

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1513 - COMUNE DI ROMA – PROROGA DELL’AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE AD ATAC S.P.A.

Roma, 13 febbraio 2018

Sindaca di Roma Capitale
Presidente dell’Assemblea Capitolina
Assessore alla Città in movimento

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 7 febbraio 2018, ha deliberato l’invio a codesto Comune del proprio parere, espresso ai sensi dell’articolo 21-*bis* della Legge n. 287/90, in merito ad un possibile nuovo affidamento ad ATAC S.p.A. del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma (di seguito, “ATAC”).

In merito ad una ipotesi di proroga dell’attuale affidamento ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, nel parere del 31 ottobre 2017¹ l’Autorità riteneva che: “[...] *nel caso di specie, nonostante la descritta situazione di grave crisi economica e finanziaria in cui versa ATAC, non sussistano le condizioni di emergenza o di pericolo imminente di interruzione di servizio che giustificano l’applicazione della richiamata disposizione normativa. L’attuale affidamento, infatti, scade il 3 dicembre 2019 e il periodo che residua prima di tale scadenza (pari a oltre due anni) rappresenta un lasso di tempo sufficiente per l’ente affidante a porre in atto tutte le iniziative previste dal Reg. (CE) n. 1370/2007 (in particolare ai sensi dell’articolo 7, par. 2 e 3), propedeutiche alla riorganizzazione del servizio di trasporto pubblico locale senza soluzione di continuità. Pertanto, una proroga del contratto di servizio di cui è attualmente titolare ATAC sarebbe suscettibile delle medesime censure che hanno colpito le proroghe automatiche dei contratti di servizio e, più in generale, il mantenimento di affidamenti preesistenti in capo agli stessi concessionari di servizi di trasporto pubblico legale che si pongono al di fuori dell’alveo posto dall’articolo 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, in quanto lesivi del principio di tutela della concorrenza*”.

Con il suddetto parere l’Autorità invitava, pertanto, codesto Comune a comunicare tutte le determinazioni, corredate dalla pertinente documentazione, assunte con riguardo alla valutazione delle suesposte considerazioni di natura concorrenziale in relazione al futuro affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma in capo ad ATAC.

Nell’ambito delle proprie attività istituzionali l’Autorità è venuta a conoscenza del fatto che nella seduta del 16 gennaio 2018 l’Assemblea Capitolina, con propria Deliberazione n. 2/2018 (di

¹ Cfr. il provv. del 31 ottobre 2017 AS 1446 – Comune di Roma – Affidamento ad ATAC del servizio di trasporto pubblico locale, in Boll. 43/2017.

seguito, “la Deliberazione”), su proposta della Giunta n. 1 del 3-4 gennaio 2018, ha deciso di avvalersi della potestà di cui all’articolo 5, paragrafo 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, disponendo una proroga dell’affidamento del servizio di trasporto urbano di superficie (nonché di altri servizi connessi) di due anni rispetto all’attuale scadenza, ovvero fino al 4 dicembre 2021.

Nel riassumere gli elementi della Deliberazione salienti e di rilievo in questa sede, si osserva che nella stessa si prende atto del fatto che l’Autorità nel suo parere AS1446 “[...] *ha rappresentato come per l’applicazione dell’art. 5, comma 5, Regolamento 1370/2007 non sussisterebbero le condizioni di pericolo imminente di interruzione di servizio che giustificano l’applicazione della richiamata disposizione normativa, ritenendo l’attuale residua durata dell’affidamento in essere sufficiente per l’ente affidante a porre in atto tutte le iniziative previste dal regolamento CE n. 1370/2007 (in particolare ai sensi dell’articolo 7 par. 2 e 3), propedeutica alla riorganizzazione del servizio di trasporto pubblico locale senza soluzione di continuità*”.

