

Validità della rinuncia al ragionevole utile in un contratto di servizio privo di rischi per l'operatore economico: parola alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

di Antonio La Marca

Data di pubblicazione: 7-2-2025

Risulta rilevante, onde decidere la controversia, la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, al fine di sciogliere il nodo, sui cui si richiede l'intervento interpretativo di codesta Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE, della conformità dell'Atto di rinnovo alle previsioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007, avendo riguardo ai due profili innanzi evidenziati:

a) compatibilità della rinuncia contrattuale al ragionevole utile con le previsioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007;

b) compatibilità della mancata previsione della contabilizzazione dei costi e dei ricavi relativi a un servizio, in parte commerciale, quale il servizio Cinque Terre Express (non essendo contestato che in relazione a tale servizio per i turisti fosse prevista la corresponsione di una tariffa maggiorata), con le previsioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

(..) Nell'ambito dell'ordinamento nazionale non si riscontra un contrasto con le previsioni del Regolamento (CE) 1370/2007.

Infatti, l'Allegato alla Delibera n.48/2017 del 30 marzo 2017 dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, prevede alla Misura 4.6. che "Nel caso dei servizi di trasporto pubblico di linea, qualora il gettito ottenuto applicando le tariffe determinate in base ai criteri della successiva Misura 5, o qualora altre fonti di ricavo derivanti da attività compatibili con quella di trasporto pubblico, oltre che dalla valorizzazione degli effetti di rete positivi, non assicurino la totale copertura dei costi efficienti riferiti alla combinazione delle modalità di cui alla precedente Misura 3 e di un margine di utile ragionevole, è riconosciuta all'operatore del servizio una compensazione finanziaria calcolata in base al diritto dell'Unione europea e a quanto disposto nella Delibera n. 49/2015 ART, Misure 12, 13 e 14. In questo caso, il contratto di servizio deve prevedere almeno il raggiungimento del coefficiente minimo di copertura dei costi di cui all'articolo 19, comma 5, del d.lgs. n. 422/1997".

La delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49/2015 alla richiamata Misura 13 "Criteri per il calcolo delle compensazioni per gli affidamenti in house o diretti" prevede che "1. Per gli affidamenti in house o diretti, le compensazioni a copertura degli obblighi di servizio pubblico sono determinate nel rispetto dei principi di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), ed all'Allegato 1 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e secondo le modalità indicate nello schema di cui al Prospetto 4. 2. (...).

Lo schema di cui al Prospetto 4.2. a sua volta prevede alla fase 7 "Addizione di un ragionevole

marginale di utile, da intendersi come un tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, in un determinato Stato membro, che tiene conto “dell’esistenza o della mancanza di rischio assunto dall’operatore di servizio pubblico a seguito dell’intervento dell’autorità pubblica” [Allegato al regolamento (CE) n. 1370/2007]. Anche in questo caso, rileva formulare precise e circostanziate ipotesi di suddivisione dei rischi tra gestore e ente affidante per tutta la durata dell’affidamento tenendo conto che l’affidamento in house si qualifica come un appalto, essendo i rischi tutti in capo al secondo per la specifica connotazione del “controllo analogo”, mentre nell’affidamento diretto i rischi vanno considerati alla luce dell’assenza di un confronto competitivo”.

L’Autorità di Regolazione dei Trasporti, nell’indicata Delibera n. 48/2017, alla Misura 4.7, autorizza inoltre la combinazione di servizi a diversa redditività prevedendo che “7. La compensazione finanziaria nei contratti di servizio affidati secondo le modalità ammesse dall’ordinamento, calcolata come indicato al precedente punto 6, può essere assicurata direttamente con finanziamento pubblico dell’operatore in ragione della redditività dell’insieme dei servizi inclusi nel contratto di servizio, ovvero indirettamente mediante il finanziamento dei servizi che non remunerano i costi sostenuti con quelli che garantiscono ricavi superiori ai relativi costi”.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7812 del 2022, proposto da

Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Caccioppoli, Luisa Torchia, Francesco Giovanni Albisinni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi n. 47;

contro

Regione Liguria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Bozzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00533/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Liguria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Cacioppoli, Albissini, Bozzini;

I FATTO

1. In data 23.6.2009, Trenitalia e la Regione Liguria sottoscrivevano un accordo preliminare per il rinnovo del precedente contratto relativo al servizio di trasporto ferroviario per gli anni 2009/2014. Secondo tale accordo, il pagamento del servizio sarebbe avvenuto in base a un preventivo condiviso tra le parti (c.d. sistema "a catalogo").

In particolare, l'accordo preliminare del 2009 stabiliva che *"la Regione si impegna a corrispondere a Trenitalia un corrispettivo annuo per il 2009 di 95,450 mln di euro, pari al prezzo del servizio acquistato meno 56,1 mln di euro di ricavi complessivi. Negli anni successivi, la Regione Liguria aggiornerà il corrispettivo pattuito in misura adeguata ai servizi acquistati al netto dei ricavi da traffico [...] nonché degli altri ricavi, al fine di consentire il permanere dell'equilibrio economico-finanziario del contratto"*.

1.1. Seguiva la stipula, in data 10.3.2010, ai sensi del d.lgs. 422/97, come integrato dal decreto legge 5/2009, convertito nella legge 33/2009, del contratto di servizio valido per gli anni 2009-2014, di durata pari a sei anni ai sensi dell'Art. 7, comma 3-ter, l. n. 33/2009.

Per quanto di interesse, in tale contratto si conveniva che:

(i) la compensazione a favore di Trenitalia sarebbe stata disciplinata ai sensi del richiamato Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 (Premessa n. 3 lett. f);

(ii) in ragione di quanto precede, il contratto di servizio dovesse avere *"caratteristiche di certezza finanziaria e copertura nel bilancio regionale"*, nonché *"essere strutturato in modo da assicurare all'impresa di trasporto la sostenibilità economico-finanziaria"* (Premessa n. 8);

(iii) *"il contratto di servizio deve avere una durata pluriennale tale da consentire all'impresa che gestisce il servizio adeguata programmazione delle attività sul piano industriale e commerciale [...] al fine di assicurare un livello crescente della qualità di servizi all'interno di un quadro economico sostenibile"* (Premessa n. 9);

(iv) *"il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario del contratto viene assicurato attraverso un corrispettivo determinato in modo da compensare i costi da sopportare per"*

l'erogazione del servizio [...] (Premessa n. 10);

(v) in caso di incapienza dei fondi stanziati per lo svolgimento del servizio, *“TRENITALIA rimodulerà la tipologia e/o il perimetro dei servizi oggetto del Contratto in modo da mantenere l'equilibrio economico finanziario della gestione”* (Premessa n. 13).

Alla luce di tali premesse, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del contratto, le parti stabilivano che la Regione avrebbe corrisposto a Trenitalia, per lo svolgimento del servizio, *“un corrispettivo calcolato sulla base dei prezzi dei servizi corrispondenti alle categorie e caratteristiche dei servizi prodotti e sulla base dei ricavi complessivi previsti da traffico e diversi, di importo tale da assicurare la sostenibilità economico-finanziaria del presente Contratto”*.

L'art. 7 del suddetto contratto prevedeva, dunque, una disciplina per il calcolo del corrispettivo dovuto a Trenitalia il cui valore era stimato *ex ante*, senza previsione di verifica/correttivo alcuno a consuntivo (c.d. criterio, come detto, a “catalogo”).

Ai sensi dell'art. 4, comma 2, del contratto, veniva prevista espressamente la possibilità di rinnovare il contratto per sei ulteriori annualità, a fronte di una serie di investimenti sul materiale rotabile ed in presenza di un efficientamento della gestione.

Ai sensi dell'art. 13, inoltre, le parti si impegnavano congiuntamente a eseguire un investimento complessivo pari a € 100 milioni, al fine di garantire un adeguato rinnovo del materiale rotabile; l'investimento sarebbe avvenuto *“attraverso la capacità di autofinanziamento di Trenitalia derivante dalla stipula del nuovo Contratto e da un finanziamento regionale di 2,6 mln di euro all'anno per 24 anni”* (dal 2010 al 2033), per un totale di € 62,4 milioni, quale contributo regionale formalizzato con la l.r. n. 51/2009.

1.2. Successivamente, con atto modificativo del 16.4.2014, la Regione e Trenitalia pattuivano che il finanziamento regionale avrebbe coperto l'acquisto del materiale rotabile, di cui al predetto art. 13, in misura pari al 50%, anziché al 100%, dell'ammontare dell'investimento complessivo.

1.3. Nelle more, è entrata in vigore la disciplina di cui all'art. 34, comma 20, decreto legge n. 179/2012, poi convertito in legge, secondo cui:

“Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.

1.3.1. In esecuzione di tale disposizione, la Regione ha approvato – con D.G.R. n. 789 del 20.6.2014 – una relazione in cui, sulla base di una puntuale analisi degli indici di cui all'art. 4, comma 2, del contratto di servizio 2009-2014, ha ritenuto opportuno che si procedesse al

rinnovo del contratto in essere con Trenitalia, avuto riguardo a un *“quadro favorevole al rinnovo a favore di Trenitalia”* e tenuto anche conto delle oggettive difficoltà a procedere con l'indizione di una gara pubblica per l'aggiudicazione del servizio (in scadenza al 2014).

La Giunta rilevava che *“nel contratto di servizio con Trenitalia per il prossimo periodo di affidamento saranno necessariamente previsti gli obblighi di servizio pubblico e le relative compensazioni, che rappresentano la contropartita delle prestazioni fornite dagli operatori per adempiere agli obblighi stessi”*, prevedendo, a p. 10, che *“per quanto riguarda le compensazioni economiche il Reg. 1370/2007 prevede che [...] la compensazione non possa superare l'importo per coprire la differenza tra i costi sostenuti ed i ricavi originati, tenendo conto dei ricavi da tariffa trattenuti dall'operatore nonché di un profitto ragionevole”*.

1.4. Successivamente, con D.G.R. n. 570 del 27.3.2015, in considerazione della necessità del rinnovo del contratto di servizio e richiamata espressamente la disciplina del Regolamento (CE) n. 1370/2007, la Regione dava espressamente atto, a p. 2, della conclusione di un' *“intesa tra Regione Liguria e Trenitalia S.p.A. in merito al rinnovo per la continuazione del rapporto contrattuale ... che prevede tra l'altro il rinnovo per il secondo periodo di sei anni del Contratto, fino alla scadenza del dodicesimo anno (31.12.2020); la ulteriore proroga del medesimo Contratto – ai sensi dell'art. 4.4 del Regolamento CE 1370/2007 – pari al 50% della durata del Contratto, in ragione degli investimenti effettuati e da effettuare in tale ulteriore arco di tempo; la prosecuzione delle attuali condizioni economiche e contrattuali...”*.

1.5. La Giunta Regionale stipulava, quindi, con Trenitalia, in data 22.4.2015, un accordo (l'“Intesa”) con cui le parti ponevano le condizioni del rinnovo del contratto di servizio.

