



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 566 del 31 maggio 2017

Oggetto: Fascicolo 3615/2015 - affidamento in concessione, a mezzo di *project financing*, ex artt. 278, DPR 207/2010, letto in combinato disposto con gli artt. 30 e 153, comma 19, d.l.gs. 163/06, del Servizio di Trasporto Pubblico Locale nel Comune di Velletri.

Stazione appaltante: Comune di Velletri

Esponente: ditta Astolfi Guido

Contro interessata: A.T.I. Autoservizi Bussoletti, Autolinee S.A.T.I. e AGO UNO S.r.l.

Importo investimento: € 10 Mln

Rif. normativi: artt. 30, 153, comma 19, del d.l.gs. 163/2006, art. 278 del d.P.R. 207/2010 s.m.i., art. 19 del d.l.gs 422/1997, art. 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007

Premesso

Con le diverse segnalazioni della Ditta individuale Astolfi Guido (impresa partecipante al Consorzio CO.TRA.V, attuale affidatario) si evidenziava che il Comune di Velletri con delibera di Giunta Comunale n. 96, del 17.06.15, aveva disposto di condividere la proposta di finanza di progetto presentata dall'ATI Autoservizi Bussoletti S.r.l., Autolinee S.A.T.I. e AGO UNO S.r.l., ex art. 278, comma 1, del d.P.R. 207/10, letto in combinato disposto con gli articoli 30 e 153, comma 19, del d.l.gs. 163/06, del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Velletri (di seguito, anche TPL), e previa dichiarazione di pubblico interesse ai sensi di legge aveva dichiarato l'A.T.I. Autoservizi Bussoletti S.r.l., Autolinee S.A.T.I. e AGO UNO S.r.l. “promotore” con titolarità prelazionaria nella successiva procedura di gara ad evidenza pubblica ai fini della (definitiva, ancorché puramente eventuale) assegnazione concessoria.

In merito alla procedura in oggetto l'esponente rilevava l'applicazione del *project financing* in assenza dei presupposti di legge, in quanto i servizi del Trasporto Pubblico Locale possono essere affidati solo tramite una delle procedure di cui al Regolamento (CE) n. 1370/2007 (qualora trattasi di “concessione”) oppure secondo le procedure di cui al Codice (qualora trattasi di “appalto”).

Inoltre l'esponente contestava la simulazione di affidamento di concessione in luogo di appalto servizi, posto che l'art. 10 della bozza di convenzione, posta a base della proposta, pone sostanzialmente i rischi economici a carico dell'Ente affidante.

L'Ufficio, stante lo stato della procedura e la completezza della documentazione in atti, ha proceduto all'esito di una preliminare disamina all'invio della nota di comunicazione di risultanze istruttorie evidenziando, in estrema sintesi, quanto segue.

- 1) *“non si ravvisano nel caso di specie oggettivi ostacoli di ordine giuridico alla immediata e integrale applicazione dell'istituto del project financing per l'affidamento del servizio del trasporto pubblico locale, peraltro comprensivo del trasporto scolastico, purché si adotti una procedura ad evidenza pubblica conforme alla normativa applicabile ratione materiae et valoris;*
- 2) *la proposta di project financing di cui alla delibera di Giunta comunale n. 96 del 17.6.2015 non contempla, nella sostanza, l'assunzione del rischio economico del servizio da parte del gestore, comportando quindi che la fattispecie non sia configurabile come concessione, bensì come appalto di servizi”.*

Conseguentemente il Comune di Velletri ha adottato la delibera di Giunta Comunale n. 158, del 29/09/2015, in replica alla comunicazione di cui sopra, confermando la precedente D.G.C. n. 96 del 17.6.2015 per quanto non oggetto delle osservazioni ANAC ed al contempo disponeva di espungere il comma 10, dell'art. 3 della bozza di convenzione oggetto di proposta di *project financing*, in quanto considerato, proprio in esito alle indicazioni dell'ANAC, *tamquam non esset*.

