Pubblicato il 18/02/2025

N. 01309/2025REG.PROV.COLL.
N. 01303/2024 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 1303 del 2024, proposto dall'Autorità di regolazione dei trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Captrain Italia, Rail Cargo Carrier Italy s.r.l., Fuorimuro Inpresa Ferroviaria s.r.l., Inrail s.p.a., SBB Cargo **Italia** S.r.l., Oceanogate **Italia** s.p.a., GTS Rail s.p.a., Adriafer s.r.l. con socio unico, DB Cargo **Italia** s.r.l., Sangritana s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Massimo Giordano, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del medesimo, sito in Roma, via Graziano n. 62;

nei confronti

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfonso Celotto, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Piemonte (Sezione terza) n. 904 del 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete ferroviaria Italiana s.p.a., **Captrain Italia**, Rail Cargo Carrier Italy s.r.l., Fuorimuro Impresa Ferroviaria s.r.l., Inrail s.p.a., SBB Cargo **Italia** S.r.l., Oceanogate **Italia** s.p.a., GTS Rail s.p.a., Adriafer s.r.l. con socio unico, DB Cargo **Italia** s.r.l., Sangritana s.p.a.;

Visto l'appello incidentale;

Viste le memorie delle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista l'ordinanza n. 7870/2024;

Designato relatore il cons. Giuseppe La Greca;

Uditi nell'udienza pubblica del 19 dicembre 2024, per le parti, gli avvocati Massimo Giordano e Alfonso Celotto;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I FATTI DI CAUSA E IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

1.- I fatti di causa possono essere così riassunti.

1.1.- Con delibera n. 227 del 2022 l'Autorità di regolazione dei trasporti (di seguito «*ART*») approvava le «*indicazioni e prescrizioni relative al "Prospetto informativo della rete 2024", presentato dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.*» di cui all'allegato «*A*» della medesima delibera e stabiliva che: I) «*le indicazioni e prescrizioni di cui all'Allegato A sono recepite da RFI nel "Prospetto informativo della rete 2024" entro la data della relativa pubblicazione*»; II) «*le indicazioni di cui all'allegato A, limitatamente a quelle rubricate 1.1.2.1, 1.1.2.2, 3.2.2.1, 4.1.2.1, 4.4.2.1, 5.1.2.1, 5.2.2.1, nonché le prescrizioni di cui al medesimo allegato, limitatamente a quelle rubricate 2.2.3.1, 2.3.3.2, 3.1.3.1, 4.4.3.1, 5.1.3.2,*

5.2.3.1, 5.2.3.2, 5.2.3.3, 5.3.3.1, 5.4.3.1 sono recepite da RFI nel "Prospetto informativo della rete 2023" entro il 10 dicembre 2022».

1.2.- Le «*Indicazioni e prescrizioni relative al "Prospetto informativo della rete 2024" presentato dal gestore della rete ferroviaria nazionale, R.F.I. s.p.a. nonché relative al "Prospetto informativo della rete 2023"*» (all. 2 deposito di parte ricorrente in primo grado del 31 gennaio 2023), richiamavano il paragrafo 5.6.6 del PIR, «*Penali per l'IF in caso di superamento dei tempi di sosta nelle stazioni di collegamento con reti estere*», riguardante la descrizione delle «*regole in base alle quali il GI può imporre penali alle IF del segmento merci responsabili del superamento dei tempi di sosta programmata in corrispondenza delle stazioni di confine*».

1.3.- Il predetto paragrafo 5.6.6. stabiliva che «*Qualora una IF che effettua trasporto merci internazionale acceda e superi, nella stazione di collegamento reti estere, il tempo di sosta programmato associato alla traccia oraria assegna, l'IF responsabile dovrà corrispondere una penale sulla base del tempo di eccedenza della sosta Tes (IF) maturato dal treno in partenza dalla stazione rispetto all'orario registrato al suo arrivo e derivante da cause imputabili all'IF stessa. In ePIR viene definito il tempo massimo per le operazioni al transito (Tt) per ogni stazione di collegamento reti che ha lo scopo di indirizzare la programmazione dell'impianto verso l'ottimizzazione dell'uso della capacità* […]».

1.4.- Il paragrafo 5.7. del PIR stabiliva che «*In ottemperanza a quanto prescritto dal D.Lgs n. 112/15 (art. 21)* […] *è attivato il meccanismo di incentivazione della qualità delle prestazioni, denominato Performance Regime, basato sugli scostamenti maturati da parte di tutti i treni che circolano sull'infrastruttura nazionale durante il loro tragitto. GI o IF rispondono del ritardo indotto a qualsiasi treno, anche di altra diversa IF, per cause riconducibili alla propria responsabilità, con applicazione di penali calcolate come descritto in dettaglio nell'Appendice 5.C del presente capitolo*».

1.5.- Avverso tale delibera – e, *in parte qua*, avverso il Prospetto informativo della rete (PIR 2023-edizione dicembre 2022) adottato con disposizione dell'Amministratore delegato di RFI n. 19 del 7 dicembre 2022 – le società odierne appellate proponevano ricorso al T.a.r. per il Piemonte per chiederne l'annullamento. Le predette società premettevano di esercitare in **Italia**, in

base a regolare licenza e relativo certificato di sicurezza, l'attività di trasporto ferroviario, anche internazionale, di merci e che in proprio o tramite l'Associazione di categoria (Fercargo) avevano partecipato al procedimento che aveva poi ha dato luogo agli atti di ART soprarichiamati. Deducevano, quindi, doglianze così articolate:

1) quanto al primo motivo:

- la norma istitutiva di ART, ossia l'articolo 37, comma 2, del decreto legge n. 201 del 2011 avrebbe circoscritto i poteri di regolazione di ART alla determinazione dei criteri di definizione «*delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi*»;
- la funzione regolatoria e di vigilanza avrebbe dovuto essere esercitata nei limiti dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 113 del 2015 secondo cui, a fronte della fornitura di servizi primari (cosiddetto «*pacchetto minimo di accesso*») cui andrebbe ricompreso l'uso delle stazioni di confine, sarebbe stata preclusa ogni richiesta alle imprese ferroviarie di «*corresponsione di alcun onere aggiuntivo rispetto al canone di accesso e utilizzo dell'infrastruttura*»;
- le penali previste dagli atti impugnati a carico delle imprese ferroviarie non sarebbero state ammesse neppure dall'articolo 21 del citato decreto legislativo n. 112 del 2015, poiché tale ultima disposizione avente – secondo quanto esposto – «*carattere eccezionale*» rispetto al quadro generale di cui al predetto, avrebbe previsto (ed ammesso) un unico sistema di clausole con riferimento alla circolazione dei treni su tutta la rete ferroviaria nazionale, con penali anche a carico di R.F.I. s.p.a. (di seguito «RFI) e bilanciato attraverso il cosiddetto «*Perfomance regime*» (di seguito «*PR*»);
- le perturbazioni della circolazione sulla rete riconducibili a eventuali ritardi delle soste nelle stazioni di confine, sarebbero già rientrate nel sistema di penali del PR, sicché, ART, con gli atti impugnati, avrebbe creato un ulteriore sistema di penali che si sarebbe aggiunto a quello già previsto dal citato articolo 21;
- ART avrebbe agito al di fuori dei suoi poteri (ciò che avrebbe determinato la nullità degli atti impugnati) sul rilievo che: I) avrebbe imposto alle imprese

ferroviarie una doppia penalizzazione per lo stesso fatto (perturbazione della rete riconducibile ad una sosta di confine), ossia, ad un tempo, quella del PR e quella prevista negli atti impugnati; II) avrebbe creato un sistema di penali contradditorio ed incoerente, in quanto mentre il PR avrebbe previsto un meccanismo bilanciato di penali (per chi utilizza male la rete) e di premi (per chi è, invece, virtuoso), gli atti impugnati avrebbero previsto solo penalizzazioni;