Con l'Intesa, le parti davano atto, anzitutto, che *“solo una prosecuzione del rapporto contrattuale in essere per la massima durata consentita dalle norme nazionali ed europee vigenti a decorrere dal 1° gennaio 2015 consente loro di conseguire l'obiettivo della sostenibilità economico-finanziaria del Contratto e degli investimenti ad esso connessi, nel rispetto della normativa comunitaria applicabile”*.

Inoltre, le parti davano precisamente atto che, nel determinare i corrispettivi contrattuali, *“sarebbe stato elaborato un apposito Piano Economico Finanziario da confrontarsi anno per anno con il consuntivo della gestione risultante dal Conto Economico Regionale, al fine di consentire il raggiungimento dell'equilibrio economico del contratto”* e, ciò, perché tale sistema veniva concordemente ritenuto *“maggiormente aderente ai principi di cui al Regolamento CE 1370/2007”*.

1.6. Nonostante tale Intesa, Trenitalia e la Regione Liguria non pervenivano alla formale stipula del contratto di rinnovo nel termine previsto del 31.10.2015.

La Regione differiva il termine di tale stipulazione, dapprima al 31.3.2016 (con D.G.R. n. 1481/2015) e successivamente al 31.10.2016 (con D.G.R. n. 576/2016).

1.7. A fronte del mancato rinnovo del contratto in essere nei termini di cui all'Intesa del 2015 – che prevedeva un rinnovo di sei anni, con eventuale proroga per ulteriori tre – le parti, *“al fine*

di garantire la continuità dei servizi pubblici”, stipulavano, in data 10 dicembre 2016, un atto di rinnovo del Contratto di Servizio per il periodo 2015-2017 (di seguito l’*“Atto di rinnovo”*), nelle more di un nuovo affidamento diretto a Trenitalia di un contratto di servizio quindicennale, a far data dal 2018, ovvero per il periodo massimo previsto dalla normativa europea (ai sensi del combinato disposto dell’art. 5 paragrafo 6 e dell’art. 4 paragrafo 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007).

1.8. Pertanto, in attesa della stipulazione di un contratto di affidamento diretto le parti, per assicurare la continuità dei servizi, si sono risolte a stipulare un contratto triennale volto a disciplinare anche le prime due annualità di riferimento, oramai scadute, in vista di un affidamento diretto per la durata massima consentita, caratterizzato da ingenti investimenti da parte di Trenitalia, avvalendosi della facoltà di cui all’art. 4, comma 2 del Contratto di servizio 2009-2014, rinnovando il medesimo per un periodo di tre anni.

1.9. La Regione Liguria, con la D.G.R. n.1130/2016, approvava, dunque, un atto di rinnovo (ponte) del contratto per il periodo 2015-2017 e, contestualmente, avviava il procedimento previsto per l’affidamento diretto del servizio ferroviario, a decorrere dal 2018, per il periodo massimo di 15 anni, ai sensi di quanto previsto dal Regolamento (CE) 1370/2007.

Nella citata delibera si dava atto che non poteva darsi seguito alla proposta di Trenitalia per il rinnovo del contratto per una durata di sei anni (2015/2020), prorogabile al 50%, ai sensi dell’art. 4 paragrafo 4 del Regolamento (CE) 1370/2007, in quanto era emerso che, a fronte di un maggiore corrispettivo ed un andamento dei ricavi da tariffa in crescita, gli investimenti prospettati dall’azienda non erano sufficienti a garantire uno svecchiamento del materiale rotabile, laddove detto rinnovo era considerato dalla Regione una condizione imprescindibile per la stipula di un contratto di sei anni, prorogabili del 50%, nonché elemento certo di miglioramento della qualità e dell’affidabilità del servizio.

1.9.1. Nelle premesse della D.G.R. n.1130/2016, di approvazione dell’Atto di rinnovo, si dava pertanto atto che la soluzione alternativa, condivisa dalle parti, era stata ravvisata nella stipula di un contratto triennale, per il periodo 2015-2017, con il quale l’Azienda, rinunciando alla remunerazione del capitale investito, azzerasse il saldo negativo del triennio in questione e raggiungesse l’equilibrio economico del contratto con la copertura degli oneri finanziari.

1.9.2. L’atto di rinnovo 2015-2017, approvato con la D.G.R. n. 1130/2016, prevedeva, pertanto, le medesime condizioni contrattuali previste per il periodo precedente (2009-2014), salvo una diversa modalità di quantificazione del corrispettivo.

1.9.3. L’art. 2, comma 1, (*Corrispettivi*), prevedeva, infatti, che, *“a fronte del programma di esercizio di cui sopra, la Regione corrisponderà a Trenitalia un corrispettivo annuo secondo quanto riportato nel Prospetto triennale in allegato (allegato 2) ...”*.

Il Prospetto triennale 2015-2017, redatto nella forma di conto economico *“civilistico”* (allegato 2 dell’Atto di rinnovo), contiene i costi ed i ricavi per ogni annualità e il risultato netto complessivo del triennio.

Il risultato netto, dopo le imposte, del triennio, calcolato come somma algebrica dei risultati di ciascun anno, è pari a zero, assicurando così l'equilibrio economico-finanziario (Ricavi = Costi + oneri finanziari) del triennio.

1.9.4. L'art. 1, comma 3, dell'Atto di Rinnovo a sua volta recita: *“Al fine di garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario relativamente al triennio, Trenitalia con cadenza trimestrale, comunica nell'ambito del Comitato Tecnico di Gestione del Contratto di Servizio, il preconsuntivo del CER (Conto Economico Regionale Liguria) per monitorare l'andamento dei ricavi e dei costi, così da consentire alle Parti di individuare ed attivare gli eventuali correttivi necessari al mantenimento dell'equilibrio stesso”*.

1.10. Solo in data 18.2.2018, Trenitalia inviava alla Regione i prospetti di rendicontazione relativi all'anno 2016, che prevedevano, peraltro, il riconoscimento della remunerazione del capitale investito netto, diversamente dal Piano allegato all'Atto di rinnovo.

1.11. Successivamente, nel dicembre 2018, Trenitalia inviava alla Regione analogo prospetto relativo all'esercizio 2017, evidenziando di nuovo la necessità di tenere conto, ai fini del dovuto equilibrio economico-finanziario del contratto di servizio, della c.d. remunerazione del capitale investito netto (*i.e.*, della quota relativa al capitale investito proprio).

1.12. A fronte di tali comunicazioni di Trenitalia, seguivano taluni incontri tra le parti per discutere dell'importo effettivamente dovuto.

Dalla corrispondenza intercorsa emergeva la difformità di vedute tra le parti circa il riconoscimento o meno a Trenitalia della remunerazione del capitale investito netto (*i.e.*, della quota relativa al capitale investito proprio) e, più in generale, in relazione a taluni aspetti inerenti alla determinazione del saldo contabile di chiusura tra le parti e all'attribuzione dello stesso in favore di Trenitalia.

1.13. Trenitalia, con nota del 18.3.2020, evidenziava che la tesi della Regione – secondo cui la società avesse, in qualche modo, *sic et simpliciter* rinunciato alla remunerazione del capitale investito netto (*i.e.*, alla quota di tale remunerazione relativa al capitale proprio) – era da ritenersi senz'altro erronea e in violazione della normativa di riferimento, anzitutto del Regolamento (CE) 1370/2007.

La Società, richiamando l'intenzione manifestata dalle parti al momento del rinnovo 2015-2017, evidenziava di avere accettato di quantificare il proprio corrispettivo sulla base di un Piano che non considerasse la componente della remunerazione del capitale investito netto relativa al capitale proprio – secondo quello che viene definito, in tale nota, il criterio “civilistico puro” – ma *“solamente sul presupposto che questo fosse l'unico modo per azzerare il saldo negativo del triennio ed andare così incontro alle esigenze rappresentate dalla Regione Liguria”* in sede di negoziazione.

Come ricordato da Trenitalia, difatti, *“con l'adozione del prospetto di tipo “civilistico” si è inteso garantire a Trenitalia perlomeno la copertura dei costi sostenuti per l'espletamento del servizio sul presupposto (poi non verificatosi) della insufficienza delle risorse finanziarie a*

disposizione della Regione Liguria a coprire anche l'utile ragionevole".

1.14. La nota veniva riscontrata dalla Regione, con comunicazione del 7.8.2020, nella quale la stessa ribadiva la propria interpretazione in merito alla necessità di escludere, dal computo del saldo finale, la componente di remunerazione del capitale investito netto relativa al capitale proprio.

1.15. Trenitalia ribadiva la propria posizione con nota del 5.10.2020, offrendo alla Regione disponibilità per un ulteriore confronto.

1.16. A seguito di un ultimo incontro in data 26.4.2021 – nel corso del quale veniva discussa tra le parti la quantificazione del saldo contabile del triennio, senza che fosse adottata una posizione comune – la Giunta Regionale adottava quindi la D.G.R. n. 444/2021.

Con detta deliberazione la Regione, per quanto di interesse, ha determinato:

(A) di definire, al punto 3, quale *"saldo contabile risultante al termine del triennio 2015-2017 l'importo di euro 10.702.543,18 a credito in favore di Regione Liguria, come da prospetto trattenuto agli atti della struttura proponente (allegato 2)";*

(B) di stabilire, al punto 4, *"al fine di ricondurre il saldo contabile triennale all'equilibrio previsto dal sopracitato "Prospetto triennale 2015-2017": - il conguaglio dell'importo di cui al precedente punto 3 con l'importo ancora a debito della Regione Liguria, pari ad euro 3.955.613,73; - il versamento da parte di Trenitalia S.p.A. alla Regione Liguria dell'importo residuo pari ad euro 6.746.929,45 entro 120 giorni dalla notifica della presente deliberazione".*

La deliberazione si fonda sulla premessa che nella citata D.G.R. n. 1130/2016 sarebbe stata *"concordata la soluzione di stipulare il contratto di rinnovo del servizio di che trattasi per il periodo 2015-2017, con il quale, per quanto riguarda la regolazione economica ad esso sottesa, Trenitalia S.p.A. "rinunciando alla remunerazione del capitale investito, azzeri il saldo negativo del triennio in questione e raggiunga l'equilibrio economico del contratto con la copertura degli oneri finanziari" (premessa a), p. 2).*

Da ciò, secondo la Regione, sarebbe *"derivato che, rispetto all'ipotesi di eventuali utili a seguito di una differenza positiva tra i ricavi (da traffico e da corrispettivi) ed i costi di esercizio, i relativi importi non sarebbero stati di spettanza del gestore del servizio in argomento, bensì della Regione Liguria, fermo restando che, come già detto, restava a carico della Amministrazione regionale azzerare le eventuali perdite per l'Azienda, comportanti saldo negativo del triennio 2015-2017, che fossero risultate a valle del confronto tra il "Prospetto triennale 2015-2017" ed il conto economico consuntivo; in altri termini la soluzione sopra specificata ha significato che il gestore del servizio, essendo esonerato da ogni rischio di saldo negativo dell'esercizio economico del triennio oggetto del ridetto rinnovo – che restava interamente a carico della Regione – come conseguenza di ciò ed anche dell'assenza della previsione di remunerazione del capitale investito a favore dell'Azienda – non aveva, né ha, diritto alcuno a trattenere eventuali utili derivanti dal consuntivo triennale, i quali, pertanto, restavano, e sono, in capo alla Amministrazione regionale".*

II. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

2. Trenitalia, ritenendo la D.G.R. n. 444/2021 illegittima, l'ha impugnata con ricorso straordinario al Capo dello Stato, trasposto poi innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria a seguito dell'opposizione della Regione.

