Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 270 del 26 marzo 2019

Fascicolo UVCS n. 181/2018

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.

Il Consiglio

nell'adunanza del 26 marzo 2019;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;
Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Considerato in fatto
A seguito di alcune segnalazioni pervenute nel mese di gennaio 2018, concernenti presunte anomalie riferite alla proroga dei servizi in oggetto, l'Autorità ha avviato il procedimento di vigilanza con comunicazione prot. n. 5707 del 19.1.2018.
L'indagine è stata incentrata sulla sussistenza dei requisiti necessari all'adozione del provvedimento di proroga, nonché di quelli relativi all'ammissibilità della gestione *in house*.
A tal fine nell'istruttoria sono confluite informazioni e dati risalenti nel tempo necessari a ricostruire le pregresse modalità di gestione del servizio pubblico di trasporto.
Dalle prime risultanze istruttorie è emerso che sin dal 2010 ATAC S.p.A. ha sofferto perdite tali da ridurre il valore del patrimonio sociale netto dell'azienda al di sotto del limite legale, prossima al verificarsi dei presupposti di cui all'art. 2447 c.c..
Pertanto, con deliberazione di A.C. n. 38 del 21/22 giugno 2011 è stata approvata un'operazione di riorganizzazione societaria e ripatrimonializzazione della suddetta azienda al fine di garantire un esercizio unitario dei servizi di trasporto pubblico locale nel nome di universalità, accessibilità, continuità ed efficienza del servizio stesso.
Ciò posto, con deliberazioni di Giunta Capitolina (di seguito "G.C.") n. 373/2011, n. 35/2012, n.

353/2012 e n. 314/2013 è stata disposta la proroga dei contratti di servizio con ATAC S.p.A., i quali avevano scadenza naturale fissata al 31.12.2011, fino al termine del 31 dicembre 2013.

Con deliberazione di A.C. n. 47 del 15 novembre 2012 sono stati affidati, *in house providing*, ad ATAC S.p.A., partecipata al 100% da Roma Capitale, i servizi di trasporto pubblico locale di superficie e metropolitano e i servizi connessi, nonché il servizio di gestione dei parcheggi di interscambio e della sosta tariffata su strada fino al 3 dicembre 2019. Insieme, si approvavano le linee guida dell'affidamento in questione; il tutto al fine di soddisfare esigenze sia di natura economica che sociale non salvaguardabili attraverso il ricorso al mercato.

Con delibera di G.C. n. 450/2013 sono stati prorogati i contratti di servizio del TPL sino al 31 marzo 2014 e, contestualmente, si è approvata la relazione predisposta ai sensi dell'art. 34, comma 20, D.L. n. 179/2012, convertito in L. n. 221/2012.

Con deliberazione di G.C. n. 273/2015 è stato disposto l'affidamento ad ATAC S.p.A. dell'esercizio dei servizi di T.P.L. di superficie e metropolitana e delle attività complementari di cui alla delibera A.C. n. 47/2012, approvando anche il Contratto di Servizio per il periodo 1 agosto 2015 – 3 dicembre 2019, contratto basato sulla tipologia dei c.d. *Net Cost*.

Ciononostante, nel mese di settembre 2017 è stato dato riscontro di una nuova situazione di crisi aziendale prossima ai presupposti di cui all'art. 2447 c.c., tale da comportare la necessità di individuare soluzioni atte ad assicurare la continuità del servizio così come conosciuto dagli utenti.

Per tale motivo, con Ordine del giorno n. 110 del 7 settembre 2017, nel quale si prendeva atto di un debito aziendale pari a 1,3 miliardi di euro, di un patrimonio netto negativo pari a circa 63,4 milioni di euro, di un rilevante indebitamento verso banche e fornitori, di un prossimo verificarsi dei presupposti di cui all'art. 2447 c.c. e dell'individuazione della procedura di concordato preventivo in continuità quale strumento adatto al superamento della crisi aziendale, l'Assemblea Capitolina ha impegnato il Sindaco p.t. e la Giunta a porre in essere tutti gli atti necessari e propedeutici a fronteggiare la detta crisi attraverso l'avvio di una procedura di concordato preventivo al fine di mantenere, unitamente al servizio di trasporto pubblico locale da parte di ATAC S.p.A., la connessa salvaguardia dei livelli occupazionali.

Successivamente, prendendo atto degli indirizzi disposti dall'Assemblea Capitolina, la Giunta, con memoria n. 55 dell'8 settembre 2017, incaricava i competenti uffici di Roma Capitale affinché fossero 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.

In data 10 settembre 2017 il Consiglio di Amministrazione di ATAC S.p.A., analizzata la situazione economica e patrimoniale al 31.12.2016 e al 30.06.2017, decideva di procedere alla richiesta di concordato preventivo in continuità con ricorso in bianco; quindi, in data 18 settembre 2017, ATAC S.p.A. ha presentato al Tribunale civile di Roma – Sezione Fallimentare domanda di Concordato Preventivo ai sensi dell'art. 161, VI comma, L.F.

Il Tribunale, ammettendo la richiesta, concedeva il termine ultimo del 26 gennaio 2018 per la presentazione del Piano Concordatario.

ATAC S.p.A., a seguito della richiesta da parte del Comune di una relazione per la procedura concordataria, con nota prot. QG 38279 del 3 novembre 2017, specificava che *ai fini del giudizio di fattibilità del piano concordatario da parte del Tribunale e dell'approvazione del medesimo da parte dei creditori, occorre un titolo giuridico certo in capo alla società che assicuri la continuità per tutta la durata del piano e che la presenza di tale elemento di certezza è imprescindibile, mentre la variabilità delle componenti economiche del piano concordatario può accogliere margini di tolleranza. [...] Il piano concordatario in continuità aziendale [...] dovrà avere una durata maggiore dell'attuale durata del contratto di servizio (03.12.2019). Come evidenziato in precedenza, attualmente si sta elaborando un Piano Industriale che abbraccia il periodo 2018 – 2021, che costituisce l'orizzonte minimo. [...] Con un orizzonte temporale di soli due anni, l'Azienda, nel percorso concordatario non sarebbe in grado di formulare una proposta considerata fattibile dal Tribunale o ragionevole per i propri creditori. Verrebbero quindi meno i presupposti per la presentazione dello stesso piano concordatario*.

Secondo ATAC, in caso di mancata proroga del servizio e, consequenzialmente, mancata approvazione del piano concordatario, l'unica prospettiva conoscibile dall'Azienda sarebbe stata quella liquidatoria; tale eventualità avrebbe comportato il peggioramento dei rapporti col personale, dei rapporti coi fornitori, la forte decrescita degli investimenti, l'annullamento degli organi di amministrazione e controllo della Società, l'incertezza sul futuro dell'Azienda così da tradurre il tutto nella concretizzazione dei presupposti di un pericolo imminente di interruzione di servizio di TPL in tutto il Comune di Roma. Un rischio del genere, a detta della Società, non può essere superato ovvero evitato *mediante l'affidamento del servizio a un diverso gestore da parte del Comune di Roma, in quanto le necessarie tempistiche, ai fini dell'organizzazione delle attività e del trasferimento degli* assets*, non risulterebbero coerenti con le esigenze di continuità del servizio stesso. Sotto questo aspetto,* continua ATAC, *può essere utile sottolineare come la stessa A.G.C.M. (*AS 1421 del 17.8.2017) *abbia evidenziato che una procedura di gara dura in media 4-5 anni e per l'avvio del servizio, nel caso di conseguimento dell'aggiudicazione, i tempi sono tendenzialmente non inferiori a 2 anni.* A ciò si unisce il fatto che, dal punto di vista patrimoniale, il danno per la Società, il

Socio Unico e, indirettamente, per la collettività non sarebbe indifferente: l'intero credito vantato dal Comune verso ATAC S.p.A., pari a 530 milioni di euro, sarebbe ragionevolmente soggetto ad integrale falcidia, ovvero postergato, nel suo valore residuo, al soddisfacimento di tutti i creditori, nel valore massimo perseguibile dalla procedura liquidatoria.

Inoltre, ATAC S.p.A., con prot. n. 804877 del 28 dicembre 2017, faceva pervenire all'Amministrazione Capitolina il parere *pro veritate* di un consulente legale all'uopo incaricato, a mezzo del quale si sostenevano e si ribadivano le ragioni della piena sostenibilità di una proroga biennale del contratto fino al 3 dicembre 2021.

A ciò si aggiungeva, in data 29 dicembre 2017, una nota di Roma Servizi per la Mobilità, società strumentale di Roma Capitale, con la quale si comprovano le condizioni ed i costi *standard* di servizio confermati come tali in caso di estensione dell'efficacia negoziale del suddetto affidamento. In particolar modo, secondo la Società *de qua*, i costi *standard* alla base dell'approvazione e della considerazione di congruità da parte di Roma Capitale del contratto di servizio 2015/2019 di ATAC S.p.A., in quanto invariati nel caso di proroga, rimarrebbero, in regime di *net cost*, pari a 3,38 euro bus*Km, a confronto con la media italiana di 3,98 euro corsa*Km.

Ciò posto, con delibera di G.C. n. 1 del 3-4 gennaio 2018, si proponeva all'A.C. di disporre una proroga, *ex* art. 5 par. 5 reg. (CE) 1370/2007[1], dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale di superficie e di metropolitana, 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 alla società ATAC S.p.A. per ulteriori due anni, dal 4 dicembre 2019 al 3 dicembre 2021; di condizionare gli effetti della proroga del suddetto contratto alla omologazione della domanda di concordato preventivo in continuità aziendale che sarebbe stata presentata da ATAC S.p.A. al Tribunale Civile di Roma – Sezione Fallimentare; di dare atto che la spesa per il periodo 4 dicembre 2019 – 31 dicembre 2019 è stimata in euro 42.000.000,00 (I.V.A. al 10% inclusa), per l'annualità 2020 è stimata in 560.000.000,00 (I.V.A. al 10% inclusa), per il periodo 1 gennaio 2021 – 3 dicembre 2021 è stimata in euro 518.000.000,00 (I.V.A. al 10% inclusa).

