

Pubblicato il 07/02/2020

N. 01680/2020 REG.PROV.COLL.

N. 06393/2018 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6393 del 2018, proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Falzea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso l'Avvocatura civica in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

nei confronti

l'Atac S.p.A. Azienda per la Mobilità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Catricalà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

per l'annullamento

- 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 externalizzata. Periodo 4 dicembre 2019 - 3 dicembre 2021", pubblicata nell'Albo Pretorio on line di Roma Capitale del 24 gennaio 2018, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e dell'Atac S.p.A. Azienda per la Mobilità;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2019 la dott.ssa Marina Perrelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha esposto: a) che con deliberazione n. 47 del 28.9.2012 l'A.T.A.C. S.p.a. - società *in house* controllata al 100% dal Comune di Roma – è diventata affidataria dei servizi di trasporto pubblico locale di superficie e metropolitano, dei servizi connessi, nonché del servizio di gestione dei parcheggi di interscambio e della sosta tariffata su strada sino al 3.12.2019 con contestuale approvazione delle linee guida relative alle modalità dell'affidamento in oggetto; b) che con deliberazione n. 450 del 27.12.2013 la Giunta Comunale ha approvato la relazione, predisposta ai sensi dell'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012, convertito con la legge n. 212/2012, per dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta; c) che con deliberazione n. 34 del 2015 l'Assemblea Capitolina ha approvato l'aggiornamento delle linee guida per la predisposizione di un nuovo contratto di servizio per disciplinare la gestione del TPL e delle connesse attività complementari e, quindi, che con delibera n. 273 del 6.8.2015 è stato disposto il nuovo affidamento ad ATAC S.p.A. per il periodo 1.8.2015/3.12.2019; d) che nel mese di settembre 2017 i vertici aziendali hanno rappresentato all'Amministrazione resistente una situazione di crisi aziendale segnalando l'esigenza di individuare percorsi di risanamento per garantire la continuità del servizio pubblico offerto alla cittadinanza e che, con deliberazione consiliare n. 110 del 7.9.2017, il Sindaco e la Giunta sono stati incaricati di individuare le modalità di superamento della predetta situazione; e) che con memoria n. 55 dell'8.9.2017 la Giunta municipale ha preso in considerazione l'ipotesi di una proroga dell'attuale affidamento del servizio, incaricando "i competenti uffici di Roma Capitale affinché, nel rispetto della legislazione vigente, vengano intraprese le opportune azioni finalizzate all'esercizio del servizio *in house*, da parte di ATAC S.p.A., oltre l'attuale scadenza e per l'intera durata prevista dal piano di concordato"; f) che in data 10.9.2017 il Consiglio di Amministrazione di ATAC S.p.A. ha deliberato di procedere al concordato preventivo in continuità, ai sensi dell'art. 186 *bis* della legge fallimentare, e che, quindi, in data 18.9.2017 ha presentato alla Sezione fallimentare del Tribunale civile di Roma una richiesta di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161, comma 6, L.F., con la finalità di provvedere al soddisfo dei creditori della società, perseguendo contestualmente il fine del risanamento aziendale; g) che il Tribunale ha assegnato all'ATAC S.p.A. termine sino al 26.1.2018 per la presentazione e il contestuale deposito del Piano concordatario; h) che con parere del 9.11.2017, espresso ai sensi della legge n. 287/1990, l'Autorità ricorrente ha evidenziato profili di criticità con riferimento alla possibilità di concedere una proroga del contratto di TPL attualmente in essere evidenziando la carenza dei presupposti di emergenza e di imminenza del pericolo contemplati dall'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento Comunitario n. 1370/2007 ai fini del prolungamento dell'affidamento, nonché dei requisiti legittimanti un nuovo affidamento *in*