In particolare, a fondamento dell'impugnativa, Trenitalia ha articolato due motivi di gravame.

2.1. Con il primo motivo (*“Eccesso di potere sotto forma di manifesta illegittimità, erroneità e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto assoluto di motivazione e di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione di legge e, in particolare, degli artt. 14, 93 e 106 TFUE (rispettivamente ex artt. 16, 73 e 86 TCE) e del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 (considerando 27, art. 1, comma 2; art. 3, comma 1 e 2; art. 4, comma 1; art. 6, comma 1; punti da 1 a 7 dell'allegato al regolamento). Violazione degli artt. 1 e 3, l. 241/1990. Violazione del principio di buona fede di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.”*), la ricorrente affermava che l'esegesi contrattuale fatta propria dalla Regione, oltre a non trovare riscontro nella regolamentazione pattizia, si ponesse in contrasto con le fonti unionali, direttamente applicabili nell'ordinamento interno, che garantiscono la remunerazione del capitale netto investito dagli operatori di servizi pubblico, ossia un profitto ragionevole cui la stessa Trenitalia non avrebbe in alcun modo rinunciato nel caso di specie.

2.2. Con il secondo motivo (*“Eccesso di potere sotto forma di manifesta illegittimità, erroneità e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto assoluto di motivazione e di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione degli artt. 1 e 3, l. 241/1990. Violazione del principio di buona fede di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.”*), parte ricorrente lamentava l'impossibilità di verificare i conteggi sulla base dei quali la Regione aveva quantificato la contestata pretesa economica, atteso che il relativo prospetto non era stato pubblicato e, seppur risultando allegato alla deliberazione impugnata, non era stato reso concretamente disponibile. In ogni caso contestava la correttezza dei conteggi.

In conclusione, la ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti impugnati, previa eventuale rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale, concernente la compatibilità euro-unitaria delle statuizioni implicanti la rinuncia al cosiddetto utile ragionevole da parte dell'operatore di servizio pubblico.

Costituitasi in resistenza la Regione Liguria controdeduceva nel merito alle censure sollevate dalla controparte, chiedendo che il ricorso fosse respinto, in quanto infondato.

III. LA SENTENZA DI PRIMO GRADO

3. Il Tar per la Liguria, con sentenza della sez. II, 27 giugno 2022 n. 533, ha respinto entrambe le censure articolate in ricorso, senza rimettere la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

3.1. In particolare il giudice di primo grado, al fine di interpretare la regolamentazione pattizia, ha osservato che il rinnovo del contratto per il periodo 2015/2017 era stato disposto sostanzialmente in sanatoria, quando era trascorso quasi interamente il primo biennio, ed era stato accompagnato dall'avvio del procedimento volto all'affidamento diretto del servizio a favore della stessa Trenitalia per il successivo quindicennio, come consentito dalla normativa unionale.

Ha pertanto ritenuto che la particolarità delle condizioni in cui era avvenuta la stipula dell'Atto di rinnovo consentisse di comprendere la *ratio* della particolare soluzione concordata per definire il corrispettivo contrattuale che avrebbe dovuto assicurare, al termine del triennio di durata del "contratto ponte", un risultato netto complessivo pari a zero.

In altre parole, secondo il Tribunale, la disciplina contrattuale prevedeva che, a fronte della totale remunerazione dei costi, l'affidataria non avrebbe trattenuto a titolo di utile l'eventuale eccedenza dei ricavi conseguiti rispetto a quelli stimati. Detto risultato avrebbe dovuto essere conseguito attraverso riduzioni del corrispettivo pari all'entità dei maggiori ricavi (o dei minori costi) concretamente registrati.

Il giudice di primo grado non ha, dunque, condiviso l'interpretazione alternativa della regolamentazione del contratto di servizio proposta da Trenitalia secondo cui, in assenza di espressa rinuncia ad alcuna componente di remunerazione del capitale investito netto, essa avrebbe avuto diritto di trattenere, a titolo di utile ragionevole, i maggiori ricavi (derivanti, secondo il Tribunale, dall'esecuzione del servizio commerciale "Cinque Terre Express"), in quanto le previsioni contrattuali l'avrebbero tenuta indenne dal rischio di chiudere in perdita, al termine del periodo di rinnovo, ma non avrebbero escluso la possibilità di conseguire utili nello stesso periodo. Ha infatti ritenuto che detta interpretazione, posta da Trenitalia a fondamento del primo motivo di ricorso, contrastasse con il tenore letterale delle disposizioni contrattuali, che facevano espresso riferimento all'obiettivo di "*raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario relativamente al triennio*" (art. 1, comma 3) e prevedevano l'applicazione di correttivi, sotto forma di aumento o diminuzione del corrispettivo, qualora il monitoraggio dei ricavi e dei costi effettivi in corso di esercizio avesse fatto emergere scostamenti rispetto ai dati previsionali, con rinvio in tal senso al prospetto allegato all'Atto di rinnovo, che prevedeva un risultato netto complessivo pari a zero al termine del triennio 2015/2017.

Il giudice di primo grado, inoltre, avuto riguardo al carattere commerciale del servizio "*Cinque Terre Express*" - dal quale era derivata la maggiore redditività, secondo la prospettazione della Regione Liguria, che Trenitalia aveva inteso trattenere a titolo di "ragionevole utile" - ha ritenuto la tesi di Trenitalia non condivisibile, potendo implicare che le compensazioni ricevute in contropartita di un obbligo di servizio pubblico potessero essere utilizzate per sovvenzionare attività commerciali caratterizzate da elevata redditività.

Né, secondo il giudice di *prime cure*, poteva ritenersi che la prevista rinuncia all'utile costituisse una soluzione eccessivamente sbilanciata a favore della Regione, tenendo conto della ridotta durata residua del periodo transitorio (sostanzialmente limitato al 2017), della totale remunerazione dei costi e della prospettiva (successivamente concretizzatasi) di affidamento diretto del servizio fino al 2032.

A fronte dell'assenza di rischi di impresa in capo all'operatore di servizio pubblico, la contestuale rinuncia all'utile da questi liberamente accettata per un tempo limitato, secondo il Tribunale, non poteva essere considerata una soluzione irragionevole o confliggente con i principi del diritto europeo.

3.2. Il giudice di primo grado ha respinto anche il secondo motivo, rilevando che la Regione Liguria aveva depositato in giudizio la deliberazione impugnata con gli allegati, di cui parte ricorrente aveva denunciato la mancanza, e che Trenitalia aveva contestato l'entità delle somme richieste, limitandosi a sostenere la correttezza della propria impostazione contabile, senza indicare gli errori che avevano eventualmente inficiato i calcoli della Regione.

IV.IL GIUDIZIO DI APPELLO

4. Trenitalia ha appellato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, articolando due motivi, con i quali ha criticato i capi della sentenza che avevano respinto le due censure proposte con il ricorso di primo grado.

4.1. Con il primo motivo, la società appellante, nel ribadire che la Regione Liguria aveva accertato a suo favore un saldo contabile del triennio pari a € 10.702.543,18, di cui aveva chiesto la restituzione a titolo di sovra-compensazione non dovuta, perché derivata da un aumento dei *Ricavi da Mercato* dell'anno 2017 (nettamente superiore a quelli stimati), determinato, in tesi della Regione, dalla tariffa commerciale maggiorata applicata al servizio "*Cinque Terre Express*" sulla base di una erronea interpretazione dell'Atto di rinnovo del contratto di servizio per il trasporto ferroviario 2015-2017, ha criticato la decisione del giudice di primo grado che aveva aderito alla prospettazione della Regione.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha, infatti, ritenuto che Trenitalia non potesse trattenere a titolo di ragionevole utile i maggiori ricavi, derivanti da un servizio di tipo commerciale, come il servizio "*Cinque Terre Express*", per il quale non avrebbe avuto diritto alla compensazione e che la società in ogni caso avesse rinunciato al ragionevole utile, da identificarsi nella remunerazione del capitale investito netto (ovvero la quota di tale capitale inerente il c.d. capitale proprio di Trenitalia).

4.1.1. In particolare, Trenitalia ritiene errata la statuizione di primo grado, che aveva recepito *in toto* la prospettazione della Regione Liguria, asserendo come sia del tutto infondata la tesi della Regione di dover ritenere un determinato servizio di trasporto (c.d. Cinque Terre Express) non meritevole di compensazione, ai sensi del Regolamento (CE) 1370/2007.

Peraltro, secondo parte appellante, nel corso del giudizio di primo grado era rimasto indimostrato che il c.d. utile ragionevole di cui Trenitalia chiedeva il pagamento a titolo di compensazione, derivante dai maggiori ricavi rispetto alle previsioni del Piano triennale, fosse da correlarsi al servizio in esame.

Trenitalia ha, inoltre, fermamente contestato la tesi della Regione secondo cui il servizio in esame non debba essere qualificabile alla stregua di "servizio pubblico".

Da ciò l'erroneità della sentenza del giudice di primo grado in riferimento all'asserita natura di "attività commerciale" dei servizi di trasporto denominati "Cinque Terre Express", trattandosi, secondo parte appellante, di servizi rientranti a pieno titolo tra i servizi OSP (Obbligo Servizio Pubblico), ricompresi nel perimetro dell'Atto di rinnovo, che non potevano in ogni caso essere annoverati nell'ambito dei treni turistici e/o per turisti, in contrapposizione ai treni per i pendolari.

Peraltro, secondo Trenitalia, la circostanza che i contratti di servizio di trasporto ferroviario possano prevedere – nel novero degli obblighi di servizio pubblico che l'impresa ferroviaria deve fornire – una combinazione di servizi a differente redditività, sarebbe pacificamente ammessa dalla disciplina europea e nazionale, avendo riguardo, quanto al primo profilo, a quanto previsto dalla Comunicazione interpretativa del Regolamento (CE) n. 1370/07, al paragrafo 2.2.5, e quanto al secondo profilo, a quanto previsto nella delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 48/2017, alla Misura 4.7, che del pari autorizza la combinazione di servizi a diversa redditività.