[1] Art. 5, par. 5, Reg. (CE) n. 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».*

Inoltre, in data 4 gennaio 2018, con nota prot. n. RC/2018/203, il Segretariato Generale di Roma Capitale, nell'ambito dello svolgimento di attività di assistenza giuridico amministrativa resa ai sensi dall'art. 97 del T.U.E.L., prendeva atto della connotazione di *atto necessitato* che il provvedimento di proroga assumeva per effetto del quadro tecnico-economico venuto a delinearsi e delle conseguenze prospettabili in caso di mancata adozione dello stesso, senza però tralasciare di evidenziare *i profili critici correlati alle intervenute osservazioni rese dall'A.G.C.M., in ordine all'applicabilità alla fattispecie in esame di quanto previsto dall'art. 5, par. 5 del Regolamento Comunitario n. 1370/2007, invocato a ragione giuridica del provvedimento.* Nella nota in esame è dato leggersi che la perplessità al riguardo *è anche legata alla circostanza di disporre, in via anticipata, un provvedimento di proroga disgiunto dalla scadenza del contratto attualmente in essere, sul solo affermato presupposto che non possa costruirsi un piano industriale di supporto al redigendo piano concordatario di durata inferiore al quadriennio.* Si legge, inoltre, che i suddetti profili di criticità evidenziati dal Segretariato Generale sono stati sollevati anche dal Responsabile del Servizio di Ragioneria e condivisi dal Capo dell'Avvocatura Capitolina.

Pertanto, il Consiglio di Amministrazione di ATAC S.p.A., nella seduta del 12 gennaio 2018, approvava il piano industriale da presentare all'interno della procedura di concordato.

Questo, sviluppato su un orizzonte temporale che guarda al 3 dicembre 2021, poggia le sue basi sull'incremento quantitativo dell'offerta chilometrica dei ricavi del contratto di servizio, sulla trasformazione digitale dell'azienda e rapporto con l'utenza, sul riposizionamento commerciale dell'impresa, sull'incremento dell'efficienza interna e su un nuovo rapporto con i propri dipendenti.

Alle basi di cui sopra, si affiancherebbero interventi trasversali necessari per garantire le condizioni di sostenibilità industriale ed economica necessaria per gli obiettivi dello stesso Piano; strumenti atti a quanto detto sono ravvisabili nel rinnovo del parco mezzi (circa 220.000.000,00 di euro di investimenti complessivi), in alcuni interventi di ottimizzazione della logistica, nel processo di *change management* funzionale a un corretto recepimento degli indirizzi e delle azioni all'interno dell'azienda.

Obiettivo primario del piano industriale risiede nell'aumento di copertura della rete chilometrica, cercando di incrementare la disponibilità media del parco mezzi ATAC dal 63% all'80%.

L'assunzione di circa 600 nuovi autisti, insieme ad un ampio percorso di trasformazione digitale della stessa azienda e del rapporto tra essa e l'utenza, consentirebbero di raggiungere

efficacemente un elevato livello di offerta e, di conseguenza, un aumento della domanda e dei ricavi da traffico.
Razionalizzazione dei costi indiretti e di struttura, azioni di riposizionamento commerciale (lotta all'evasione, sviluppo dei ricavi pubblicitari, locazioni), ottimizzazione dell'organico, sono altri strumenti che, coadiuvati coi precedenti, permetterebbero la generazione di utili di impresa a partire dall'esercizio del 2019.

Ciò premesso, a seguito delle segnalazioni pervenute all'Autorità, come sopra richiamate, concernenti presunte anomalie riferite alla proroga dei servizi in oggetto, è stato avviato il procedimento di vigilanza in data 19.1.2018.
Dalle informazioni e dai dati acquisiti nella fase preistruttoria, infatti, erano emerse possibili anomalie nelle iniziative di Roma Capitale tese a garantire l'esercizio del trasporto pubblico in regime di gestione in house avvalendosi di ATAC S.p.A. oltre la scadenza naturale del contratto di servizio del 3.12.2019, mediante ricorso ad una proroga di durata biennale (sino al 3.12.2021) ex art. 5, par. 5, del Regolamento CE n. 1370/2007 (di seguito anche "Regolamento CE").
Tale iniziativa, assunta dalla Giunta comunale con proposta n. 1 del 3-4 gennaio 2018, è stata approvata dall'Assemblea Capitolina con deliberazione n. 2 del 16.1.2018, ventitré mesi prima la scadenza naturale del contratto.
L'efficacia della proroga, peraltro, è stata condizionata alla omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale che, alla data delle segnalazioni predette, stava per essere formalizzato con istanza di rito da ATAC S.p.A. al Tribunale Civile di Roma Sezione Fallimentare per evitare il fallimento cui era ormai esposta l'Azienda per stato di insolvenza.
Negli esposti pervenuti sono state sollevate censure con riferimento all'estensione dell'efficacia temporale del contratto di servizio sia sotto il profilo delle scelte in merito alla procedura concorsuale, sia sotto il profilo di legittimità della proroga stessa.
Per quanto qui di interesse è stato, infatti, rilevato che in luogo della detta procedura concorsuale il Comune di Roma avrebbe dovuto ricorrere alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza nelle more di espletamento di una nuova gara.
Ai fini dell'avvio del procedimento, inoltre, si è tenuto conto dei rilievi riferiti alla presunta illegittimità del provvedimento emergenziale di proroga basato sull'applicazione dell'art. 5, par. 5, Reg. (CE) n. 1370/2007, tenuto conto altresì della pronuncia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "A.G.C.M.") del 31.10.17 (v. *infra*).
Sul punto si è pronunciato di recente anche il giudice amministrativo (T.A.R. Abruzzo, Sez. I, n. 220 del 12.7.2017) affermando che l'applicazione dell'articolo 5, par. 5, del Regolamento

1370/2007, non trova ragione di essere nel momento in cui sussiste una inerzia pluriennale nell'attuare compiutamente le disposizioni di cui all'art. 16 del d.lgs. 422/1997. Rimane fermo il fatto che, nel caso *de quo*, si tratti di una controversia concernente i c.d. servizi minimi di ambito regionale.

Con rilievi contenuti in altre segnalazioni, trattati nel presente procedimento per ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva e finalizzati anch'essi ad evidenziare gravi violazioni della normativa europea ed interna in materia di concorrenza e servizi pubblici, è stato evidenziato che nella tardiva presa d'atto [dello stato di dissesto di ATAC S.p.A.] *c'è tutta l'evanescenza del controllo analogo che in base ai principi del in house providing dovrebbe esercitare un'amministrazione nell'erogazione di un servizio attraverso una società da essa partecipata.* Secondo gli esponenti, inoltre, *la proroga violerebbe anche i diritti politici e le prerogative dei cittadini in relazione al diritto, ormai acquisito, di esprimersi con referendum consultivo in merito alla prosecuzione o meno del servizio in regime di in house oltre il 2019.*

A riguardo la Commissione per i referendum di Roma Capitale si è già espressa sancendo l'ammissione del quesito referendario sulla messa a gara del servizio, calendarizzato per l'11 novembre 2018.

Come sopra anticipato, pertanto, preso atto delle criticità segnalate e ritenuto di dover procedere con gli accertamenti del caso, l'Autorità ha comunicato l'avvio del procedimento a Roma Capitale, nonché a Roma Servizi per la Mobilità S.r.l. e ad ATAC S.p.A. mediante nota prot. n. 5707 del 19.1.2018.

In particolare, il Comune di Roma è stato invitato a fornire documenti, chiarimenti ed informazioni in merito alla deliberazione di Assemblea Capitolina (di seguito "A.C.") n. 2 del 16.1.2018, nonché alla nota del 29.12.2017 di Roma Servizi per la Mobilità, società strumentale di Roma Capitale, insieme ad una relazione illustrativa circa la necessarietà di procedere alla proroga in esame.

In risposta alle richieste istruttorie avanzate dall'Autorità con la comunicazione di avvio del procedimento, sono pervenute distinte memorie nei mesi di gennaio e febbraio 2018 da parte di Roma Servizi per la Mobilità S.r.l. (trasmissione della documentazione predisposta dagli uffici competenti circa l'elaborazione di modelli e simulazioni di costi standard) e di Roma Capitale, rispettivamente acquisite ai prott. n. 12604 del 9.2.2018 e n. 15662 del 20.2.2018.

Inoltre, in data 7.3.2018 si è svolta un'audizione dinanzi al competente Ufficio dell'Autorità a seguito di esplicita richiesta del Sindaco di Roma pervenuta al prot. n. 15163 del 19.2.2018 ed assentita con nota prot. n. 16331 del 21.2.2018, alla quale hanno partecipato gli Assessori al

Bilancio e alla Città in Movimento del Comune di Roma Capitale, nonché il Direttore Generale dell'Amministrazione Capitolina.

Successivamente è pervenuta, altresì, apposita istanza da parte del Presidente di ATAC S.p.A., acquisita al prot. n. 21983 del 9.3.2018 per l'attivazione di una vigilanza collaborativa dell'Autorità.

Stando a quanto riferito da Roma Servizi per la Mobilità S.r.l. con nota prot. n. 12604 del 9.2.2018, il valore del corrispettivo del contratto di servizio 2015 fu calcolato con costi standard efficientati e l'adozione di questo metodo è stato poi alla base dell'approvazione e della considerazione di congruità del contratto di servizio 2015/2019 tra Comune di Roma Capitale e ATAC S.p.A.

L'estensione contrattuale di due anni conferma patti e condizioni (nuovamente supportate dal piano industriale) che sono difficilmente rintracciabili o paragonabili con quelle di altre realtà territoriali.

Infatti, è dato rintracciare costi inferiori solo presso alcune realtà, notevolmente più piccole se paragonate al suolo urbano romano, come Sondrio, Crema e Parma.

Più precisamente, i costi *standard* di ATAC S.p.A., non in regime di *net cost*, equivalgono a 5,20€*Km per autobus (diesel e metano), 7,31€*Km per autobus elettrici, 10,91€*Km per tram, 26,5€*Km per Metropolitana (riferite al treno*Km), 10,17€*Km per filobus; tali importi sono al netto di IVA e non includono gli oneri straordinari e le manutenzioni straordinarie su beni terzi[2]. Anche attraverso il riconoscimento degli oneri per le manutenzioni straordinarie (non ricompresi nel corrispettivo) l'Azienda avrebbe dovuto allineare i propri costi ai livelli dei costi *standard*, ma, non essendo stato reso possibile ciò, si è avuta una flessione di produzione e produttività ed un consequenziale distaccamento tra i due livelli di costi.

