

N. 02531/2012REG.PROV.COLL.
N. 06489/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6489 del 2011, proposto da:

Consorzio Autolinee Due Scarl, Consorzio Autolinee S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. M. Beatrice Zammit e Vittorio Zammit, con domicilio eletto presso l'avv. Vittorio Zammit in Roma, via Alessandria, 130;

contro

Comune di Castrolibero;

nei confronti di

Amaco (Azienda per la Mobilità Nell'Area Cosentina) Spa, Cometra (Consorzio Meridionale Trasporti) Scarl;

Regione Calabria;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n. 00898/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DIRETTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO URBANO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Zammit M. Beatrice;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Catanzaro, sez. II, con la sentenza n. 898 del 13 giugno 2011, ha respinto il ricorso proposto dall'odierno appellante per l'annullamento della deliberazione n. 121 del 18 ottobre 2010 della Giunta Municipale di Castrolibero avente ad oggetto l'affidamento diretto ex art. 125, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006 in favore della A.M.A.C.O. S.p.A. del servizio di trasporto pubblico urbano volto a collegare, mediante prolungamento dell'autolinea urbana n. 20 (Cosenza - Contrada Andreotta), il centro urbano di Castrolibero (Piazza Pandosia).

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che la problematica posta dal primo motivo di ricorso ruotava sostanzialmente sulla questione se, nel caso di specie, si fosse avuta modificazione, mediante prolungamento, di una linea extraurbana ovvero istituzione di una nuova linea urbana mediante un autonomo contratto, che attua il servizio all'interno del territorio comunale; solo optando per la prima soluzione sarebbe indubbiamente necessario l'intervento di un atto autorizzativo della Giunta Regionale.

Il TAR ha, tuttavia, prescelto la seconda soluzione, poiché l'intero itinerario della corsa istituita si svolge nell'ambito del territorio del Comune e tutti gli oneri derivanti dall'istituzione della linea sono a carico del bilancio del Comune, senza alcun riflesso sul bilancio regionale; né può assumere rilievo, infine, il fatto che la lunghezza del percorso sia inferiore ai 2 km, proprio in quanto si tratta di una linea urbana, che, interessando un piccolo comune, non può che essere di lunghezza limitata.

Affrontando il secondo motivo di ricorso di primo grado, il TAR ha

rilevato che il servizio in questione importa un onere pari ad € 150.710,85 (€ 50.236,95 per tre anni); sorgeva, dunque, la questione se attivare la procedura negoziata del cottimo fiduciario, che importa la consultazione di almeno cinque operatori economici, e non procedere ad affidamento diretto, ovvero invocare il disposto dell'art. 23 del d.lgs. n. 163/2006, che esclude l'applicazione delle norme del codice dei contratti pubblici agli appalti di pubblici servizi di trasporto a mezzo autobus.

Il TAR ha risolto la questione osservando che la portata applicativa della norma regionale è, comunque, limitata ad un periodo transitorio, in relazione al quale è stata prevista una proroga dei servizi di trasporto d'interesse regionale.

Infine, il TAR ha affrontato la questione della necessità o meno di disporre in favore della Co.Me.Tra., in quanto affidataria dei servizi di trasporto e non dell'AMACO il servizio, in quanto quest'ultima è azienda strumentale del Comune di Cosenza; per il TAR tale assunto è strettamente correlato all'affermazione secondo cui nel caso in questione si è avuta modifica di un'autolinea extraurbana, mediante prolungamento e non l'istituzione di una nuova linea, ma si è già visto che la vicenda non può essere ricostruita in questi termini.

Il TAR ha, inoltre, rilevato che il Comune di Castrolibero non si è limitato a disporre un affidamento in modo del tutto immotivato, ma che esso ha avuto luogo sulla base dell'analisi delle esigenze di mobilità della popolazione, dei correlativi obiettivi e delle modalità di affidamento che, a giudizio dell'Amministrazione, assicuravano la maggiore efficienza ed economicità del servizio, non apparendo, quindi, possibile sostenere che non siano state valutate le interferenze tra autolinee, giacché l'effettuazione di tale valutazione non implica altro che le analisi che sono state sopra richiamate, che risultano effettuate ed esternate in modo congruo.