4.1.2. Peraltro, secondo parte appellante, l'interpretazione del contratto di servizio operata dal giudice di primo grado sarebbe del tutto errata e in ogni caso contrastante con il diritto eurounitario ed in particolare con le previsioni dell'art. 4 e dell'art. 6 del Regolamento (CE) n. 1370/2007 e dell'Allegato al medesimo Regolamento.

In tesi attorea, in nessuna parte dell'Atto di rinnovo 2015-2017 vi era una rinuncia da parte di Trenitalia ad alcuna componente di remunerazione del capitale investito netto.

Il riferimento alla pretesa "rinuncia da parte di Trenitalia", comparirebbe, infatti, unicamente in un atto della Regione Liguria, la D.G.R. 1130/2016, che, in ragione della sua natura di atto interno e unilaterale, sarebbe assolutamente inidoneo a produrre alcun effetto in relazione al contenuto e/o all'interpretazione del contratto di servizio effettivamente intervenuto tra le parti.

Il giudice di primo grado non avrebbe tenuto conto di tale rilievo.

Né, secondo parte appellante, la rinuncia al ragionevole utile poteva evincersi dal prospetto programmatico di ricavi e costi allegato all'Atto di rinnovo, che non conteneva la componente della remunerazione del capitale investito netto.

Secondo la difesa di Trenitalia infatti la società aveva accettato di allegare all'Atto di rinnovo un prospetto triennale, che riportava un risultato complessivo pari a 0, in ragione di un confronto previsionale tra ricavi e una parte dei costi – nei quali non era inclusa la componente di remunerazione del capitale investito netto proprio di Trenitalia – nella forma "di conto economico civilistico puro", tenendo conto delle esigenze rappresentate dalla Regione in sede di negoziazione. Ciò peraltro non poteva essere interpretato - come erroneamente indicato nella sentenza impugnata – come una rinuncia da parte di Trenitalia ad una componente della compensazione espressamente prevista per i servizi pubblici dalla normativa eurounitaria (Regolamento CE n. 1370/2007).

Nel raffronto tra programmato e consuntivato, secondo Trenitalia, tale prospetto non teneva

conto, ai soli fini del programmato (e sulla base di una previsione formulata come da indicazione regionale) di una parte della compensazione (*i.e.*, la componente di remunerazione del capitale investito netto proprio di Trenitalia), che, ove fosse stato necessario per il raggiungimento del fine del mantenimento dell'equilibrio economico – finanziario, avrebbe fatto parte della compensazione dovuta a consuntivo.

Trenitalia afferma, pertanto, di non essersi opposta al mancato mero calcolo previsionale – esclusivamente in ragione di finalità di programmazione – di una parte dell'utile che si riteneva non si realizzasse, unicamente per venire incontro alle esigenze di bilancio della Regione, tenuto conto che, in ogni caso, la Società faceva affidamento su una duplice circostanza:

- che i calcoli di quanto effettivamente dovuto a saldo contabile tra le parti sarebbero stati compiuti a consuntivo;
- che l'Atto di rinnovo si fondava sull'applicabilità del Regolamento CE n. 1370/2007, che riconosce all'impresa ferroviaria l'"utile ragionevole".

Il giudice di primo grado, secondo parte appellante, non aveva neppure tenuto conto – come indicato da Trenitalia nel corso del giudizio di primo grado – che una qualsivoglia rinuncia, seppur illegittima ed illogica, avrebbe dovuto comunque essere quantomeno formalizzata per iscritto.

Non era pertanto possibile ricavare un obbligo giuridico da una semplice, e tra l'altro, erronea interpretazione di una deliberazione che costituiva un mero atto interno dell'Amministrazione, non vincolante e inefficace per i soggetti terzi.

4.1.3. Peraltro, secondo Trenitalia, ove mai si dovesse prediligere l'interpretazione offerta dalla Regione, gli atti impugnati sarebbero senz'altro contrari alle preminenti disposizioni del diritto comunitario sopra richiamate, perché introdurrebbero un trattamento economico peggiore rispetto a quello garantito dal Regolamento (CE) 1370/2007.

4.1.4. Pertanto, nell'ipotesi in cui questo Consiglio di Stato, ritenga di poter rinvenire, nella disciplina del contratto di servizio relativo al triennio 2015-2017 tra Regione Liguria e Trenitalia e/o in altri atti, una rinuncia di Trenitalia alla corresponsione del c.d. "utile ragionevole" (ovvero, anche solo in parte, della c.d. remunerazione del capitale investito netto), Trenitalia reitera la richiesta, ove ritenuto opportuno, di disporre il rinvio, ex art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di ottenere conferma che la previsione o l'imposizione di detta rinuncia è contraria al contenuto del Regolamento (CE) n. 1370/2007 e, in particolare, del Considerando 27 e dell'art. 1, comma 2; art. 3, comma 1 e 2; art. 4, comma 1; art. 6, comma 1; Punti da 1 a 7 dell'Allegato al Regolamento, nonché ai principi e agli obiettivi comunitari stabiliti nelle rilevanti disposizioni del TFUE (in particolare, artt. 14, 93 e 106).

4.2. Con il secondo motivo di censura l'appellante contesta la decisione di primo grado nel punto in cui aveva respinto il secondo motivo di ricorso, formulato in via subordinata, riferito al difetto di istruttoria e carenza di motivazione, in relazione all'erroneità dei conteggi che avevano condotto la Regione a quantificare la propria pretesa economica nei confronti di

Trenitalia.

Secondo Trenitalia infatti il giudice di primo grado con la sentenza appellata aveva respinto anche tale secondo motivo di ricorso, senza minimamente argomentare al riguardo.

4.2.1. In particolare, diversamente da quanto indicato dal Tribunale, la Regione, nel corso del giudizio di primo grado, aveva continuato a non consentire a Trenitalia di poter consultare il prospetto denominato “allegato 2”, da cui dovevano risultare i conteggi che l’avevano condotta a quantificare la propria pretesa economica, asseritamente annesso alla D.G.R. n. 444/2021, avendo prodotto, nel documento n. 4, depositato in corso di causa, una mera tabella, priva di data certa e di firma digitale, sulla quale neppure era riportata la definizione di “Allegato 2”, collocata a seguito della documentazione attestante la registrazione contabile della delibera.

4.2.2. In ogni caso, secondo parte appellante, i conteggi allegati in tale tabella, contrasterebbero con l’impostazione contabile di Trenitalia, da ritenersi del tutto corretta.

4.2.3. Pertanto Trenitalia, in ragione della complessità dell’oggetto del contendere, ha richiesto apposita consulenza tecnica d’ufficio, al fine di confermare l’erroneità dei presupposti, dei dati e delle operazioni di natura tecnico-contabile su cui si fonda la pretesa economica spiegata dalla Regione nei suoi confronti, nonché il saldo contabile del triennio 2015-2017 del servizio in questione.

4.3. Si è costituita la Regione Liguria, contrastando la pretesa di parte appellante.

4.3.1. In particolare la Regione lamenta che, a causa del ritardo di Trenitalia nella trasmissione dei consuntivi, e in particolare del consuntivo relativo all’anno 2017 in cui si erano registrati maggior ricavi, in considerazione dello svolgimento del servizio “Cinque Terre Express” che prevedeva una tariffa commerciale per i turisti, non era stata messa nelle condizioni di poter verificare, prima della scadenza dei termini contrattuali di pagamento delle rate trimestrali del corrispettivo, i dati consuntivi del 2017, di rilevarne lo scostamento rispetto a quelli previsionali e di adeguare conseguentemente l’importo della (quarta) rata finale e di conguaglio del corrispettivo (ricavo da contratto di servizio per Trenitalia) a quanto effettivamente dovuto in base all’Atto di rinnovo, in modo da non incorrere in una sovracompensazione del servizio.

I ricavi extra ottenuti da Trenitalia nell’esercizio 2017, in tesi della Regione, deriverebbero, infatti, dal servizio “Cinque Terre Express” che per caratteristiche funzionali ed economiche costituisce un’attività commerciale che fuoriesce dalla nozione di servizio pubblico, sorretto invece dalla compensazione.

4.3.2. In ogni caso, la rinuncia al ragionevole utile da parte di Trenitalia, era *claris verbis* evincibile dall’Atto di rinnovo, che richiamava il Piano allegato al medesimo contratto, ove era previsto che l’equilibrio finanziario sarebbe stato raggiunto, nell’arco del triennio, con un risultato netto, dopo le imposte, calcolato come somma algebrica dei risultati di ciascun anno, pari a zero, assicurando così l’equilibrio economico (Ricavi = Costi + oneri finanziari).

Pertanto, secondo la Regione, sulla base dell'inequivoca volontà espressa dalle parti, il contratto garantiva a Trenitalia la totale remunerazione dei costi, senza rischi; in tale prospettiva una riduzione dei costi o un aumento dei ricavi (da mercato) stimati, comportava, a seguito dalla trasmissione dei consuntivi, una riduzione del corrispettivo dovuto dalla Regione (ricavi da contratto di servizio) per garantire l'equilibrio concordato in "0" al termine del triennio.

Correlativamente, un aumento dei costi o una diminuzione dei ricavi da mercato, avrebbe imposto alla Regione un aumento del corrispettivo (ricavi da contratto di servizio per Trenitalia) sempre per garantire l'equilibrio economico finanziario "0" al termine del triennio.

4.3.3. Inoltre, secondo la Regione Liguria, la rinuncia al ragionevole utile, espressamente prevista nell'Atto di Rinnovo, non si porrebbe in contrasto con il diritto euro-unitario e segnatamente con il Regolamento (CE) n. 1370/2007.

Ciò in quanto l'Allegato al Regolamento contenente le *Norme applicabili alla compensazione nei casi previsti nell'art. 6, paragrafo 1*, specifica (comma 6) che *"Si deve intendere per ragionevole utile un tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, in un determinato Stato membro, che tiene conto dell'esistenza o della mancanza di rischio assunto dall'operatore di servizio pubblico a seguito dell'intervento dell'autorità pubblica"*.

Pertanto, in un caso in cui l'autorità pubblica assuma su di sé ogni costo, azzerando quindi il rischio di impresa, in tesi della Regione, sarebbe plausibile che l'impresa accetti di rinunciare all'utile di impresa, soprattutto se per un periodo di tempo limitato.

Infatti, nel caso di specie, per il triennio 2015-2017, la Regione si era assunta ogni rischio garantendo a Trenitalia l'equilibrio economico costi / ricavi a 0 e a fronte di ciò Trenitalia aveva rinunciato, limitatamente al triennio (ponte) in questione (e, di fatto, al solo 2017, essendo stato il contratto stipulato sul finire del 2016), a conseguire un utile.

4.3.4. La Regione ha contrastato anche l'accoglimento del secondo motivo di appello, evidenziando che Trenitalia si era limitata a riprodurre i propri conteggi, di cui essa Regione era stata resa edotta nel corso dell'istruttoria tecnica svoltasi nel 2019 e 2020, senza nulla dedurre per confutare i conteggi allegati alla delibera impugnata.