In data 12.11.2015, l'esponente presentava ricorso al TAR del Lazio – Roma, SEZ. Il bis - R.G. 14312/2015, censurando la legittimità della procedura adottata sostenendo che si vertesse in fattispecie di appalto e non di concessione e contestando la dichiarazione di pubblico interesse della proposta di *project financing* presentata dall'ATI.

Successivamente, con Delibera di Giunta Comunale n. 29 del 11.02.2016, il Comune ha annullato la precedente D.G.C. n. 158 del 29/9/2015 (oggetto di impugnazione al TAR), statuendo che:

a. è confermata la dichiarazione di pubblico interesse della proposta presentata dall'ATI, la quale, dunque, rimane promotore del *project financing* per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale all'interno del Comune;

b. deve essere espunta dalla convenzione presentata con la proposta di *project financing* suddetta la disposizione di cui all'art. 10.3, conformemente al summenzionato parere dell' ANAC, considerandola *tamquam non esset*;

c. deve essere rimessa la questione, per quanto di competenza, al Consiglio Comunale, vista la natura concessoria dell'affidamento.

Con Sentenza n. 10197/2015 pubblicata il 13.10.2016 il TAR dichiarava il ricorso introduttivo in parte irricevibile per tardività rispetto alla prima Delibera 96/2015 e in parte improcedibile rispetto alla Delibera 158/2015 nonché, *inter alia*, condivideva l'assunto dell'ANAC (espresso con la comunicazione di risultanze istruttorie) circa l'assenza di oggettivi ostacoli di ordine giuridico alla immediata ed integrale applicazione dell'istituto del *project financing* per l'affidamento del servizio del trasporto pubblico locale.

Conseguentemente l'Ufficio istruttore ha inoltrato una nota al Comune di Velletri, del 24.10.2016, per acquisire aggiornamenti sullo stato del procedimento, alla luce della sentenza del TAR Lazio citata.

Il Comune di Velletri ha corrisposto alla richiesta predetta con nota prot. 161137 del 2.11.2016 rappresentando che a seguito della sentenza del TAR Lazio del 13.10.2016, n. 10197, si sta predisponendo la necessaria delibera di Consiglio Comunale per dare corso alla (conseguente) gara per

l'affidamento in concessione del Trasporto pubblico locale, attesa la pedissequa e relativa competenza atta ad acconsentire allo strumento concessorio ai fini per cui è causa.

Con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 61312 del 2.5.2017, l'esponente ha notiziato che il Consiglio comunale sta procedendo all'adozione della delibera per il prosieguo del procedura in oggetto.

Considerato

Con riferimento all'applicazione dell'istituto della finanza di progetto al caso di specie, ossia una operazione di finanza di progetto per l'affidamento di una concessione di servizi senza l'esecuzione di lavori infrastrutturali, in virtù del combinato disposto degli articoli 278 del d.P.R. 207/2010, 30 e 153 del d.lgs. 163/06, occorre svolgere una preliminarmente riflessione; ossia che il fine perseguito dall'Ufficio con la nota di comunicazione di risultanze istruttorie nell'interpretazione delle citate norme, era volto a dare una risposta alla situazione di impasse che tutt'oggi si registra nelle procedure di affidamento del servizio TPL, stante la generalizzata

incertezza sulle risorse stanziare dalle Regioni, e destinate al trasporto pubblico per i corrispettivi degli obblighi di servizio pubblico, a causa delle politiche di contenimento della spesa pubblica¹.

Tuttavia la predetta interpretazione, ancorché abbia il merito di assicurare l'espletamento di procedure di gara ad evidenza pubblica in un settore connotato da continue proroghe agli *incumbent* in ragione dell'incertezze finanziarie su citate, non trova corrispondenza nella prassi e giurisprudenza comunitaria.

