione e controllo dei titoli di viaggio relativi alle linee della rete periferica esternalizzata periodo 4.12.2019-3.12.2021.”.* Anche l'Autorità, all'esito di una lunga ed articolata istruttoria che ha coinvolto anche Roma Capitale e il Tribunale Fallimentare ha rilevato una carenza dei presupposti di fatto e di diritto che giustificano l'estensione dell'efficacia negoziale del contratto di servizio in essere tra Roma Capitale ed ATAC S.p.A. dal 4.12.2019 al 3.12.2021, oltre che, tra l'altro, carenze relative agli obblighi motivazionali in tema di affidamenti in house e criticità nelle modalità di attuazione del controllo analogo nei confronti della gestione del servizio pubblico di trasporto affidato ad ATAC S.p.A. da parte di Roma Capitale.

(7) Nello specifico, l'art. 14 comma 1 del D.Lgs n 175/2016 e s.m.i. prevede che *“1. Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.”*

(8) Modello in house che secondo la pronuncia del Tar Lazio, oggetto di commento, costituisce *“modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di TPL”.* Anche se recentemente il Consiglio di Stato ha statuito che *“l'in house providing riveste infatti carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente ed è possibile solo qualora sussista per l'amministrazione”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 27/1/2020 n. 681).

(9) Sul punto si rimanda alla COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia (2014/C 92/01) consultabile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:092:FULL&from=SV>

(10) L'articolo 2, punti 1), 2) e 5), della direttiva 2014/25/UE definisce con «appalti di servizi» i contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori e uno o più operatori economici e aventi per oggetto la fornitura di servizi. Quando gli appalti vedono la partecipazione di amministrazioni aggiudicatrici ai sensi

dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 1), della direttiva 2014/24/UE, essi sono considerati «appalti di servizio pubblico» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punti 6) e 9), della direttiva 2014/24/UE.

L'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/23/UE sull'attribuzione dei contratti di concessione definisce la «concessione di servizi» «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione dei servizi diversi dall'esecuzione delle opere di cui alla lettera a) a uno o più operatori economici, il cui corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire il servizio oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un pagamento». L'articolo 5, paragrafo 1, specifica inoltre che «l'attribuzione di una concessione per opere o servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo nell'esecuzione di tali opere o servizi comprendente rischi sul versante della domanda o dell'offerta o su entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione delle opere o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, il che implica che ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

(11) Cfr. D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., artt. 3, comma 1 lettere vv) e zz).

(12) Si veda tra le tante da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 gennaio 2020 n. 608, laddove, seppur con riferimento al servizio rifiuti, è stato ribadito che *“per comune intendimento, va qualificato come appalto di servizi, e non come concessione di servizi, il contratto di gestione dei rifiuti urbani che preveda (come nella specie) che l'attività svolta sia remunerata integralmente dall'amministrazione, di modo che non gravi sull'operatore economico il rischio d'impresa (Cass., SS.UU., 20 aprile 2017, n. 9965): cfr., infatti, in conformità alla vincolante indicazione di diritto eurocomune, artt. 3, comma 1 lettere vv) e zz) e 165 d.gs. n. 50/2016.”*

(13) Anche con la Delibera n. 273 del 6 agosto 2015 avente ad oggetto *“Affidamento dell'esercizio di servizi di trasporto pubblico locale di superficie e di metropolitana e delle attività complementari ad ATAC S.p.A. di cui alla deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 47/2012. Approvazione Contratto di Servizio periodo 1° agosto 2015 - 3 dicembre 2019.”* Si da atto che *“Tenendo conto del rapporto tra ricavi da traffico e costo dei servizi pari al 35% ex art. 19, comma 5 del D.Lgs. n. 422/1997, l'Amministrazione Capitolina riconoscerà ad ATAC S.p.A. per tutto il periodo di vigenza del Contratto, corrispettivi chilometrici unitari definiti nella misura del 65% dei costi standard distinti per tipologia di mezzo di trazione come indicato di seguito e dettagliato nell'allegato n. 1 del Contratto di Servizio; Detto corrispettivo, che remunera i costi di un operatore ragionevolmente efficiente e non i costi specifici storicamente sostenuti ...”.*

(14) L'Anac con la Delibera n. 566 del 31 maggio 2017, ha avuto modo di precisare che la esternalizzazione del servizio di TPL le Amministrazioni locali debbono dar corso a “procedura di gara d'appalto”, difettando significativi rischi in capo al proponente/concessionario.