Nonostante ciò, secondo Roma Servizi per la Mobilità S.r.l., essendo il costo *standard* ATAC per le modalità bus in regime di *net cost* pari a 3,38€*Km, le condizioni a cui è riproposta la proroga biennale del contratto di servizio rimangono vantaggiose come lo erano al momento della stipula dello stesso nel 2015. Inoltre, i livelli adeguati di servizio, oggi pari a 101 milioni di vetture km per la superficie e 8,9 milioni di treni km per la metropolitana, sono confermati fino alla data del 2021. Invece, per ciò che concerne il *benchmarking* richiesto da A.G.C.M., Roma Servizi per la Mobilità rileva che il *bench* rispetto al costo *standard* di ATAC non è valutabile poiché, oltre alle evidenti differenze spaziali, le altre realtà italiane non hanno adottato la metodologia dei costi standard.

[2] Art. 7 del contratto di servizio attualmente in vigore.

Per quanto riguarda la memoria prodotta da Roma Capitale al prot. n. 15662 del 20.2.2018, l'articolato difensivo del Comune è stato incentrato sul carattere "necessario" della proroga, corroborando in atti le tesi difensive mediante allegazione di documentazione di supporto (apposita nota del Segretariato Generale di Roma Capitale, documentazione circa l'*iter* deliberativo degli Organi del Comune, Piano Concordatario comprensivo del Piano Industriale e il regolamento degli strumenti finanziari predisposti da ATAC S.p.A.).

A partire dal mese di ottobre 2017 si sarebbero svolti una serie di incontri con le strutture dell'Ente al fine di individuare la soluzione più rispondente alla duplice esigenza di avviare il processo di risanamento aziendale senza compromettere la continuità del servizio erogato. A tal proposito, il Dipartimento Mobilità e Trasporti ha formalizzato la proposta di deliberazione, indirizzata per competenza all'Assemblea Capitolina, dispositiva della proroga biennale dell'affidamento *in house* fino al 3 dicembre 2021. Il contesto tecnico-economico in cui versa l'Azienda non poteva prescindere -nelle tesi di parte- da un orizzonte temporale certo opportunamente rapportato alle azioni a diverso titolo ritenute necessarie.

Nella Relazione allegata alle controdeduzioni è trattato anche il parere del novembre 2017 reso da A.G.C.M., in particolar modo i profili dediti al carattere emergenziale del provvedimento.

Al fine di controdedurre ai rilievi A.G.C.M. l'Amministrazione Capitolina sottolinea come i due restanti anni di contratto (2018-2019) non siano sufficienti a porre in essere quanto necessario per il riaffidamento del servizio o per il risanamento aziendale, quindi per assicurare la continuità del servizio a seguito del deposito di istanze fallimentari; il parere *pro veritate* del citato consulente (v. *infra*), inoltre, fornisce l'idoneo supporto giuridico a quanto deliberato dall'Assemblea Capitolina specificando come siano da ritenersi integrati i presupposti per l'applicazione del citato Regolamento (CE) e come l'incertezza caratterizzante il ricorso alla procedura di amministrazione straordinaria non consentirebbe una solida regolarità del servizio.

Infatti, stando a quanto riferito da Roma Capitale nella nota prot n. 15662 del 20.2.2018, ove il Tribunale Civile – Sezione Fallimentare avesse ritenuto non ammissibile la proposta di concordato, avrebbe dichiarato il fallimento (con successivo spossessamento dell'Azienda a favore del curatore) o l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria (con consequenziale nomina del Commissario straordinario da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in luogo degli organi sociali); entrambe le ipotesi avrebbero visto il patrimonio aziendale destinato al soddisfacimento dei creditori senza prospettive di risanamento o di tutela del servizio pubblico essenziale. In un contesto simile non avrebbe quindi trovato spazio alcuna ipotesi di investimento.

Il Comune di Roma ha poi specificato come un'eventuale nuova gara pubblica non sarebbe stata in grado di sopperire e/o contenere i disservizi derivanti da una situazione di amministrazione straordinaria o di fallimento.

A tal proposito, il Comune asserisce che l'allegato A alla Delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito "A.R.T.") n. 49 del 17 giugno 2015, ai fini delle assegnazioni dei servizi di T.P.L., prevede una così articolata disciplina da non rendere possibili tutte le attività nei tempi prospettati da A.G.C.M.

L'Amministrazione capitolina aggiunge poi che, ove fosse stato dichiarato il fallimento o l'amministrazione straordinaria, coordinare la Misura 3 di A.R.T. della suddetta delibera con le modalità e i tempi di vendita dei beni previsti dalle procedure concorsuali, con ovvie ripercussioni sui tempi utili a redigere il bando, avrebbe assunto carattere problematico. Infatti, in pendenza di fallimento o di amministrazione straordinaria, la soggezione del patrimonio societario alla gestione e alla liquidazione nell'interesse dei creditori, non avrebbe consentito all'ente aggiudicante di considerare disponibili per il nuovo gestore i beni essenziali e indispensabili secondo la determinazione unilaterale dell'ente stesso, e, di conseguenza, di determinare con tempi dallo stesso ente prefissati il contenuto del bando di gara.

Da ciò il Comune ha ritenuto la sussistenza delle condizioni che postulano l'applicazione dell'art. art. 5, par. 5, del Regolamento CE n. 1370/2007, ravvisabili nel rischio imminente di interruzione del servizio.

A sostegno della proroga il Comune assume di aver verificato tutte le caratteristiche e condizioni per l'affidamento *in house* del servizio, nonché di aver bisogno di un piano di investimenti su base quadriennale per poter ovviare al rischio di interruzione dello stesso a mezzo della procedura del concordato in bianco e di necessitare della proroga onde poggiare il piano industriale su basi certe e solide.

Nel piano industriale, incluso nel piano concordatario ex art. 161 e 186-*bis* Legge Fallimentare, si sottolinea come il risanamento poggi su precisi pilastri:

- per la superficie, il pieno conseguimento dei L.A.S. previsti dall'attuale contratto di servizio, quindi 101 milioni di km annui;
- per la metropolitana, l'incremento della produzione chilometrica per le linee A, BB1, C, quest'ultimo caso in funzione dell'entrata in esercizio delle nuove stazioni e del superamento delle attuali criticità;
- un aumento della qualità del servizio offerto;

- una trasformazione digitale dell'Azienda e del rapporto con l'utenza (accessibilità elettronica ai sistemi di bigliettazione e dematerializzazione dei titoli di viaggio);
- contenimento dei costi e incremento dell'efficienza con *focus* sul recupero di produttività del personale di guida e operai almeno del 10%, con diretto impatto sulla capacità aziendale di generare margine e flussi finanziari;
- un nuovo rapporto con i dipendenti, con eventuali sistemi premianti e momenti formativi per recuperare il clima di fiducia con l'Azienda;
- ingenti investimenti, i quali, secondo il Comune in esame, sono possibili in tale misura solo con l'omologazione del concordato;
- rinnovamento del parco mezzi con riduzione dell'età media dello stesso del 29%, quindi da 11,5 anni nel 2018 a 8,3 anni nel 2021.

Con delibera n. 2 del 16.1.2018, Roma Capitale ha provveduto a deliberare la proroga del contratto di servizio sino al 3 dicembre 2021.

Nella delibera in esame si precisa che qualora non si procedesse alla proroga, si prospetterebbe l'uscita dalla procedura concorsuale intrapresa, cosa che, consequenzialmente, si tradurrebbe in percorsi alternativi previsti dalla legislazione fallimentare e determinati su un certo orizzonte liquidatorio, il quale, poiché previsto dalla legge come esclusivamente volto alla soddisfazione dei creditori, non assicurerebbe un rilancio di ATAC in ottica di continuità. Queste considerazioni, se unite ad un prospetto patrimoniale e gestionale societario legato ad un'ipotesi liquidatoria, dovrebbero permettere, nell'assunto formalizzato in delibera comunale, di comprendere la concretezza del rischio di interruzione del servizio e l'immediato decadimento degli *standard* di erogazione del servizio. Infatti, in caso di messa in liquidazione, le potenziali problematicità coinvolgerebbero i rapporti con i fornitori, il piano degli investimenti per il parco mezzi e per la sicurezza delle infrastrutture, l'incremento del debito societario[3] e la stessa modalità di messa in vendita dei beni aziendali (quindi se venderli come Azienda priva di debiti, se come universalità di beni o se come singoli *assets*). Secondo l'A.C., a prescindere dalle modalità della messa in liquidazione, il valore ricavabile dalla vendita sarebbe, verosimilmente, largamente inferiore al valore dell'*asset* aziendale in prospettiva di funzionamento e continuità di servizio erogato.

Inoltre, nella delibera Capitolina n. 2 del 16.1.2018, nel prendere atto del parere discorde di A.G.C.M. sulla possibilità di avvalersi della facoltà di cui all'art. 5 par. 5 del Regolamento (CE), fermo restando che la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici vada

[3] Le attività iscritte al bilancio al 31.12.16 di cui dispone l'Azienda ATAC S.p.A. sono di un valore di euro 1.156 mln, le quali, in ipotesi liquidatoria sarebbero dismesse secondo il principio della c.d. "pronta vendita"; inoltre, il credito del Socio Unico, pari a euro 530 mln al 31.12.2016, sarebbe ragionevolmente soggetto ad integrale falcidia ovvero postergato, nel suo valore residuo, al soddisfacimento di tutti gli altri creditori.

autorizzata dal commissario giudiziale ex art. 186-*bis* L.F., si sostiene che la determinazione A.N.AC. n. 5/2015 consenta la prosecuzione dei rapporti in corso in caso di domanda di concordato preventivo "in bianco"; che l'articolo 61 della legge n.99 del 23.07.2009 recante *«ulteriori disposizioni in materia di TPL»* consenta l'estensione dell'efficacia negoziale recitando *«al fine di ammortizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del TPL con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possano avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafi 2,4,5,6 e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007»*; che l'articolo 7, ultimo comma del paragrafo 2 del citato Regolamento (CE), permetta l'esenzione delle pubblicazioni come prospettate da A.G.C.M.

