

Segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017

Ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287,
dell'articolo 2, comma 6, della legge 14 novembre 1995, n. 481,
dell'articolo 213, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50,
e dell'articolo 37, comma 3, lett. a) del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201,

in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale

Inviato

Alle Regioni

Alla Provincia Autonoma di Trento

Alla Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige

Alla Conferenza Unificata Stato Regioni

Al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Al Ministero dell'Economia e delle Finanze

Segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017

Oggetto: procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale

Nello svolgimento delle attività istituzionali dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), è emersa l'opportunità di fornire indicazioni congiunte in tema di procedure per l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario da parte degli Enti territoriali competenti (di seguito, "autorità competenti" o "enti affidanti").

Visti gli artt. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, 2, comma 6, della legge 14 novembre 1995, n. 481, 213, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, e 37, comma 3, lettera *a*), del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, l'AGCM, l'ANAC e l'ART, ciascuna per i profili di propria competenza, intendono pertanto formulare le seguenti considerazioni sull'interpretazione e la definizione della disciplina applicabile alle procedure di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario.

1. La disciplina applicabile agli affidamenti del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario

Ai sensi dell'art. 18, comma 1, lettera *a*), del citato d.lgs. n. 50/2016 (di seguito, "Codice dei contratti pubblici") sono esclusi dall'applicazione dello stesso le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 (di seguito, "Regolamento"). Ciò è peraltro ribadito anche dall'art. 17, comma 1, lettera *i*), del medesimo Codice, che esclude i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana.

L'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia è, pertanto, disciplinato dagli artt. 5 e 7 del Regolamento.

In particolare, l'art. 5, par. 3, prevede che il servizio sia affidato tramite procedure ad evidenza pubblica: *"La procedura di gara è equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e di non discriminazione. Dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione, il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi, allo scopo di determinare il modo migliore per soddisfare requisiti elementari o complessi?"*.

Nonostante il *favor* per il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica che caratterizza l'intero

impianto del Regolamento¹, la gestione diretta, l'affidamento *in-house* del servizio (v. l'art. 5, par. 2), e l'affidamento diretto (v. l'art. 5, par. 6) costituiscono ulteriori modalità organizzative che, in deroga alle procedure di gara, le autorità competenti possono liberamente scegliere per affidare il servizio di trasporto pubblico tramite ferrovia².

La scelta di derogare al principio dell'evidenza pubblica e, in particolare, di procedere ad affidamento diretto è, cionondimeno, presidiata da alcuni specifici obblighi di legge di natura informativa e motivazionale³.

L'art. 7, par. 2, del Regolamento prevede, infatti, che almeno un anno prima di procedere all'affidamento del servizio, indipendentemente dalla procedura di aggiudicazione scelta, l'autorità competente deve pubblicare un avviso di pre-informazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, nel quale sono indicati il nome e l'indirizzo dell'autorità, il tipo di aggiudicazione previsto e i servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione.

Inoltre, ai sensi dell'art. 7, par. 3, del Regolamento, la medesima autorità competente in caso di aggiudicazione diretta del servizio rende pubbliche le seguenti informazioni entro un anno dalla concessione: il nome dell'ente aggiudicatore, il suo assetto proprietario, la durata del contratto, la descrizione dei servizi e dei parametri per la compensazione finanziaria, gli obiettivi di qualità e le condizioni relative ai beni essenziali.

Infine, l'art. 7, par. 4, del Regolamento stabilisce che, quando è richiesto da una parte interessata, l'autorità competente trasmette alla stessa la motivazione della sua decisione in merito all'aggiudicazione diretta del contratto di servizio.

Proprio con lo scopo di assicurare il rispetto della disciplina europea, l'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012, ha stabilito che l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, in cui sono illustrate le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per la forma di affidamento prescelta.