(15) Al riguardo si rappresenta che già in passato la giurisprudenza aveva avuto modo di chiarire che *“Le disposizioni del regolamento n. 1370/07 si applicano, inoltre, solamente nel caso in cui i contratti di servizio pubblico per la fornitura e gestione di servizi di trasporto di passeggeri assumono la forma di concessione di servizi, così come definita dalle Direttive 17 e 18 citate, come detto. Diversamente, ossia se i detti contratti assumono la forma dell'appalto pubblico, ad essi si applicano le disposizioni di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (alle quali è stata data attuazione nell'ordinamento interno con il cd. Codice appalti, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Ciò significa, nella sostanza, che la differenza tra le due suddette modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sta, dunque, in questo: nella “concessione”, l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; sotto il profilo economico, il settore in cui opera l'impresa è chiuso al mercato, totalmente o parzialmente, sulla base di disposizioni di carattere generale (cfr. il citato art. 2 del Regolamento) e l'ingresso dell'operatore deve avvenire tramite un provvedimento amministrativo (concessione, appunto). La compensazione per lo svolgimento delle missioni di servizio pubblico è direttamente stabilita dalla legge (rectius: dal Regolamento UE). Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. Nel caso dei trasporti, l'impresa che fornisce l'opera o il servizio non supporta,*

quindi, l'alea connessa alla gestione dell'opera o del servizio, sicché, venendo a mancare l'elemento rischio, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di lavori o di servizi. Nel caso specifico, il rischio viene meno, sotto il profilo economico, quando vi è uno specifico contratto di servizio che impone degli oneri di servizio pubblico, specifici per l'impresa ai quali l'impresa fa fronte tramite una specifica remunerazione data, per contropartita, dall'Amministrazione pubblica: ecco, perché, in questo senso, siamo di fronte a contratti veri e propri che devono essere aggiudicati tramite una procedura d'appalto." (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 3/5/2012 n. 2531).

Più di recente il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire che "8.6. Come bene rilevato dalla difesa comunale, la procedura in oggetto è correttamente qualificabile come appalto di servizi: ciò in applicazione delle coordinate ermeneutiche stabilite dalla giurisprudenza amministrativa che, con riguardo alla differenza tra concessione e appalto di servizi, ha chiarito che il tratto distintivo riposa nelle modalità della remunerazione e nel fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al privato, sicché "si avrà concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione"(in tal senso Cons. Stato, V, 8.3.2011, n. 3377). 8.7. Nel caso di specie, come chiarito dalla Delibera n. 566 del 31 maggio 2017 dell'ANAC, per la esternalizzazione del servizio di TPL le Amministrazioni locali debbono dar corso a "procedura di gara d'appalto", difettando significativi rischi in capo al proponente/concessionario: ciò in quanto la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario non proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato, come richiesto dall'art. 165, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016, ma dal rimborso chilometrico derivante dal finanziamento regionale (pari a complessivi 19.112.000, 00) che rappresenta l'80% del valore stimato dell'appalto. Pertanto, il valore principale del corrispettivo è rappresentato dal contributo pubblico regionale, mentre il ricavo dalla vendita dei titoli di viaggio (pari soltanto a 4.513,000,00), ovvero la "vendita dei servizi resi al mercato", non costituisce la "maggior parte dei ricavi di gestione" del concessionario.8.8. Ne consegue che le disposizioni del Regolamento U.E. 1370/2017 non trovano applicazione alla fattispecie in esame qualificabile in termine non di concessione, ma di appalto di servizi di trasporto passeggeri con autobus, la cui aggiudicazione è disciplinata unicamente dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, attuate nell'ordinamento italiano con d.lgs. 18.4.2016 n. 50 (come già statuito dall'art. 8 Par. 1 del citato Regolamento Comunitario e dalla Commissione Europea con la Comunicazione del 29.3.2014 C/92/1). Ulteriore argomento in ordine alla correttezza di tale qualificazione si rinviene dall'art. 118 del d.lgs. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis* alla gara in oggetto) che stabilisce: "Fermo restando le esclusioni di cui all'articolo 17, comma 1, lettera i), le disposizioni del presente capo di applicano alle attività relative alla messa a disposizione e 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", lì dove il riferimento è al titolo VI, capo I, d.lgs. 50 del 2016 che disciplina gli "appalti nei settori speciali". (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 21/6/2018 n. 3822).