L'appellante ha ribadito integralmente i motivi espressi nel ricorso di primo

grado, sostenendo che la sentenza merita completa riforma.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato con riferimento al primo e al secondo motivo di ricorso di primo grado, così come riproposti in appello.

Infatti, la tesi accolta dal TAR secondo cui ci si trova di fronte ad una semplice modificazione di un'autolinea esistente poggia soltanto su due argomentazioni non del tutto convincenti, ovvero che l'itinerario seguito dalla linea di cui si tratta si svolge nell'ambito del territorio del Comune di Castrolibero e che tutti gli oneri derivanti dall'istituzione della linea sono a carico del bilancio del Comune, senza alcun riflesso sul bilancio regionale.

In realtà, il primo argomento non è persuasivo, poiché, come emerge dal Verbale della Riunione 20 luglio 2010 (pag. 2 del doc. n. 3 appellante), i percorsi delle linee urbane ed interurbane si sovrappongono in larga parte: dunque risulta difficile (se non impossibile) distinguere, sulla base di questo solo criterio, l'istituzione di una nuova linea urbana, dal prolungamento di una linea interurbana.

Né lo è il secondo, poiché dagli atti emerge che l'onere a carico del Comune riguarda il solo tratto urbano, senza nulla evidenziare circa la sussistenza di una nuova linea o il prolungamento di quella vecchia.

Al contrario, vi sono più indizi che militano a favore della tesi per cui si tratterebbe del prolungamento di una linea esistente, con la conseguenza che occorrerebbe, per la sua attivazione, l'autorizzazione regionale.

In primo luogo, infatti, il servizio si svolge con gli stessi mezzi e lo stesso personale che vengono utilizzati per l'autolinea n. 20, Cosenza - Contrada Andreotta.

In secondo luogo, l'autolinea assume nella sostanza la funzione di collegare direttamente, senza alcuna soluzione di continuità di fermate, mezzi e orari,

il tratto urbano di due chilometri, della cui istituzione si controverte, con il tratto interurbano che conduce al capoluogo provinciale (Cosenza), tipica finalità delle linee interurbane, e non certo delle linee urbane.

Pertanto, come osserva correttamente il ricorrente in primo grado con la sua prima censura, occorrerebbe, per l'attivazione di tale prolungamento di linea, l'autorizzazione regionale.

Anche il secondo motivo di ricorso, incentrato sulla necessità di svolgere una procedura competitiva di selezione, è fondato.

Infatti, l'art. 23 d. lgs. n. 163 del 2006 che esclude l'applicabilità della normativa sugli appalti nel caso in cui oggetto della gara sia il servizio al pubblico di trasporto mediante autobus, intendendosi il trasporto pubblico rivolto ad una platea indifferenziata di utenti, si applica in conformità alla normativa comunitaria che ne definisce il campo operativo.

In particolare, l'art. 5 del Regolamento 23 ottobre 2007, n. 1370 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, e che definisce tale campo operativo, specifica che i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o direttiva 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.

Dette direttive (2004/17/CE e 2004/18/CE) stabiliscono il significato comunitario, a tali fini, di concessione (di servizi), con riferimento al contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (art. 1 di entrambe le Direttive).

Il significato dell'art. 5 di detto Regolamento 23 ottobre 2007, n. 1370, con il riferimento alla concessione, è evidente in relazione al precedente art. 2 del Regolamento medesimo (articolo dedicato ai Contratti di servizio pubblico e norme generali), secondo cui "L'autorità competente che decide di concedere all'operatore che ha scelto un diritto di esclusiva e/o una compensazione di qualsivoglia natura a fronte dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico deve farlo nell'ambito di un contratto di servizio pubblico.