Tuttavia, le osservazioni avanzate dall’Autorità nel parere del 31 ottobre 2017 sono state ritenute dall’Assemblea Capitolina superabili, innanzitutto, in quanto l’affidamento del servizio a un altro operatore richiede delle tempistiche, necessarie ai fini dell’organizzazione della procedura, che non risulterebbero coerenti con le esigenze di continuità del servizio.

Inoltre, la proroga biennale dell’affidamento del servizio, secondo l’Assemblea, costituirebbe un atto dovuto in conseguenza delle scelte già effettuate sullo strumento di risanamento dell’impresa che “innesterebbero” la speciale normativa fallimentare rispetto alle ordinarie previsioni di legge sul trasporto pubblico locale.

L’Assemblea Capitolina fa, infatti, proprie le considerazioni espresse nella nota del 3 novembre 2017 con la quale ATAC ha comunicato al Comune di Roma che il Piano Concordatario, all’epoca in fase di elaborazione, basa la propria sostenibilità su un prolungamento del vigente contratto di servizio fino al 4 dicembre 2021, in quanto l’attuale scadenza, fissata al 3 dicembre 2019, non sarebbe stata conciliabile con il percorso di risanamento dell’impresa avviato con la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale c.d. “in bianco”. In mancanza della proroga dell’affidamento per un periodo minimo di due anni, infatti, l’impresa non sarebbe stata in grado di formulare una proposta ragionevole per i creditori e, dunque, di presentare il Piano Concordatario stesso. Ciò in quanto il successivo giudizio di fattibilità del Piano da parte del Tribunale e l’approvazione del medesimo da parte dei creditori sarebbe legato in maniera inscindibile al possesso da parte della società di un titolo giuridico certo che assicuri la continuità aziendale. Quest’ultima non sarebbe, per contro, garantita se l’impresa non venisse definitivamente ammessa alla procedura concordataria, dal momento che i percorsi alternativi previsti dalla legislazione fallimentare perseguirebbero un’ottica meramente liquidatoria, non compatibile con la continuità del servizio.

Secondo quanto emerge dalla Deliberazione, la procedura concordataria di ATAC avrebbe come fine il risanamento dell’azienda e la conservazione del patrimonio produttivo, obiettivi che assumono nel caso di specie un rilievo economico e sociale di interesse generale, in quanto risultano funzionali al soddisfacimento del diritto alla mobilità, espressione necessaria del diritto costituzionale alla circolazione. L’Assemblea ritiene, dunque, che, ai fini della tutela del diritto alla circolazione, sia necessario intervenire prima che le difficoltà economico-finanziarie di ATAC diventino insanabili, in quanto, una volta divenuta irreversibile la crisi dell’azienda, sarebbe necessario attivare altre procedure concorsuali, nell’ambito delle quali la continuità dell’attività di impresa si svolgerebbe a tutela di interessi diversi rispetto a quello della continuità del servizio, il cui pericolo di interruzione non potrebbe essere, dunque, scongiurato.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'Assemblea Capitolina ritiene che la proroga dell'affidamento ad ATAC sia necessaria per:

- “[...] 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.”
- “[tutelare l’]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’articolo 97 della Costituzione”;
- “[salvaguardare il] valore degli asset aziendali riferiti alla produzione di servizi di trasporto quale patrimonio indisponibile di ATAC S.p.A.”;
- “[...] garantire 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”;
- “[...] 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”;
- “[...] evitare la dispersione dell’avviamento aziendale, il deprezzamento dei suoi approvvigionamenti e lo smembramento del complesso aziendale nella sua interezza”.

Infine, secondo quanto si afferma nella Deliberazione, la proroga sarebbe strettamente funzionale alla predisposizione degli atti e alla realizzazione delle condizioni di carattere industriale necessarie al successivo svolgimento di una delle procedure per il futuro affidamento del servizio, nel rispetto dei principi di concorrenza, universalità, efficienza, economicità e qualità, in adesione a quanto espresso dall’Autorità nel parere del 31 ottobre 2017.