Infatti con la Comunicazione 2014/C 92/01, la Commissione europea ha fornito orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, (pubblicato in GUE L 315 del 3.12.2007, pag. 1), in relazione alle direttive 2014/24/UE, che abroga la direttiva 2004/18/EC, direttiva 2014/25/UE, che abroga la direttiva 2004/17/EC, e direttiva 2014/23/UE sull'attribuzione dei contratti di concessione. In tale contesto la Commissione europea ha dapprima ribadito al punto 2.1.1.: *“L'articolo 1, paragrafo 3, stabilisce che il regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica a concessioni di opere pubbliche ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/17/CE, o dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE. Dopo l'entrata in vigore della direttiva 2014/23/UE sull'attribuzione dei contratti di concessione, il termine «concessioni di opere» è definito all'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), di tale direttiva. Pertanto le concessioni di opere relative a servizi pubblici di trasporto passeggeri per ferrovia e con altre modalità su rotaia oltre che su strada sono disciplinate unicamente dalla direttiva 2014/23/UE. (...) Per quanto riguarda la relazione tra il regolamento (CE) n. 1370/2007 e le direttive sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/23/UE, è importante distinguere fra contratti di servizio e concessioni di servizi. (... puntualizzando che) L'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/23/UE sull'attribuzione dei contratti di concessione definisce la «concessione di servizi» «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione dei servizi diversi dall'esecuzione delle opere di cui alla lettera a) a uno o più operatori economici, il cui corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire il servizio oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un pagamento». L'articolo 5, paragrafo 1, specifica inoltre che «l'attribuzione di una concessione per opere o servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo*

¹ Sul punto vedasi nota Regione Lazio del 31.3.2015, allegata al protocollo ANAC n. 90120 del 15.7.2015, con la quale si annunciava, nelle more della programmazione dei servizi minimi TPL, il probabile taglio del finanziamento regionale, per l'anno 2015, nella misura del 11,5% rispetto alla spesa 2013. Anche se in realtà in capo alla Regione residua la competenza programmatica, rimanendo in capo allo Stato centrale la leva finanziaria attraverso la ripartizione delle risorse del Fondo Nazionale Trasporti-FNT, legge 10 aprile 1981, n. 151.

*nell'esecuzione di tali opere o servizi comprendente rischi sul versante della domanda o dell'offerta o su entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione delle opere o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, il che implica che ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile». La distinzione fra contratti di servizio e concessioni di servizi (pubblici) è importante perché, a norma dell'articolo 10, paragrafo 3, della direttiva 2014/23/UE, quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi pubblici di trasporto passeggeri a norma del regolamento (CE) n. 1370/2007. L'aggiudicazione di concessioni di servizio per tali servizi pubblici di trasporto passeggeri è disciplinata unicamente dal regolamento (CE) n. 1370/2007². L'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007 specifica che l'aggiudicazione di contratti di servizio in materia di trasporto con autobus e tram è disciplinata dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, tranne nei casi in cui tali appalti assumano la forma di concessioni di lavori pubblici (rectius: **tranne nei casi in cui tali appalti assumano la forma di concessioni di servizi come definiti in dette direttive**³). L'aggiudicazione di contratti di servizio (pubblico) in materia di trasporto di passeggeri con autobus e tram è disciplinata quindi unicamente dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE*".

Tale prassi è confermata dalla Corte di Giustizia europea (Quarta Sezione), nella causa C-292/15, che con la sentenza del 27 ottobre 2016, richiamando l'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, del citato regolamento, n. 1370/2007, afferma che lo stesso Regolamento per sua natura contiene norme speciali rispetto ai regimi generali di appalti pubblici, pertanto, il riferimento alle procedure di aggiudicazione di cui alle direttive sugli appalti pubblici, contenuto nell'articolo 5, paragrafo 1⁴, esclude le concessioni di servizi come definite nelle direttive 2004/17 o 2004/18.

Questo comporta che le norme specifiche in materia di "project financing" finalizzate all'affidamento di concessione di servizi senza la realizzazione di infrastrutture, articoli 30, 153 del d.lgs. 163/2006 e 278 del d.P.R. 207/2010 (recepimento degli articoli 3, 17 e 58 e ss. direttiva 2004/18, odierni articoli 180 e 183 del d.lgs. 50/2016, non risultano direttamente applicabili.

² Enfasi e sottolineatura del redattore.

³ Integrazione, enfasi e sottolineatura del redattore.