In deroga al paragrafo 1, gli obblighi di servizio pubblico finalizzati a stabilire tariffe massime per tutti i passeggeri o per alcune categorie di passeggeri possono anch'essi essere disciplinati da norme generali. L'autorità competente compensa gli operatori di servizio pubblico, secondo i principi definiti nell'articolo 4, nell'articolo 6 e nell'allegato, per l'effetto finanziario netto, positivo o negativo, sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento degli obblighi tariffari stabiliti da norme generali, secondo modalità che impediscano una compensazione eccessiva. Ciò lascia impregiudicato il diritto delle autorità competenti di integrare gli obblighi di servizio pubblico stabilendo tariffe massime nei contratti di servizio pubblico".

Il citato regolamento si applica, dunque, innanzitutto, all'esercizio dei servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, con esclusione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico e del loro valore turistico.

Gli Stati membri hanno, poi, la facoltà, ma non l'obbligo, di applicare il regolamento anche al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e acque marine nazionali, ferme restando le disposizioni del regolamento (CEE) n. 3572 del Consiglio del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione di servizi ai

trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo).

Le disposizioni del regolamento n. 1370/07 si applicano, inoltre, solamente nel caso in cui i contratti di servizio pubblico per la fornitura e gestione di servizi di trasporto di passeggeri assumono la forma di concessione di servizi, così come definita dalle Direttive 17 e 18 citate, come detto.

Diversamente, ossia se i detti contratti assumono la forma dell'appalto pubblico, ad essi si applicano le disposizioni di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (alle quali è stata data attuazione nell'ordinamento interno con il cd. Codice appalti, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Ciò significa, nella sostanza, che la differenza tra le due suddette modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sta, dunque, in questo: nella "concessione", l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; sotto il profilo economico, il settore in cui opera l'impresa è chiuso al mercato, totalmente o parzialmente, sulla base di disposizioni di carattere generale (cfr. il citato art. 2 del Regolamento) e l'ingresso dell'operatore deve avvenire tramite un provvedimento amministrativo (concessione, appunto).

La compensazione per lo svolgimento delle missioni di servizio pubblico è direttamente stabilita dalla legge (rectius: dal Regolamento UE).

Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese.

Nel caso dei trasporti, l'impresa che fornisce l'opera o il servizio non supporta, quindi, l'alea connessa alla gestione dell'opera o del servizio, sicché, venendo a mancare l'elemento rischio, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di lavori o di servizi.

Nel caso specifico, il rischio viene meno, sotto il profilo economico, quando vi è uno specifico contratto di servizio che impone degli oneri di servizio pubblico, specifici per l'impresa ai quali l'impresa fa fronte tramite una specifica remunerazione data, per contropartita, dall'Amministrazione pubblica: ecco, perché, in questo senso, siamo di fronte a contratti veri e propri che devono essere aggiudicati tramite una procedura d'appalto.

Nel caso di specie, dunque, dove risulta agli atti che l'attività in oggetto è condizionata ad uno specifico contratto di servizio ove si impongono specifici oneri e determinate remunerazioni, previste con riguardo al singolo operatore, risultando insufficiente una mera concessione che abilita l'operatore economico a svolgere i servizi sulla base di predeterminate regole generali, ci si trova di fronte alla nozione comunitaria di contratto di servizio, dunque ad una situazione che lo stesso regolamento del 2007 pone sotto l'egida della disciplina degli appalti pubblici, con i conseguenti oneri di attivazione delle necessarie procedure competitive.

Pertanto, l'appello deve essere accolto anche in relazione al secondo motivo, coerente con il secondo motivo di ricorso di primo grado, restando assorbiti tutti gli ulteriori profili; in particolare, quello relativo alla transitorietà della disciplina normativa calabrese che non giustifica affatto la sottrazione del caso di specie al regime normativo comunitario, a tutela della concorrenza.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto, con accoglimento del ricorso di primo grado e conseguente con l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese di lite dei due gradi di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo

accoglie e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso di primo grado, annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa, tra le parti, le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)