In caso di affidamento diretto (e valutazioni identiche possono essere formulate nel caso di affidamento *in-house*), la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione e delle informazioni relative all'avvenuta concessione e la motivazione della scelta dell'affidamento diretto in luogo della gara non esauriscono gli obblighi gravanti in capo agli enti affidanti; su di essi, infatti, grava anche l'obbligo di operare un confronto competitivo tra le offerte giunte da altri operatori interessati e quella del soggetto al quale si

¹ Tale *favor* si rinviene anche nel Regolamento (UE) n. 2338/2016 del 14 dicembre 2016 che modifica il Regolamento (CE) n. 1370/2007 relativamente all'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, la cui entrata in vigore è stata fissata il 24 dicembre 2017, e in specie nel Considerando 19 afferma che “[i] contratti di servizio pubblico inerenti ai servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri dovrebbero essere aggiudicati mediante una procedura di gara, ad eccezione dei casi previsti dal presente regolamento”.

² Si ritiene, infatti, che anche per le concessioni di trasporto pubblico locale valga il principio, di applicazione generale, di libera amministrazione delle autorità pubbliche di cui all'art. 166 del Codice dei contratti pubblici. Pertanto, le amministrazioni sono libere di scegliere la procedura che ritengono più opportuna per l'affidamento del servizio.

³ Tale orientamento è rinvenibile, in forma anche più marcata, nel citato Regolamento (UE) n. 2338/2016, che all'art. 1, comma 5, con esclusivo riferimento al trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, indica i casi in cui, in via eccezionale, l'autorità competente ha la facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico, qualora non sia vietato dalla legislazione nazionale (v. meglio *infra*).

intende affidare il servizio per via diretta (o comunque di effettuare un confronto con *benchmark* appropriati in caso di affidamento *in-house*).

Si ritiene, infatti, che le disposizioni del Regolamento debbano essere lette alla luce dei principi generali in tema di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento posti a fondamento del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, e ripresi dall'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, il quale rappresenta una norma di applicazione generale, valida anche per i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia, che dispone che: “L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”. I principi sopra richiamati possono essere così declinati:

- *economicità*: impone alle autorità competenti un uso efficiente delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto, in virtù del quale le stesse, prima dell'affidamento dell'incarico, sono tenute ad accertare la congruità del corrispettivo. In considerazione della natura dei servizi in questione e dell'importanza della qualità delle relative prestazioni, il risparmio di spesa non è l'unico criterio di guida nella scelta che deve compiere l'ente affidante;
- *efficacia*: richiede la congruità degli atti posti in essere dagli enti affidanti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati. In questo caso l'ente dovrà privilegiare quel progetto che meglio garantisce gli obiettivi di trasporto fissati preventivamente;
- *imparzialità*: richiede una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e, quindi, l'assoluto divieto di favoritismi e di discriminazione; pertanto, tale principio impone che il contratto sia affidato conformemente alle regole procedurali fissate all'inizio e che l'ente affidante maturi la sua decisione finale da una posizione di terzietà rispetto a tutti i soggetti interessati;
- *parità di trattamento*: richiede che gli operatori economici si trovino in una situazione di “eguaglianza formale”, ossia di reciproca parità rispetto al modulo procedimentale seguito dall'ente affidante;
- *trasparenza*: consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di conoscibilità delle procedure di gara, ivi comprese le ragioni che sono alla base delle scelte compiute dall'ente affidante, anche al fine di consentire il controllo sull'imparzialità della selezione;
- *proporzionalità*: richiede l'adeguatezza e l'idoneità dell'azione amministrativa rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;
- *pubblicità*: impone all'ente affidante di pubblicare, comunicare o rendere accessibili i propri documenti, atti e procedure; nell'ambito del trasporto pubblico regionale ferroviario, lo stesso Regolamento definisce stringenti criteri di pubblicità cui le amministrazioni devono attenersi (v. meglio *infra*).

Tali principi sono, peraltro, richiamati anche dal Regolamento, ai Considerando 29 e 30. In particolare: il Considerando 30 afferma che “[i] contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza”; il Considerando 29 recita che “*Ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi*”.