⁴ "I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive".

A tal fine occorre rilevare che, ai sensi dell'articolo 10, la direttiva 23/2014 non si applica alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007; previsione puntualmente recepita nell'articolo 18, comma 1, lett. a) del d.lgs 50/2016. E non potrebbe essere altrimenti poiché i servizi TPL sono caratterizzati da cospicue contribuzioni pubbliche che esorbitano di gran lunga il limite finanziario di matrice pubblica (49% dell'investimento, inteso come valore complessivo dell'operazione concessoria), declinato nell'articolo 165 del d.lgs. 50/2016, e che connotano, sulla base della disciplina di contabilità comunitaria (Manuale del SEC 2010; direttiva Eurostat "Treatment of Public Private Partnership" dell'11 febbraio 2004) l'operazione come "on balance", ossia come operazione non riconducibile al partenariato pubblico privato.

Sul punto, inoltre, giova rammentare che spetta all'ordinamento comunitario, nonché agli orientamenti della Corte di Giustizia Europea, la competenza a qualificare gli appalti pubblici⁵, stante la prerogativa UE sulla definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (ex articolo 3 TFUE).

Pertanto l'amministrazione comunale dovrebbe procedere, in mancanza di opere infrastrutturali e quindi dell'applicazione delle direttive appalti, all'esternalizzazione del servizio di TPL mediante procedura di gara per l'affidamento dell'appalto.

Detta interpretazione viene ulteriormente corroborata dal contesto in cui l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento citato, ossia nell'ambito di una disposizione che disciplina, per l'appunto, l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto.

Nel merito della questione si può osservare che con la nota di comunicazione di risultanze istruttorie l'Autorità ha criticato la previsione contrattuale di cui al comma 3 dell'art. 10 della bozza di convenzione posta alla base della proposta del promotore, in quanto non coerente con l'impianto normativo di cui all'art. 143 del d.lgs. 163/06, ove si stabilisce nel dettaglio quali sono le situazioni che consentono di modificare il Piano economico finanziario per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili.

In particolare, il generico richiamo "alla insufficienza delle risorse economiche" non risultava in linea con la norma suddetta che prevede, tra le condizioni che consentono di modificare il piano economico finanziario (di seguito anche PEF) allo scopo di ripristinare la redditività

⁵ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05 ove si chiarisce al Punto 30 delle motivazioni che: "la definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario, per cui la qualificazione delle convenzioni controverse nell'ordinamento italiano non è pertinente al fine di accertare se queste ultime rientrino nell'ambito d'applicazione della direttiva 92/50".

dell'intervento entro i margini contrattualmente stabiliti, le modifiche a norme legislative e regolamentari che impattano su tariffe o che impongono nuove condizioni prestazionali (cfr. ANAC, Deliberazione n. 1 del 15/07/2014).

Il comune di Velletri, attraverso al delibera di Giunta 29/2016, ha espunto dalla convenzione la previsione contrattuale oggetto di rilievo, prescindendo da una riformulazione della stessa ad opera del proponente e senza considerare le ulteriori valutazioni istruttorie ed astenendosi da qualunque valutazione complessiva della proposta presentata in relazione al profilo del trasferimento del rischio gestionale al privato.

Ciò posto, e in disparte dal “*revirement*” sulla disciplina applicabile al caso di specie, nel merito si continuano a nutrire dubbi sulla natura concessoria dell'operazione.

Infatti come emerge dall'esame della proposta di “*project financing*” e dai PEF a corredo, il “proponente” dovrebbe gestire per dieci anni il Trasporto pubblico locale nell'ambito del Comune di Velletri, consistente in:

- servizi di TPL costituenti la quota regionale dei "servizi minimi" di cui all'art. 16 co. 1 e 2 del d.lgs 422/1997, ossia quelli “qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini” e i cui costi sono finanziati dalle regioni (c.d. “servizi minimi”) nella misura del 72% degli investimenti complessivi;
- servizi di TPL “aggiuntivi” ai “servizi minimi” di cui all'art. 16 co. 3 del d.lgs 422/1997, ossia quelli che gli enti locali possono istituire d'intesa con la regione ai fini della compatibilità di rete, con finanziamento a carico dell'ente che li istituisce (c.d. “servizi aggiuntivi” o per usare il lessico del Comune di Velletri “servizi navette”) nella misura del 100% dell'investimento.