In più, si sottolinea come sia in corso di ultimazione il piano industriale comprensivo di PEF con orizzonte temporale esteso fino al 3.12.2021 al fine di supportare il piano concordatario biennale; come lo Statuto di Roma Capitale preveda, *ex* art. 2, che Roma Capitale promuova e qualifichi l'organizzazione sociale regolando tempi e orari, privilegiando il trasporto collettivo a garanzia di salute, sicurezza e mobilità generale; come sia necessario intervenire in virtù del diritto costituzionale alla circolazione, art. 16 Cost. Italiana; come il piano industriale ATAC poggi sul pieno conseguimento dei L.A.S. previsti dall'attuale contratto di servizio quanto ai km di superficie, sul progressivo incremento della rete chilometrica metropolitana, sulla trasformazione digitale dell'Azienda (dai titoli di viaggio ai sistemi di bigliettazione), sul contenimento dei costi, sull'incremento dell'efficienza con focus sul recupero di produttività del personale di guida nell'ordine del 10% e su di un nuovo rapporto con i dipendenti.

Secondo l'A.C., quindi, il ricorso alla proroga si fonda sul seguente ordine di motivi:

- evitare un pericolo imminente di interruzione del T.P.L.;
- tutelare l'integrità finanziaria di Roma Capitale, Socio Unico e principale creditore dell'Azienda;
- salvaguardare il valore degli *assets* aziendali, anziché procedere ad una svendita a ribasso in nome delle tutele creditizie;
- garantire alla generalità dei cittadini la continuità del pubblico servizio;
- risolvere la crisi aziendale per poter ricollocare la società sul mercato con una posizione concorrenziale;
- evitare il deprezzamento del parco ATAC e lo smembramento aziendale tutto.

A ciò si aggiunga che *la complessità del quadro normativo applicabile, direttamente o indirettamente, al caso di specie, la mancanza di coordinamento tra le fonti richiamate in materia di*

T.P.L. (come peraltro emergente dagli atti promananti diversi autorità di regolazione: A.N.AC., A.G.C.M., A.R.T.), nonché le novità relative all'applicazione dello strumento concordatario e la possibilità di fallimento di una società in house *di grandi dimensioni esercente un primario servizio pubblico essenziale per Roma Capitale, implicano valutazioni assolutamente innovative in un contesto non ancora definitivamente stabilizzato.*

Queste ragioni, secondo l'Amministrazione Capitolina, inducono a ritenere ricorrano le condizioni previste dall'art. 5, par. 5, del Regolamento (CE), secondo il quale le autorità competenti possono, in caso di interruzione dei servizi o di pericolo imminente di interruzione, procedere all'adozione di provvedimenti di emergenza non superiori la durata di due anni, i quali possono assumere la forma di una proroga dell'affidamento in essere.

Come da proposta di G.C., l'estensione dell'efficacia negoziale rimane subordinata all'omologazione della domanda di concordato preventivo in continuità aziendale depositata presso il Tribunale Fallimentare di Roma ed il tutto avviene nell'ottica di dare *«all'Amministrazione il tempo necessario a rideterminare e valutare la forma di erogazione del servizio di traposto che riterrà più opportuna, così come previsto ai sensi del regolamento 1370/2007»;* inoltre, in conformità con questo detto da AGCM *«tale ulteriore periodo di affidamento è in ogni caso strettamente funzionale alla predisposizione degli atti e alla realizzazione delle condizioni di carattere industriale necessarie al successivo svolgimento di una delle procedure per l'assegnazione del servizio, in attuazione dei principi di rispetto della concorrenza richiamati nel parere, nonché degli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità ai quali l'Amministrazione intende adeguarsi».*

La spesa stimata, come approvata anche dalla Commissione Bilancio, rimane quella proposta dalla Giunta Capitolina con delibera n. 1/18.

Successivamente, nella seduta del 19 gennaio 2018, il Consiglio di Amministrazione di ATAC S.p.A. ha approvato il documento intitolato "Piano Concordatario *ex* art. 161 e 186-*bis* L.F.".

Inoltre, in data 23 gennaio 2018, con delibera di A.C. n. 23/2018, l'Organo Consiliare ha approvato il regolamento degli strumenti finanziari partecipativi di ATAC S.p.A., ha dato indirizzo all'organo amministrativo di presentare presso il Tribunale Civile di Roma – Sezione Fallimentare il piano concordatario e ha fornito parere favorevole all'autorizzazione all'alienazione degli immobili previsti nel piano concordatario.

Ciò posto, come da verbale prot. n. 32807/2018, nell'audizione tenutasi in Autorità il 7.3.2018 gli intervenuti per conto del Comune hanno sostenuto che la crisi di liquidità, unita all'inesistenza di un piano d'investimenti e ad un progressivo sbilanciamento dei costi di produzione del

servizio, ha prodotto in epoca recente un innalzamento repentino delle tensioni dei fornitori di ATAC, le quali hanno prodotto, da un lato, la riduzione dei chilometri coperti dal servizio e, dall'altro, il deposito di due istanze di fallimento.

Al fine di garantire la continuità del servizio pubblico e di tutelare gli *assets* aziendali è stato individuato quindi nel concordato preventivo "in bianco" la forma utile a contemperare la prosecuzione dell'attività aziendale e la protezione degli investitori. I ristretti tempi nei quali l'Amministrazione Capitolina ha dovuto individuare ed intraprendere le necessarie azioni sono state dettate dal repentino evolversi dello scenario in relazione al deposito delle suddette istanze di fallimento.

Sotto il profilo della tempistica, entro il 26 gennaio 2018 si sarebbe dovuto presentare il piano di risanamento aziendale di ATAC S.p.A. al Tribunale fallimentare di Roma. In un contesto simile, disporre di una cornice temporale certa, all'interno della quale inquadrare il suddetto piano, era obiettivo primario per l'Amministrazione e per l'Azienda.

Unica soluzione è stata ravvisata nella proroga dell'affidamento, giustificata dal pericolo di interruzione del servizio. Stando alle dichiarazioni di parte rese in audizione dai rappresentanti dell'Amministrazione Capitolina, il momento in cui si sarebbe realizzato il pericolo di interruzione del pubblico servizio non sarebbe da ricercare nel dicembre 2019, scadenza naturale del contratto in esame, ma nel gennaio 2018, data di presentazione del piano di concordato e che avrebbe rappresentato il bivio tra una procedura fallimentare subita ed una gestita. Tra le due, la prima avrebbe comportato evidenti esigenze liquidatorie con diretto aumento del rischio di interruzione del servizio in questione. A tale data, la possibilità di procedere al momento della scadenza naturale della concessione ad una proroga tecnica non sarebbe risultato elemento abbastanza solido ed in grado di supportare l'architettura su cui poggia l'intero Piano Concordatario depositato presso il Tribunale.

L'amministrazione di Roma Capitale, in sede di audizione, ha spiegato che la tempistica necessaria alla stipula di un nuovo contratto di servizio non era compatibile con la scadenza naturale del contratto in essere, tantomeno col limite temporale imposto dal Tribunale Fallimentare di Roma per la presentazione del piano di cui sopra. A maggior sostegno di ciò, la via perseguita dal Comune è stata presentata come l'unica possibile anche in relazione ai principi di socialità e continuità del servizio ritenuti prevalenti rispetto a quelli di concorrenzialità.

La proroga, nell'assunto dell'Amministrazione, è sembrata essere l'unico strumento adatto a ridurre al minimo i rischi di un'emorragia aziendale, pur avendo ben chiara l'idea di dover procedere in futuro a nuove valutazioni in merito alla messa a gara del servizio.

Ciò posto, nell'audizione è stato precisato che se Roma Capitale avesse optato per l'espletamento di una gara di evidenza pubblica in luogo della prosecuzione *in house* del servizio, il valore da mettere a gara sarebbe stato direttamente proporzionale al valore dei crediti contemplati nel piano concordatario, non esclusi quelli del Comune di Roma, mentre, qualora venissero attuate le previsioni del piano, si potrà pervenire, in futuro, alla messa a gara del servizio con un valore remunerativo per il patrimonio dei cittadini. D'altronde, il credito del Comune, in quanto postergato, non sarebbe stato valutato nel bando di gara rendendo quasi nulle le speranze di rientro dei capitali investiti.

In tal contesto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'Adunanza del 31.10.17, ha espresso le proprie considerazioni circa la possibilità di proroga del contratto di servizio ATAC e la possibilità di procedere con un altro affidamento *in house* allo scadere di quello in itinere; quindi ha emesso un parere, rif. S3030, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Secondo A.G.C.M., preso atto dello stato di grave dissesto economico e finanziario di ATAC S.p.A., considerata la decisione del Comune di Roma di porre in essere tutti gli atti necessari e propedeutici al superamento della crisi d'impresa attraverso l'avvio e la prosecuzione della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, in considerazione della Memoria di G.C. con cui si è dato incarico ai competenti uffici del suddetto Comune di intraprendere le opportune azioni per assicurare l'esercizio del servizio per l'intera durata del piano concordatario ed oltre la naturale scadenza del contratto di servizio, la scelta di prolungare il servizio attraverso una proroga dell'attuale affidamento non trova solide basi di diritto.

In particolar modo, in merito al rintracciare il fondamento della proroga nel Regolamento (CE), strada poi percorsa dall'Amministrazione stessa, A.G.C.M. sottolinea che l'articolo 5, par. 5, del Regolamento (CE), applicabile in virtù dei richiami contenuti all'art. 61 della Legge 23 luglio 2009 n. 99 e all'art. 4-*bis* del D.L. n. 78/2009, prevede che *"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"*.

Nel caso di specie, secondo il Garante, non sussistono le condizioni di emergenza o di pericolo imminente di interruzione di servizio che possano giustificare l'applicazione della richiamata

disposizione normativa; d'altronde, l'attuale affidamento scade il 3 dicembre 2019 ed il periodo che residua prima di tale scadenza rappresenta un lasso di tempo sufficiente per l'Ente affidante per 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 T.P.L. senza soluzione di continuità. L'articolo *de quo*, nello specifico, prevede che almeno un anno prima dell'inizio della procedura – quindi della scadenza dell'affidamento – o dell'aggiudicazione diretta del contratto, la pubblica amministrazione competente pubblichi in G.U.U.E. le informazioni relative il nome dell'autorità competente (quindi della PA procedente), il tipo di aggiudicazione previsto e servizi/territori interessati dall'aggiudicazione.