2) quanto al secondo motivo:

- erroneamente ART avrebbe invocato la «*Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti, che modifica il regolamento UE 2021/1153 e il regolamento UE n. 913/2010 e abroga il regolamento UE n. 1315/2013*» del 16 dicembre 2021 non avendone, peraltro, rispettato i principi;

3) quanto al terzo motivo:

- le penali ammesse dall'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, in ottemperanza alla disposizione di cui all'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE sarebbero soltanto quelle che possono essere evitate, ossia quelle che dipendono dalla organizzazione dell'impresa ferroviaria, mentre quelle introdotte dagli atti impugnati riguarderebbero fattori esogeni, indipendenti dalla organizzazione delle imprese ferroviarie;

- su tale aspetto sarebbe stata omessa la necessaria istruttoria da parte di ART: l'affermazione della stessa ART secondo cui i ritardi sarebbero stati tutti «*Causa IF*» (ossia determinati dall'impresa ferroviaria) non avrebbe trovato riscontro nell'istruttoria; il difetto di istruttoria si sarebbe annidato nella tesi secondo cui i ritardi sarebbero stati riferibili alle imprese ferroviarie e non alle cause esogene dalle medesime denunciate che ne avrebbero precluso l'evitabilità;

4) quanto al quarto motivo:

- le penali introdotte con gli atti impugnati avrebbero determinato un onere economico sproporzionato fonte di danno per l'economicità delle gestioni

delle imprese ferroviarie e ci si sarebbe trovati al cospetto di un onere indebito per l'accesso ad una infrastruttura essenziale (la stazione di confine), in contrasto con le disposizioni primarie volte a tutelare il contenimento dei costi per le imprese e la sostenibilità economica della loro gestione (costi che, nel caso di specie, sarebbero stati, invece, compromessi e su cui sarebbe mancata una adeguata istruttoria);

5) quanto al quinto motivo:

- le penali introdotte con gli atti impugnati si sarebbero aggiunte a quelle dovute per il PR e, segnatamente: I) il PIR adottato da R.F.I. s.p.a. avrebbe previsto il par. 5.6.6 titolato «*Penali per l'IF in caso di superamento dei tempi di sosta nelle stazioni di collegamento con reti estere (aggiornamento dicembre 2022)*»; II) al contempo, il medesimo PIR avrebbe previsto nel par. 5.7. titolato «*Perfomance regime*» che il PR è «*basato sugli scostamenti maturati da parte di tutti i treni che circolano sull'infrastruttura nazionale durante il loro tragitto*» e che «*GI o IF rispondono del ritardo indotto a qualsiasi treno, anche di altra diversa IF, per cause riconducibili alla propria responsabilità, con applicazione di penali calcolate come descritto in dettaglio nell'Appendice 5.C del presente capitolo*»;

- le penali introdotte con gli atti impugnati si sarebbero aggiunte a quelle già previste nel PR, poiché entrambe le penalizzazioni sarebbero state applicate ai ritardi ai valichi per – in tesi, asserita – «*causa IF*», ciò che sarebbe stato in contrasto con il principio di unicità del sistema delle penali e con l'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015. Quest'ultimo avrebbe, infatti, previsto un sistema delle penali conforme ai criteri dettati nell'allegato VI della direttiva n. 2012/34/UE che, a sua volta, più nel dettaglio, nel definire detti criteri, avrebbe fatto riferimento ad un unico sistema di quantificazione delle penali medesime da applicarsi su tutta l'infrastruttura ferroviaria;

- le penali al confine introdotte con gli atti impugnati avrebbero avuto un CAP del 3% del pedaggio annuo rendicontato ad ogni impresa ferroviaria per le tratte internazionali, che però non avrebbe potuto tener conto degli importi dovuti a titolo di PR sulle stesse tratte: ciò per specifica prescrizione dettata

dall'ART a R.F.I. s.p.a. di «*non correlare il limite del 3% sopra citato agli importi eventualmente dovuti dalle IIFF in ambito Performance*»;

- il PR avrebbe avuto un CAP del 5% del pedaggio annuo rendicontato ad ogni impresa ferroviaria che, però, sarebbe stato violato con l'introduzione delle ulteriori penali di confine;

6) quanto al sesto motivo:

- le penali al confine introdotte con gli atti impugnati non sarebbero gravate su RFI nel caso di responsabilità del ritardo alla stessa riconducibile, impedendo così alle imprese ferroviarie di vedersi riconosciuto il relativo ristoro per le inefficienze e diseconomie indotte dal ritardo unicamente imputabile a RFI, ciò che si sarebbe rivelato in contrasto con l'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015 laddove avrebbe previsto un sistema di penali determinato secondo i criteri dettati dall'Allegato VI della direttiva n. 2012/34/UE, come sarebbe stato già stabilito per tutti gli Stati membri dall'art. 35 della medesima direttiva;

- il sistema nazionale delle penali avrebbe dovuto obbligatoriamente contemplare i ritardi (e correlate penali) «*Causa RFI*» quale gestore dell'infrastruttura, giacché espressamente contemplati sub numeri 1), 2), 3) e 4) e relative sottoclassi dell'Allegato VI alla direttiva n. 2012/34/UE, mentre il sistema delle penali introdotto con gli atti impugnati avrebbe previsto la loro quantificazione soltanto per i ritardi asseritamente «*causa IF*», in (asserito) palese contrasto con le norme di riferimento citate;

- la scelta regolatoria di disciplinare le penali introdotte con gli atti impugnati, con imputazione solo a carico delle imprese ferroviarie, si sarebbe posta in aperta contraddizione con la soluzione, conforme alle disposizioni citate, adottata invece per il PR, in quanto questo avrebbe previsto penali per i ritardi «*causa RFI*» (v. Appendice 5C del PIR 2023). La mancata considerazione da parte di ART di siffatti aspetti, sebbene – secondo quanto prospettato – appositamente segnalati, avrebbe determinato il difetto di istruttoria e di motivazione degli atti impugnati;

7) quanto al settimo motivo:

- il sistema delle penali sarebbe risultato connotato dalle seguenti ulteriori criticità:

a) i tempi massimi di sosta per alcuni valichi sarebbero stati eccessivamente ridotti;

b) il prospetto delle franchigie non avrebbe previsto alcuna maggiorazione di tempo nei vari impianti per i treni pesanti, malgrado tale tipologia di traffico necessiti inevitabilmente di un maggior tempo per eseguire le operazioni previste dalla normativa in materia di sicurezza;

c) l'Autorità non avrebbe preso in considerazione (con conseguente difetto di istruttoria) il carattere ulteriormente penalizzante delle clausole per il trasporto internazionale di merci rispetto ai costi già sostenuti;

d) tale assetto sarebbe violativo dell'art. 18, comma 4, del decreto legislativo n. 112 del 2015 che, in attuazione dell'art. 32 della direttiva n. 2012/34/UE, in punto di preventivo esame della sostenibilità economica per le imprese ferroviarie di ogni misura regolatoria;