Di talché risulta obiettivamente difficile sostenere la sussistenza, nel caso di specie, di “significativi” rischi in capo al proponente/concessionario.

Da ultimo ed incidentalmente, vale osservare che il “*project financing*” nel settore dei lavori pubblici era disciplinato dettagliatamente dall'articolo 153 del D.lgs. 163/06, per la finanza di progetto nel settore dei servizi il vecchio Codice, all'articolo 152, comma 3, si limitava a prevedere che “le disposizioni del presente Capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal Regolamento” (articolo 278).

L'iter procedurale successivo alla presentazione della proposta poteva essere suddiviso in due diverse fasi: una prima fase finalizzata alla valutazione della fattibilità della proposta presentata ed una seconda fase volta alla scelta del concessionario. Per quanto attiene alla fase di selezione dell'affidatario del servizio, il comma 4 dell'articolo 278 statuiva che le amministrazioni

procedono ad indire una gara informale ai sensi del citato articolo 30, comma 3, del Codice, ponendo a base di gara la proposta presentata dal promotore che deve essere invitato a partecipare.

Il citato articolo 30 con riguardo all'affidamento delle concessioni di servizi, prevedeva soltanto che, salva l'applicazione di discipline specifiche che prevedono forme più ampie di concorrenza, la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi⁶.

Pertanto, dal combinato disposto degli articoli 3, comma 12, 30, comma 3, del d.lgs. 163/06 e articolo 278, comma 4, del Regolamento emerge chiaramente che l'individuazione del concessionario avveniva tramite una gara informale alla quale devono essere invitati almeno cinque concorrenti e nell'ambito della quale i criteri di selezione devono essere, ovviamente, predeterminati dall'amministrazione aggiudicatrice.

Da ciò ne consegue che nel caso in esame, in cui risulta individuato il promotore ma non è ancora stata esperita la fase selettiva vera e propria, ai sensi dell'art. 216, commi 1 e 23, del d.lgs. 50/2016 la presente procedura ricadrebbe, se fosse applicabile, sotto la vigenza del nuovo codice degli appalti (d.lgs. 50/2016).

Tutto ciò considerato e ritenuto il Consiglio, nell'adunanza del 31 maggio 2017:

delibera

1. accertato che ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 10, la direttiva (UE) 23/2014 non si applica alle concessioni di servizi di trasporto pubblico;

⁶ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (2008/C 91/02), ove alla nota n.7 precisa che la comunicazione non riguarda gli appalti pubblici e le concessioni di servizi disciplinati dall'articolo 5, paragrafi da 2 a 7, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU L 315 del 3.12.2007, pag. 1),.

2. considerato che la previsione comunitaria di cui all'articolo 10 della direttiva 23/2014 è stata puntualmente recepita nell'articolo 18, comma 1, lett. a) del d.lgs 50/2016 (già articolo 23 del d.lgs. 163/06);
3. rileva che, diversamente da quanto considerato con la nota di comunicazione di risultanze istruttorie, nel caso di specie non trova immediata e integrale applicazione l'istituto del *project financing*, stante la riserva di disciplina rinvenuta nell'articolo 5, paragrafo 1, del Regolamento (CE) 1370/2007 che esclude l'applicazione delle direttive appalti ogni qual volta si intende affidare il servizio di trasporto dei passeggeri con autobus o tram, attraverso lo strumento della concessione di servizi;
4. invita l'amministrazione comunale di Velletri a procedere all'esternalizzazione del servizio di TPL mediante procedura di gara d'appalto ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento 1370/2007.
5. dà mandato all'Ufficio istruttore di trasmettere la presente delibera ai soggetti interessati e all'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Il Presidente *ff*
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 giugno 2017

Il Segretario Maria Esposito