*house*; i) che nei primi giorni di gennaio 2018 l'Autorità ricorrente ha ricevuto diverse segnalazioni concernenti la delibera della Giunta Comunale presumibilmente contenente una "proposta di deliberazione" da sottoporre all'approvazione della Assemblea Capitolina avente ad oggetto la proroga biennale dell'affidamento all'ATAC S.p.A. del servizio di TPL del Comune di Roma; l) che, a seguito di formale richiesta di informazioni inoltrata l'11.1.2018, Roma Capitale ha inviato all'Autorità ricorrente la nota dell'ATAC del 3.11.2017, prot. QC 38279; la nota di Roma Servizi per la Mobilità del 29.12.2017, concernente la sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento *in house*, nonché il parere *pro veritate* del prof. avv. Giampaolino in merito alla sostenibilità di una proroga biennale del contratto di servizio sino al dicembre 2021; m) che il 16.1.2018 con la delibera n. 2 l'Assemblea capitolina, ritenuti sussistenti i presupposti giuridici e fattuali per il ricorso all'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento UE n. 1370/2007, ha disposto la proroga dell'affidamento in favore dell'ATAC S.p.A. di due anni rispetto alla prefissata scadenza fissata al 3.12.2019; n) che, a seguito dell'adunanza del 7.2.2018, l'AGCM ha deliberato di esprimere un parere motivato *ex art. 21 bis* della legge n. 287/1990 –trasmesso via pec il 13.2.2018 - con il quale ha invitato Roma Capitale a comunicare le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza perpetrata attraverso la proroga deliberata assumendo che la stessa fosse stata adottata in aperta violazione dell'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento CEE n. 1370/2007, in assenza di "pericolo imminente di interruzione del servizio", nonché configurasse una restrizione alla libertà di stabilimento *ex art. 49* TFUE, nella misura in cui determina un ritardo nell'affidamento del servizio tramite una procedura competitiva; o) che il 22.4.2018 Roma Capitale ha dato riscontro al parere dell'AGCM richiamando ai fini dell'affidamento *in house* la relazione *ex art. 34*, comma 20, del D.L. n. 179/2012, elaborata strumentalmente all'ultimo rinnovo del Contratto di Servizio approvato con delibera di G.C. n. 273/2015 e sostenendo la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento 1370/2007 al fine di ribadire la legittimità della delibera adottata.

1.2. L'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato impugna la delibera n. 2 del 16.1.2018 deducendone l'illegittimità:

1) per violazione dei principi a tutela della concorrenza e delle disposizioni in materia di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale; per erronea e/o falsa applicazione dell'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento CE n. 1370/2007; per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

Secondo l'Autorità ricorrente nella fattispecie in esame sarebbero del tutto carenti i presupposti previsti dall'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento Europeo n. 1370/2007 relativo ai servizi di trasporto dei passeggeri su strada e per ferrovia, ai sensi del quale "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".

Secondo la prospettazione dell'Autorità ricorrente, premesso che non è integrato il presupposto della intervenuta interruzione del servizio, in quanto l'ATAC S.p.A. alla data della delibera continuava a svolgere in maniera regolare la propria attività, come contemplato nel Contratto di Servizio, l'*iter* argomentativo dell'Assemblea Capitolina si è dovuto concentrare sul presupposto della imminenza del pericolo che tale interruzione si concretizzi, come si evince dalla stessa delibera laddove afferma che "potrebbe trovare immediata concretezza (già dal prossimo gennaio 2018), in caso di mancato accoglimento della richiesta di concordato in continuità e conseguente dichiarazione di fallimento di ATAC S.p.A."

Ad avviso dell'AGCM, la prima contraddittorietà in termini sarebbe integrata dall'aver considerato imminente un pericolo per il quale la relativa proroga viene concessa avendo però effettiva operatività a distanza di anni rispetto alla asserita situazione emergenziale che la legittima, essendo la decorrenza della stessa stabilita a far data dallo spirare del termine della concessione in atto, vale a dire dal 3.12.2019.

L'impiego distorto dei presupposti di cui al citato paragrafo 5 sarebbe, ad avviso dell'AGCM, troverebbe conferma sia nel considerando 24 del Regolamento n. 1370/2007, ai sensi del quale "Quando vi è il rischio di interruzioni della fornitura dei servizi, le autorità competenti dovrebbero poter adottare misure di emergenza a breve termine in attesa dell'aggiudicazione di un nuovo contratto di servizio pubblico che sia conforme a tutte le condizioni in materia di aggiudicazione stabilite dal presente regolamento.", sia nelle pronunce della Corte Costituzionale n. 123 dell'11.4.2011 e n. 2 del 13.1.2014 con le quali è stata dichiarata l'illegittimità di disposizioni di rango regionale che prevedevano proroghe in tutto simili a quella oggetto di causa così "determinando una disparità di trattamento tra operatori economici ed invadendo la competenza esclusiva del legislatore statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost."

Né, infine, ad avviso dell'AGCM sarebbe condivisibile la prospettazione di Roma Capitale secondo la quale l'emergenza non sarebbe connessa alla fine del periodo di naturale durata della concessione, fissato a dicembre 2019, ma sarebbe immediatamente conseguente alla dichiarazione di non ammissibilità del ricorso contenente la proposta di concordato da parte del Tribunale con conseguente dichiarazione di fallimento dell'ATAC s.p.a. o apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

La delibera impugnata sarebbe, infine, gravemente carente sotto il profilo motivazionale anche laddove per giustificare la scelta intrapresa avrebbe omissis di spiegare per quali ragioni non sia riuscita a predisporre gli adempimenti richiesti dall'art. 7, paragrafo 2, e 32 del Regolamento n. 1370/2007 in tempo utile, in considerazione del fatto che l'istituto della proroga è strettamente funzionale alla necessità di garantire la continuità del servizio "in attesa dell'aggiudicazione di un nuovo contratto di servizio pubblico".