8) quanto all'ottavo motivo:

- le penali al confine introdotte con gli atti impugnati avrebbero determinato il potenziale effetto di disincentivare il trasporto ferroviario internazionale di merci aggravandone i costi di esercizio e pregiudicandone il cosiddetto *shift* modale di cui all'art. 31, comma 5, direttiva n. 2012/34/UE e all'art. 17, comma 7, del decreto legislativo n. 112 del 2015;

- solo i costi ambientali avrebbero potuto giustificare un incremento dei costi del trasporto merci su ferro, ma le penali introdotte con gli atti impugnati non avrebbero avuto alcuna finalità ambientale; in ogni caso, ART avrebbe dovuto contestualmente applicare al trasporto merci su strada un analogo aggravio di costi, ciò che non sarebbe avvenuto;

9) quanto al nono motivo:

- le penali al confine si sarebbero rivelate illegittime perché non avrebbero avuto alcuna relazione con le spese reali effettivamente determinate a carico

del gestore (e sostenute da RFI) dal passaggio delle merci su ferro ai valichi, ciò che si sarebbe rivelato in contrasto con gli articoli 58, 91, 97 e 100 TFUE.

1.6.- ART si opponeva all'accoglimento del ricorso.

1.7.- Con sentenza n. 904 del 2023, il T.a.r. per il Piemonte, sez. III, disattese le questioni in rito, in parte rigettava e in parte accoglieva il ricorso per difetto di istruttoria e di motivazione. Annullava, quindi, gli atti impugnati e restituiva gli atti ad ART ai fini dell'eventuale riesercizio del potere.

1.8.- L'iter argomentativo della sentenza di primo grado era, in via di estrema sintesi, così articolato:

1) quanto al primo motivo:

- la sedes normativa del sistema regolatorio delle penali di confine sarebbe stata individuabile nell'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, disposizione attuativa dell'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE ed istitutiva del Performance Regime; tale base normativa non sarebbe stata, invece, rinvenibile, nell'art. 37 del decreto legge n. 201 del 2011, istitutivo di ART e nell'art. 13, comma 1, del decreto legislativo n. 112 del 2015;
- la collocazione dell'intervento regolatorio in esame nel solco del PR sotteso ai provvedimenti che hanno preceduto la delibera ART impugnata avrebbe trovato la sua fonte nella precedente delibera ART n. 151/2019 nella quale sarebbe stata evidenziata la necessità di «*adottare apposite indicazioni e prescrizioni, afferenti in particolare:* […] *sistema delle penali per ritardi causati dal gestore dell'infrastruttura*». Evidenziava il T.a.r. che «*stante l'assenza di una previsione normativa quand'anche "indiretta" (nel senso ora evidenziato) e l'espresso divieto per il Gestore di introdurre oneri economici ulteriori al canone di accesso e utilizzo dell'infrastruttura, l'ancoraggio delle penali di confine alla generale disciplina del d.lgs. 112/2015 e ai correlati poteri impliciti dell'Amministrazione non può dirsi rispettoso del canone di legalità, nemmeno nella declinazione "debole" solitamente tributata ai provvedimenti delle Autorità indipendenti. Per le ragioni anzidette, più solido e coerente ancoraggio normativo è costituito invece dalla disciplina del Performance Regime*»;

2) quanto al secondo e nono motivo:

- la proposta di nuovo Regolamento UE non avrebbe potuto costituire parametro di legittimità dei provvedimenti impugnati in quanto non ancora adottato; parimenti inconferente sarebbe il raffronto con le disposizioni TFUE considerato che la previsione di un sistema regolatorio involgente il sistema tariffario in funzione dell'incentivazione di un uso efficiente della rete ferroviaria troverebbe espressa copertura normativa nelle disposizioni dell'art. 35 della citata direttiva n. 2012/34/UE;

3) quanto al terzo motivo:

- le penali avrebbero potuto essere irrogate alle sole imprese ferroviarie «responsabili del superamento dei tempi di sosta massimi programmati nella stazione di confine, sicché la non imputabilità del ritardo alle imprese ferroviarie avrebbe escluso l'applicazione delle penali a loro carico; anche la affermata non evitabilità delle penali sarebbe stata infondata poiché l'art. 37, comma 2, decreto legislativo n. 112 del 2015 avrebbe consentito alle imprese ferroviarie il reclamo in ipotesi di illegittima applicazione;

4) quanto al quarto, settimo e ottavo motivo, le relative doglianze avrebbero determinato una interferenza non consentita con la discrezionalità tecnica di ART;

5) quanto al quinto e sesto motivo, i soli che il T.a.r. ha riconosciuto fondati:

- premesso che la contestuale previsione di penali di performance e di confine non apparirebbe di per sé e in astratto porsi in contrasto col paradigma normativo di riferimento, purché in presenza di un coordinamento tra loro dei due meccanismi di incentivazione, l'individuazione del fondamento normativo delle penali di confine nell'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015 e la conseguente collocazione dello strumento nell'ambito del Performance Regime avrebbero imposto il rispetto dei principi regolatori della materia, aventi matrice euro-unitaria (art. 35 direttiva n. 2012/34/UE);

- in tal senso la mancata previsione, qui, di penalità di frontiera a carico anche del Gestore dell'infrastruttura, nonché di meccanismi premiali in favore delle imprese ferroviarie (o dello stesso Gestore), nel caso di prestazioni superiori a

quelle indicate nei contratti di accesso all'infrastruttura, sono state giudicate dal T.a.r. confliggenti col principio di necessaria neutralità economica del sistema del Performance Regime e il tal senso la delibera è stata giudicata viziata per violazione di legge;

- ART avrebbe trattato in modo distinto e non coordinato la regolazione dei due sistemi di incentivazione, sicché si è ritenuto che facesse difetto, sul piano istruttorio, una valutazione tecnica circa le possibili modalità di interazione dei due meccanismi, quali (legittime) distinte espressioni del Performance Regime, e conseguentemente una congrua motivazione sulle concrete modalità applicative.

IL GIUDIZIO D'APPELLO

2.- Avverso la predetta sentenza ha interposto appello (principale) ART la quale ne ha chiesto la riforma sulla base di doglianze così articolate:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 29 c.p.a.; erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di inammissibilità sollevata in primo grado; in ogni caso, irricevibilità per tardività del ricorso. Sostiene ART che il ricorso introduttivo di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato: I) inammissibile in quanto volto all'annullamento di un provvedimento (la delibera 227/2022) che non avrebbe costituito la fonte della presunta lesione degli interessi delle parti private; II) irricevibile per tardività della sua proposizione.