4.4. Questa Sezione, avuto riguardo alla complessità tecnica delle questioni e alla contestazione dei criteri di calcolo utilizzati dalla Regione Liguria da parte di Trenitalia, con ordinanza istruttoria n. 5952 del 2023, ha disposto verifica - incaricando dell'incombente il direttore del Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi di Torino, con facoltà di sub-delega nominativa nell'ambito delle professionalità incardinate nella struttura - sulla base delle seguenti considerazioni:

"RITENUTO CHE:

- è qui contesa la determinazione del saldo contabile del triennio 2015-2017 cui si riferisce l'atto di rinnovo del contratto di servizio e, conseguentemente, delle somme di cui la Regione

Liguria, con la delibera impugnata, ha chiesto la restituzione a Trenitalia, essendo, in particolare, contestati in giudizio i conteggi effettuati e i criteri contabili utilizzati dalla Regione per la determinazione del saldo contabile d'esercizio risultante al termine del triennio 2015-2017 e degli importi dovuti dall'Azienda, nonché la provenienza dei maggiori ricavi conseguiti da quest'ultima nell'esecuzione del contratto di servizio in questione;

- entrambe le parti hanno chiesto disporsi una verifica e/o una consulenza tecnico contabile onde accertare i reciproci rapporti di credito e debito; la Regione ha altresì reiterato l'istanza istruttoria formulata in prime cure, chiedendo di ordinare a Trenitalia di depositare in giudizio il dettaglio dei costi e dei ricavi del triennio in questione con indicazione separata di quelli imputabili al servizio c.d. Cinque Terre Express o, comunque, di disporre una verifica o una consulenza tecnica di natura contabile al fine di acquisire tali dati;

RITENUTO CHE:

- la causa non si presenta ancora matura per la decisione: costituisce, infatti, aspetto rilevante nella presente controversia accertare la correttezza dei conteggi effettuati e dei criteri adottati dalla Regione Liguria per pervenire alla determinazione del saldo contabile d'esercizio e degli importi eventualmente dovuti da Trenitalia in suo favore;

- l'accertamento di tale rilevante aspetto, su cui è incentrato l'odierno gravame, richiede l'apporto di cognizioni tecniche di carattere specialistico, riconducibili alle scienze economico-aziendali;

- è, pertanto, necessario disporre una verifica, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., da svolgersi nel contraddittorio delle parti, sul seguente quesito:

“dica il verificatore, alla luce delle contrapposte deduzioni e dei rilievi delle parti, nonché della documentazione di cui agli atti di causa, a quanto ammonti esattamente il saldo contabile d'esercizio risultante al termine del triennio 2015-2017 a credito in favore della Regione Liguria, l'importo ancora a debito della medesima Regione e l'importo residuo dovuto dall'Azienda in relazione all'atto di rinnovo del contratto di servizio per il triennio sopra indicato, nonché se i criteri contabili adottati dalla Regione per determinare tali importi sono corretti; determini tali valori anche per l'ipotesi in cui debba considerarsi l'utile ragionevole eventualmente spettante a Trenitalia, ivi inclusa la componente della remunerazione del capitale investito netto proprio dell'Azienda; acquisisca altresì, ove necessario ai fini della risposta al quesito, i dati relativi ai costi e ai ricavi del triennio in questione con indicazione separata di quelli imputabili al servizio c.d. Cinque Terre Express”.

4.5. Il verificatore ha premesso di avere basato le proprie valutazioni su documenti di sintesi prodotti dalle parti, ma non di non avere potuto accedere ai documenti originali. Ha evidenziato, altresì, che non era disponibile una contabilità separata per il servizio “Cinque Terre Express”, in ogni caso, a suo dire, irrilevante ai fini del decidere, atteso che l'Atto di rinnovo non ne richiedeva una separata indicazione, con un differente trattamento contabile e remunerativo: Ha quindi, risposto in questi termini ai quesiti posti:

“1. i criteri applicati dalla Regione Liguria per determinare gli importi (a credito della stessa verso Trenitalia e debito della stessa verso Trenitalia) non sono corretti;

2. il saldo contabile d'esercizio risultante al termine del triennio 2015 - 2017 a credito in favore della Regione Liguria è pari a € 8.864.580; l'importo ancora a debito della medesima Regione è pari a € 3.955.614; l'importo residuo dovuto dall'Azienda in relazione all'atto di rinnovo del contratto di servizio per il triennio 2015 – 2017 è pari a € 4.728.966;

3. i valori indicati sub 2) precedente, per l'ipotesi in cui debba considerarsi l'utile ragionevole eventualmente spettante a Trenitalia, ivi inclusa la componente della remunerazione del capitale investito netto proprio dell'Azienda, sono pari a € 8.864.580 a credito in favore della Regione Liguria; l'importo ancora a debito della medesima Regione è pari a € 3.955.614 al quale dovrebbe essere sottratto il ragionevole utile (al netto degli oneri finanziari già contabilizzati) di € 16.799.699 a credito di Trenitalia; l'importo residuo, comprensivo del ragionevole utile, dovuto dalla Regione Liguria a Trenitalia in relazione all'atto di rinnovo del contratto di servizio per il triennio 2015 – 2017 sarebbe dunque pari a € 12.070.733.

V.L'INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE CONTROVERSA E LA NORMATIVA APPLICABILE

5. L'istruttoria tecnica disposta da questo Consiglio di Stato non risulta risolutiva ai fini della definizione della controversia, consentendo di esaminare il secondo motivo di appello, ma non il primo motivo, formulato in via principale, il quale comporta la risoluzione delle seguenti questioni giuridiche:

a) l'esatta ricostruzione della *voluntas* delle parti espressa nell'Atto di rinnovo in ordine alla rinuncia da parte di Trenitalia, per il limitato periodo del triennio di cui è causa, al ragionevole utile;

b) la conformità delle previsioni dell'Atto di rinnovo alla normativa euro-unitaria e segnatamente al Regolamento (CE) n. 1370/2007; ciò in relazione ad un duplice profilo:

b1) avendo riguardo alla prospettazione di Trenitalia, riferita alla irrinunciabilità del ragionevole utile, in quanto previsto dal Regolamento (CE) n. 1370/2007 immediatamente applicabile all'interno dell'ordinamento interno, con conseguente obbligo per il giudice nazionale di disapplicazione delle previsioni interne contrastanti;

b 2) avendo riguardo alla prospettazione della Regione Liguria, la mancata separata contabilizzazione (peraltro non prevista nell'Atto di rinnovo) dei ricavi e costi di un servizio, anche in parte di carattere commerciale, con la previsione di tariffe maggiorate per i turisti, come il servizio Cinque Terre Express, potrebbe esporre, in ipotesi di corresponsione del ragionevole utile, al rischio di sovracompensazioni, del pari vietate dal Regolamento (CE) n. 1370/2007.

5.1. Quanto al primo profilo, ritiene questo giudice di condividere la conclusione cui è pervenuto il giudice di primo grado, dovendo interpretarsi l'Atto di rinnovo nel senso che lo

stesso garantisca a Trenitalia la totale remunerazione dei costi, senza rischi, ma non la corresponsione del ragionevole utile.

In tale prospettiva, una riduzione dei costi o un aumento dei ricavi (da mercato) stimati comportava una riduzione del corrispettivo dovuto dalla Regione (ricavi da contratto di servizio) per garantire l'equilibrio concordato in "0" al termine del triennio.

Correlativamente, un aumento dei costi o una diminuzione dei ricavi da mercato avrebbe imposto alla Regione un aumento del corrispettivo (ricavi da contratto di servizio per Trenitalia) sempre per garantire l'equilibrio economico finanziario "0" al termine del triennio.

5.2. A tale interpretazione si giunge in applicazione dei canoni ermeneutici, di portata generale, cristallizzati negli artt. 1362 (che fa leva in via prioritaria sul dato letterale del contratto e sulla comune intenzione delle parti e, in via sussidiaria, sul comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto), 1363 (interpretazione complessiva delle clausole, da considerarsi non via atomistica, ma in una logica unitaria, "as a whole") e 1366 (interpretazione secondo buona fede ex art. 1175 cc. e 2 Cost.) del codice civile.

Secondo la giurisprudenza dominante della Suprema Corte, infatti, l'art. 1362 c.c. , pur prescrivendo all'interprete di non limitarsi all'analisi del significato letterale delle parole, non relega il criterio letterale (detto anche "dichiarativo" o "oggettivo") al rango di strumento interpretativo sussidiario e secondario, ma lo colloca, al contrario - in coerenza con l'analoga opzione abbracciata per l'interpretazione della legge dall'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile - nella posizione di «mezzo prioritario e fondamentale» per la corretta ricostruzione della comune intenzione dei contraenti (*"in claris non fit interpretatio"*), con la conseguenza che il giudice, prima di accedere ad altri, diversi parametri di interpretazione, è tenuto a fornire compiuta e articolata motivazione della ritenuta equivocità ed insufficienza del dato letterale, a meno che tale equivocità non risulti, *ictu oculi*, di assoluta e non contestabile evidenza (*ex multis* Cass. civ., sez. VI, ordinanza 8 novembre 2022 n. 32786; sez. III, 10 giugno 2015, n. 12082; sez. II, 05 febbraio 2008, n. 2759).

La giurisprudenza della Suprema Corte ha del pari precisato che, nell'interpretazione del contratto, il carattere prioritario dell'elemento letterale non va inteso in senso assoluto, atteso che il richiamo nell'art. 1362 c.c. alla comune intenzione delle parti, impone di estendere l'indagine ai criteri logici, teleologici e sistematici anche laddove il testo dell'accordo sia chiaro ma incoerente con indici esterni rivelatori di una diversa volontà dei contraenti.

Pertanto, sebbene la ricostruzione della comune intenzione delle parti debba essere operata innanzitutto sulla base del criterio dell'interpretazione letterale delle clausole, assume valore rilevante anche il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1363 c.c., che impone di desumere la volontà manifestata dai contraenti da un esame complessivo delle diverse clausole, aventi attinenza alla materia in contesa, tenendosi, altresì, conto del comportamento, anche successivo, delle parti (Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 09/11/2020, n. 25090).

Parimenti rilevante è il criterio dell'interpretazione del contratto secondo buona fede soggettiva, da non intendersi quale criterio sussidiario, dovendosi aderire a quella

giurisprudenza secondo la quale l'espressione "deve" utilizzata nell'art. 1366 c.c. postula un passaggio ermeneutico necessario al fine di armonizzare e l'esegesi testuale con i prioritari canoni solidaristici (Cass. civ., Sez. lavoro, 06 ottobre 2008, n. 24652).