Né, ad avviso della Autorità ricorrente, potrebbe condividersi la tesi dell'Amministrazione capitolina, secondo la quale l'affidamento *in house* sarebbe legittimo perché sarebbero stati assolti gli oneri motivazionali di cui all'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012, in quanto la disciplina dei trasporti pubblici locali è espressamente esclusa dall'ambito di applicazione del D.lgs. n. 50/2016.

Se è innegabile che il paragrafo 2 dell'art. 5 del Regolamento comunitario più volte citato consente l'aggiudicazione di contratti di TPL a soggetti sui quali la S.A. eserciti il c.d. controllo analogo, ciò non sarebbe sufficiente a legittimare un affidamento realizzatosi in assenza delle dovute garanzie motivazionali che rientrano tra gli adempimenti cogenti facenti capo alle Amministrazioni affidanti che devono dare conto delle ragioni della scelta per l'affidamento *in house*, con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Del resto secondo la consolidata giurisprudenza, ogni qual volta si opti per la proroga di un contratto pubblico, si integra una situazione analoga a quella in cui si è dato luogo *ab initio* ad un affidamento senza procedura competitiva e, pertanto, una volta disposta la proroga, non ci si può limitare ad un mero riferimento alla relazione illustrativa redatta all'esito del primo affidamento, essendo necessario ponderare *ex novo* l'effettività della maggiore convenienza nell'affidare il servizio *in house*;

2) per eccesso di potere per sviamento in quanto l'amministrazione capitolina, secondo la prospettazione dell'AGCM, avrebbe utilizzato strumenti normativi leciti per il perseguimento di finalità estranee all'interesse pubblico generale.

Dalla comunicazione ATAC del 17.11.2017 e dalla stessa delibera, secondo la lettura datane dall'Autorità ricorrente, emergerebbe chiaramente quale sia la finalità realmente perseguita attraverso la proroga disposta, vale a dire "l'integrità finanziaria di Roma Capitale", la "salvaguardia degli asset aziendali", il "risolvere la crisi aziendale tramite la continuità dell'attività statutaria per il perseguimento di un piano di recupero della redditività, tale da poter ricollocare la società sul mercato in posizione concorrenziale" o, ancora, l'"evitare la dispersione dell'avviamento aziendale, il deprezzamento dei suoi approvvigionamenti e lo smembramento del complesso aziendale nella sua interezza".

Infine la proroga sarebbe stata deliberata per il tempo massimo concesso dalla norma comunitaria, non già con il fine di organizzare nel frattempo la necessaria procedura competitiva, prodromica al nuovo affidamento – fattore questo, rimasto del tutto avulso rispetto alle ragioni che hanno legittimato l'intervento dell'Assemblea - bensì all'esclusivo scopo di permettere, nei prossimi 4 anni, solo il risanamento aziendale;

3) per violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato e dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, nonché per violazione degli artt. 49 e 56 del TFUE.

La delibera impugnata sarebbe, altresì, lesiva dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza, comportando una ingiustificata restrizione alla libertà di stabilimento, disciplinata dall'art. 49 del TFUE, e a quella di libera prestazione di servizi, prevista dall'art. 56 del TFUE.

2. Roma Capitale ha eccepito, in via preliminare di rito, l'inammissibilità del gravame sotto molteplici profili.

2.1. L'amministrazione resistente, richiamato il ricorso recante il numero R.G. 4112/2013, proposto dall'AGCM nell'esercizio dello speciale potere di cui all'art. 21 *bis* della legge n. 287/1990 avverso la delibera dell'Assemblea capitolina n. 47 del 15.11.2012 di affidamento all'ATAC s.p.a del servizio di trasporto pubblico di superficie e su metropolitana e delle attività complementari per il periodo 1.1.2013/3.12.2019, ha eccepito la sopravvenuta carenza di interesse alla odierna decisione in considerazione della connessione tra il presente ricorso e quello precedentemente instaurato ma mai trattato, nonché il difetto dello *jus postulandi* per assenza del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, essendo consentita, in via eccezionale, la deroga allo stesso solo in materia di giurisdizione soggettiva, quando il soggetto resistente è un'amministrazione dello Stato e non, come nel caso di specie, quando è un ente locale.

2.2. Sotto altro profilo l'Amministrazione ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva dell'AGCM in relazione ai poteri delle altre autorità di regolazione, segnatamente dell'ANAC e dell'A.R.T., nonché per la mancata evocazione in giudizio di queste ultime. Secondo la prospettazione dell'amministrazione capitolina, essendo oggetto di controversia un servizio pubblico afferente il trasporto, l'AGCM avrebbe dovuto esercitare la propria competenza in coordinamento con l'ANAC e l'A.R.T. e la mancata evocazione delle stesse radicherebbe un difetto di competenza, quantomeno relativo, rispetto allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale ed alle prerogative delle predette autorità pretermesse.