2. Gli obblighi informativi posti in capo agli enti affidanti

Sotto il profilo degli obblighi informativi, si ricorda che il Considerando 29 è stato interpretato dalla Commissione europea nella Comunicazione 2014/C92/01 in materia di affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico su strada e per ferrovia (di seguito, la “Comunicazione”) nel senso che l’avviso di pre-informazione deve *“permettere ai potenziali operatori del servizio pubblico di partecipare”*, ovvero che questo deve conferire alle parti interessate la possibilità di formulare domande molto tempo prima dell’aggiudicazione dell’appalto⁴. La Commissione europea, pertanto, proprio in attuazione dei principi generali sopra menzionati di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, configura l’avviso di pre-informazione, non come un mero atto di pubblicità fine a se stesso, ma lo rende funzionale alla partecipazione procedimentale di soggetti terzi potenzialmente interessati alla procedura di aggiudicazione.

In tal senso può leggersi la disposizione di cui all’art. 5, paragrafo 7, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, in base alla quale *“Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le decisioni adottate a norma dei paragrafi da 2 a 6 possano essere verificate con efficacia e rapidità, su richiesta di qualsiasi persona che sia o fosse interessata a ottenere un contratto particolare e che sia stata o rischi di essere danneggiata da una presunta infrazione, motivata dal fatto che tali decisioni hanno violato il diritto comunitario o le leggi nazionali che applicano tale diritto”*.

Tale partecipazione procedimentale, tuttavia, non si limita alla mera possibilità di richiedere e ottenere dall’autorità competente informazioni sulle caratteristiche del servizio; il possesso delle informazioni di natura tecnica ed economica da parte dell’ente affidante a beneficio di soggetti terzi non può, infatti, essere considerato fine a se stesso: è evidente che esiste un legame di funzionalità tra la conoscenza di detti dati e la volontà dei soggetti terzi di presentare delle offerte. L’interesse dei soggetti terzi si estende, dunque, necessariamente anche alla facoltà di presentare offerte alternative a quelle dell’operatore storico (o inizialmente prescelto dall’ente) ed è soddisfatto con la tempestiva, nonché completa ed esaustiva messa a disposizione delle informazioni utili a tal fine (su cui v. meglio *infra*).

3. Gli obblighi motivazionali posti in capo agli enti affidanti

Quando le autorità competenti decidono di procedere con un affidamento diretto sono soggette ad un più stringente obbligo di motivazione, rispetto al caso in cui scelgono di adottare una procedura di affidamento conforme a quelle previste dal Codice dei contratti pubblici (procedura aperta, ristretta, competitiva con negoziazione o di dialogo competitivo), la quale richiede un minore sforzo di motivazione, in quanto si tratta di modalità che, essendo regolate in sede eurounitaria e nazionale, sono già rispettose dei criteri di cui all’art. 4 del Codice (in questo senso, potrebbe essere opportuno che gli enti affidanti si “autovincolino” al rispetto di tali procedure, proprio per ridurre il rischio di contenzioso sulle procedure di aggiudicazione).

⁴ V. par. 2.5.3 della Comunicazione.

Il maggiore obbligo motivazionale in caso di affidamento diretto concerne sia la scelta della procedura da seguire, sia la scelta del concessionario. In particolare, esso risulta particolarmente rigoroso quando, a seguito della pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 7, par. 2, del Regolamento, siano pervenute due o più manifestazioni di interesse. In questo caso, l'ente affidante deve, non solo adeguatamente giustificare perché ritiene che gli obiettivi di servizio pubblico siano garantiti meglio, in termini di efficacia ed efficienza, da un affidamento diretto rispetto ad una procedura aperta, e perché ciò superi il test di proporzionalità, ma nella scelta dell'affidatario dovrà anche chiarire in che modo sono rispettati i principi di imparzialità e parità di trattamento. Ciò implica che nel caso in cui siano state presentate manifestazioni di interesse alternative, l'obbligo motivazionale, di cui all'art. 7, par. 4, del Regolamento e dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012, deve obbligatoriamente includere anche le ragioni che sono alla base della scelta stessa di un soggetto in luogo di un altro. Il che a sua volta presuppone necessariamente che questa sia supportata da un'analisi comparativa delle offerte presentate. D'altronde, se così non fosse e se l'ente affidante non considerasse le offerte ulteriori eventualmente pervenute, questi non potrebbe dar conto, come è obbligato a fare, della correttezza della propria scelta dal punto di vista dell'efficienza, dell'economicità e della qualità del servizio⁵, nonché dell'ottimale impiego delle risorse pubbliche⁶. Esso, infatti, non potrebbe dimostrare – ovvero lo farebbe senza essere supportato da adeguata motivazione – la preferibilità dell'offerta del soggetto inizialmente prescelto agli altri. In ogni caso, per il principio di economicità prima richiamato, in nessun caso l'ente affidante può considerarsi esentato dall'effettuare un'analisi di congruità rispetto ad appropriati *benchmark*/termini di riferimento, rappresentati da studi e valutazioni *ex ante*. Tanto più ove tali evidenze non siano disponibili, in alternativa alle stesse, è opportuno utilizzare i dati di offerta di altri potenziali concorrenti.