L’Assemblea Capitolina ha, pertanto, deciso di avvalersi della potestà prevista dall’art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007 e di prorogare l’affidamento del servizio di trasporto pubblico locale fino al 4 dicembre 2021 in favore di ATAC, condizionatamente all’omologazione della domanda di concordato preventivo con continuità aziendale presentata da ATAC al Giudice Fallimentare in data 18 settembre 2017. Contestualmente, l’Assemblea ha deliberato di dare mandato alla Giunta Capitolina, con riferimento alla nuova scadenza dell’affidamento del servizio, di effettuare ogni opportuna valutazione sulle future modalità di svolgimento dei servizi oggetto della proroga in conformità al citato Reg. (CE) n. 1370/2007 e alla normativa di settore.

Al riguardo, occorre preliminarmente chiarire che, anche nell’ambito di una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, la legittimità del ricorso alla proroga d’urgenza degli affidamenti del servizio di trasporto pubblico locale deve essere stabilita esclusivamente alla luce dei principi che governano la disciplina settoriale, ovvero del Reg. (CE) n. 1370/2007 (di seguito, anche il “Regolamento”).

È pacifico che l’intero impianto normativo del Regolamento si caratterizza per un *favor* nei confronti del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, indirizzato a tutelare al massimo il principio della libera concorrenza². Di talché, eventuali deroghe allo stesso – quali le proroghe dell’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (a maggior ragione se concesso nella

² Cfr., sul punto, Corte Cost., sentenze del 11 aprile 2011 n. 123 e del 13 gennaio 2014 n. 2, nonché Corte Conti, Deliberazione del 13 febbraio 2014 n. 12.

forma dell'*in house providing*) – sono ammesse solo in circostanze eccezionali. Dette circostanze sono, innanzitutto, tassativamente tipizzate dall'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, il quale ritiene legittime le proroghe dell'affidamento del servizio solo ed esclusivamente per evitare l'*"interruzione del servizio"* o far fronte ad un *"pericolo di imminente interruzione del servizio"*³. Inoltre, esse, proprio in quanto eccezionali, sono soggette ad un'interpretazione restrittiva.

Tutto ciò premesso, e posto che nel caso di specie non si versa in un'ipotesi di servizio già interrotto, si osserva, innanzitutto, che codesto Comune, nel motivare il proprio provvedimento, richiama solamente in maniera formale il disposto normativo dell'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, laddove fa riferimento alla necessità di *"evitare un pericolo imminente di interruzione del servizio TPL"* e di *"garantire continuità del servizio pubblico locale alla collettività, che sarebbe esposta a serio pregiudizio"*, senza, tuttavia, indicare e specificare se le circostanze eccezionali che danno luogo ad un *"pericolo imminente"* o ad un *"serio pregiudizio"* per la continuità del servizio si siano effettivamente verificate.

Al riguardo, si osserva, infatti, che il contratto di servizio relativo all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma non è scaduto, né la sua scadenza, essendo fissata al 3 dicembre 2019, risulta imminente. Si ribadisce, pertanto, quanto già affermato nel parere del 31 ottobre 2017, ovvero che il periodo che residua prima di tale scadenza (pari a circa due anni) rappresenta di per sé un lasso di tempo sufficiente a porre in atto tutte le azioni richieste dal Regolamento (CE), n. 1370/2007 (in particolare ai sensi dell'articolo 7, par. 2 e 3), necessarie ai fini del futuro affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma.