Ha argomentato ART che:

a) quanto all'asserita carenza di interesse:

- le suddette penali non sarebbero state introdotte – come erroneamente sarebbe stato rilevato dalle ricorrenti – con la delibera 227/2022 oggetto di impugnazione in primo grado, quanto, in tesi, con delibera n. 151/2019: la delibera del 2022, dopo diverse delibere precedenti, si sarebbe limitata ad introdurre correttivi, asseritamente favorevoli alle imprese ferroviarie, al sistema di penali introdotto dal gestore dell'infrastruttura con riferimento al sistema di penali già vigente, nell'ottica di ridurne gli impatti economici sulle

imprese ferroviarie, a decorrere dal successivo PIR 2023 (cfr. allegato A, paragrafo 5.4.3.1); la delibera del 2019 avrebbe – diversamente – introdotto il sistema di penali a carico dell'impresa responsabile delle soste maggiorate nelle stazioni di confine;

- sarebbe in tal senso erronea l'affermazione del T.a.r. secondo cui sarebbe persistente l'interesse delle parti private malgrado la mancata impugnazione della deliberazione n. 151/2019 sul rilievo che (sempre secondo il T.a.r.) la delibera n. 227/2022 recherebbe disposizioni integrative della disciplina previgente e le censure originarie sarebbero state rivolte al sistema delle penali nel suo complessivo impianto; le disposizioni integrative di cui trattasi sarebbero state annullate sulla base di motivazioni estranee ad esse;

b) quanto all'asserita tardività, avrebbero dovuto impugnarsi tempestivamente l'originaria delibera e PIR;

2) Erroneità della pronuncia di primo grado nella parte in cui ha accolto il quinto ed il sesto motivo di ricorso; contraddittorietà della motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, istitutivo del Performance Regime; errore nei presupposti e travisamento dei fatti. Premesso che il T.a.r. ha accolto il quinto e il sesto motivo di ricorso avversario sul presupposto – nella lettura che ne dà ART – che il fondamento normativo del sistema di penali in discorso sia rinvenibile nell'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015 e che, in assenza di una norma che attribuisca uno specifico potere all'Autorità, non è da ritenersi legittimato alcun intervento regolatorio in materia, le indicazioni e prescrizioni dettate dall'Autorità in materia troverebbero copertura normativa nelle diposizioni di cui all'art. 14, comma 1 e all'art. 37, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 112 del 2015. Ove si ritenesse presente una natura regolatoria di tali disposizioni, il sistema delle penali di confine sarebbe finalizzato alla massima efficienza, con ricadute in termini di maggiore competitività dell'intero sistema del trasporto ferroviario, finalità cui è orientata la regolazione di ART ai sensi dell'art. 37, comma 2, lett. a) del decreto legge n.

201 del 2011. In ogni caso il potere regolatorio di ART in materia sarebbe frutto di «*poteri impliciti*» Ha aggiunto ART che errata si mostrerebbe la lettura offerta dal T.a.r. sul primo "Considerato" della delibera n. 151/2019, sintagma che non riguarderebbe le penali di confine.

3.- Si è costituita in giudizio RFI la quale ha, anch'essa, sollevato le questioni in rito veicolate con il primo motivo d'appello aggiungendo che:

- l'invocato annullamento della deliberazione ART n. 227/2022 e dei suoi allegati non potrebbe comportare alcuna caducazione del sistema delle penali previsto dalla deliberazione ART n. 151/2019, quanto il solo venire meno delle prescrizioni da ultimo imposte, che peraltro si sarebbero limitate a introdurre strumenti volti a mitigare gli effetti dell'applicazione del meccanismo delle penali originariamente previsto; con la conseguenza che queste e soltanto queste potrebbero essere le disposizioni soggette alla riedizione del potere da parte di ART (la bozza di PIR sarebbe stata resa definitiva con deliberazione ART n. 187/2020).

Nel merito, RFI, premesso che la tesi del T.a.r. sarebbe stata quella secondo cui la normativa nazionale, rimandando ai principi europei, prevedrebbe la necessità di un sistema «*parallelo*» di penali di confine e premi a carico del gestore dell'infrastruttura e a carico delle imprese ferroviarie, ha evidenziato che:

- nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ART sarebbe intervenuta affinché non vi fossero discriminazioni nell'applicazione delle penali di confine, né potrebbe può ritenersi che il sistema sanzionatorio così introdotto introduca una illegittima disparità di trattamento in danno delle sole imprese ferroviarie;
- l'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015 avrebbe previsto la possibilità di introdurre clausole penali nei confronti dei soli utilizzatori della rete che arrecano le perturbazioni alla circolazione dei treni, ossia, in tesi, alle sole imprese ferroviarie;

- non sarebbero identificabili i principi dell'allegato VI della direttiva n. 2012/34/UE e dell'articolo 21 citato che sarebbero stati violati da ART. Diversamente, sarebbe da ritenersi adottato un sistema di penali «*nei confronti degli utilizzatori della rete che arrecano tali perturbazioni*», specificamente per il superamento dei tempi di sosta presso le stazioni di confine, definito all'esito di un procedimento che avrebbe visto la consultazione delle imprese ferroviarie interessate e la negoziazione dei tempi di sosta presso le stazioni di confine con le imprese ferroviarie;
- parimenti sarebbe garantita la neutralità economica, considerato che le penali sarebbero applicate unicamente nei casi in cui il ritardo sia ascrivibile alla loro esclusiva responsabilità (e l'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015 avrebbe attribuito al gestore la mera possibilità – dunque, non l'obbligo – di prevedere clausole penali e/o premiali);
- la neutralità del sistema di penali per come previsto dal Performance Regime non implicherebbe necessariamente il carattere bilaterale della penale (la quale potrebbe, quindi, essere ad applicazione unilaterale), ciò che sarebbe confermato da alcune previsioni del PIR.

4.- Si sono, altresì, costituite in giudizio Rail Cargo Carrier Italy s.r.l., InRail s.p.a., SBB Cargo **Italia** s.r.l., Oceanogate **Italia** s.p.a., **Captrain Italia**, GTS RAIL s.p.a., Adriafer s.r.l., DB Cargo **Italia** s.r.l., Sangritana s.p.a.

4.1.- Esse hanno così tracciato la propria traiettoria difensiva.

4.1.1. In rito, dette società, hanno rilevato che: a) ART avrebbe effettuato una nuova valutazione del sistema di penali riportato da RFI nel PIR 2023; b) il sistema di penali oggetto della precedente delibera ART n. 187/2020 avrebbe riguardato, quindi, solo il 2021-2022 e non sarebbe mai entrato in vigore; c) a partire dall'orario di servizio del 9 dicembre 2022 avrebbe trovato applicazione, a seguito di rivalutazione, su specifica proposta di RFI, quello di cui al PIR 2023 ed alla delibera ART 227/2022; d) le originarie ricorrenti non avrebbero avuto alcun interesse concreto ed attuale ad impugnare la delibera ART 187/2020, perché quel sistema di penali sarebbe stato bloccato e non

avrebbe avuto applicazione, mentre RFI avrebbe poi avviato una nuova valutazione che avrebbe condotto alla delibera 227/2022 ed al PIR 2023, da cui sarebbe iniziata l'applicazione del sistema di penali oggetto del presente giudizio; e) la delibera ART n. 151/2019 avrebbe costituito atto meramente indicativo dell'apertura di una consultazione, giammai come atto prescrittivo di un sistema di penali definito ed applicabile e non avrebbe prefigurato un sistema di penali di confine disgiunto dalle penali di cui al PR e in contrasto con la disciplina primaria, con doglianze proposte con il quinto e sesto motivo di ricorso introduttivo, accolti dal T.a.r.; f) quanto alla delibera ART n. 173/2021 e alla sua mancata impugnazione, essa si sarebbe limitata ad avviare una consultazione per la introduzione delle penali di confine nel settore del traporto ferroviario passeggeri.