2.3. L'amministrazione capitolina ha, infine, eccepito l'improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse per la mancata impugnazione di atti successivi al provvedimento impugnato e, segnatamente, della delibera G.C. n. 227 del 4.10.2019 con la quale Roma Capitale, preso atto dell'andamento positivo e dell'omologazione del concordato, ha dato mandato ai competenti uffici di provvedere all'istruttoria tesa al mantenimento dei servizi in autoproduzione a far data dal 2022 ovvero all'esternalizzazione del medesimo, nonché in quanto l'atto di proroga impugnato sarebbe un atto dovuto e consequenziale rispetto alle precedenti e successive deliberazioni di Roma Capitale di approvazione dell'avvio delle operazioni di concordato preventivo.

2.4. Nel merito Roma Capitale ha ribadito la legittimità del proprio operato evidenziando che, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, sussisteva la prognosi del pericolo di imminente interruzione del servizio di trasporto pubblico locale qualora non si fosse addivenuti alla proroga dell'affidamento.

E, infatti, affinché il piano industriale –e conseguentemente il piano concordatario – fosse approvato dai creditori, questo doveva essere sostenibile e credibile in modo da poter garantire la stabilità dei rapporti futuri. Pertanto, la deliberazione gravata dovrebbe essere considerata un atto a discrezionalità vincolata rispetto al piano concordatario per evitare la dichiarazione di fallimento che avrebbe sottratto l'azienda alla disponibilità dell'ente pubblico e che avrebbe perseguito il solo fine della soddisfazione dei creditori senza prospettive di risanamento. In caso di fallimento, secondo la difesa comunale, non solo gli *assets* aziendali sarebbero stati destinati alla vendita, ma non sarebbe stato possibile affrontare nessun piano di investimento per il rinnovo del parco mezzi per sostituire quelli esistenti, ormai vetusti e non più in grado di garantire una regolare produzione chilometrica, con conseguente forte riduzione delle entrate e contestuale peggioramento della situazione generale del servizio e dell'impresa. A comprova della impellenza del descritto scenario vi sarebbe la procedura di revoca dell'iscrizione al REN (Registro Elettronico Nazionale), avviata dall'Ufficio della Motorizzazione –MIT nel 2018, a seguito della perdita del requisito di idoneità finanziaria dell'ATAC.

Infine, secondo la difesa comunale, il Trattato nella specifica materia dei trasporti pubblici locali e della concorrenza, contemplerebbe un'assoluta libertà per le stazioni appaltanti di autoprodurre il servizio rispetto all'esternalizzazione, fatta salva l'efficienza delle società che può essere presidiata anche attraverso un percorso di risanamento.

3. L'ATAC s.p.a., costituitasi in giudizio, ha affermato che il rischio imminente di interruzione del servizio di TPL, che ha reso indispensabile la proroga disposta con la delibera gravata, si sarebbe concretizzato nel momento in cui si è trovata esposta al rischio di fallimento, a seguito delle molteplici istanze presentate nei suoi confronti. Ad avviso dell'ATAC, la delibera gravata indicherebbe in modo chiaro e congruo le ragioni per le quali il concordato è stato considerato l'unica soluzione idonea a soddisfare la “necessità di evitare un pericolo imminente di interruzione del servizio TPL in tutto il Comune di Roma”, “la tutela dell'integrità finanziaria di Roma Capitale” onde evitarle perdite patrimoniali in contrasto con l'obbligo di un ottimale impiego delle risorse pubbliche, “la salvaguardia del valore degli *asset* aziendali riferiti alla produzione di servizi di trasporto quale patrimonio indisponibile di ATAC S.p.A.”, “la continuità del servizio pubblico locale alla collettività”, “l'esigenza di evitare la dispersione dell'avviamento dell'azienda, il deprezzamento dei suoi approvvigionamenti e lo smembramento del complesso aziendale”.

3.1. La mancata attivazione delle procedure per l'affidamento del servizio nelle more della scadenza dell'affidamento sarebbe legata al fatto che, se fossero intervenuti l'amministrazione straordinaria o il fallimento, i programmi di liquidazione predisposti dal Ministero o dal Tribunale fallimentare non

avrebbero consentito a Roma Capitale di rendere disponibili al nuovo gestore i beni essenziali e indispensabili all'espletamento del servizio e, quindi, di determinare il contenuto del bando di gara.

3.2. Secondo la prospettazione dell'ATAC, infine, non sarebbe ravvisabile alcuna illegittimità della delibera gravata per sviamento di potere in quanto l'obiettivo primario della stessa sarebbe garantire il TPL tramite la salvaguardia dell'integrità patrimoniale dell'azienda che costituisce un fine ulteriore e parallelo, tra i tanti perseguiti e tutelati da Roma Capitale con la proroga oggetto di controversia.