Ad avviso di Antitrust, *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 che si pongono fuori dell'alveo posto dall'art. 5 del reg. (CE) n. 1370/2007, in quanto lesivi del principio di tutela della concorrenza.*

A seguito del parere *de quo*, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 7 febbraio c.a., ha deliberato l'invio al Comune di Roma Capitale di un secondo parere, reso ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990 n. 287, relativo alla deliberazione n.2/2018 dell'A.C. che dispone la proroga dell'affidamento *in house* del servizio di T.P.L. nel territorio del Comune di Roma ad ATAC S.p.A.

Secondo A.G.C.M., le proprie osservazioni rese nel parere del 31 ottobre 2017 sono state ritenute *superabili* dall'Assemblea Capitolina, la quale, nell'invocare la potestà di cui all'art. 5 del reg. (CE) n. 1370/2007, non tiene conto del fatto 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 concorrenza. Di talché, eventuali deroghe allo stesso – quali le proroghe dei dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (a maggior ragione se concesso nella forma dell'*in house providing) – *sono ammesse solo in circostanze eccezionali. Dette circostanze sono, innanzitutto, tassativamente tipizzate dall'art. 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". Inoltre, esse, proprio in quanto eccezionali, sono soggette ad un'interpretazione restrittiva.* Antitrust sottolinea a più riprese che ogni considerazione circa l'interruzione del servizio, o il suo pericolo, sia stata valutata *ex ante* senza che le condizioni eccezionali che permetterebbero l'applicazione dell'articolo in esame si siano effettivamente verificate.

La discrasia, continua l'Antitrust, tra il tempo necessario per l'organizzazione della procedura di affidamento del servizio e la garanzia della continuità del servizio non risulta essere adeguatamente motivata dall'Amministrazione Capitolina. Su tal punto viene osservato come il Comune di Roma *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.*

La proroga emergenziale di cui all'art. 5 del suddetto Regolamento (CE), stando al parere, è 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 ed imprevedibili.*

Dall'analisi svolta da A.G.C.M. non emergono elementi che inducono a dimostrare l'Amministrazione Romana abbia provveduto tempestivamente ad avviare procedure atte al ri-affidamento del servizio in questione.

Oltre a ciò, le circostanze da cui il Comune di Roma Capitale sembra dedurre la possibilità di avvalersi del citato art. 5 non soddisfano il carattere di eccezionalità proprio delle circostanze richieste dallo stesso, bensì sono orientate alla tutela di interessi *inconferenti* rispetto alla *ratio* del Reg. n. 1370/2007.

La restrizione alla concorrenza, inoltre, non appare giustificata, essa, infatti, non risulta essere né giustificata né proporzionata alla continuità del servizio.

Il ricorso a misure alternative come l'esercizio provvisorio e l'amministrazione straordinaria di grandi imprese in stato di insolvenza sembra confare meglio con l'obiettivo della continuità del servizio.

Pertanto, la proroga disposta con deliberazione di A.C. n. 2/2018 rappresenta sia una diretta violazione dell'articolo di cui il Comune vuole avvalersi, sia una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 T.F.U.E., dal momento che, *in violazione del principio di proporzionalità che sovrintende l'azione amministrativa, essa ritarda e ostacolo l'affidamento del servizio per il tramite di una procedura competitiva.*

Per tali motivi, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha chiesto al Comune di Roma Capitale di rimuovere la detta violazione nel termine di sessanta giorni dalla ricezione del parere, in caso contrario, quindi se le iniziative non fossero state ancora conformi ai ribaditi

[4] Cfr. il Considerando n. 24 del Reg. (CE) n. 1370/2007.

principi concorrenziali, l'Autorità avrebbe presentato ricorso entro i successivi trenta giorni (termine ultimo del 13.5 c.a.).

Il ricorso ex art. 21-*bis* della legge n. 287/90 avverso la deliberazione n. 2/2018 dell'A.C. è stato poi esperito con relativa notifica dell'atto al Comune di Roma in data 14.5.2018.

A ciò si aggiunge la nota dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, prot. n. 5363 del 19.01.2018, secondo la quale, ferma restando ogni riserva in merito all'applicabilità della principale norma invocata, quindi dell'articolo 5 del citato Regolamento (CE), ad un contratto *non ancora prossimo alla scadenza*, devono essere tenute in conto da parte dell'Amministrazione Capitolina le precedenti delibere dell'Autorità medesima in materia di compensazioni, tariffe, corrispettive e mantenimento del materiale nell'ottica di potenziali futuri affidatari.

In data 28.12.2017 (prot. n. 204877), inoltre, perveniva ad ATAC S.p.A. il parere *pro veritate* del citato consulente incaricato circa la legittimità della proroga del contratto di servizio tra ATAC S.p.A. ed il Comune di Roma.

Alla base dell'istanza di parere risiede la richiesta di verificare se sussistano o meno *le condizioni per l'adozione di un provvedimento di proroga di due anni del contratto di servizio* ex *art. 5 comma 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.* L'intero parere è redatto nell'ottica di destrutturalizzare quanto sottolineato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Secondo quanto affermato nel parere, l'Autorità non ha effettuato che una valutazione formale basata sulla copertura dell'obbligazione negoziale di ATAC fino al 3.12.2019, senza tenere però conto del rischio, poi realizzato, del deposito di istanze di fallimento da parte di alcuni creditori.

In particolare, ove non fosse stato approvato il piano di concordato e nel caso in cui non fosse stata concessa l'ammissione all'amministrazione straordinaria, l'unica strada percorribile sarebbe stata, in caso di istanze di fallimento, quella di procedere con una dichiarazione di fallimento anteriore al 3 dicembre 2019, data di scadenza naturale del contratto di servizio in oggetto.

Nel citato parere viene rimarcato come un'eventuale dichiarazione di fallimento, se non accompagnata dall'esercizio provvisorio d'impresa *ex* art. 104 L.F., avrebbe comportato il verificarsi di un'imminente interruzione del servizio anteriore al 3 dicembre 2019 e, inoltre, se tale esercizio provvisorio, quindi concesso, si fosse rivelato non utilmente perseguibile ai fini della procedura (nel caso in cui l'impresa non consegua ricavi maggiori de costi), il Tribunale avrebbe potuto revocarlo rilegando così l'azienda alla sola ipotesi di liquidazione fallimentaria.

Inoltre, da quanto dedotto nel citato parere, il ricorso all'amministrazione straordinaria, così come previsto dall'articolo 27 del d.lgs. 270/99, non avrebbe permesso la realizzazione di concrete prospettive di recupero, *conditiones sine qua non* per l'ammissione all'amministrazione

straordinaria stessa, poiché il comma 2, lett b-bis) dell'art. 27, dispone che il recupero dell'equilibrio economico deve realizzarsi *per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno*[5]. A parere dell'avvocato, questo termine di un anno, concesso a decorrere dal 2018, non darebbe maggiori prospettive di recupero rispetto a quello di naturale scadenza del contratto stesso, risultando così concretamente inutile.

A ciò si aggiunge che, unico caso in cui sarebbe prospettabile una seria ipotesi di risanamento è quella prevista dal comma 2-bis della medesima disposizione. Questo prevede che *per le imprese operanti nel settore dei SPE, la durata dei programmi di cui al comma 2 del presente articolo può essere autorizzata dal Ministro dello sviluppo economico fino ad un massimo di quattro anni;* certo è che sarebbe il caso di ATAC S.p.A.

Nel parere in esame, nonostante le diverse ipotesi prospettate, vengono comunque evidenziati diversi dubbi circa eventuali interruzioni della procedura concorsuale, interruzioni dell'amministrazione straordinaria ovvero revoche concernenti l'approvazione ministeriale di cui sopra; sembra emergere dal parere che filo conduttore delle suddette ipotesi, è rappresentato dalla precarietà e dalla reversibilità di tutte queste.

Invece, per ciò che concerne i dubbi di A.G.C.M. circa il carattere dell'*imminenza* dell'interruzione del servizio, il professionista incaricato del parere *de quo* tiene a precisare che questa si riferisce non solo all'interruzione in sé, ma anche al *pericolo* o *rischio* dell'interruzione stessa. Il potenziale rischio che si verifichi l'interruzione è sufficiente a giustificare l'applicabilità della disposizione.

A suo avviso, *il fatto che nel caso di specie la scadenza del contratto di servizio sia fissata ad una data lontana ancora due anni è da ritenersi in concreto irrilevante, dovendosi valutare se oggi si apprezza il rischio che tra due anni si interrompa il servizio.* Da questo punto di vista, solo la certezza giuridica garantita dalla proroga sino al dicembre 2021 permetterebbe di escludere possibili alee di rischio o di pericolo di interruzione, così dotando il piano concordatario di maggiori basi in ordine al suo esito positivo. La valutazione positiva delle differenze del concordato rispetto alla procedura fallimentare agli occhi degli uffici competenti o degli stessi creditori sembra essere legata alla proroga e, quindi, all'orizzonte temporale certo; questa valutazione positiva permetterebbe di escludere ipotesi liquidatorie e, di conseguenza, l'interruzione del servizio.

[5] Modifiche apportate all'art. 27, d.lgs. n.270/99, dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166.

Inoltre, pensare che si possa procedere ad una nuova aggiudicazione del servizio entro il termine di scadenza naturale del contratto di servizio sembra essere, secondo il parere *pro veritate*, realisticamente impossibile; *a contrario,* nel momento in cui non è ragionevole ritenere ciò possa verificarsi, si dovrebbe considerare come *imminente* il pericolo di interruzione del servizio.
Ogni forma diversa dalla proroga e dal concordato preventivo, che si tratti di amministrazione straordinaria o procedura fallimentare, non avrebbe consentito di prevedere che successivamente al dicembre 2019 l'Azienda sia in grado di eseguire lo stesso servizio che oggi, in regime di concordato, svolge.