4.1.2.- Nel merito le parti private hanno rilevato che:

- i poteri impliciti non sarebbero esercitabili in contrato con le previsioni nazionali e unionali;

- ART non avrebbe tenuto conto della necessaria neutralità del sistema (come accade nel PR) imponendo penali solo a carico delle imprese ferroviarie, ciò che contrasterebbe con l'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE.

5.- Le parti private appellate hanno, altresì, proposto appello incidentale con il quale hanno criticato – e chiesto, in via subordinata, la riforma – della sentenza impugnata in relazione i profili di seguito indicati:

1) Violazione dell'art. 13 del decreto legislativo n. 112 del 2015; violazione dell'art. 37, comma 2, da lett. a) a lett. i) del decreto legge n. 201 del 2011 convertito in legge n. 214 del 2011; errore di diritto; violazione e falsa applicazione dell'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015; violazione dell'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE. Le penali previste negli atti impugnati sarebbero prive di base normativa, in quanto non potrebbero essere ricondotte alla previsione dell'articolo 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, disposizione che ammetterebbe un unico sistema di penali con riferimento alla circolazione dei treni su tutta la rete ferroviaria nazionale; tale

sistema, già esistente, sarebbe dato dal Perfomance Regime, con penali anche a carico di RFI e risulterebbe bilanciato. Le perturbazioni della circolazione sulla rete riconducibili a ritardi delle soste nelle stazioni di confine, rientrerebbero già nel sistema di penali del Perfomance Regime. ART avrebbe agito in carenza di potere con conseguente nullità dei suoi provvedimenti, avrebbe imposto per lo stesso fatto una doppia penalizzazione priva di base normativa; non avrebbe previsto un sistema di penalizzazioni e di premi.

Il T.a.r. avrebbe, con la sentenza impugnata, riconosciuto che il sistema delle penali ammissibile sarebbe quello dell'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, che per tutta la rete tale sistema sarebbe dato dal PR e che le penali oggetto del presente giudizio sarebbero estranee al sistema del PR: il T.a.r. avrebbe, tuttavia, errato nel ritenere che possano sussistere due sistemi di penali concorrenti. Le specifiche problematiche applicative del PR ai valichi non avrebbero potuto essere risolte con l'aggiunta di un altro sistema di penali (e il conseguente aggravio economico per le imprese ferroviarie), ma, in ipotesi, adottando in concreto le misure tali da rendere l'attuale sistema del PR funzionale al suo scopo e non con la previsione di ulteriori penali;

2) Errore nella valutazione dei fatti di causa ed omessa pronuncia; violazione degli artt. 112 e 132, n. 4, del codice di procedura civile. La proposta di regolamento UE sarebbe stata erroneamente richiamata da ART, dovendo essa recedere da qualsiasi misura regolatoria di fronte al dato istruttorio secondo cui, in base all'attuale parametro valutativo, il transito ai valichi nazionali risulterebbe efficiente. Detto profilo non sarebbe stato valutato dal T.a.r.;

3) Violazione dell'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015; violazione dell'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE. Le penali ammesse dall'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, in ottemperanza all'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE, sarebbero soltanto quelle che possono essere evitate, ossia che dipendono dalla organizzazione della (sola) impresa ferroviaria, mentre nel caso di specie, le penali introdotte dagli atti impugnati non sarebbero evitabili,

in quanto riconducibili a fattori esogeni, indipendenti dalla organizzazione delle imprese ferroviarie. ART, del resto, avrebbe affermato che i ritardi sarebbero tutti «*causa IF*», ma ciò non troverebbe riscontro nella stessa istruttoria dell'ART la quale non avrebbe: a) verificato l'effettiva causa dei ritardi predisponendo un apposito monitoraggio sui 11.286 treni ritardati nel periodo gennaio- giugno 2022; b) motivato il perché i ritardi monitorati per numero 11.186 treni fossero imputabili alle imprese ferroviarie. In altre parole ART sarebbe incorsa in un difetto di istruttoria in riferimento alla riferibilità dei ritardi alle imprese ferroviarie e non alle cause esogene dalle medesime denunciate che ne determinerebbero l'inevitabilità;

4) Violazione dell'art. 37, comma 2, lett. b) del decreto legge n. 201 del 2011, convertito nella legge 214 del 2011; violazione dell'art. 18, comma quarto, del decreto legislativo n. 112 del 2015. Il carattere e sproporzionato delle penali si porrebbe in contrasto con la sostenibilità economica della gestione delle imprese ferroviarie: in tal senso sarebbe stata omessa un'adeguata istruttoria di ART, aspetto che non sarebbe stato considerato dal T.a.r.;

5) Violazione dell'art. 18, comma 4, del decreto legislativo n. 112 del 2015; violazione dell'art. 32 della direttiva n. 2012/34/UE; violazione dell'art. 37, comma 2, lett. a) e b), del decreto legislativo n. 112 del 2015; violazione dell'art. 113 della Costituzione e dell'art. 112 del codice di procedura civile.

Premesso che ai costi che le imprese ferroviarie sono chiamate a sostenere economicamente (tra cui il costo del PR) si aggiungono le penali di confine, per un ammontare complessivo di oltre euro 5 milioni, dette penali eroderebbero gli «*esigui margini del settore*».

In ordine alla differenziazione dei tempi di transito per valico e per i treni pesanti, erroneamente il T.a.r. avrebbe omesso la pronuncia, riferendo tale aspetto sottratto al suo sindacato, pur in presenza di puntuali e circostanziati rilievi in punto di carenza di istruttoria di ART;

6) Violazione dell'art. 17, comma 7, del decreto legislativo n. 112 del 2015; violazione dell'art. 31, par. 5, della direttiva n. 2012/34/UE; omissione di

pronuncia e violazione dell'art. 112 del codice di procedura civile. Gli atti impugnati sarebbero connotati da difetto di istruttoria quanto al rispetto dello *shift* modale, aspetto che sarebbe stato, peraltro, segnalato dall'Associazione di categoria Fercargo in sede procedimentale;

7) Violazione degli artt. 58, 91, 97 e 100 TFUE; richiesta di rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La previsione di penali di confine prive di relazione con le spese reali effettivamente determinate a carico del gestore dal passaggio delle merci su ferro ai valichi contrasterebbe con la scelta del TFUE (artt. 58, 91 lett a, e 97) di favorire il più possibile i trasporti internazionali, in quanto riconosciuti come essenziali al raggiungimento degli obiettivi prefissati nel medesimo trattato: il mercato comune, la libera circolazione delle merci, l'integrazione delle economie nazionali e la sostenibilità ambientale, fermo restando che esse disincentiverebbero il trasporto internazionale di merci su ferro (art. 100 TFUE). Ad avviso delle appellanti incidentali le penali al confine per loro definizione non sarebbero correlate ad alcuna spesa reale effettivamente sostenuta da R.F.I. s.p.a., a prescindere se l'impresa ferroviaria possa a sua volta farla gravare sulla sua clientela.