Ancora i giudici amministrativi chiamati a pronunciarsi sulla possibilità o meno di poter utilizzare lo strumento del project financing nei casi di affidamento di servizi pubblici di trasporto hanno ribadito l'impossibilità di poter far ricorso a tale istituto poiché il sistema delle contribuzioni non determina la traslazione del rischio sul soggetto gestore.

Nel merito il Tar ha avuto modo di chiarire, infatti, che: "75. Le modalità di remunerazione previste dalla vigente normativa, rispetto alla quale il progetto dichiara di voler essere "coerente" (p. 19), sono quindi tali da escludere la sussistenza di un apprezzabile rischio operativo in capo al concessionario. Quest'ultimo ha la garanzia della copertura, mediante contribuzioni pubbliche, oltre che del costo standard chilometrico (cioè del costo di esercizio medio determinato secondo criteri di efficiente gestione) anche del suddetto, ragionevole margine di utile. 76. Non è quindi configurabile il rischio sul lato della domanda, avendo il gestore comunque la certezza della remunerazione – sia pure nella misura determinata di cui sopra - dei costi di produzione del servizio oggetto di concessione. 77. Nè assumono rilievo, in senso contrario alla rilevata distribuzione del rischio di gestione, gli elementi di innovazione che, secondo le ricorrenti, connotano la proposta di PF formulata dalle medesime e, in particolare, il modello contrattuale ispirato al sistema "net cost" come declinato dai meccanismi di profit sharing e performance sharing illustrati nel progetto di fattibilità. 78. Detto sistema incide, infatti, sui criteri di riparto dei margini operativi (cioè dei ricavi eccedenti i costi di esercizio) lasciando impregiudicata la garanzia di remunerazione degli investimenti effettuati dal privato e dei margini di utile garantito, in tal modo limitando fortemente l'esposizione del concessionario al rischio di mercato che continua a rimanere, in misura prevalente, a

carico dell'amministrazione concedente. 79. Gli elementi di valutazione di cui sopra offrono – ad avviso del Collegio – chiara evidenza dell'insussistenza di "significativi" rischi in capo al proponente/concessionario e, quindi, della inidoneità dell'operazione in esame ad essere inquadrata nell'ambito degli schemi del "partenariato pubblico privato", facendo persino dubitare della configurabilità di un rapporto di concessione di servizio pubblico in senso proprio. L'assunzione del rischio operativo in capo alla parte privata del contratto di PPP costituisce, infatti, elemento qualificante il rapporto concessorio tout court, determinando un'esposizione del privato alle fluttuazioni del mercato "tale per cui ogni potenziale perdita subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile" (Cons. St., Sez. V, sent. 6633/2018; TAR Toscana, Firenze, sent. n. 328/2018)." (T.R.G.A. Bolzano, sentenza del 5/2/2019 n. 2; in termini Tar Lazio, sez. II, sentenza 6/2/2018 del 3475).

(16) L'art. 61 della legge n. 99 del 23 luglio 2009 recante "*Ulteriori disposizioni in materia di trasporto pubblico locale*", statuisce che "*Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007*".

(17) Ricordiamo che Il Regolamento 1370/2007 è entrato in vigore il 3 dicembre 2009, mentre la Legge n. 99/2009 il 15 agosto 2009.

(18) In ragione della disposizione transitoria indicata all'art 8 paragrafo 2 del Regolamento, il quale recita "2. *Fatto salvo il paragrafo 3, l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma all'articolo 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019. Durante tale periodo transitorio gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto.*"

(19) Deliberazione n. 2/2018 consultabile al seguente link: <http://www.agenzia.roma.it/documenti/contratti/240.pdf>

(20) Contratto di servizio consultabile al seguente link: <http://www.agenzia.roma.it/documenti/contratti/188.pdf>

(21) Da qui anche la natura di appalto di servizi, come peraltro confermato dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 3822/2018.