Sulla base di quanto acquisito e delle valutazioni in diritto (vedi *infra),* l'Ufficio procedente richiedeva informazioni ad A.G.C.M. sullo stato della procedura attivata dall'Antitrust e al Tribunale Fallimentare di Roma circa lo stato della procedura.
In data 15.5.2018 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella figura del Segretario Generale, rendeva noto di aver esperito ricorso, ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/90, avverso la deliberazione n. 2/2018 dell'A.C., e di aver notificato copia dell'atto al Comune di Roma in data 14.5.2018.
Nel ricorso di A.G.C.M. si chiede al Tribunale Amministrativo Regionale l'annullamento della deliberazione in esame a fronte di due motivi di diritto: la violazione dei principi a tutela della concorrenza e delle disposizioni in materia di affidamento dei servizi di T.P.L. per erronea e/o falsa applicazione dell'art. 5, par. 5, Reg. (CE) n. 1370/2007, la cui declinazione dei contenuti ripercorre e non si discosta da quanto era stato evidenziato in precedenza con i due pareri pregressi, ed eccesso di potere, nella figura dello sviamento quale impiego di strumenti normativi leciti per il perseguimento di finalità estranee all'interesse pubblico generale.
Il 24 maggio 2018, con distinta nota prot. n.44401, il Presidente della Quattordicesima Sezione del Tribunale Civile di Roma, informava l'Autorità circa lo stato del procedimento inoltrando, contestualmente, il Decreto del Tribunale Fallimentare con cui si analizzava quanto depositato dalla Società richiedente e si invitava ATAC S.p.A. alle opportune integrazioni del piano concordatario.
Nel detto decreto, oltre a mostrarsi diverse perplessità circa la costruzione dei metodi di pagamento dei creditori postergati, definiti dal Giudice come elusivi delle norme in tema di trattamento dei crediti postergati, e circa aspetti troppo genericamente definiti dello stesso piano, vengono a evidenza alcuni profili di interesse per l'Autorità.
Nello specifico, è dato leggersi che, in assenza di una comparazione che metta a confronto la procedura concordataria con uno scenario di continuazione liquidatoria, *il servizio reso da ATAC,*

servizio pubblico essenziale in concessione, impedisce di ritenere percorribile la paventata liquidazione atomistica degli assets *aziendali [.] il servizio, in altre parole, nel periodo successivo alla scadenza della proroga del contratto di concessione con il Comune, non potrà che proseguire, sino al necessario subentro – anche in ipotesi di scenario fallimentare o di amministrazione straordinaria – di altro soggetto aggiudicatario della gara, che, all'evidenza, dovrà in qualche modo acquisire il patrimonio immobiliare strumentale di TAC, ed anche, con probabilità il patrimonio immateriale. [...] Non appare infatti persuasivo confrontare i valori della continuità coi valori della liquidazione atomistica, perché non v'è dubbio che il servizio di trasporto è un servizio pubblico essenziale, di cui, neppure in astratto, può prefigurarsi l'interruzione.*

Pertanto, secondo il giudizio del Tribunale Fallimentare di Roma, lo scenario alternativo rispetto alla proposta concordataria è *necessariamente* quello della continuità liquidatoria, quindi della prosecuzione del servizio.

Con nota prot. n. 55242 del 25.6.2018, al fine di disporre di maggiori elementi informativi utili all'istruttoria, l'Autorità ha avviato una ulteriore interlocuzione con Tribunale Civile di Roma per chiedere la trasmissione del parere reso dalla Procura della Repubblica nell'ambito della procedura fallimentare pendente dinanzi al medesimo Tribunale.

L'Autorità ha poi formalizzato apposita comunicazione di risultanze istruttorie notificando l'atto nei modi di rito con prot. n. 52209 del 15.6.2018.

Le anomalie contestate a Roma Capitale riguardano l'uso distorto del provvedimento emergenziale di proroga contemplato nell'art. 5, par. 5, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, l'adozione della proroga non contestualizzata alla pendenza di una gara pubblica, carenze nella modulazione del controllo analogo sia sotto il profilo motivazionale sia per la concreta attuazione del controllo stesso.

In risposta alle contestazioni formalizzate nella comunicazione di risultanze istruttorie sono pervenute repliche da parte di Roma Servizi per la Mobilità S.r.l. al prot. n. 69626 del 9.8.2018 e del Comune di Roma al prot. n. 70067 del 10.8.2018.

La Soc. Roma Servizi per la Mobilità ribadisce quanto già anticipato in atti con prevedente nota prot. n. 12604 del 9.2.2018 relativamente all'elaborazione di modelli e simulazioni di costi *standard*, precisando che per la quantificazione dei costi di servizi sono stati applicati costi inferiori ai costi standard e che mantenere gli stessi costi standard e stabilizzarli fino al 2021 rappresenta un processo sfidante per l'azienda e un obiettivo di congruo efficientamento per l'amministrazione.

Il Comune di Roma Capitale, invece, affronta il tema del mancato controllo analogo, rimarcando come l'attuale Consiliatura si sia insediata nel luglio del 2016 e come in meno di 12 mesi abbia definito con atti formali il percorso di messa in sicurezza dell'azienda dopo aver individuato nel concordato in continuità lo strumento prescelto per il risanamento dell'azienda.

Inoltre, la nota comunale ripercorre le motivazioni a difesa della procedura di concordato preventivo in luogo delle alternative procedure liquidatorie, quali l'amministrazione straordinaria e il fallimento, precisando che le relative motivazioni sono contenute nella delibera assembleare n. 2/2018.

Il Comune poi, a difesa del proprio operato, riporta i contenuti del parere della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, Affari Civili, favorevole all'ammissibilità della proposta concordataria.

A completare il quadro informativo della vicenda in esame si è svolta una seconda audizione dinanzi all'Ufficio procedente su richiesta del Sindaco di Roma (n. 56264 del 27.6.2018), motivata dall'esigenza di fornire più ampi ragguagli e specificare in dettaglio gli aspetti significativi nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe nella fase successiva alla comunicazione di risultanze istruttorie.

All'audizione hanno partecipato l'Assessore al Bilancio, l'Assessore alla Città in Movimento e il Direttore Generale di Roma Capitale.

In sede di audizione i rappresentanti del Comune, nel ribadire quanto già esposto nelle memorie acquisite in atti, hanno evidenziato il cambio di rotta dell'ente in merito alla gestione *in house* ATAC a seguito dell'insediamento della nuova Giunta, sottolineando che Roma Capitale è andata ben oltre i paletti del controllo analogo e che, in qualità di socio unico di ATAC, l'amministrazione capitolina ha seguito con attenzione ogni attività dell'azienda.

Ritenuto in diritto

A seguito degli esposti pervenuti l'Autorità ha avviato il procedimento di vigilanza specificatamente sui profili attinenti alla proroga del contratto di servizio deliberata da Roma Capitale con delibera n. 2 del 16.1.2018 per ulteriori due anni dal 4.12.2019 al 3 dicembre 2021.

Il dato normativo di riferimento posto a fondamento della motivazione della proroga, oggetto quindi di approfondita disamina da parte dell'Autorità, si rinviene nell'art. 5, par. 5, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, 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».

Alla luce degli atti e documenti acquisiti, esaminate da ultimo le controdeduzioni di parte in risposta alla comunicazione di risultanze istruttorie e preso atto che le memorie da ultimo pervenute non aggiungono ulteriori elementi di valutazione rispetto a quelli già vagliati nella prima fase istruttoria, l'Autorità ritiene di poter confermare integralmente in questa sede i rilievi e le contestazioni formalizzate nella suddetta CRI.

Ad avviso dell'Autorità, infatti, nel caso di specie non risulta configurabile alcuna situazione emergenziale inquadrabile nella fattispecie descritta dalla norma ed in generale non ricorrono neppure gli estremi per configurare l'estensione temporale del contratto in termini di proroga tecnica.

Come dato evincersi dalle considerazioni premesse alle disposizioni del Regolamento (CE) ed in linea con la posizione adottata sul punto da A.G.C.M., la proroga postulata dal citato articolo presuppone la pendenza di una già avvenuta indizione di una gara ad evidenza pubblica.

La stessa Corte Costituzionale[6], infatti, prendendo a riferimento il considerando n. 24 del Regolamento (CE), ha chiarito come l'articolo *de quo* stabilisca che, per far fronte a situazioni di emergenza in caso di interruzione o possibilità d'interruzione del servizio, le autorità competenti – *nelle more di espletamento della procedura concorsuale per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma al gestore unico di cui all'articolo 90 e fino al subentro dello stesso* – possano adottare provvedimenti di urgenza i quali 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. La Suprema Corte precisa, ancora, che i contratti di servizio pubblico aggiudicati o prorogati con provvedimento di emergenza o le misure che impongono di stipulare un contratto di questo tipo, secondo quanto previsto dal Regolamento (CE), hanno una durata non superiore a due anni.

La Corte Costituzionale, quindi, statuisce che la proroga ai sensi dell'art. 5, par. 5, del Regolamento (CE) ha carattere emergenziale e quindi va interpretata in senso restrittivo e ben definito, presupponendo la previa indizione di una gara per la scelta del nuovo contraente, circostanza questa non avvenuta nella specie, né altrimenti programmata da Roma Capitale.

[6] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 13 gennaio 2014, n.2.

Dalla lettura dell'articolo il provvedimento emergenziale ivi previsto presuppone l'interruzione del servizio pubblico, nella specie il trasporto pubblico urbano, ovvero il pericolo imminente di interruzione del servizio.

Ad avviso della scrivente Autorità nessuno dei due presupposti risulta configurabile nel caso di specie. Per certo l'interruzione del servizio va esclusa poiché, allo stato, il contratto risulta in fase di regolare esecuzione e non si profila rispetto a tale situazione alcuna imminente ipotesi di cessazione delle prestazioni contrattualizzate con Atac.

Relativamente, invece, al pericolo imminente di interruzione del servizio, fattispecie questa richiamata in più occasioni negli atti difensivi versati nel procedimento da Roma Capitale e da Atac S.p.a. a sostegno dell'ammissibilità della proroga, emerge con tutta evidenza l'inconsistenza delle tesi che pretendono di giustificare la probabile interruzione del servizio per circostanze legate alla situazione di dissesto economico di Atac S.p.a. e al rischio di fallimento dell'Azienda stessa.

L'intero sistema delineato dall'Azienda ATAC S.p.A. e dal Socio Unico, Comune di Roma Capitale, poggia su circostanze eccezionali, o emergenziali, non ancora verificate ma, a detta dell'Amministrazione, potenzialmente concretizzabili in caso di mancata estensione dell'efficacia negoziale del contratto di servizio in capo ad ATAC S.p.A.