Sotto tale profilo, deve aderirsi a un'autorevole impostazione dottrinale secondo cui l'interprete, in applicazione di tale criterio ermeneutico, deve adeguare l'interpretazione del contratto al significato sul quale le parti - in relazione alle concrete circostanze - potevano e dovevano fare ragionevole affidamento.

5.2.1. Alla stregua degli indicati criteri ermeneutici, non può essere condivisa la prospettazione di Trenitalia secondo cui la rinuncia al ragionevole utile, in quanto derivante da un mero atto unilaterale della Regione, ovvero dalla D.G.R. n.1130/2016 di approvazione dell'Atto di rinnovo, non sarebbe a essa opponibile.

In primo luogo, l'Atto di rinnovo nella premessa richiama *expressis verbis*, a pag. 9, la D.G.R. n. 1130/2016, di approvazione dell'Atto di rinnovo, così da recepirne il contenuto, che non poteva non essere conosciuto e condiviso da Trenitalia, andando ad integrare il contenuto delle pattuizioni *inter partes*, alla luce della comune intenzione delle parti.

Inoltre, nella premessa dell'Atto di rinnovo, sono richiamate le medesime condizioni fattuali prese in considerazione nella D.G.R. n. 1130/2016, ovvero che non si era potuti pervenire alla formalizzazione del contratto di servizio previsto dall'Intesa, riferito al periodo di sei anni, rinnovabile per altri tre, in quanto dal confronto con Trenitalia era emerso che gli investimenti connessi a detto rinnovo non erano riferiti all'introduzione di nuovo materiale rotabile, condizione ritenuta dalla Regione imprescindibile per la stipula di un contratto novennale e che peraltro la Regione, con decorrenza dal 2018, si sarebbe avvalsa della facoltà, prevista dall'art. 5 paragrafo 6, del Regolamento (CE) 1307/2007, di aggiudicare direttamente il servizio a Trenitalia, per la durata massima prevista da tale articolo, mediante la sottoscrizione di un nuovo ed autonomo contratto di servizio.

In tale contesto, va inquadrata la comune intenzione delle parti di stipulare un contratto di rinnovo ponte, destinato a regolamentare il servizio per soli tre anni (dal 1 gennaio 2015 al 31 dicembre 2017) peraltro parzialmente in sanatoria, essendo stato il contratto sottoscritto in data 10 dicembre 2016 e quindi sul finire del secondo anno.

5.3. L'art. 2 dell'Atto di rinnovo rinvia, inoltre, quanto ai corrispettivi, a quanto riportato nel Prospetto triennale in allegato, da intendersi, pertanto, parte integrante del contratto e vincolante tra le parti, ex art. 1372 c.c., che prevedeva che l'equilibrio contrattuale sarebbe stato assicurato con la copertura di tutti i costi, per cui, detratti infine i costi per il pagamento delle imposte, sarebbe stato pari a 0, (Ricavi = Costi + oneri finanziari), senza pertanto la considerazione del ragionevole utile del triennio.

5.3.1. In tale contesto, va letta anche la prescrizione di cui all'art. 1 comma 3 dell'Atto di rinnovo, secondo la quale "*Al fine di garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario relativamente al triennio, Trenitalia con cadenza trimestrale, comunica nell'ambito del Comitato Tecnico di Gestione del Contratto di Servizio, il preconsuntivo del CER (Conto*

Economico Regionale Liguria) per monitorare l'andamento dei ricavi e dei costi, così da consentire alle Parti di individuare ed attivare gli eventuali correttivi necessari al mantenimento dell'equilibrio stesso".

Detta clausola va, infatti, interpretata nel senso che i correttivi dovessero intervenire non solo a favore di Trenitalia- ovvero nell'ipotesi in cui i ricavi, comprensivi delle compensazioni preventivate, non fossero sufficienti alla copertura di tutti i costi-, ma anche a favore della Regione Liguria, con conseguente diritto della stessa a ridurre le compensazioni nell'ipotesi in cui i maggiori introiti da tariffa, ovvero i minori costi, avessero, comunque, consentito di raggiungere l'equilibrio finanziario nei termini suindicati. Non si ravvisa, in effetti, alcuna ragione plausibile per ritenere che Trenitalia avesse rinunciato, solo con riferimento alla fase della programmazione, all'inclusione del ragionevole utile, con salvezza di trattenerlo o richiederne il pagamento a consuntivo; tale prospettazione, inoltre, non trova alcun aggancio nel dato testuale delle clausole dell'Atto di rinnovo, complessivamente considerate, alla stregua delle quali va ricostruita, come detto, la complessiva intenzione delle parti.

5.3.2. Va soggiunto che un'interpretazione di segno contrario si porrebbe in contrasto con il criterio dell'interpretazione secondo buona fede, non potendo Trenitalia fare affidamento sulla corresponsione del ragionevole utile, alla luce delle chiare indicazioni testuali, da leggersi avendo riguardo al contesto in cui si è concluso l'accordo.

Tale particolare pattuizione - che di fatto "azzerava" la possibilità di Trenitalia di conseguire un utile (ma anche di chiudere in perdita) nel periodo considerato - traeva, infatti, giustificazione dalla situazione contingente di passaggio dal precedente contratto di servizio 2009-2014 al successivo affidamento diretto di 15 anni, ottenuto da Trenitalia con l'attuale contratto di servizio scadente nel 2032.

5.3.3. A ciò si aggiunga che l'Atto di rinnovo è stato stipulato il 10.12.2016, data in cui residuava un solo anno di contratto (2017) a "utile 0", per cui non vi era ragione per ritenere ipotizzabile la necessità di correttivi a consuntivo per riequilibrare i corrispettivi solo in senso favorevole a Trenitalia - e non anche della Regione -, dovendo peraltro i dati indicati nel Piano considerarsi come un consuntivo con riferimento all'anno 2015 ed un preconsuntivo per l'anno 2016. Pertanto solamente in riferimento all'anno 2017 si deve ritenere che Trenitalia non fosse consapevole dell'ammontare del ragionevole utile cui aveva rinunciato con la stipula dell'Atto di rinnovo, a fronte, peraltro, della copertura di tutti i costi e della garanzia dell'affidamento diretto per la durata massima prevista dalle disposizioni unionali per il periodo successivo (2018/2032).

5.3.4. In tal senso depone, inoltre, il disposto dell'art. 2 dell'Atto di rinnovo ove, ai fini dei corrispettivi dovuti a titolo di compensazione da parte della Regione, sono evidenziate le componenti dei costi di cui doveva essere assicurata la copertura, senza alcun cenno al ragionevole utile: *"L'importo del corrispettivo contrattuale si intende comprensivo delle compensazioni economiche dovute a fronte dell'imposizione degli obblighi di servizio pubblico e dei minori introiti derivanti dai titoli di gratuità e dalle agevolazioni tariffarie vigenti all'atto di sottoscrizione del presente Atto.*

Il corrispettivo è comprensivo e remunera i costi previsti da Trenitalia per il canone di accesso all'infrastruttura e quello per l'energia elettrica. Il prezzo del canone di accesso all'infrastruttura e quello per l'energia elettrica per trazione sono riconosciuti a Trenitalia nella misura effettivamente corrisposta al Gestore dell'Infrastruttura per i servizi oggetto del presente Atto, al netto delle eventuali penali comminate dal Gestore dell'Infrastruttura a Trenitalia in applicazione del sistema di controllo delle prestazioni del trasporto ferroviario previsto dall'art.21 del d.lgs. n. 112/2015. Ugualmente, ogni eventuale eccedenza/riduzione di costo dell'energia elettrica per trazione più canone di accesso all'infrastruttura, quando derivante da sopravvenute disposizioni normative o regolamentari delle Autorità competenti, a parità di servizio, è compensata da/verso la Regione. Nella contabilizzazione degli oneri di produzione del servizio ferroviario, sarà garantita la distinzione dei valori di pedaggio da quelli di energia elettrica per trazione.

Il corrispettivo è comprensivo del costo a copertura degli oneri di consultazione, verifica e monitoraggio dei livelli quali-quantitativi del servizio di cui al comma 461, articolo 2 della legge 244/2007, stabilito in euro 10.000,00 per l'anno 2017, a compensazione di spese effettivamente sostenute e rendicontate”.

5.4. Anche il comportamento successivamente tenuto da Trenitalia depone nel senso che la regolamentazione dell'Atto di rinnovo comportasse la consapevole rinuncia da parte della società al ragionevole utile, come evincibile dalla mail inviata in data 18 febbraio 2018 da Trenitalia, riferita ai dati consuntivi 2016 (doc.10 di Trenitalia).

Nel testo della comunicazione si evidenzia, infatti, che *“il conto economico certificato riporta il Risultato Netto con remunerazione del CIN, diversamente dal contratto 2015-2017 sottoscritto (vista civilistica con oneri finanziari)”*.

L'utilizzo del termine *“diversamente”* assume, come evidenziato dalla Regione, un significato inequivocabile: in detta comunicazione Trenitalia riconosce, in coerenza con il tenore delle clausole complessive dell'Atto di rinnovo, che nel conto che trasmette (consuntivo 2016) ha inserito un elemento (remunerazione del CIN) che il contratto 2015 – 2017 non prevedeva.

5.5. Avuto riguardo, pertanto, alla complessiva ricostruzione della *voluntas* contrattuale, nel senso suindicato - alla luce del chiaro tenore dell'Atto di rinnovo ed alle condizioni in cui si è conclusa la sua stipula, dell'interpretazione del contratto secondo buona fede e del comportamento tenuto dalle parti anche successivamente a detta stipula - risulta fuori luogo il richiamo operato da parte di Trenitalia al tenore testuale della D.G.R. n. 789 del 20.6.2014 e dell'accordo del 22.4.2015 (l'“Intesa”), volti alla successiva formalizzazione del contratto di servizio di durata novennale, in cui si faceva riferimento al ragionevole utile.

Ciò in quanto le parti successivamente hanno riscontrato che non sussistevano più le condizioni per la stipula del contratto novennale- come palesato dalla D.G.R. n. 1130/2016, l'unica avente attinenza con il rapporto contrattuale in discussione - per cui si sono risolte per la stipula dell'Atto di rinnovo di cui è causa, ovvero per un contratto ponte, avente una propria autonomia sia rispetto al pregresso contratto 2009/2014, che al contratto di durata quindicinale

da stipulare a decorrere dal 2018, cui non sono pertanto riferibili gli atti propedeutici alla stipula del contratto di durata novennale, poi non più concluso.