Sotto questo profilo, l'asserita discrasia tra il tempo necessario per l'organizzazione della procedura di affidamento del servizio e la garanzia della continuità del servizio, adottata da codesta Amministrazione, non risulta adeguatamente motivata nella Deliberazione. Sul punto, infatti, si osserva che codesto Comune in via prematura e anticipata prefigura non meglio specificati impedimenti all'azione amministrativa finalizzata al ri-affidamento del servizio, la cui esistenza allo stato appare non supportata da alcuna attività istruttoria, e che semmai appaiono riconducibili al non tempestivo avvio delle attività prodromiche all'affidamento del servizio dal 4 dicembre 2019. L'istituto della proroga emergenziale disciplinata dall'art. 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007 è, infatti, strettamente funzionale alla necessità di garantire la continuità del servizio *"in attesa dell'aggiudicazione di un nuovo contratto di servizio pubblico"*⁴, ossia nell'ambito di procedure di affidamento già avviate, la cui durata è certamente destinata ad estendersi, rispetto ai tempi inizialmente preventivati dall'Amministrazione, a causa di circostanze eccezionali e imprevedibili. Nel caso di specie, tuttavia, non emergono elementi che dimostrano che codesta Amministrazione ha provveduto tempestivamente ad avviare la procedura necessaria al ri-affidamento del servizio.

Né appaiono integrare circostanze eccezionali ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 5 del Regolamento le esigenze di risanamento dell'impresa, di salvaguardia degli *asset* aziendali o di tutela dei diritti patrimoniali dei soci poste alla base del provvedimento *de qua* (*"integrità finanziaria di Roma Capitale"*, *"salvaguardia del valore degli asset aziendali"*, *"risolvere la crisi aziendale tramite la continuità dell'attività statutaria per il perseguimento di un piano di recupero della redditività,*

³ La norma in esame recita: *"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. L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di 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 Cfr. il Considerando 24 del Reg. (CE) n. 1370/2007.

tale da poter ricollocare la società sul mercato in posizione concorrenziale”, “evitare la dispersione dell’avviamento aziendale, il deprezzamento dei suoi approvvigionamenti e lo smembramento del complesso aziendale nella sua interezza”), le quali sono orientate alla tutela di interessi che, in alcuni casi, non presentano un carattere generale e che, in ogni caso, non sono funzionali a garantire la continuità del servizio e, dunque, in quanto tali sono inconferenti rispetto alla *ratio* dell’art. 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007.

Alla luce di queste considerazioni, si ritiene, pertanto, che la proroga biennale dell’affidamento *in-house* del servizio pubblico locale nel territorio del Comune di Roma in favore di ATAC sia stata concessa in circostanze che, in virtù della richiamata interpretazione restrittiva, allo stato attuale non risultano “eccezionali” nel senso indicato dall’art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007.

La restrizione alla concorrenza che ne deriva, peraltro, non appare giustificata, in quanto essa non risulta né indispensabile né proporzionata all’obiettivo - la continuità del servizio - che intende perseguire.

Si ritiene, infatti, che codesta Amministrazione faccia erroneamente dipendere l’obiettivo della continuità del servizio da quello del risanamento di ATAC, laddove, invece, il primo risulta essere perseguibile in via autonoma, a titolo di esempio, tramite procedure alternative quali l’esercizio provvisorio nell’ambito del fallimento e l’amministrazione straordinaria di grandi imprese in stato di insolvenza.

Attualmente la continuità del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma è, infatti, garantita dal vigente contratto di servizio fino alla scadenza dello stesso, ossia, come già ricordato, fino al 3 dicembre 2019. Il pericolo imminente di interruzione dello servizio potrebbe, al più, essere eventualmente ravvisabile solo laddove, nelle more della conclusione della procedura per il nuovo affidamento del servizio, tale contratto nel frattempo giunga a scadenza. Ove ciò si verificasse, solo allora potrebbero ricorrere i requisiti per l’applicazione dell’art. 5, par. 5, Reg. CE n. 1370/2007 che consentono a codesto Comune di procedere alla proroga dell’affidamento del servizio, la quale sarebbe, in ogni caso, ammessa solo per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura.

Sotto quest’ultimo profilo, peraltro, la proroga biennale dell’affidamento *in house* ad ATAC disposta con la Deliberazione non risulta proporzionata all’obiettivo che si prefigge di raggiungere, in quanto codesto Comune ha deciso di avvalersi del tempo massimo ammesso dalla norma, senza conoscere il periodo effettivamente necessario per organizzare la procedura di affidamento del servizio, ma dando implicitamente per scontato che questo coincida con i tempi prefigurati per il risanamento dell’impresa. L’eccezionalità delle circostanze che consentono il ricorso alle proroghe, invece, impone anche che queste siano il più possibile limitate nel tempo, come emerge dal fatto che esse sono identificate dal Regolamento come “*misure di emergenza a breve termine*”⁵.