6.- Le difese di ART sull'appello incidentale sono state sostanzialmente svolte mediante rinvio agli scritti difensivi della stessa di primo grado. RFI, con propria memoria, ha osservato che:

a) non si tratterebbe, nel caso di specie, di due sistemi di penali «*concorrenti*», in quanto i due sistemi di penali si riferirebbero a fattispecie differenti: le penali introdotte con la deliberazione n. 151/2019 perseguirebbero il fine di disincentivare le imprese ferroviarie a far sostare i propri treni merci in prossimità delle stazioni di confine oltre il tempo consentito; con il PR le penali sarebbero correlate alla performance di puntualità registrata nell'orario di servizio;

b) nessun contrasto verrebbe in evidenza con l'articolo 35 cit. della direttiva, considerato che la norma prevedrebbe soltanto che i sistemi di imposizione dei canoni possano prevedere sanzioni per la perturbazione del

funzionamento della rete, compensazioni per le imprese o premi per prestazioni superiori alle previsioni;

c) sarebbe del tutto irrilevante il richiamo alla proposta di regolamento UE;

d) quanto all'addotta inevitabilità delle penali, esse troverebbero applicazione soltanto in caso di responsabilità delle imprese ferroviarie (paragrafo 5.4.1 dell'Allegato A alla Delibera n. 227/2022); sarebbe stata censurata dalle società ricorrenti soltanto l'erroneità dell'istruttoria, senza tuttavia fornire né adeguata motivazione, né qualsivoglia prova sulla inattendibilità delle valutazioni operate dal gestore, come riportate nella delibera ART, né elementi sulla presunta sproporzionalità e irragionevolezza;

e) quanto alla sostenibilità economica delle penali e alla brevità dei tempi massimi di spostamento nei valichi, si tratterebbe di aspetti che intercettano la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione e, comunque, le soste sarebbero programmate in base alle richieste delle imprese ferroviarie, compatibilmente con la capacità disponibile in stazione;

f) in relazione alla censurata circostanza secondo cui le penali non sarebbero annoverabili come costi ambientali e non risulterebbero applicate al trasporto su strada, detto strumento sarebbe volto a incentivare un comportamento virtuoso da parte delle imprese ferroviarie (o, se si vuole, a disincentivare un comportamento inefficiente), ossia a organizzare il trasporto in modo da evitare la sosta presso le stazioni di confine per un tempo irragionevolmente superiore rispetto ai limiti programmati;

g) sarebbe inconferente il richiamo all'art. 97 TFUE poiché le penali avrebbero natura sanzionatoria ed eventuale, sono di ammontare tale da fungere da deterrente ai ritardi colpevoli da parte delle imprese, non possono essere assimilate agli altri costi sostenuti dalle imprese, né essere correlate alle spese per il transito sostenute dal gestore.

8.- In prossimità dell'udienza ART e le parti private originarie ricorrenti hanno depositato ulteriori scritti difensivi sulle questioni in rito sollevate d'ufficio da questo Consiglio di Stato con ordinanza n. 7870/2024.

9.- All'udienza pubblica del 19 dicembre 2024, presenti i procuratori delle parti, l'appello, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

10.- Il primo motivo dell'appello principale, alla stregua di quanto si dirà, è infondato, così come infondata è l'eccezione di inammissibilità/irricevibilità del ricorso di prime cure sollevata da RFI.

10.1.- Infondata è in primo luogo la doglianza circa la mancata declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa tempestiva impugnazione della delibera ART n. 151/2019.

Sul punto va rilevato che la predetta delibera stabiliva che:

- «*6.1.1 L'Autorità, in relazione al fenomeno del possibile affollamento di rotabili nelle stazioni di confine, per ritardi dei treni merci da/per le reti estere, ha evidenziato l'opportunità di prevedere l'introduzione, a seguito di apposita consultazione con le IF, di una penale a carico dell'impresa responsabile delle soste maggiorate in arrivo e partenza rispetto alla sosta programmata con franchigia di un'ora.*

[…] *6.1.2.1 Si indica al GI di avviare entro il 28 febbraio 2020 un procedimento di consultazione per la definizione di penali da applicarsi nei confronti di IF responsabili del superamento, da parte dei treni merci, dei tempi di sosta previsti nelle stazioni di confine per la ripartenza. Il procedimento dovrà concludersi in tempo utile per consentire l'inserimento di tale proposta nella bozza di PIR 2022*».

E' del tutto evidente che, in mancanza di una natura provvedimentale di siffatte previsioni, nessun effetto lesivo essa radicava ancora in capo agli operatori originari ricorrenti, sicché nessun onere di impugnazione gravava sugli stessi.

Detto onere era parimenti assente in relazione a tutti gli altri atti precedenti la delibera n. 227/2022 considerate, l'assenza di operatività e, in parte, l'assenza di effetti lesivi, dei medesimi atti, così come ricostruite dalle società originarie ricorrenti.

10.2.- A ciò va aggiunto che anche i dubbi nutriti dal Collegio sulla effettiva lesività, in parte qua, della delibera n. 227/2022 impugnata in primo grado – e sottoposti al contraddittorio delle parti con ordinanza n. 7870/2024, sono

fugati dalla chiarita (e incontestata) automaticità della clausola 5.6.6 del PIR 2023 (entrato in vigore con la delibera n. 227/2022 che ne reca l'approvazione) la quale dà luogo, per l'appunto, in automatico, alle richieste di pagamento, rivolte alle imprese ferroviarie, delle penali quantificate dal sistema.

11.- Il primo motivo d'appello va, dunque, rigettato.

12.- La delibazione degli ulteriori motivi dell'appello principale e dell'appello incidentale, richiede, come si vedrà, una previa pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE.

IL QUADRO NORMATIVO RILEVANTE

13.- Il quadro normativo nazionale rilevante nella vicenda di cui trattasi è così articolato:

a) quanto alla norma istitutiva di ART e suoi poteri:

- articolo 37 decreto legge n.201 del 2011: «*1. Nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481, è istituita l'Autorità di regolazione dei trasporti, di seguito denominata 'Autorità', la quale opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione.* […] *L'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione. L'Autorità esercita le proprie competenze a decorrere dalla data di adozione dei regolamenti di cui all'articolo 2, comma 28, della legge 14 novembre 1995, n. 481. All'Autorità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni organizzative e di funzionamento di cui alla medesima legge.* […]

2. L'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture ed in particolare provvede:

a) a garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali, fatte salve le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e

autostradali di cui all'articolo 36 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti ad esclusione del settore dell'autotrasporto merci;

b) a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori;

[…] *i) con particolare riferimento all'accesso all'infrastruttura ferroviaria, a svolgere tutte le funzioni di organismo di regolazione di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, e, in particolare, a definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura e i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità e a vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura»;*

b) quanto all'attuazione della direttiva n. 2012/34/UE:

- articolo 13 («*Condizioni di accesso ai servizi*») del decreto legislativo n. 112 del 2015:

«*1. Il gestore dell'infrastruttura garantisce, e quindi fornisce, a tutte le imprese ferroviarie cui sono state assegnate tracce orarie, a condizioni eque e non discriminatorie e senza corresponsione di alcun onere aggiuntivo rispetto al canone di accesso e utilizzo dell'infrastruttura, la fornitura dei seguenti servizi costituenti il pacchetto minimo di accesso:*

a) trattamento delle richieste di capacità di infrastruttura ferroviaria, ai fini della conclusione dei contratti di utilizzo dell'infrastruttura;

b) diritto di utilizzo della capacità assegnata;

c) uso dell'infrastruttura ferroviaria, compresi scambi e raccordi;

d) controllo e regolazione della circolazione dei treni, segnalamento ed instradamento dei convogli, nonché comunicazione di ogni informazione relativa alla circolazione;

e) uso del sistema di alimentazione elettrica per la corrente di trazione, ove disponibile;

f) tutte le altre informazioni necessarie per la realizzazione o la gestione del servizio per il quale è stata concessa la capacità»;

- articolo 21 del decreto legge n. 112 del 2015:

«*1. Al fine di ridurre al minimo le disfunzioni conseguenti ad eventuali perturbazioni arrecate alla circolazione dei treni, il gestore dell'infrastruttura adotta, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato, un apposito sistema di controllo delle prestazioni del trasporto ferroviario, che può prevedere la possibilità sia di prevedere clausole penali nei confronti degli utilizzatori della rete che arrecano tali perturbazioni, sia di erogare compensazioni agli utilizzatori della rete danneggiati da tali perturbazioni, sia di erogare forme di premio per gli utilizzatori della rete che si distinguono per l'aver effettuato prestazioni superiori a quelle previste dai rispettivi contratti di accesso all'infrastruttura.*

2. I principi di base del sistema di controllo delle prestazioni indicati allegato VI, punto 2, della direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, si applicano all'intera rete gestita dal gestore dell'infrastruttura»;

- art. 37 del decreto legislativo n. 112 del 2015:

«*1. L'organismo di regolazione è l'Autorità di regolazione dei trasporti che esercita le competenze nel settore dei trasporti ferroviari e dell'accesso alle relative infrastrutture ai sensi dell'articolo 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, dell'articolo 37 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, della direttiva 2014/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, e del presente decreto. L'organismo agisce in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione.* […]»;

b) sul versante della disciplina eurounitaria, la direttiva n. 2012/34/UE, per quanto qui di interesse, così stabilisce:

- articolo 35 («*sistema di prestazioni*»): «*1. I sistemi di imposizione dei canoni incoraggiano le imprese ferro viarie e il gestore dell'infrastruttura a ridurre al minimo le perturbazioni e a migliorare le prestazioni della rete ferroviaria mediante un sistema di prestazioni. Questo sistema può prevedere sanzioni per atti che perturbano il funzionamento della rete, compensazioni per le imprese vittime di tali perturbazioni nonché premi in caso di prestazioni superiori alle previsioni.*

2. I principi di base del sistema di prestazioni indicati nell'allegato VI, punto 2, si applicano a tutta la rete»;

- Allegato VI, punto 2, «*Il sistema di prestazioni di cui all'articolo 35 è basato sui principi seguenti:*

a) per raggiungere il livello convenuto di prestazioni e per non pregiudicare la redditività economica di un servizio, il gestore dell'infrastruttura si accorda con i richiedenti sui parametri principali del sistema di prestazioni, in particolare sul valore dei ritardi, sulle soglie dei pagamenti dovuti nell'ambito del sistema di prestazioni con riguardo alla circolazione di singoli treni e di tutti i treni di un'impresa ferroviaria in un determinato periodo di tempo; b) il gestore dell'infrastruttura comunica alle imprese ferroviarie, almeno cinque giorni prima della circolazione del treno, l'orario di servizio sulla base del quale saranno calcolati i ritardi; può applicare un preavviso più breve in caso di forza maggiore o di variazioni tardive dell'orario di servizio; c) tutti i ritardi sono riconducibili a una delle seguenti classi e sottoclassi di ritardo: […]».

LE MOTIVAZIONI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

14.- Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, occorre stabilire se un sistema quale quello delineato in **Italia** dall'art. 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, che non esclude un sistema sanzionatorio ulteriore e diverso rispetto a quello in via generale tratteggiato dal PIR, sia ostativo o meno alla corretta applicazione dell'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE, la cui interpretazione necessita del chiarimento della Corte di giustizia UE.

14.1.- Deve essere premesso che con riferimento alla pregressa direttiva (n. 2001/14) è stato affermato, con principi validi anche per la disciplina odierna (considerato il medesimo tenore della previsione), che «*gli Stati membri devono includere nei sistemi di imposizione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura un sistema di prestazioni diretto a incentivare sia le imprese ferroviarie sia il gestore dell'infrastruttura a migliorare le prestazioni della rete. D'altra parte, per quanto riguarda il tipo di incentivi che possono essere attuati negli Stati membri, questi ultimi conservano la libertà di scelta delle misure concrete facenti parte di detto sistema purché costituiscano un insieme coerente e trasparente che possa essere qualificato come "sistema di prestazioni"*» (Corte di giustizia

UE, sez. I, 28 febbraio 2013, C-483/10, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, ECLI:EU:C:2013:114). Parimenti, una previsione che si limiti a stabilire «*l'inflizione di ammende in caso di mancato rispetto degli obblighi diretti a garantire la gestione della rete o in caso di assenza di misure adottate per rimediare alla sua carenza, non può essere considerato come istitutivo di un sistema di prestazioni nell'ambito del sistema di imposizione dei diritti dell'infrastruttura ai sensi dell'articolo 11 della direttiva 2001/14*» (Corte di giustizia UE, sez. I, 11 luglio2013, C-545/10*, Commissione europea c. Repubblica ceca*, ECLI:EU:C:2013:509).

14.2.- Ciò detto occorre in primo luogo interrogarsi se in presenza di una disposizione quale quella contenuta nell'art. 35 della direttiva del 2012, il quale ammette «*sanzioni per atti che perturbano il funzionamento della rete, compensazioni per le imprese vittime di tali perturbazioni nonché premi in caso di prestazioni superiori alle previsioni*», detta previsione sia interpretabile nel senso che tale sistema di sanzioni possa esser dato da un assetto di rapporti ulteriore e diverso da quello discendente dal sistema generale configurato dal PIR, con ciò cumulando più penali in tesi anche per lo stesso fatto (la perturbazione del sistema) ed estendendo, di fatto, le relative previsioni alle violazioni nelle stazioni di confine.

14.3.- Sul punto il Collegio è dell'avviso – diversamente da quanto ritenuto dal T.a.r. – che non possa surrettiziamente ipotizzarsi un non meglio definito sistema integrato e coordinato della doppia tipologia di sanzioni senza determinarne la chiara natura ed autonomia già a livello di previsione unionale, dovendosi, in omaggio anche ad esigenze di certezza del diritto, stabilire se la normativa eurounitaria ammetta o meno detto concorso di sistemi sanzionatori ovvero, in presenza di un necessario «*coordinamento*», in che termini i due sistemi sanzionatori si pongano nel senso di garantire, anche per l'ipotesi delle penali di confine, il rispetto degli immanenti principi sottesi all'accesso ai servizi.