6. Ricostruita in tal senso la regolamentazione pattizia, risulta rilevante, onde decidere la controversia, la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, al fine di sciogliere il nodo, sui cui si richiede l'intervento interpretativo di codesta Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE, della conformità dell'Atto di rinnovo alle previsioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007, avendo riguardo ai due profili innanzi evidenziati:

a) compatibilità della rinuncia contrattuale al ragionevole utile con le previsioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007;

b) compatibilità della mancata previsione della contabilizzazione dei costi e dei ricavi relativi a un servizio, in parte commerciale, quale il servizio *Cinque Terre Express* (non essendo contestato che in relazione a tale servizio per i turisti fosse prevista la corresponsione di una tariffa maggiorata), con le previsioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

6.1. La normativa eurounitaria rilevante ai fini del decidere

Ai termini dei considerando 9, 13, 27,28 e 30 del Regolamento (CE) n. 1370/2007:

«(9) (...) *“Per garantire l'applicazione dei principi di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori in concorrenza e di proporzionalità, qualora vengano accordati compensazioni o diritti di esclusiva, è indispensabile definire in un contratto di servizio pubblico stipulato dall'autorità competente con l'operatore di servizio pubblico prescelto la natura degli obblighi di servizio pubblico e il compenso concordato. La forma o la denominazione di tale contratto possono variare in funzione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri”*;

(13) *“Alcuni servizi, spesso connessi con un'infrastruttura specifica, sono prestati essenzialmente per il loro interesse storico o per il loro valore turistico. Poiché questi servizi hanno scopi manifestamente diversi dalla fornitura di trasporto pubblico di passeggeri, non è necessario che la loro prestazione sia disciplinata dalle norme e dalle procedure applicabili agli obblighi di servizio pubblico”*;

(27) *“Le compensazioni concesse dalle autorità competenti per coprire le spese sostenute per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico dovrebbero essere calcolate in modo da evitar compensazioni eccessive. Qualora preveda di aggiudicare un contratto di servizio pubblico senza ricorrere a procedura di gara, l'autorità competente dovrebbe altresì osservare modalità di applicazione dettagliate idonee a garantire che l'importo delle compensazioni risulti adeguato e miri a conseguire un servizio efficiente e di qualità (...)”*;

(28) *“L'autorità competente e l'operatore di servizio pubblico possono provare che si è evitata una compensazione eccessiva se, nello schema di calcolo di cui all'allegato, tengono debitamente conto degli effetti dell'osservanza degli obblighi di servizio pubblico sulla domanda di servizi di trasporto pubblico di passeggeri”*;

(30) *“I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza”.*

L'articolo 1 del Regolamento n. 1370/2007, intitolato *«Finalità e ambito di applicazione»*, al paragrafo 1, dispone quanto segue:

«Il presente regolamento ha lo scopo di definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto comunitario, nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire.

A tal fine, il presente regolamento stabilisce le condizioni alle quali le autorità competenti allorché impongono o stipulano obblighi di servizio pubblico, compensano gli operatori di servizio pubblico per i costi sostenuti e/o conferiscono loro diritti di esclusiva in cambio dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico”.

L'articolo 2 di tale regolamento, intitolato *«Definizioni»*, così prevede: *«Ai fini del presente regolamento si intende per: (...)*

h) “aggiudicazione diretta”: l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara;

i) “contratto di servizio pubblico”: uno o più atti giuridicamente vincolanti che formalizzano l'accordo tra un'autorità competente e un operatore di servizio pubblico mediante il quale all'operatore stesso è affidata la gestione e la fornitura dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri soggetti agli obblighi di servizio pubblico; il contratto può, altresì, secondo l'ordinamento giuridico degli Stati membri, consistere in una decisione adottata dall'autorità competente:

– che assume la forma di un atto individuale di natura legislativa o regolamentare, oppure

– che specifica le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura a un operatore interno; (...)

L'articolo 3 di detto regolamento, intitolato *«Contratti di servizio pubblico e norme generali»*, al paragrafo 1 stabilisce quanto segue:

«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».

Il successivo art. 4, intitolato *«Contenuto obbligatorio dei contratti di servizio pubblico e delle norme generali»*, al paragrafo 1 prevede quanto segue:

«I contratti di servizio pubblico e le norme generali: (...)

b) stabiliscono in anticipo, in modo obiettivo e trasparente:

i) i parametri in base ai quali deve essere calcolata l'eventuale compensazione; e

ii) la natura e la portata degli eventuali diritti di esclusiva concessi, in modo da impedire una compensazione eccessiva. Nel caso di contratti di servizio pubblico aggiudicati a norma dell'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, tali parametri sono determinati in modo tale che la compensazione corrisposta non possa superare l'importo necessario per coprire l'effetto finanziario netto sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi ricavi trattenuti dall'operatore del servizio pubblico, nonché di un profitto ragionevole; (...)».

L'articolo 5, intitolato «*Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*», al paragrafo 6 prevede che «*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, fatta eccezione per altri modi di trasporto su rotaia quali metropolitana o tram. In deroga all'articolo 4, paragrafo 3, la durata di tali contratti non è superiore a dieci anni, salvo nei casi in cui si applica l'articolo 4, paragrafo 4*».

Il suddetto articolo 4 paragrafo 4 a sua volta prevede che «*Se necessario, tenuto conto delle modalità di ammortamento dei beni, la durata del contratto di servizio pubblico può essere prorogata, al massimo, del 50 % se l'operatore del servizio pubblico fornisce beni di entità significativa in rapporto all'insieme dei beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto di passeggeri oggetto del contratto di servizio pubblico e prevalentemente finalizzati ai servizi di trasporto di passeggeri previsti dal contratto*».

L'articolo 6, intitolato «*Compensazioni di servizio pubblico*», al paragrafo 1, così prevede:

«Tutte le compensazioni connesse a una norma generale o a un contratto di servizio pubblico sono conformi alle disposizioni di cui all'articolo 4, indipendentemente dalle modalità di aggiudicazione del contratto. Tutte le compensazioni di qualsiasi natura connesse a un contratto di servizio pubblico aggiudicato direttamente a norma dell'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 o 6, o connesse a una norma generale sono inoltre conformi alle disposizioni dell'allegato».

Il punto 2 dell'allegato al Regolamento, intitolato «*Norme applicabili alla compensazione nei casi previsti nell'articolo 6, paragrafo 1*», è così formulato: «*La compensazione non può eccedere l'importo corrispondente all'effetto finanziario netto equivalente alla somma delle incidenze, positive o negative, dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico sulle spese e sulle entrate dell'operatore di servizio pubblico. Tali incidenze sono calcolate mettendo a confronto la situazione in cui l'obbligo del servizio pubblico è assolto con la situazione che sarebbe esistita qualora l'obbligo non fosse stato assolto. Per calcolare l'effetto finanziario netto, l'autorità competente segue il seguente schema: costi sostenuti in relazione a un obbligo di servizio pubblico o a un insieme di obblighi di servizio pubblico imposti dall'autorità o dalle autorità competenti e contenuti in un contratto di servizio pubblico e/o in una norma*

generale, meno gli eventuali effetti finanziari positivi generati all'interno della rete gestita in base all'obbligo o agli obblighi di servizio pubblico in questione, meno i ricavi delle tariffe o qualsiasi altro ricavo generato nell'assolvimento dell'obbligo o degli obblighi di servizio pubblico in questione, più un ragionevole utile".

I punti 5 e 6 dell'Allegato al Regolamento prevedono:

"5. Allo scopo di aumentare la trasparenza e di evitare le sovvenzioni incrociate, quando un operatore di servizio pubblico presta sia servizi compensati soggetti a obblighi di servizio di trasporto pubblico sia altre attività, la contabilità dei suddetti servizi pubblici deve essere tenuta separata nell'osservanza almeno delle seguenti condizioni:

-i conti operativi corrispondenti a ciascuna di tali attività economiche devono essere separati e la quota dei ricavi e dei costi fissi deve essere imputata secondo le vigenti norme contabili e fiscali,

- tutti i costi variabili, un contributo adeguato per i costi fissi e un utile ragionevole connessi a eventuali altre attività esercitate dall'operatore di servizio pubblico non possono in nessun caso essere a carico del servizio pubblico in questione,

-i costi originati dalla prestazione del servizio pubblico devono essere bilanciati dai ricavi di esercizio e dal versamento di somme da parte delle pubbliche autorità, senza possibilità di trasferimento di ricavi a un altro settore di attività dell'operatore di servizio pubblico.

6. Si deve intendere per «ragionevole utile» un tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, in un determinato Stato membro, che tiene conto dell'esistenza o della mancanza di rischio assunto dall'operatore di servizio pubblico a seguito dell'intervento dell'autorità pubblica".

Il verificatore, facendo applicazione della previsione del citato punto 6, ha ritenuto, che a fronte di un contratto di servizio come quello di cui è causa, caratterizzato dalla totale assenza di rischi per Trenitalia, il ragionevole utile possa essere calcolato avendo riguardo al tasso di rendimento dei Titoli di Stato.

Infine vi è da evidenziare che la Comunicazione interpretativa del Regolamento (CE) n. 1370/07, al paragrafo 2.2.5, ha riconosciuto espressamente che:

"La portata geografica dei contratti di servizio pubblico deve essere tale da permettere alle autorità di gestire nel modo più economicamente vantaggioso i trasporti effettuati sotto la loro responsabilità, compresi gli effetti a livello di rete locale, regionale e sub-nazionale. La valorizzazione degli effetti di rete consente una fornitura di servizi di trasporto pubblico efficiente sotto il profilo dei costi grazie al finanziamento incrociato tra i servizi che garantiscono ricavi superiori ai costi sostenuti e quelli che invece non riescono a coprire tali costi. Ciò, a sua volta, dovrebbe consentire alle autorità di raggiungere gli obiettivi stabiliti nella politica dei trasporti, garantendo al contempo - se del caso - le condizioni per una concorrenza efficace ed equa sulla rete, soprattutto nel settore dei servizi ferroviari ad alta velocità".

Peraltro, si dubita se tale previsione che, trova una corrispondenza anche Delibera n. 48/2017 dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, alla Misura 4.7, secondo quanto di seguito indicato, debba essere intesa, in conformità con le previsioni del punto 5 dell'Allegato al Regolamento, con la tenuta di una contabilità separata relativamente ai servizi comportanti ricavi non necessitanti di compensazione, onde non incorrere nel rischio di una compensazione eccessiva, vietata dall'art. 27 prima parte del considerando e dall'art. 4 paragrafo 1 lett. ii) del Regolamento (CE) 1370/2007; pertanto si richiede l'intervento interpretativo di codesta Corte di giustizia in relazione al secondo quesito che viene posto con la presente ordinanza.

La Corte di giustizia, sez. V, con la recente sentenza 25 gennaio 2024, resa nella causa C-390/22, ha evidenziato che *“Come risulta dai considerando 9 e 30 del regolamento n. 1370/2007, siffatti obblighi relativi ai compensi concordati in un contratto di servizio pubblico mirano a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, principio che riveste un'importanza ancor più essenziale quando il contratto di servizio pubblico accorda una compensazione senza ricorrere una procedura di gara.*

È vero che dalle disposizioni dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento n. 1370/2007 discende che le autorità competenti, nei limiti in cui sono tenute a fissare i parametri di calcolo della compensazione dovuta a un operatore di servizio pubblico, godono necessariamente di un certo margine di discrezionalità nell'elaborazione di un regime di compensazione (v., in tal senso, sentenza del 21 dicembre 2023, DOBELES AUTOBUSU PARKS e a., C-421/22, EU:C:2023:1028, punto 42), il quale è tuttavia rigorosamente circoscritto dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), seconda frase, e dalle modalità di applicazione di cui all'allegato a tale regolamento qualora, come nel caso di specie, la compensazione sia concessa nell'ambito di un contratto di servizio pubblico senza ricorrere a una procedura di gara”.