4. Alla pubblica udienza del 18.12.2019, preso atto delle memorie *ex art. 73 c.p.a.* e della discussione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

5. Occorre, in primo luogo, esaminare le eccezioni preliminari di inammissibilità sollevate da Roma Capitale.

6. E' infondata e va disattesa l'eccezione di inammissibilità per connessione del presente ricorso con altro recante il numero R.G. 4112/2013, proposto dall'AGCM sempre nell'esercizio dello speciale potere di cui all'art. 21 *bis* della legge n. 287/1990 avverso la delibera dell'Assemblea capitolina n. 47 del 15.11.2012 di affidamento all'ATAC s.p.a del servizio di trasporto pubblico di superficie e su metropolitana e delle attività complementari per il periodo antecedente la proroga in questione.

Il ricorso asseritamente connesso non risulta, infatti, essere stato mai fissato né discusso in sede cautelare o di merito. Ne discende, pertanto, che allo stato la delibera n. 47/2012 è valida, non essendo stata annullata da questo Tribunale e non essendo la mera proposizione di un ricorso in grado di produrre alcun effetto nei suoi confronti.

6.1. E', altresì, infondata l'eccezione di inammissibilità per difetto dello *jus postulandi* per assenza del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, in quanto la deroga allo stesso sarebbe consentita, in via eccezionale, solo in materia di giurisdizione soggettiva, quando il soggetto resistente è un'amministrazione dello Stato e non, come nel caso di specie, quando il soggetto è un ente locale.

Con la nota prot. n. 37454 del 24.4.2018 l'Avvocatura Generale dello Stato ha comunicato all'Autorità ricorrente l'esistenza di un potenziale conflitto tra la azione giurisdizionale *ex art. 21 bis* della legge n. 287/1990 e le iniziative che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti potrebbe intraprendere con riguardo alla vicenda in esame, concludendo conseguentemente per la necessità che l'AGCM fosse assistita da un legale del libero foro.

6.2. Deve essere disattesa anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso per parziale difetto di legittimazione attiva dell'AGCM in relazione ai poteri delle altre autorità di regolazione, segnatamente dell'ANAC e dell'A.R.T., nonché per la mancata evocazione in giudizio di queste ultime.

L'art. 35 del D.L. n. 201/2011, convertito con modificazioni nella legge n. 214/2011, ha introdotto l'art. 21 *bis* della legge n. 287/1990, ai sensi del quale "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato".

L'A.G.C.M. è soggetto primario della salvaguardia dell'interesse al corretto funzionamento del mercato e la titolarità di detto interesse discende direttamente da una precisa scelta del legislatore che le ha affidato la relativa tutela.

Pertanto, l'Autorità ricorrente, quale portatrice di un interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, ha *ex se* la legittimazione a proporre il presente giudizio, a prescindere da qualsiasi altra autorità indipendente e, segnatamente, viste le loro rispettive competenze, dall'ANAC e dall'A.R.T. che avrebbero, tutt'al più, potuto intervenire nella causa, non essendone però in alcun modo parti necessarie.

6.3. Va, infine, respinta anche l'ultima eccezione preliminare con la quale Roma Capitale deduce l'improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse per la mancata impugnazione di atti successivi alla delibera in questione e, segnatamente, della delibera G.C. n. 227 del 4.10.2019 di presa d'atto dell'andamento positivo e dell'omologazione del concordato.

Il Collegio rileva che non esiste alcun rapporto di consequenzialità necessaria tra la delibera impugnata e gli atti successivi, ivi compresa, la delibera G.C. n. 227 del 4.10.2019, e che, pertanto, la mancata impugnazione degli stessi, a differenza di quanto avviene ad esempio per l'aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria ovvero per la graduatoria finale rispetto agli atti di una procedura concorsuale, non è idonea a spiegare alcun effetto sull'atto precedente e, tanto meno, a far venire meno l'interesse alla relativa decisione.

7. Nel merito il ricorso non è fondato e va respinto per le seguenti ragioni.

8. Con la delibera gravata Roma Capitale ha disposto la proroga dell'affidamento all'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 per il periodo dicembre 2019/dicembre 2021.

8.1. La predetta delibera giustifica la proroga ritenendo sussistenti le condizioni previste dall'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento Europeo n. 1370/2007 relativo ai servizi di trasporto dei passeggeri su strada e per ferrovia, ai sensi del quale "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".