A prescindere dal contesto europeo, anche nella disciplina nazionale l'istituto del ricorso alla proroga di un contratto pubblico nelle more di espletamento gara, così come delineato dalla delibera A.N.AC. n. 1200 del 23 novembre 2016, è strumento del tutto eccezionale, legato, in particolar modo, all'erogazione dei necessari finanziamenti per ovviare alla conclusione del procedimento amministrativo. L'istituto della proroga tecnica, come confezionato dalla giurisprudenza costante del Consiglio di Stato[7], è pensato come soluzione eccezionale nei soli casi in cui si ravvisi la necessità di assicurare, per qualsivoglia motivo, obbligatoriamente il servizio quando la dilazione del termine d'affidamento non dipende da causa imputabile alla stazione appaltante.

Questa Autorità ha avuto modo di precisare inoltre che, ai sensi del comma 11, articolo 106 del nuovo Codice, «*la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione*

[7] Sul punto Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 2882 dell'11.05.2009.

appaltante». In generale, quindi, la proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro.

D'altronde, anche ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. n.50/2016, *«nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».*

Sulla base di una lettura congiunta di quanto disposto a livello europeo e nazionale si deve rilevare, infatti, che l'utilizzazione di provvedimenti emergenziali di proroga consensuale di contratti pubblici non sono che univocamente concepiti per assicurare la transizione tra due regimi contrattuali.

Anche A.G.C.M., nel parere reso ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990 n. 287, relativo alla deliberazione n. 2/2018 dell'A.C., tiene a specificare che, nonostante il lasso di tempo sia tutt'oggi sufficiente a porre in essere quanto richiesto dal Regolamento, non è dato ravvisare alcuna attività istruttoria riconducibile all'avvio delle attività prodromiche dell'affidamento del servizio dal 4 dicembre 2019. Sul punto, il Regolamento in esame, all'articolo 7 par. 2 e 3, prevede che *almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella G.U.U.E., come minimo, le [...] informazioni* [circa] *nome e indirizzo dell'autorità competente, tipo di aggiudicazione previsto, servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione.*

In ordine ai presupposti che legittimano il riscorso alla proroga di contratti pubblici, deve ribadirsi l'orientamento espresso da questa Autorità nella delibera n. 384 del 17.4.2018 che, ancorché riferita a servizi pubblici diversi da quelli in esame (servizi di gestione clima ed impianti di climatizzazione), richiama principi che trovano piena applicazione anche nel caso *de quo*.

In particolare, l'Autorità ha già avuto modo di insistere sul carattere eccezionale della proroga, posto che essa *sottrae al confronto concorrenziale tutta quella parte di contratto che viene proseguita attraverso il mero slittamento in avanti del termine di scadenza del rapporto obbligatorio convenuto*, precisando che essa:

- è un rimedio eccezionale utilizzabile per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione;
- presuppone l'avvio di una nuova procedura di gara che dovrebbe essere già avviata al

momento della sua adozione e, in ogni caso, il ricorso alla proroga deve essere preceduto da una adeguata e motivata istruttoria in tal senso.

Con riferimento ai requisiti postulati dall'art. 5, par. 5, del citato Regolamento (CE), si ritiene che non possa ritenersi concreto quel pericolo di interruzione del servizio secondo quanto riportato in atti dal Comune di Roma Capitale, come peraltro può desumersi anche sulla scorta di quanto riportato dal citato decreto della Quattordicesima Sezione Civile del Tribunale di Roma.

Inoltre, sulla base di quanto detto circa la configurabilità della proroga quale riproduzione sostanziale di un nuovo affidamento, permangono seri dubbi quanto agli oneri motivazionali e ai profili sostanziali del c.d. controllo analogo posto in essere dall'Amministrazione di Roma.

Per quanto riguarda gli oneri motivazionali, in particolar modo, si sottolinea che la relazione di cui all'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012 è datata all'anno 2013 e che i livelli, gli *standards* ed i costi di erogazione servizio, secondo quanto agli atti, mai si sono allineati a quanto in essa prospettato.

Invece, quanto ai profili sostanziali del controllo analogo, onde meglio tratteggiare la sua declinazione da parte di Roma Capitale nei confronti di ATAC S.p.A. si consideri che:

- con deliberazione n. 36 del 30 marzo 2009 il Consiglio Comunale ravvisava la necessità di operare un riordino organizzativo e societario del sistema di T.P.L. del Comune di Roma prevedendo la costituzione di una S.r.l., Roma Servizi per la Mobilità, interamente controllata dal Comune di Roma con la missione di pianificazione e progettazione di reti infrastrutture e servizi, monitoraggio e informazione sul trasporto pubblico e privato, gestione dei contratti di servizio tra Roma Capitale e i gestori del T.P.L. a supporto dell'Amministrazione capitolina; la fusione per incorporazione in ATAC S.p.A. di Trambus S.p.A. e di Met. Ro. S.p.A.; l'elaborazione ed attuazione del piano industriale da parte del nuovo soggetto gestore unico, ATAC S.p.A.;

- a partire dal 2009, sull'andamento gestionale del nuovo gestore unico ATAC S.p.A. si sono delineate numerose incertezze che hanno prodotto un rilevante impatto sul percorso di risanamento economico di ATAC S.p.A. stessa;

- Roma Servizi per la Mobilità S.r.l., società strumentale e partecipata al 100% da Roma capitale, in virtù del contratto di servizio approvato con deliberazione di G.C. n. 84/2010 svolge attività complementari al servizio di trasporto pubblico ed in particolare assicura la gestione della comunicazione e de i rapporti con l'utenza del servizio di T.P.L. nonché eroga i servizi di

pianificazione e progettazione delle reti e delle infrastrutture del T.P.L. ed assicura il monitoraggio e controllo del servizio di T.P.L. erogato;

- nel 2010 si sono manifestate perdite tali da ridurre ulteriormente il valore del patrimonio netto dell'Azienda sino al punto di configurare come prossimi i presupposti di cui all'articolo 2447 del Codice Civile e si è resa necessaria una nuova operazione di riorganizzazione societaria e di ripatrimonializzazione di ATAC S.p.A., approvata con delibera di A.C. n. 38 del 21/22 giugno 2011;

- con deliberazione di A.C. n. 77/2011 sono stati modificati alcuni elementi dello Statuto al fine di introdurre nuove disposizioni sulla disciplina delle società *in house* e di intensificare il controllo preventivo anche sulla programmazione gestionale della società stessa;

- i contratti di servizio con ATAC S.p.A. sono stati tutti oggetto di proroga fino al 31 dicembre 2012 per poi procedere, con deliberazione di A.C. n. 47/2012, all'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale di superficie e di metropolitana, il servizio di gestione della rete delle rivendite e di commercializzazione dei titoli di viaggio, nonché il servizio di esazione e controllo dei titoli di viaggio relativi alle linee della rete periferica esercitata da Roma T.P.L. S.c.a r.l. alla Società ATAC S.p.A., a partire dal 1 gennaio 2013 fino al 3 dicembre 2019 nei limiti autorizzativi dei bilanci *ratione temporis* vigenti; e che, in relazione ai risultati conseguiti nel processo di efficientamento, l'Amministrazione si riservò la possibilità di ogni valutazione circa l'apertura al mercato dei servizi per i quali tale modalità di affidamento potesse portare ad un'ottimizzazione in termini sia di costi si di efficacia complessiva;

- ATAC S.p.A. era ed è società partecipata al 100% da Roma capitale per l'esercizio operativo dei servizi di mobilità su cui Roma Capitale esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture; che gli strumenti a mezzo dei quali viene garantito il controllo analogo da parte dell'Ente capitolino, nei confronti di ATAC S.p.A., sono rilevabili innanzitutto nello Statuto Sociale e nelle apposite iniziative d'indirizzo dell'azionista, il quale esercita nei confronti della suddetta Azienda la funzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497 c.c.;

- al fine di consentire all'Amministrazione capitolina di esercitare nei confronti dell'affidataria del servizio il controllo analogo richiesto dall'articolo 113 del d.lgs. n. 267/2000 e del reg. (CE) n. 1370/2007 per i servizi di trasporto, nonché svolgere la funzione di direzione e coordinamento prevista dalla disciplina dei gruppi societari, gli Statuti dispongono vari oneri informativi e motivazionali circa ogni operazione di gestione aziendale;

- il complesso delle regole esistenti nella disciplina dei rapporti tra ATAC S.p.A. e Roma Capitale soddisfa ogni requisito indicato al fine della qualificazione di controllo analogo nel citato regolamento;

- nella regolamentazione dell'affidamento fino al 2019, quindi nella redazione del contratto di servizio tra Roma Capitale ed ATAC S.p.A., si sono seguiti criteri e linee guida in base ai quali si prevedevano azioni tese alla riduzione dei costi di produzione del servizio, all'ottimizzazione della rete integrata dei servizi, alla produzione dei servizi secondo *standard* qualitativi e quantitativi predefiniti, alla definizione degli *standard* di manutenzione, all'adozione dei costi *standard* dal primo gennaio 2017 (con periodo di transizione previsto dal 2014 a fine 2016);

- con deliberazione di G.C. n. 396 del 13.11.2013, si è preposto un modello che possa rappresentare lo schema operativo a cui conformare ogni rapporto tra Roma Capitale ed i propri organismi partecipati, con particolare riferimento ai contratti di servizio;

- con la medesima deliberazione, è stato specificato il riparto di competenze tra gli Uffici di Roma Capitale ai fini del sistema integrato di controllo analogo; quindi tra il Dipartimento Partecipazioni e Controllo Gruppo Roma Capitale, cui è affidato il controllo societario, il controllo economico/finanziario, la verifica della correttezza dell'attività svolta, la Ragioneria Generale, cui è affidata la pianificazione ed il controllo finanziario ai fini del bilancio consolidato insieme al controllo sulla gestione, il Dipartimento Mobilità e Trasporti, cui è affidata la gestione delle attività relative l'affidamento, tra questi la predisposizione degli atti deliberativi e degli schemi contrattuali che definiscono i rapporti con la società partecipata e la verifica periodica dello stato di svolgimento del servizio;

- *il Piano* [industriale] *ed il raggiungimento degli obiettivi fissati nello stesso devono essere monitorati con periodicità mensile da un Comitato di Controllo con il compito di valutare l'efficientamento progressivo di ATAC e di supportare gli Uffici dell'Amministrazione nella corretta esecuzione del controllo analogo*[8]*;*