Tanto premesso, in conclusione, si ritiene che la proroga biennale dell’affidamento *in-house* del servizio pubblico locale in favore di ATAC, disposta con la Deliberazione, violi il dettato normativo posto dall’art. 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007, poiché essa è stata concessa in circostanze che non integrano “*un pericolo imminente di interruzione del servizio*” di trasporto pubblico nel Comune di Roma.

La Deliberazione, nel prorogare illegittimamente l’affidamento diretto esistente in capo ad ATAC, configura altresì una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all’art. 49 TFUE, risultando così idonea, per i motivi sopraindicati, a restringere ingiustificatamente la concorrenza per il mercato

⁵ Cfr. il Considerando 24 del Reg. (CE) n. 1370/2007.

dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma, dal momento che, in violazione del principio di proporzionalità che sovrintende l'azione amministrativa, essa ritarda e ostacola l'affidamento del servizio per il tramite di una procedura competitiva.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/90, il Comune di Roma dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

f.f. IL PRESIDENTE

Gabriella Muscolo

Comunicato in merito al mancato adeguamento del comune di Roma al parere espresso dall'Autorità ex art. 21 bis della legge 287/90 in merito alla proroga dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale di Roma ad ATAC

In un parere motivato deliberato ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/90 in data 7 febbraio 2018, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") ha ritenuto che la proroga biennale dell'affidamento del servizio pubblico locale in favore di ATAC S.p.A., disposta con la Deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 2 del 16 gennaio 2018, violi l'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, poiché è stata concessa in assenza del presupposto del "pericolo imminente di interruzione del servizio", e configuri una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. La proroga risulta idonea ad ostacolare ingiustificatamente la concorrenza nel mercato dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma, dal momento che, in violazione del principio di proporzionalità che sovrintende l'azione amministrativa, ritarda e ostacola l'affidamento del servizio per il tramite di una procedura competitiva.

Le medesime osservazioni erano state già oggetto di parere espresso dall'Autorità ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90 (AS1446 del 31 ottobre 2017 -Comune di Roma – affidamento ad ATAC del servizio pubblico locale).

Più in particolare, l'assenza del presupposto del pericolo imminente di interruzione del servizio deriva dal fatto che l'attuale contratto relativo all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma non è scaduto, né la sua scadenza, essendo fissata al 3 dicembre 2019, risulta imminente. Pertanto, il periodo che residua prima di tale scadenza costituisce un lasso di tempo sufficiente a porre in atto tutte le azioni richieste dal Reg. (CE) n. 1370/2007 necessarie ai fini del futuro affidamento del servizio.

La proroga biennale dell'affidamento *in house* ad ATAC non risulta, peraltro, secondo l'AGCM, proporzionale all'obiettivo che si prefigge di raggiungere, in quanto il Comune di Roma ha deciso di avvalersi del tempo massimo ammesso dalla norma, senza conoscere il periodo effettivamente necessario per organizzare la procedura di affidamento del servizio, ma dando implicitamente per scontato che questo coincida con i tempi della procedura concordataria.

A seguito del ricevimento del suddetto parere motivato, con comunicazione pervenuta il 23 aprile 2018, il Comune di Roma Capitale ha inviato una nota con cui ha reso noto all'AGCM di non condividere i rilievi ivi contenuti e ha confermato la legittimità della Deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 2 del 16 gennaio 2018.

Preso atto del mancato adeguamento del Comune di Roma Capitale al parere motivato, l'AGCM, nella riunione del 24 aprile 2018, ha disposto l'impugnazione del provvedimento dinanzi al Tar Lazio.