14.4.- Ciò, peraltro, in un assetto normativo nel quale la disciplina nazionale italiana con l'articolo 21 del decreto legislativo n. 112 del 2015, comma 1,

limita la possibilità di prevedere clausole penali «nei confronti degli utilizzatori della rete che arrecano tali perturbazioni» (il contratto di utilizzo dell'infrastruttura è definito dall'art. 1, comma 3, lett. *z* del decreto legislativo n. 112 del 2015 quale «*accordo concluso tra il gestore dell'infrastruttura e l'impresa ferroviaria, in base al quale è concesso a quest'ultima l'utilizzo dell'infrastruttura in termini di tracce orarie, a fronte del pagamento dei canoni di cui all'articolo 17*»); mentre, l'omologo art. 35 della direttiva, cit., in modo più ampio, senza limitare il suo raggio d'azione agli «*utilizzatori della rete*», stabilisce che il «*sistema può prevedere sanzioni per atti che perturbano il funzionamento della rete*».

14.5.- Per l'ipotesi in cui si ritenesse che la direttiva e, segnatamente, l'art. 35, ammetta il cumulo tra più sistemi di penali, ossia che per il medesimo fatto, ritardo in una stazione di confine, l'impresa ferroviaria possa a subire sia la penale prevista dal sistema generale che si applica a tutta la rete, sia una penale specifica per la stazione di confine, occorre chiarire se: a) per un verso, l'art. 35 imponga che l'autorità di regolazione (in **Italia** ART), nell'introdurre o comunque "validare" un sistema di penali per le stazioni confine a carico delle imprese ferroviarie merci, sia tenuta sempre a a far rispettare le prescrizioni di detta disposizione, assicurando la neutralità della misura, di talché va chiarito: i) se debbano essere previsti premi per le imprese ferroviarie virtuose, ii) se debbano essere previste compensazioni per le imprese danneggiate e iii) se le penali devono gravare anche sul gestore se è esso causa del ritardo; b) per altro verso, se e in che termini l'art. 35 imponga all'Autorità competente di coordinare il sistema delle penali del *perfomance regime* ed il sistema delle penali di confine, in modo che i due sistemi perseguano in modo coordinato l'obbiettivo della efficienza della rete, senza risultare eccessivamente gravosi per le imprese ferroviarie chiamate al pagamento della clausola penale.

14.6.- Per l'ipotesi di un legittimo radicamento del sistema pensato dal legislatore nazionale, occorre altresì chiarire se l'art. 35 imponga di coordinare i massimali previsti dai due sistemi di penali, e di valutare il loro impatto economico sulle imprese ferroviarie, affinché il principio di efficienza sia

bilanciato con il principio di proporzionalità e ragionevolezza e non sia compromessa la redditività dei servizi ferroviari e se l'art. 97 TFUE osti alla previsione di un sistema di prestazioni che prescinda dai ricavi che il vettore abbia o possa realizzare a copertura dei costi di transito. In tal senso le parti private hanno richiamato l'articolo 97 TFUE il quale stabilisce che «*Le tasse o canoni che, a prescindere dai prezzi di trasporto, sono percepiti da un vettore al passaggio delle frontiere non debbono superare un livello ragionevole, avuto riguardo alle spese reali effettivamente determinate dal passaggio stesso*»: si rende necessario chiarire – anche nella finalità di garantire un utilizzo efficiente della capacità di infrastruttura e un accesso equo e non discriminatorio alla rete ferroviaria – se alla corretta applicazione di tale previsione osti una disciplina e un comportamento delle autorità nazionali, quale quella di cui trattasi, che non tenga conto di siffatti costi.

I QUESITI POSTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

15.- Alla luce delle considerazioni svolte e della rilevanza sul piano unionale dei temi in esame, questo Consiglio di Stato solleva questione di pregiudizialità interpretativa invitando la Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sui seguenti quesiti, articolati secondo l'ordine logico proprio:

«*a) Se un sistema di penali possa essere imposto al di fuori della previsione espressa dell'art. 35 della direttiva n. 2012/34/UE;*

b) se l'art. 35 ammetta il cumulo tra più sistemi di penali, ossia che per il medesimo fatto, ritardo in una stazione di confine, la impresa ferroviaria possa trovarsi a subire sia la penale prevista dal sistema generale che si applica a tutta la rete, sia una penale specifica per la stazione di confine;

c) in caso di risposta positiva al quesito che precede, se l'art. 35 imponga che l'Autorità di regolazione, nell'introdurre o comunque nel "validare" un sistema di penali per le stazioni confine a carico delle imprese ferroviarie merci, sia tenuta sempre a far rispettare le prescrizioni di detta disposizione, assicurando la neutralità della misura, di talché: i) debbano essere previsti premi per le imprese ferroviarie virtuose, ii) compensazioni per le

imprese danneggiate e iii) le penali devono gravare anche sul gestore se è esso causa del ritardo, ove si ritenga che la neutralità della misura comporti il carattere bilaterale delle singole penali;

d) In caso di risposta positiva al punto b), se l'art 35 imponga all'Autorità di regolazione di coordinare e in che termini il sistema delle penali del perfomance regime ed il sistema delle penali di confine, in modo che i due sistemi perseguano in modo coordinato l'obbiettivo della efficienza della rete, senza risultare eccessivamente gravosi per le imprese ferroviarie colpite dalle penali di confine;

e) in caso di risposta positiva al punto b), se l'art 35 imponga di coordinare i massimali previsti dai due sistemi di penali, e di valutare il loro impatto economico sulle imprese ferroviarie, affinché il principio di efficienza, sia bilanciato con il principio di proporzionalità e ragionevolezza e non sia compromessa la redditività dei servizi ferroviari;

f) in caso di risposta positiva al punto b) se l'art. 97 del TFUE vada letto nel senso che i canoni o tasse, che possono essere percepiti dal vettore, si intendono i canoni o tasse che l'impresa ferroviaria sostiene nel transito a cui devono corrispondere spese reali effettivamente sostenute dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria utilizzata per il transito e ciò "a prescindere dei prezzi di trasporto" (nel testo inglese «in addition to the transport rates») cioè a prescindere dei ricavi che il vettore abbia o possa realizzare a copertura di tali costi di transito».

16.- In conclusione, il Collegio rigetta definitivamente il primo motivo di appello principale; subordina la decisione sugli ulteriori motivi dell'appello principale e dell'appello incidentale alla pronuncia della Corte di giustizia UE, nelle more della quale dispone, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a., la sospensione del presente processo, riservando alla sentenza definitiva ogni pronuncia in merito alle spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione sesta), parzialmente e non definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe così statuisce:

- rigetta il primo motivo di appello principale;

- rinvia alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione (paragrafo 15);
- ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente decisione, nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- dispone, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio;
- riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia in ordine alle spese ed onorari del presente giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Giuseppe La Greca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giuseppe La Greca	**Hadrian Simonetti**

IL SEGRETARIO