4. Il confronto competitivo delle offerte e la procedura applicabile

Alla luce di questo quadro interpretativo delle norme applicabili all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario si ritiene, in definitiva, che nel caso in cui siano presenti più

⁵ Precisi obblighi di motivazione basati su un criterio di maggiore efficienza della scelta dell'affidamento diretto si rinvengono, ad esempio, all'interno del Regolamento (UE) n. 2338/2016 in relazione ad una specifica ipotesi di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale. Cfr. il Considerando 25, il quale recita: “*Qualora siano soddisfatte talune condizioni connesse alla natura e alla struttura del mercato ferroviario o della rete ferroviaria, le autorità competenti dovrebbero poter aggiudicare direttamente contratti di servizio pubblico inerenti al trasporto pubblico ferroviario di passeggeri se tali contratti si traducono in un miglioramento della qualità dei servizi o dell'efficienza in termini di costi, o di entrambe le fattispecie*”. V., inoltre, l'art. 5, par. 4-bis, il quale prevede che “*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico inerenti a servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri: a) qualora consideri l'aggiudicazione diretta giustificata dalle pertinenti caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati, e in particolare la loro dimensione, le caratteristiche della domanda, la complessità della rete, l'isolamento dal punto di vista tecnico e geografico e i servizi che rientrano nel contratto; e b) qualora tale contratto si traduca in un miglioramento della qualità dei servizi o dell'efficienza, o di entrambi, in termini di costi rispetto al contratto di servizio pubblico aggiudicato in precedenza. [...]”.*

⁶ Cfr. sul punto anche il Considerando 27, il quale recita: “*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*”.

manifestazioni di interesse all'affidamento, gli enti affidanti debbano mettere a disposizione dei soggetti terzi eventualmente interessati le informazioni necessarie per formulare un'offerta commerciale e procedere ad una valutazione comparativa tra le varie offerte ricevute.

La disciplina vigente non statuisce una specifica metodologia con cui questo confronto competitivo debba avvenire. Indicazioni in tal senso, tuttavia, possono venire dalle *best practices* adottate da alcune autorità competenti (enti territoriali in occasione di procedure di affidamento), i quali, sposando chiaramente l'interpretazione sostanziale del Regolamento sopra riportata, hanno adottato i riferimenti normativi di applicazione generale contenuti nel Codice dei contratti pubblici.

In particolare, alcuni enti affidanti hanno inteso procedere all'affidamento diretto dei servizi ferroviari regionali di propria competenza facendolo precedere da forme di confronto competitivo tra i soggetti che hanno mostrato interesse, ricalcando la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo di cui, rispettivamente, agli art. 62 e 64 del Codice dei contratti pubblici.

Viceversa, risulta che altri enti starebbero ipotizzando di utilizzare una procedura mutuata dal *project financing* di cui all'art. 182 del Codice, considerando come promotore l'attuale *incumbent*.

Al riguardo si osserva che la procedura del *project financing* non appare compatibile con i criteri enunciati all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici. Infatti, a differenza di quanto avviene per il caso del *project financing*, nel quale il promotore è scelto a seguito di una prima procedura di gara, nel caso di affidamento diretto il promotore si identifica necessariamente con l'attuale gestore, al quale sarebbe in tal modo attribuito un ulteriore vantaggio competitivo, dato che egli ha accesso a tutte le informazioni necessarie per predisporre l'offerta, conosce già le caratteristiche del contesto e del servizio e può limitarsi a pareggiare l'offerta degli altri concorrenti. Con l'attribuzione di un diritto di prelazione all'*incumbent*, pertanto, si violerebbero i principi di imparzialità e di parità di trattamento e si ridurrebbero gli incentivi dei nuovi entranti a predisporre un'offerta alternativa, in quanto essi sarebbero consapevoli del fatto che l'*incumbent* potrebbe avvantaggiarsene.