8.2. Nella stessa le condizioni per il ricorso al provvedimento emergenziale di proroga sono testualmente identificate:

“- nella 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.;

-nella tutela dell'integrità finanziaria di Roma Capitale che, qualora fosse attivata la procedura fallimentare nei confronti di una sua società a totale capitale pubblico, comporterebbe per l'Ente

locale perdite patrimoniali in contrasto con l'obbligo di un ottimale impiego delle risorse pubbliche ai sensi dell'art. 97 della Costituzione;

-nella salvaguardia del valore degli *assets* aziendali riferiti alla produzione di servizi di trasporto quale patrimonio indisponibile di ATAC S.p.A.;

-nel garantire la continuità del servizio pubblico locale alla collettività, che sarebbero esposte 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;

- nella opportunità di risolvere la crisi aziendale tramite la continuità dell'attività statutaria per il perseguimento di un piano di recupero della redditività, tale da poter ricollocare la società sul mercato in posizione concorrenziale;

- nell'esigenza di evitare la dispersione dell'avviamento dell'azienda, il deprezzamento dei suoi approvvigionamenti e lo smembramento del complesso aziendale nella sua interezza”.

9. Con i motivi di ricorso, analiticamente specificati nell'esposizione in fatto, l'Autorità ricorrente deduce l'illegittimità della delibera gravata in quanto sarebbe stata assunta in assenza dei presupposti emergenziali previsti dal richiamato Regolamento europeo per disporre la proroga, perché attraverso di essa l'Amministrazione capitolina avrebbe in realtà preservato la propria integrità patrimoniale e conservato il controllo sulla società partecipata al 100% con evidente sviamento di potere, nonché perché in palese contrasto con il diritto comunitario in materia di concorrenza e segnatamente con gli artt. 49 e 56 del TFUE.

9.1. Secondo la prospettazione dell'A.G.C.M., posto che nel caso in esame non è integrato il presupposto della intervenuta interruzione del servizio, in quanto ATAC al momento della delibera svolgeva in maniera integrale e regolare la propria attività, come contemplato nel Contratto di Servizio, l'*iter* argomentativo è concentrato sul presupposto della imminenza del pericolo di tale interruzione ravvisandone l'“immediata concretezza (già dal prossimo gennaio 2018), in caso di mancato accoglimento della richiesta di concordato in continuità” nella conseguente dichiarazione di fallimento dell'ATAC S.p.A..

La contraddittorietà e l'illogicità dell'azione amministrativa sarebbero rese evidenti dall'effettiva operatività della proroga a ben due anni di distanza dalla delibera di approvazione, ma soprattutto dall'uso distorto di tale strumento volto a salvaguardare “l'integrità finanziaria di Roma Capitale”, “gli *assets* aziendali” e a “risolvere la crisi aziendale tramite la continuità dell'attività statutaria per il perseguimento di un piano di recupero della redditività, tale da poter ricollocare la società sul mercato in posizione concorrenziale”, piuttosto a far fronte all'interruzione del servizio di trasporto pubblico locale.

9.2. Tale ricostruzione della vicenda in esame troverebbe, inoltre, conferma nella delibera dell'ANAC n. 270 del 26.3.2019 con la quale l'Autorità anticorruzione ha evidenziato anomalie e criticità sia con riguardo all'estensione temporale del contratto di servizio dell'ATAC sia in relazione alla sussistenza del controllo analogo nella gestione del servizio TPL. Peraltro, anche ad avviso dell'ANAC, non sarebbe configurabile alcuna situazione emergenziale, né sarebbe integrato il presupposto dell'avvenuta indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, come richiesto dal più volte citato Regolamento comunitario.

10. Il Collegio ritiene non condivisibile la lettura dell'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento comunitario n. 1370/2007 proposta dall'Autorità ricorrente.

10.1. 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, il quale, all'art. 5.2, 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”.

I requisiti previsti dall'ordinamento europeo e dalla legislazione nazionale (cfr. art. 61 della legge 23.7.2009, n. 99) per l'affidamento in regime di *in house providing* del servizio di trasporto pubblico locale si risolvono nell'effettiva sussistenza del “controllo analogo” e della “dedizione prevalente” di cui all'art. 5.2 del Regolamento CE n. 1370/2007.

10.2. Può ritenersi assodato che l'ambito dell'affidamento delle concessioni del servizio di trasporto pubblico locale è contraddistinto da una disciplina speciale di fonte euro-unitaria, caratterizzata da una liberalizzazione non integrale, trattandosi di settore non soggetto per intero al regime della concorrenza. Tale affermazione trova fondamento nell'art. 106, comma 2, TFUE, ai sensi del quale “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione” (cfr. in termini Consiglio di Stato, VI, 31.5.2017, n. 2626).

Da tutto quanto precede consegue: 1) che l'affidamento *in house* costituisce modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di TPL; 2) che i presupposti della scelta di tale modulo organizzativo del servizio di T.P.L. consistono esclusivamente nel ricorrere dei requisiti previsti dal citato art. 5.2 del Regolamento n. 1370/2007, senza alcun onere motivazionale “rinforzato” circa le ragioni del mancato ricorso al mercato; 3) che la decisione di avvalersi della forma di gestione *in house* costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto laddove sia inficiata da un

travisamento dei due sopra citati presupposti di fatto, e/o da manifesta illogicità (cfr. Consiglio di Stato, III, 24.10.2017, n. 4902; Consiglio di Stato, V, 22.1.2015, n. 257).