6.2. L'ordinamento interno

Nell'ambito dell'ordinamento nazionale non si riscontra un contrasto con le previsioni del Regolamento (CE) 1370/2007.

Infatti, l'Allegato alla Delibera n.48/2017 del 30 marzo 2017 dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, prevede alla Misura 4.6. che *“Nel caso dei servizi di trasporto pubblico di linea, qualora il gettito ottenuto applicando le tariffe determinate in base ai criteri della successiva Misura 5, o qualora altre fonti di ricavo derivanti da attività compatibili con quella di trasporto pubblico, oltre che dalla valorizzazione degli effetti di rete positivi, non assicurino la totale copertura dei costi efficienti riferiti alla combinazione delle modalità di cui alla precedente Misura 3 e di un margine di utile ragionevole, è riconosciuta all'operatore del servizio una compensazione finanziaria calcolata in base al diritto dell'Unione europea e a quanto disposto nella Delibera n. 49/2015 ART, Misure 12, 13 e 14. In questo caso, il contratto di servizio deve prevedere almeno il raggiungimento del coefficiente minimo di copertura dei costi di cui all'articolo 19, comma 5, del d.lgs. n. 422/1997”.*

La delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49/2015 alla richiamata Misura 13 *“Criteri per il calcolo delle compensazioni per gli affidamenti in house o diretti”* prevede che

“1. Per gli affidamenti in house o diretti, le compensazioni a copertura degli obblighi di servizio pubblico sono determinate nel rispetto dei principi di cui all’articolo 4, paragrafo 1, lettera b), ed all’Allegato 1 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e secondo le modalità indicate nello schema di cui al Prospetto 4. 2. (...).

Lo schema di cui al Prospetto 4.2. a sua volta prevede alla fase 7 *“Addizione di un ragionevole margine di utile, da intendersi come un tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, in un determinato Stato membro, che tiene conto “dell’esistenza o della mancanza di rischio assunto dall’operatore di servizio pubblico a seguito dell’intervento dell’autorità pubblica” [Allegato al regolamento (CE) n. 1370/2007]. Anche in questo caso, rileva formulare precise e circostanziate ipotesi di suddivisione dei rischi tra gestore e ente affidante per tutta la durata dell’affidamento tenendo conto che l’affidamento in house si qualifica come un appalto, essendo i rischi tutti in capo al secondo per la specifica connotazione del “controllo analogo”, mentre nell’affidamento diretto i rischi vanno considerati alla luce dell’assenza di un confronto competitivo”.*

L’Autorità di Regolazione dei Trasporti, nell’indicata Delibera n. 48/2017, alla Misura 4.7, autorizza inoltre la combinazione di servizi a diversa redditività prevedendo che *“7. La compensazione finanziaria nei contratti di servizio affidati secondo le modalità ammesse dall’ordinamento, calcolata come indicato al precedente punto 6, può essere assicurata direttamente con finanziamento pubblico dell’operatore in ragione della redditività dell’insieme dei servizi inclusi nel contratto di servizio, ovvero indirettamente mediante il finanziamento dei servizi che non remunerano i costi sostenuti con quelli che garantiscono ricavi superiori ai relativi costi”.*

6.3.LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI RIMESSE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

In considerazione di tutto quanto sopra esposto, stante la rilevanza – ai fini della decisione della controversia – della questione di compatibilità del contratto di servizio di cui è causa con le indicate disposizioni euro-unitarie, si chiede alla Corte di giustizia dell’UE di pronunciarsi sulle seguenti questioni pregiudiziali:

a) se il Regolamento (CE) n. 1370/2007- e, in particolare, il Considerando 27, seconda parte, l’art. 1, paragrafo 2; l’art. 4, paragrafo 1; l’art. 6, paragrafo 1; i Punti da 2 e 6 dell’Allegato al Regolamento- nonché i principi e gli obiettivi del diritto dell’Unione Europea stabiliti nelle rilevanti disposizioni del TFUE (in particolare, artt. 14, 93 e 106) ostino, rendendo le relative previsioni inefficaci, a un contratto di servizio, come quello di cui è controversia, che, a fronte della totale mancanza di rischi in capo all’operatore economico, comporti la rinuncia, liberamente e consapevolmente accettata, al ragionevole utile, ove detta rinuncia riguardi un periodo di tempo limitato (tre anni), in vista dell’affidamento diretto di un contratto di servizio successivo, per la durata massima prevista dal combinato disposto degli artt. 5 paragrafo 6 e 4 paragrafo 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007;

b) in caso di risposta positiva a tale primo quesito, se il Regolamento (CE) n. 1370/2007- e in particolare, il Considerando n. 27, prima parte, il considerando n. 28, l’art. 4, paragrafo 1; l’art. 6, paragrafo 1; il Punto 5 dell’Allegato al Regolamento- e i principi e gli obiettivi del diritto

dell'Unione Europea stabiliti nelle rilevanti disposizioni del TFUE (in particolare, artt. 14, 93 e 106) ostino, rendendolo inefficace e inopponibile in questa parte- a un contratto di servizio, come quello di cui è controversia, che non preveda in via separata la contabilizzazione dei costi e dei ricavi di un servizio, in parte a carattere commerciale, in quanto caratterizzato da tariffe maggiorate, onde evitare il rischio di compensazioni eccessive.

7. La segreteria della Sezione curerà la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea. In aggiunta alla presente ordinanza la segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione: a) l'intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio; b) il testo della Delibera n. 48/2017 del 30 marzo 2017 dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

7.1. In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

7.2. E' riservata al definitivo ogni ulteriore questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con l'ordinanza in commento il Consiglio di Stato, V sez., ha **rimesso alla CGUE la**

questione della compatibilità della rinuncia contrattuale al ragionevole utile in contratti di servizio privi di rischio per l'operatore economico con le previsioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007 nonché con gli artt. 14, 93 e 106 TFUE e, in caso di risposta negativa al predetto quesito, se osti al riconoscimento del ragionevole utile la mancata previsione di una contabilizzazione separata dei costi e dei ricavi. Viene in rilievo, in specie, un possibile **contrasto diretto** tra il provvedimento impugnato e il diritto unionale.

Occorre evidenziare che la fattispecie concreta sottoposta al vaglio del Supremo Consesso afferisce a un contratto triennale per il servizio ferroviario, in forza del quale, in vista del successivo affidamento diretto quindicennale, da un lato, l'impresa si impegnava a garantire la continuità del servizio, dall'altro, l'ente regionale si obbligava a garantire l'equilibrio finanziario. In particolare, oggetto di impugnazione è la delibera dell'Amministrazione con cui, in attuazione del suindicato contratto, è stato negato qualsiasi utile al gestore del servizio.

Il Collegio ha, inoltre, chiarito, confutando la tesi del privato/appellante, che l'accordo suindicato prevedeva la rinuncia al ragionevole utile, deponendo in tal senso non solo il dato letterale, ma anche quello sistematico, giacché il regolamento contrattuale rinviava espressamente a una delibera regionale in cui era stata previsto l'utile 0.

La sussistenza della rinuncia pattizia all'utile ha, dunque, imposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

Giova sottolineare che, come ribadito anche all'art. 1 del Regolamento n. 1370/2007, il settore del trasporto pubblico implica la fornitura di servizi sicuri e altamente qualitativi a un numero elevato di utenti, a prezzi inferiori rispetto a quelli che il mercato comporterebbe. Tale esigenza va temperata, però, con la necessità di compensare l'operatore economico per il servizio prestato; compensazione che, qualora il contratto di servizio pubblico non sia preceduto da una gara, può essere sì stabilito discrezionalmente dall'autorità competente, ma pur sempre nei limiti dell'importo necessario per coprire l'effetto finanziario netto sui costi sostenuti e sui ricavi originati dal servizio, tenendo conto dei ricavi **nonché di un profitto ragionevole**, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, lett.b) del Regolamento eurounitario in commento.

Nell'utile ragionevole, soggiunge il punto 6 dell'allegato al Regolamento, occorre valorizzare anche l'esistenza o meno di un rischio per l'operatore economico. Il punto 5 dell'allegato, invece, stabilisce, con il chiaro intento di evitare "speculazioni" e compensazioni eccessive, la necessità della contabilizzazione separata dei costi e dei ricavi.

Ebbene, in maniera mirabile, nell'ordinanza di remissione la V sezione del Consiglio di Stato non si è limitata a richiedere alla CGUE di chiarire se la rinuncia all'utile ragionevole sia compatibile con la disciplina unionale, ma anche se il riconoscimento del profitto possa essere precluso dall'assenza di una separata contabilizzazione. Sul punto, è utile osservare che se la normativa unionale e quella nazionale, che espressamente rinvia al Regolamento (CE), postula una logica compensativa (e non lucrativa) per l'impresa e se è vero che ad essa non è estranea una componente di guadagno, rappresentata dall'utile ragionevole, è parimenti inconfutabile che la predetta componente non può assumere un rilievo prevalente nella quantificazione dell'importo dovuto all'impresa. In specie in ipotesi in cui il contratto di

servizio escluda qualsivoglia rischio operativo per il privato.

Come emerge dall'ordinanza in commento, inoltre, il concreto rispetto dei limiti sanciti dal diritto eurounitario ha come presupposto una precisa contabilizzazione dei costi e dei ricavi, per scongiurare il rischio di una eccessiva compensazione in favore dell'operatore economico.

È opportuno, infine, precisare che, come accennato testé, nel caso concreto la normativa nazionale non collide con il Regolamento (CE) 1370/2007 e, pertanto, viene in rilievo una possibile ipotesi di **contrasto diretto** tra il provvedimento amministrativo e le fonti unionali. In tale fattispecie, a differenza del contrasto indiretto che postula un atto provvedimentale conforme a una legge italiana violativa della disciplina eurounitaria, si deve ritenere il **provvedimento annullabile per violazione di legge**, giacché l'art. 21 *septies* l. 241/1990, che tipizza le ipotesi di nullità, non contempla la violazione del diritto comunitario; per tale ragione sussiste **l'onere del privato di impugnare il provvedimento lesivo del suo interesse legittimo entro il termine decadenziale**.

Nel caso di **contrasto indiretto**, invece, si ritiene che l'atto sia **nullo** qualora la norma nazionale a cui si uniforma, violativa delle fonti unionali, sia **attributiva del potere; annullabile** qualora, invece, regoli le **modalità di esercizio**.