- *per la vigilanza sul corretto adempimento degli obblighi contrattuali l'Amministrazione Capitolina si* sarebbe avvalsa *di due appositi Comitati indipendenti (l'uno con il compito di monitorare l'andamento economico-finanziario dell'Azienda finalizzato a garantire il rispetto del Piano industriale; l'altro con il compito di garantire il monitoraggio della gestione tecnica del Contratto di Servizio e di vigilare sulla corretta applicazione e sul rispetto degli impegni assunti dal Gestore) nonché del supporto di Roma Servizi per la Mobilità per le attività di pianificazione e*

[8] Cfr. Deliberazione Assemblea Capitolina n. 34 del 3 luglio 2015, *Indirizzi programmatici e linee guida per la predisposizione del contratto di servizio per il TPL tra Roma Capitale ed Atac S.p.A.*, pag. 23.

progettazione di reti infrastrutture e servizi, e per tutte le attività di monitoraggio e informazione sul trasporto pubblico e privato[9]*;*

- il "Comitato di Controllo Analogo" ha il compito di monitorare l'andamento economico-finanziario di ATAC S.p.A. attraverso l'analisi e la valutazione delle informazioni e della documentazione fornita dal Gestore. Sono membri del Comitato di Controllo un componente del Dipartimento Mobilità e Trasporti dell'Amministrazione, un componente della Ragioneria Generale dell'Amministrazione, un componente del Dipartimento Partecipazioni e Controllo Gruppo Roma Capitale dell'Amministrazione. È facoltà del Comitato convocare per eventuali approfondimenti i rappresentanti di ATAC S.p.A. e di Roma Servizi per la Mobilità S.r.l. Le valutazioni del Comitato, sotto forma di relazioni, saranno inviate alle competenti strutture dell'Amministrazione. I membri del Comitato devono avere il livello dirigenziale[10];

- il contratto di servizio, firmato in data 10.9.2015, *oltre ad innovare rispetto al precedente in relazione all'introduzione della definizione dei corrispettivi legati all'individuazione dei costi* standard *ed in relazione all'introduzione di strumenti per l'effettivo espletamento del c.d. controllo analogo, è strettamente connesso ad un processo di efficientamento dell'azienda e di recupero dei fattori produttivi la cui sintesi è assicurata da uno specifico piano che costituisce la prima parte del contratto*[11];

- sulla base di quanto previsto dall'art. 3 del suddetto Contratto, il Piano di Efficientamento aziendale, su cui si basa l'intero l'affidamento, è da monitorare con cadenza mensile da parte del Comitato di Controllo Analogo, il quale, a seguito del monitoraggio sulla rispondenza tra obiettivi e gestione, suggerisce azione correttive all'Amministrazione; in particolare il monitoraggio è incentrato su costi di produzione del servizio, esposizione finanziaria, investimenti e gestione del personale. Inoltre, secondo quanto previsto dallo stesso art. 3 punto 5 del contratto di servizio, se rilevati dal Comitato di Controllo Analogo, eventuali scostamenti negativi non marginali tra Piano e Consuntivo devono essere idoneamente motivati da ATAC e S.p.A. e, qualora non adeguatamente motivati, devono essere recuperati nei tre trimestri successivi. Sul suddetto recupero monitora il Comitato *de quo*;

- ai sensi dell'articolo 24 del medesimo contratto, è stato *istituito il Comitato di Controllo Analogo per monitorare l'andamento economico-finanziario di ATAC S.p.A. attraverso l'analisi e la valutazione delle informazioni e della documentazione fornita dal gestore*;

---

[9] Cfr. Deliberazione Assemblea Capitolina n. 34 del 3 luglio 2015, *Indirizzi programmatici e linee guida per la predisposizione del contratto di servizio per il TPL tra Roma Capitale ed Atac S.p.A.*, pag. 26.
[10] *Ibidem*.
[11] Cfr. I considerando, pag. 4 del contratto di servizio attualmente in vigore.

- ai sensi dell'articolo 1.3 dello Statuto di ATAC S.p.A., *la Società persegue i propri obiettivi strategici e gestionali in coerenza con gli indirizzi dettati da Roma Capitale;* che, ai sensi dell'articolo 16.2 del medesimo Statuto, *competono a Roma Capitale nomina e revoca degli amministratori ai sensi dell'articolo 2449 del Codice Civile;* che, *ex* art. 18 dello stesso Statuto, *l'Assemblea elegge un Presidente del Consiglio di Amministrazione su designazione di Roma Capitale;* che, ai sensi dell'articolo 18.3, *il Presidente del Consiglio di Amministrazione o l'Amministratore Unico garantisce la regolarità e la completezza del flusso informativo verso il socio unico Roma Capitale;* che, ai sensi dell'articolo 20.1 dello Statuto di ATAC S.p.A., *l'organo amministrativo è investito dei poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della Società e può quindi compiere tutti gli atti che ritiene opportuni per il conseguimento dell'oggetto sociale [...] secondo gli atti di indirizzo di Roma Capitale;* che, secondo l'articolo 21, *il Consiglio di Amministrazione può delegare parte delle proprie attribuzioni ad un componente designato da Roma Capitale;* che, *ex* articolo 23.2, *compete a Roma Capitale la nomina e la revoca dei Sindaci ai sensi dell'articolo 2449 del Codice Civile;* che, ai sensi dell'articolo 23.3-*bis*, *il Presidente del Collegio Sindacale porta a conoscenza del socio unico Roma Capitale ogni evento rilevante con tempi concomitanti alle decisioni della Società, e non solo nella relazione al Bilancio d'esercizio;* che, secondo l'articolo 26.1 dello Statuto in esame, *l'organo amministrativo, sentito il Collegio Sindacale, adotta annualmente e, per il tramite del proprio Presidente, trasmette al socio unico Roma Capitale una proposta di Piano Strategico Operativo, composto da un piano gestionale annuale ed un piano industriale pluriennale;* che, soprattutto, ai sensi dell'articolo 27, *il Consiglio di Amministrazione o l'Amministratore Unico, sentito il Collegio Sindacale, con cadenza trimestrale, predispone e, tramite il proprio Presidente, trasmette al socio unico Roma Capitale una relazione trimestrale sul generale andamento della gestione, sui dati economici, patrimoniali e finanziari, sui livelli di indebitamento, sulla situazione dell'organico e delle collaborazioni, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, concluse o in via di conclusione;*

- ATAC S.p.A. ha recepito nel proprio sistema di *Corporate Governance,* quindi nel proprio Codice interno, gli indirizzi definiti dal Comune di Roma Capitale per il modello di *Corporate Governance* per le società *in house;*

Pertanto, alla luce del quadro di cui sopra, nonostante sembrerebbe profilarsi un c.d. controllo analogo rispondente *de iure* a quanto previsto dalle vigenti disposizioni in materia, permangono tuttavia criticità circa l'attuazione *de facto* dello stesso.

Gli evidenti sintomi di dissesto economico-finanziario dell'Azienda, prodromici del verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 2447 c.c., cui è dato trovare riscontro sin dagli atti del 2010, insieme al costante abbassamento dei livelli *standard* di erogazione del servizio, lasciano pensare,

nonostante la sussistenza di poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario e nonostante la previsione della presenza, cumulativa, di forme di controllo *ex ante*, contestuale ed *ex post*, che il Comune di Roma Capitale non abbia provveduto ad un *effettivo controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi* o *sulle proprie strutture*.

In particolare, i c.d. *controlli effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione*, di cui all'articolo 5, p. 2, del reg. (CE) n. 1370/2007, si sono limitati, nel corso degli ultimi anni, a fotografare la situazione di dissesto aziendale, poi affrontata solo nel settembre 2017 col ricorso alla domanda di concordato preventivo e con la contestuale proroga del contratto di servizio stilato tra Comune di Roma Capitale ed ATAC S.p.A..

Si tratta con tutta evidenza di un intervento tardivo e irrituale che valorizza profili prettamente civilistici del controllo, sminuendo la portata pubblicistica che tale controllo avrebbe dovuto assumere a garanzia degli interessi della collettività.

L'Amministrazione, pur avendo significativi poteri di intervento nell'ambito del controllo analogo, non ha esercitato in modo incisivo tali poteri, stante l'assenza di misure tempestive finalizzate a risanare, quantomeno in parte, la perdurante crisi aziendale oggi approdata al concordato preventivo recentemente omologato dal Tribunale.

L'analisi fattuale ha rivelato una situazione di dissesto economico-finanziario che si è palesata sin dal 2010, a fronte di un'inerzia amministrativa pluriennale dell'Amministrazione Capitolina, non in linea con i principi cardine della contrattualistica pubblica, primo fra tutti quello dell'obbligo di gara per l'affidamento di commesse pubbliche.

In conclusione, alla luce delle argomentazioni di cui sopra, preso atto delle controdeduzioni in atti e di ogni altro elemento informativo acquisito nel corso del presente procedimento, l'Autorità rileva la sussistenza di significative anomalie relative sia all'estensione temporale del contratto di servizio ATAC sia concernenti la sussistenza del controllo analogo nella gestione in argomento.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 52209 del 15.6.2018 nei limiti di cui in motivazione, atteso che dall'analisi dei documenti e delle controdeduzioni prodotte in atti si evincono le seguenti anomalie:

a) 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;

b) carenze relative agli obblighi motivazionali in tema di affidamenti in house, cui è tenuta la stazione appaltante ai sensi delle vigenti disposizioni in materia;
c) riscontrate criticità nelle modalità di attuazione del controllo analogo nei confronti della gestione del servizio pubblico di trasporto affidato ad ATAC S.p.A.

- di invitare il Comune di Roma Capitale e ATAC S.p.A., ciascuno nei limiti delle rispettive competenze istituzionali, a comunicare all'Autorità le iniziative e/o gli atti che intendono adottare per rimuovere le criticità rilevate nella presente delibera, mediante sintetica informativa da trasmettere entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della stessa;
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera:
  - al Comune di Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t. e agli altri organi destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie;
  - ad ATAC S.p.A., in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione p.t.;
  - a Roma Servizi per la Mobilità S.r.l., in persona del Presidente e Amministratore Delegato p.t.;
  - al Presidente della Quattordicesima Sezione Civile del Tribunale di Roma;
  - all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente p.t.;
  - al Procura della Corte dei Conti presso la Sezione Giurisdizionale di Roma, nonché alla Procura Generale della medesima Corte, per eventuali profili di interesse.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2019
Il Segretario *M*aria Esposito