Al contrario, le procedure di cui agli artt. 62 e 64 del Codice dei contratti pubblici avrebbero il vantaggio di permettere agli enti affidanti di migliorare la qualità del servizio pubblico potendo conoscere nuove soluzioni offerte dal mercato. Tuttavia, per procedere all'aggiudicazione mediante procedure di confronto competitivo, occorre che siano rispettati i principi di trasparenza e non discriminazione, prevedendo adeguate misure di salvaguardia, tra cui l'indicazione preventiva dei requisiti minimi di affidamento, che non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni/ consultazioni, e i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione.

5. Le informazioni accessibili da parte dei soggetti terzi nell'ambito della procedura di confronto competitivo

Sempre nel solco interpretativo pro-concorrenziale delle norme applicabili all'affidamento del

servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario qui adottato, si ritiene che, a fronte dell'eventuale richiesta da parte di un soggetto interessato di poter essere messo nelle condizioni per formulare un' offerta vincolante al pari dell'impresa individuata come potenziale affidataria per via diretta, gli enti affidanti non si possano limitare a mettere a disposizione solo gli elementi informativi esplicitamente richiesti dell'art. 7, comma 2, del Regolamento, ma debbano attivarsi per rendere disponibili ed accessibili, in ossequio all'obbligo di trasparenza di cui al richiamato Considerando 30 del Regolamento, i dati e le informazioni relative alla configurazione del servizio, almeno in termini di livelli e dinamica della domanda, beni strumentali per l'effettuazione del servizio, materiale rotabile e personale direttamente allocato al servizio.

Al riguardo possono essere considerati, nel loro grado di dettaglio, i dati e le informazioni di cui alla delibera ART n. 49/2015⁷ (v. Prospetto 1), da considerarsi già nella piena titolarità dei predetti enti, anche secondo opportune previsioni all'interno dei Contratti di Servizio. Laddove emergano esigenze di riservatezza rispetto a dati e informazioni commercialmente sensibili riferibili all'operatore storico, non già compresi nel citato Prospetto, l'ente affidante contempera tali esigenze con il diritto dei soggetti terzi potenzialmente interessati all'affidamento di accedere alle informazioni necessarie per presentare un'offerta alternativa, definendo le specifiche modalità di accesso ai dati disponibili, quali: condizioni di ammissione, gestione dei quesiti, modalità di acquisizione delle informazioni riservate, impegni e riservatezza, ecc.

Le Autorità auspicano che le considerazioni qui svolte possano offrire uno stimolo all'attuazione delle disposizioni normative e regolamentari contenute nel Regolamento in materia di affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico regionale ferroviario, in maniera maggiormente conforme ai principi concorrenziali, specie laddove le autorità competenti ricevano manifestazioni di interesse da parte di soggetti diversi rispetto al potenziale affidatario inizialmente prescelto.

per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

per l'Autorità Nazionale Anticorruzione
IL PRESIDENTE
Raffaele Cantone

per l'Autorità di Regolazione dei Trasporti
IL PRESIDENTE
Andrea Camanzi

⁷ V. <http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2015/06/TPL-All-A-Finale.pdf>.

Il citato Prospetto 1 comprende le seguenti categorie di informazioni:

- corrispettivi, compensazioni e struttura tariffaria;
- caratteristiche del bacino territoriale interessato (infrastrutturali, socio-demografiche, reddito, ecc.) e dei servizi programmati;
- indicatori di *performance* e della qualità erogata dei servizi;
- domanda effettiva di mobilità per modalità di trasporto (dati di frequentazione);
- informazioni sulle reti, i beni immobili e il materiale rotabile utilizzato;
- elenco del personale da trasferire al nuovo gestore.