10.3. Le suddette premesse appaiono necessarie al Collegio a fronte di un'impostazione del ricorso dell'AGCM che sembrerebbe contestare *in nuce* e ancor prima della proroga oggetto della delibera gravata la modalità di affidamento del servizio di TPL scelta da Roma Capitale, modalità che per tutte le considerazioni su riportate risulta perfettamente conforme sia alla normativa euro - unitaria che alla normativa nazionale.

Del resto la delibera n. 47 del 28.9.2012 con la quale è stato disposto l'originario affidamento ad ATAC s.p.a. del TPL, così come la successiva delibera n. 273 del 6.8.2015 con la quale è stato disposto il nuovo affidamento alla predetta azienda per il periodo 1.8.2015/3.12.2019 sono valide e non risultano essere state sospese e/o annullate dal giudice amministrativo.

11. Tanto chiarito, occorre esaminare nello specifico le censure rivolte avverso la delibera con la quale Roma Capitale ha disposto la proroga dell'affidamento del servizio in questione per ulteriori due anni spostandone la data di scadenza al 3.12.2021 rispetto a quello originariamente fissato al 3.12.2019.

11.1. La questione che appare dirimente ai fini della decisione sulla legittimità o meno della predetta proroga riguarda l'interpretazione dell'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento n. 1370/2007 e, segnatamente, del requisito "dell'imminenza del pericolo di interruzione del servizio di trasporto pubblico" per verificare se lo stesso fosse o meno configurabile al momento dell'adozione della delibera n. 2 del 16.1.2018.

11.2. Ai sensi dell'art. 1, paragrafo 1, primo comma, il Regolamento n. 1370/2007 ha lo scopo di definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto dell'Unione, nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori rispetto a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire.

11.3. Se, dunque, la *ratio* del Regolamento più volte citato è "garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori rispetto a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire", allora anche tutte le sue disposizioni non possono che essere lette seguendo tale filo conduttore.

Ne discende, quindi, che anche l'art. 5, paragrafo 5, primo alinea, ai sensi del quale "l'autorità competente può prendere provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione", deve essere letto in tale ottica.

E, allora, se ad avviso del Collegio non sussistono dubbi sull'interpretazione da attribuire al requisito "dell'interruzione del servizio" poiché l'Amministrazione si trova di fronte alla sospensione della sua erogazione e alla necessità di farvi fronte *hinc et nunc*, non altrettanto piana, a differenza di quanto sostenuto dall'Autorità ricorrente, sembra essere quella del diverso requisito "dell'imminenza dell'interruzione del servizio".

Se, infatti, tale ultimo requisito fosse considerato solo alla luce del dato temporale dell'imminenza del crearsi della situazione di sospensione/mancata erogazione del servizio, si determinerebbe una sorta di duplicazione del requisito "interruzione del servizio", declinato in modo diverso solo in ragione del dato temporale, e una simile opzione interpretativa ne sminuirebbe la portata.

Appare, invece, al Collegio che sia più logico e anche maggiormente rispondente alle finalità della citata disposizione, con la quale il legislatore comunitario ha inteso attribuire all'autorità competente poteri ulteriori, oltre a quelli ordinari, per far fronte a situazioni emergenziali, leggere il requisito "dell'imminenza del pericolo di interruzione del servizio", non solo avuto riguardo al solo elemento temporale dell'immediatezza del verificarsi dell'evento al quale fare fronte e da scongiurare – vale a dire l'interruzione del servizio pubblico di trasporto -, ma anche in un'ottica prognostica complessiva.

11.4. L'Amministrazione competente si trova, infatti, a dover affrontare una situazione di carattere eccezionale– nel caso di specie la crisi finanziaria dell'azienda che gestisce il TPL - che ha presumibili serie probabilità di pericolo nei confronti dello specifico interesse pubblico da salvaguardare, vale a dire l'effettività del servizio per i fruitori dello stesso – un servizio pubblico essenziale nella vita della collettività, a maggior ragione se costituita da una città delle dimensioni di Roma.

L'Amministrazione competente è, quindi, tenuta a valutare, alla luce di tutti gli elementi che ha a sua disposizione, quale potrebbe essere lo sviluppo adeguato di una determinata situazione e cioè il suo esito finale. Tale valutazione è condotta evidentemente sulla base di un giudizio prognostico che non può che tenere conto di quanto avvenuto e noto al momento della sua adozione e non anche di tutto ciò che è successivo alla stessa.

Occorre, allora, evidenziare che, a differenza della prospettazione di parte ricorrente, ribadita anche nelle memorie depositate ai sensi dell'art. 73 c.p.a. in vista dell'udienza di merito, la delibera n. 2 del 16.1.2018 non può essere letta alla luce di tutti gli atti che l'hanno temporalmente seguita, in particolare della nota del 24.5.2018 prot. n.44401 del Tribunale ordinario sulla situazione di ATAC e della delibera dell'ANAC del 26.3.2019 n. 270, poiché si tratta di atti che non potevano essere valutati da Roma Capitale ai fini della decisione sulla ricorrenza o meno dell'imminente pericolo di interruzione del servizio e che contengono giudizi di stretta attinenza delle autorità che li hanno espressi (in special modo del giudice ordinario) e rispetto ai quali Roma Capitale non avrebbe potuto sostituirsi.

11.5. Alla luce delle suesposte considerazioni il Collegio ritiene, pertanto, che la delibera impugnata non violi l'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento n. 1370/2007 laddove 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".

Infatti, 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.

12. Né, infine, la circostanza che Roma Capitale abbia preso in considerazione e indicato ulteriori interessi, oltre quello di evitare l'imminente pericolo di interruzione del servizio di TPL, appare idonea a inficiare la legittimità della decisione assunta con la delibera impugnata.

12.1. Al riguardo occorre evidenziare che gli ulteriori interessi considerati e valutati ai fini della decisione da assumere sono tutti interessi di natura pubblica che mirano a evitare ovvero a limitare effetti negativi per l'intera collettività.

L'aver considerato, unitamente all'imminenza del pericolo di interruzione del servizio di TPL "la tutela dell'integrità finanziaria di Roma Capitale", la "salvaguardia del valore degli assets aziendali riferiti alla produzione di servizi di trasporto quale patrimonio indisponibile di ATAC S.p.A.", l'"opportunità di risolvere la crisi aziendale tramite la continuità dell'attività statutaria per il perseguimento di un piano di recupero della redditività, tale da poter ricollocare la società sul mercato in posizione concorrenziale", l'"esigenza di evitare la dispersione dell'avviamento dell'azienda, il deprezzamento dei suoi approvvigionamenti e lo smembramento del complesso aziendale nella sua interezza", non ha, infatti, determinato alcuno sviamento di potere rispetto alla finalità principale perseguita – scongiurare l'imminente pericolo di interruzione del servizio.

L'amministrazione competente, attraverso l'indicazione di tali ulteriori interessi pubblici perseguiti attraverso l'adozione della delibera impugnata, ha ritenuto di rafforzare ed ha, effettivamente, rafforzato la propria decisione, evidenziando come la stessa fosse in grado di tutelare anche altre finalità rientranti nei suoi compiti istituzionali, oltre quella di evitare l'imminente pericolo dell'interruzione del servizio di TPL.

13. Le ragioni esposte valgono a disattendere anche le censure relative alla violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, nonché alla violazione degli artt. 49 e 56 del TFUE.

13.1. Al riguardo merita di essere evidenziato che non appare conferente alla fattispecie in esame la sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 13.1.2014, richiamata dall'AGCM nelle proprie difese. Tale pronuncia, infatti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale che prevedeva la possibilità, per gli enti locali, di reiterare la proroga dei contratti dei gestori dei servizi di trasporto pubblico locale, senza neppure che vi fosse l'indicazione di un termine finale di cessazione delle medesime, considerandola "una distorsione nel concetto di concorrenza ponendosi in contrasto con i principi generali, stabiliti dalla legislazione statale" (cfr. Corte cost. 13.1.2014, n. 2).

Con espresso riferimento a possibilità di rinnovi o proroghe automatiche di contratti in concessione relativi al trasporto pubblico locale, la Corte ha, infatti, ribadito che non è consentito al legislatore regionale disciplinare il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni alla loro scadenza – in contrasto con i principi di temporaneità e di apertura alla concorrenza – poiché, in tal modo, dettando vincoli all'entrata, verrebbe ad alterare il corretto svolgimento della concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici ed invadendo la competenza esclusiva del legislatore statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost..

13.2. Dalla analitica disamina della vicenda esaminata si evince come i principi enunciati dalla Corte costituzionale non siano conferenti alla proroga in questione che, per tutte le ragioni esposte in motivazione, risulta conforme alla normativa nazionale ed euro – unitaria ed esente dai vizi dedotti da parte ricorrente.

14. Il ricorso deve, pertanto, essere respinto.

15. Sussistono giusti motivi, in considerazione della natura degli interessi sottesi alla presente controversia, nonché delle parti della stessa, per compensare integralmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Floriana Venera Di Mauro, Primo Referendario

L'ESTENSORE  
Marina Perrelli

IL PRESIDENTE  
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO