

Ferrovie dello Stato S.p.A
e
Grandi Stazioni S.p.A.

AG 28/2010

15 marzo 2011

Oggetto: Quesito posto da Ferrovie dello Stato in ordine alla validità ed efficacia del diritto di “last call” in favore di Grandi Stazioni S.p.A., alla luce della normativa vigente, nazionale e comunitaria.

In esito a quanto richiesto da Ferrovie dello Stato S.p.A. con nota n. 29932 del 6 maggio 2010, acquisite memorie e documentazione integrativa da parte della stessa Ferrovie dello Stato S.p.A. e di Grandi Stazioni S.p.A. e a seguito di apposite audizioni tenutesi presso questa Autorità in data 7 ottobre 2010 e 9 marzo 2011, il Consiglio dell’Autorità nell’adunanza del 15 marzo 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

1. Il Contratto di Gestione

Il settore del trasporto ferroviario nazionale ed internazionale è stato interessato, negli ultimi anni, da profondi cambiamenti in relazione all’emanazione di una disciplina comunitaria volta alla liberalizzazione ed all’apertura del mercato alla concorrenza, al fine di garantire l’accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture e a promuovere la sicurezza secondo *standard* e criteri di controllo comuni nei paesi UE. In particolare, con la direttiva 91/440/CE, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, è stato introdotto il principio della separazione fra l’esercizio dei servizi di trasporto e la gestione dell’infrastruttura, con il conseguente obbligo di una contabilità distinta delle due attività. Il nostro ordinamento ha dato attuazione a tale normativa con il d.P.R. n. 277/1998 e con il d.P.R. n. 146/1999, cui è seguito l’art. 131 della legge finanziaria 2001 che ha determinato un’ulteriore apertura alla concorrenza del mercato del trasporto ferroviario nazionale, mediante la sostituzione del regime concessorio con quello autorizzatorio per il servizio del trasporto ferroviario.

Ferrovie ha pertanto scorporato una parte delle proprie attività creando singole società - tra cui Grandi Stazioni S.p.A. e R.F.I. S.p.A. - a cui ha attribuito specifici compiti.

Il contratto di gestione (“Contratto di Gestione”), per mezzo del quale le parti hanno inteso disciplinare la gestione in esclusiva, la riqualificazione, la ristrutturazione e la valorizzazione delle 13 principali stazioni italiane (Milano Centrale, Torino Porta Nuova, Genova Brignole e Genova Piazza Principe, Venezia Mestre e Venezia S. Lucia, Verona Porta Nuova, Bologna Centrale, Firenze S. Maria Novella, Roma Termini, Napoli Centrale, Bari Centrale, Palermo Centrale) deve essere inserito nell’ambito dell’evoluzione normativa introdotta dai nuovi principi comunitari.

L’oggetto del Contratto di Gestione, contenuto nel CAPO I (Norme Generali), è disciplinato all’art. 1 (rubricato Scopo-Oggetto), il quale espressamente prevede che: “1.1 Nell’ambito del complessivo ed unitario rapporto obbligatorio definito con il presente contratto Ferrovie, a fronte del corrispettivo di cui all’art. 22 del presente contratto, concede a Grandi Stazioni, che accetta, l’utilizzo dei Complessi Immobiliari delle stazioni di Roma Termini, Milano Centrale, Torino Porta Nuova, Venezia S. Lucia, Venezia Mestre, Verona P. N., Genova Brignole, Genova Porta Principe, Bologna Centrale, Firenze S. M. Novella, Napoli

Centrale, Napoli P.zza Garibaldi, Bari Centrale, Palermo Centrale (d’ora il poi denominati collettivamente “Complessi Immobiliari”). 1.2 Rientra nell’ambito del complessivo ed unitario rapporto obbligatorio definito con il presente contratto anche il compimento da parte di Grandi Stazioni delle attività: (a) di riqualificazione, ristrutturazione e valorizzazione dei Complessi Immobiliari medesimi con le modalità e secondo le prescrizioni contenute nel presente contratto..., nonché (b) di fornitura ai soggetti utilizzatori dei Complessi Immobiliari dei servizi connessi alla conduzione e manutenzione dei Complessi Immobiliari stessi. 1.3 Tutti i diritti e gli obblighi convenuti con il presente contratto devono intendersi tra loro inscindibili in quanto unitariamente finalizzati al conseguimento dello scopo comune perseguito dalle Parti, nell’ambito delle rispettive attività di impresa, di consentire a Grandi Stazioni lo sfruttamento economico in esclusiva dei Complessi Immobiliari.[...]”;

Come premesso, l’art. 33 del contratto (rubricato Stazioni “Alta Velocità”), prevede inoltre che “In caso di cessione del diritto di sfruttamento economico in esclusiva dei complessi immobiliari delle Stazioni Alta Velocità (realizzate, o da realizzarsi, da TAV S.p.A. nell’ambito del programma di potenziamento delle capacità del sistema ferroviario italiano), verrà riconosciuto a Grandi Stazioni un diritto di “last-call” rispetto a eventuali offerte e/o rilanci di terzi”.

La disposizione richiamata, inserita al CAPO IX (rubricato Durata-Decorrenza-Estenzione) del contratto, prevederebbe dunque un diritto di prelazione in capo a Grandi Stazioni S.p.A. in caso di cessione del diritto di sfruttamento economico in esclusiva dei complessi immobiliari delle future Stazioni Alta Velocità.

La valutazione, rimessa a questa Autorità, della validità ed efficacia alla luce della vigente normativa, anche comunitaria, di una simile clausola, implica un'indagine preliminare circa l'obbligo al rispetto dei vincoli dell'evidenza pubblica da parte di RFI nell'affidamento della concessione del diritto di sfruttamento economico in esclusiva dei complessi immobiliari delle stazioni "Alta Velocità", per poi passare alla valutazione della compatibilità di tali vincoli con la clausola di prelazione in esame.

L'esame circa l'obbligo dell'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica va condotto sotto un duplice profilo, soggettivo, attinente alla natura giuridica dei soggetti coinvolti, ed oggettivo, in relazione al contratto relativo allo sfruttamento delle stazioni "Alta Velocità".

2. Natura giuridica di RFI

Per ciò che concerne il profilo soggettivo, va in primo luogo rilevato che RFI si attribuisce, come indicato nella memoria presentata in sede istruttoria, la natura di organismo di diritto pubblico.

RFI è una società per azioni, posseduta al 100% da Ferrovie dello Stato, cui è affidato il ruolo di gestore dell'infrastruttura ferroviaria (linee, stazioni, impianti).

La configurabilità della natura di organismo di diritto pubblico va valutata, come noto, alla stregua dell'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006, che richiede, ai fini del riconoscimento di tale qualifica, il possesso cumulativo di tre requisiti: *i.* personalità giuridica; *ii.* essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; *iii.* dominanza pubblica, ovvero, alternativamente, attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, gestione sottoposta al controllo di tali soggetti, organismi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti in misura non inferiore alla metà da componenti designati dai medesimi soggetti.

Verificato agevolmente il possesso del primo e del terzo requisito - essendo RFI società di capitali posseduta in modo totalitario da Ferrovie dello Stato, a sua volta interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e riconosciuta dalla giurisprudenza come organismo di diritto pubblico (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 luglio 2004) - qualche riflessione in più merita il secondo requisito. RFI è preposta all'attività di manutenzione, potenziamento tecnologico e infrastrutturale della rete ferroviaria nazionale e promozione dell'integrazione dell'infrastruttura italiana nella rete ferroviaria Europea. Si tratta di attività certamente volta a soddisfare interessi della collettività in quanto concernente la libera circolazione delle persone ed incidente su scelte essenziali concernenti gli aspetti ambientali, le relazioni interpersonali e lo sviluppo dei commerci.

Riguardo il requisito negativo del carattere non industriale o commerciale, secondo l'impostazione ermeneutica dei giudici comunitari e nazionali, il rilievo preminente va conferito non già al carattere (industriale o commerciale) dell'attività gestionale posta in essere dall'organismo di cui si discute, bensì avendo riguardo al carattere dell'interesse, o meglio delle esigenze al cui perseguimento detta attività è teleologicamente ed istituzionalmente rivolta (Corte di Giustizia delle CE, 10 novembre 1998, in causa C-360/96). Conseguentemente, è ben possibile che un determinato organismo persegua un interesse non industriale utilizzando strumenti operativi *lato sensu* privatistici, e che nondimeno l'organismo stesso sia qualificabile come organismo di diritto pubblico ai sensi del diritto comunitario e della relativa normativa nazionale di recepimento (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 maggio 2008 n.2280).

Ciò posto, l'attività di RFI è sicuramente volta al soddisfacimento di interessi generali non aventi carattere industriale o commerciale (libera circolazione delle persone). La circostanza che possa essere finalizzata anche al soddisfacimento di bisogni della collettività aventi carattere industriale o commerciale (circolazione delle merci) non rileva ai fini della configurabilità della natura di organismo pubblico essendo possibile, secondo la giurisprudenza, la coesistenza di attribuzioni di carattere differenziato, le une rivolte al perseguimento di interessi dalla più evidente valenza generale, e di contenuto non immediatamente economico, e le altre rivolte in modo più immediato e diretto al perseguimento di interessi di carattere industriale o commerciale (Consiglio di Stato, cit). In tali casi, in ossequio alla pertinente giurisprudenza comunitaria, evidentemente ispirata dalla *ratio* di estendere, nei casi dubbi, le ipotesi di assoggettabilità alle regole dell'evidenza pubblica a fronte di figure organizzative comunque riconducibili all'alveo pubblicistico, occorre concludere che l'ente sia da qualificare quale organismo di diritto pubblico anche laddove la soddisfazione di bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività da esso effettivamente svolte (Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, Mannesmann).

Alla luce di quanto sopra, si ritiene vada accreditata la natura di organismo di diritto pubblico di RFI, natura che trova altresì conferma in una pronuncia del TAR Campania secondo il quale, a seguito di una puntuale disanima, "RFI s.p.a. deve essere considerato organismo di diritto pubblico perché possiede i requisiti all'uopo prescritti" (TAR Campania, sede di Napoli, sez. II, 18 gennaio 2007, n. 2600, nella parte che interessa passata in giudicato in quanto non impugnata avanti al Consiglio di Stato).

Primo importante corollario che discende da tale affermazione è la riconducibilità di RFI nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici e la sua assoggettabilità alle norme dell'evidenza pubblica, non solo per gli appalti aggiudicati per scopi connessi alla gestione della rete ferroviaria, ma anche per l'espletamento degli appalti che non abbiano alcun rapporto con il compito del soddisfacimento degli interessi generali cui è preposto (Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, Mannesmann). Come ha chiarito la stessa Corte di Giustizia, l'esigenza di certezza del diritto esclude che la qualifica di un ente possa variare in funzione dell'oggetto degli appalti che pertanto, se aggiudicati da un organismo classificabile tra quelli di diritto pubblico, ricadono tutti sotto la disciplina comunitaria indipendentemente dall'obiettivo particolare che si prefiggono. Il principio è stato ripreso e riaffermato dalla giurisprudenza nazionale secondo la quale "le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a seguire le regole comunitarie o quelle dei procedimenti ad evidenza pubblica pure per quegli affidamenti che non siano strumentali alla gestione di un pubblico interesse" (Corte di Cassazione Cass. S.U. sentenza 7 ottobre 2008 n. 24722).

3. La scelta del socio privato di Grandi Stazioni

RFI, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ha proceduto a selezionare il socio privato di Grandi Stazioni S.p.A. - attualmente posseduta per il 60 % da Ferrovie dello Stato e per il restante 40% dalla società Eurostazioni S.p.A. (Gruppo Benetton, Gruppo Caltagirone, Gruppo Pirelli, SNCF) - tramite una procedura svoltasi tra gli anni 1998 e 2000 (pubblicazione della "Sollecitazione alla manifestazione di interesse" in data 20 novembre 1998 - scelta del raggruppamento "Schemaventiquattro" in data 9 febbraio 2000) ed ispirata ai principi dell'evidenza pubblica. Nel documento di sintesi prodotto in sede istruttoria, il confronto competitivo espletato da RFI è descritto come una sorta di procedura ristretta, pubblicizzata attraverso un avviso pubblicato sulle principali testate nazionali e sul Financial Times, sviluppatasi in tre fasi - preselezione degli interessati, offerta preliminare, selezione finale - sulla base del criterio della migliore offerta economica espressa in termini di valore attribuito al 100% di Grandi Stazioni. Oggetto dell'offerta era l'acquisizione, mediante sottoscrizione di aumento di capitale riservato, di una partecipazione azionaria pari al 40% del capitale sociale di Grandi Stazioni S.p.A.. La documentazione sulla base della quale l'offerta è stata predisposta comprendeva, oltre al contratto di acquisizione della partecipazione azionaria, anche il contratto per l'utilizzazione e la riqualificazione dei complessi immobiliari delle 13 grandi stazioni italiane, il quale, a sua volta, recava all'art. 33 la clausola di *last call* per lo sfruttamento economico in esclusiva delle stazioni Alta Velocità.

Dai dati desumibili dalla documentazione prodotta dalle parti si evince, quindi, che la gestione delle stazioni Alta Velocità non era parte dell'oggetto della descritta procedura di affidamento ed era menzionata solo come oggetto della clausola di *last call*.

Ciò posto, occorre considerare che secondo consolidata giurisprudenza, nel caso di affidamento a società miste, la gara effettuata per la scelta iniziale del socio privato può essere considerata sufficiente garanzia di apertura del mercato a condizione che le attività operative che si intendono affidare allo stesso siano oggetto della medesima gara.

Secondo questo modello "la scelta del socio, quindi, non avviene al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta stessa, ma per l'individuazione, mediante gara, del soggetto che dovrà svolgere una specifica e definita attività" (Consiglio di Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214).

In tal modo, l'affidatario del servizio non è un soggetto costituito unilateralmente dall'Amministrazione (come avviene nel caso del *in house providing*) ma è l'aggiudicatario di una procedura competitiva tra gli operatori del settore. Di conseguenza l'affidamento non può dirsi diretto perché la scelta del beneficiario è subordinata all'esito di una gara.

Logica conseguenza, affermata dal Consiglio di Stato, è che "la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario" (Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824).

Risulta infatti chiaro, alla luce dei principi che hanno ispirato la recente elaborazione giurisprudenziale, che l'affidamento diretto di servizi ulteriori rispetto a quelli messi a gara tramite il bando iniziale viola i principi di libera concorrenza in quanto risulta sottratto ad un effettivo confronto concorrenziale tra gli operatori di settore potenzialmente interessati.

Come già rilevato, la procedura espletata da Ferrovie non prevedeva quale oggetto dell'affidamento anche lo sfruttamento commerciale delle stazioni Alta Velocità, onde consentire agli offerenti di formulare un'offerta ragionata e congrua, ma al contrario, prevedendo il diritto di *last call*, presupponeva un successivo confronto competitivo tra più soggetti per la gestione delle stazioni Alta Velocità.

Ne consegue che è da escludere che l'ulteriore affidamento a Grandi Stazioni della gestione delle stazioni Alta Velocità possa trovare origine e fondamento nell'affidamento iniziale che è limitato alla riqualificazione e allo sfruttamento economico delle 13 grandi stazioni ordinarie.

4. Il contratto relativo allo sfruttamento delle stazioni "Alta Velocità".

Sotto il profilo oggettivo, ovvero se, avuto riguardo all'oggetto, il contratto per lo sfruttamento delle stazioni Alta Velocità possa essere qualificato come contratto pubblico, o come sostenuto da Grandi Stazioni, come contratto di natura privatistica, dalla documentazione in atti si apprende che il nuovo contratto che RFI intende instaurare per la gestione dei complessi immobiliari delle stazioni Alta Velocità riguarderà aree concentrate in complessi immobiliari precisamente individuate e deputate ad ospitare le attività commerciali, le aree per servizi generali (mostre, conferenze, sportelli bancari, agenzie assicurative, informazioni turistiche), gli atrii, il connettivo e i percorsi pedonali. Saranno escluse le aree strettamente ferroviarie, quali binari, marciapiedi, pensiline, sottopassaggi, uffici per la circolazione, uffici per il gestore della rete, aree tecnologiche, scale ed impianti di accesso ai marciapiedi e viabilità di esodo.

Il gestore dovrà garantire per la durata trentennale del contratto la locazione a terzi degli spazi commerciali e di quelli destinati allo sfruttamento pubblicitario, i servizi di manutenzione ordinaria, di gestione delle utenze e di pulizia degli spazi comuni (con esclusione delle aree ferroviarie) e la manutenzione straordinaria e l'adeguamento a norma, con esclusione di eventuali aspetti specificamente connessi all'infrastruttura ferroviaria.

Dovrà essere altresì garantito il libero transito dell'utenza ferroviaria da e verso le aree ferroviarie.

Il gestore, che dovrà riconoscere a RFI un corrispettivo minimo annuo, sarà remunerato con una percentuale dei ricavi derivanti dalla locazione a terzi e dalla valorizzazione degli spazi e con una "fee" da determinare in percentuale rispetto al complessivo valore dei costi dei servizi di pulizia e manutenzione delle aree comuni. Resta a carico del gestore la complessiva responsabilità delle attività tecniche di valorizzazione commerciale, con esonero per la proprietà e per il gestore dell'Infrastruttura Ferroviaria da qualsivoglia onere comunque connesso.

Dall'analisi delle sintetiche informazioni sopra riportate sembra possibile ritenere che le aree che si intende affidare in gestione, stante l'esclusione delle aree strettamente ferroviarie, non sono tra quelle utilizzate per prestazioni da rendere ai viaggiatori, o per le merci, nell'ambito delle stazioni. Gli atri e i percorsi pedonali sono destinati al transito del pubblico che si reca nei locali commerciali e non solo dei viaggiatori e gli immobili concessi in gestione sono solo fisicamente ed occasionalmente collegati agli immobili delle stazioni, intese queste come impianti destinati al servizio della circolazione dei treni e delle attività da prestare per le persone o le merci trasportate, ma non ospitano aree destinate al precipuo servizio dei viaggiatori (marciapiedi, sale di attesa, depositi bagagli, servizi igienici, biglietterie e posti di polizia).

Ne deriva, come già affermato dal Consiglio di Stato in sede di appello avverso una sentenza del TAR Lazio relativa ad un appalto di lavori affidato da Grandi Stazioni in esecuzione del contratto di gestione del 14 aprile 2000, che "lo sfruttamento economico di beni del patrimonio immobiliare non destinati all'esercizio del trasporto per ferrovia attiene al conseguimento di uno scopo diverso da quest'ultimo" (Consiglio di Stato, Sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902) e, conseguentemente che, a norma dell'art. 217, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 ("La presente parte non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213"), RFI non sarebbe soggetta all'applicazione della disciplina dei contratti nei settori speciali, di cui alla Parte III del Codice, riservata agli appalti che abbiano un nesso con l'esercizio dell'attività - nel caso in esame - di gestore della rete ferroviaria (art. 210 d.lgs. n. 163/2006).

Esclusa l'applicabilità della disciplina dei settori speciali, deve tuttavia ritenersi che RFI sia tenuta al rispetto della disciplina dettata per i settori ordinari in ragione della sua natura di organismo di diritto pubblico nel caso di appalti aggiudicati per l'esercizio di altre attività, come anche recentemente ribadito dalla Corte di Giustizia, sez V, 10 aprile 2008, causa C-393/06 ("gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18, che hanno nessi con l'esercizio di attività di tale ente in uno o più settori considerati negli artt. 3-7 della direttiva 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da tale direttiva. Per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da tale ente in relazione con l'esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18").

Nel caso di specie, il modello negoziale del contratto in esame, che pone a carico del gestore ogni responsabilità delle attività di valorizzazione commerciale remunerandolo con una percentuale del ricavato dalla locazione a terzi - mentre a RFI è garantito un corrispettivo annuo minimo - sembra ricalcare lo schema della concessione di servizi cui, in forza dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, sono applicabili le disposizioni in esso contenute (Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006 n. 3333, che ha riconosciuto, nell'affidamento della gestione degli spazi pubblicitari nell'ambito della linea 1 della Metropolitana di Napoli una concessione di servizi, instaurandosi un rapporto trilaterale tra amministrazione, concessionario ed utenti).

Per completezza, si osserva che anche qualora l'oggetto contrattuale comprendesse, tra le aree concesse in sfruttamento, anche porzioni destinate al servizio dei viaggiatori e che, quindi, alcuni dei servizi in esso dedotti sono connessi alla gestione della rete ferroviaria (così evidenziando il

carattere misto del contratto), non si giungerebbe comunque ad una diversa conclusione, giacché l'art. 216, comunque, esclude l'applicazione della Parte III del Codice alle concessioni di servizi aventi ad oggetto l'esercizio di attività di cui agli articoli da 208 a 213, fatta salva l'applicazione dell'art. 30.

Alla luce delle esposte considerazioni, si deve ritenere che RFI sia tenuta ad indire una gara nel rispetto, almeno, della procedura indicata nell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, con l'adozione di comportamenti positivi, cioè misure concrete volte a instaurare una procedura conforme ai principi fondamentali di trasparenza e libera concorrenza sanciti dal Trattato CE e dallo stesso Codice dei contratti pubblici, tra cui forme di pubblicità idonee, tenuto conto della rilevanza economica dell'oggetto della concessione e della specificità dei servizi e degli operatori interessati (cfr. Deliberazione n. 207 del 21 giugno 2007). In particolare, dovranno essere rispettati i principi - parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento - indicati nella Comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) e le prescrizioni minimali per l'espletamento delle procedure dettate dalla Comunicazione interpretativa della commissione relativa al diritto comunitario applicabile all'aggiudicazione di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici" (2006/C 179/02), comunque applicabili ancorché riferite a procedure caratterizzate da obblighi pubblicitici di inferiore intensità.

Al fine di garantire la massima tutela dei principi comunitari più volte richiamati, si ritiene che sarebbe opportuno l'utilizzo di modalità di espletamento della selezione caratterizzate da un livello di procedimentalizzazione più alto di quello consentito dall'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006; in tale ottica, si potrebbe suggerire di escludere il ricorso a gare informali e di preferire la scelta di procedure (aperte o ristrette) il più possibile improntate alla trasparenza ed alla più ampia partecipazione degli operatori economici.

5. Applicabilità della clausola di *last call*

Venendo ora all'esame della validità della clausola di *last call*, esso va condotto sotto il profilo della compatibilità della clausola con il regime dell'evidenza pubblica sopra individuato (art. 30 del d.lgs. n. 163/2006) alla luce dei principi, di derivazione comunitaria, di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

La clausola, nella sua estrema genericità e, al contempo, sinteticità, riconosce a Grandi Stazioni, per lo sfruttamento economico in esclusiva dei complessi immobiliari delle stazioni "Alta velocità", un diritto di *last call* rispetto a eventuali offerte e/o rilanci di terzi. Essa dovrebbe sostanzialmente nel diritto di Grandi Stazioni di essere preferita a terzi a parità di condizioni e, quindi, nel diritto di adeguare la propria offerta a quella selezionata, in base al criterio di aggiudicazione prescelto, come la più conveniente.

Prima facie, è possibile osservare che la clausola in esame, nel riconoscere una posizione privilegiata ad una impresa concorrente, incide profondamente sui principi di libera concorrenza e parità di trattamento.

Occorre verificare se, in un'ottica di bilanciamento di interessi, l'ostacolo al libero esplicarsi della concorrenza, che, oggettivamente, la clausola di *last call* introduce, possa trovare giustificazione nell'esigenza di tutela di un interesse altrettanto meritevole avuto riguardo al sistema di principi delineato in materia di appalti pubblici dal legislatore comunitario.

Al riguardo si osserva che la normativa di settore conosce un caso di prelazione legale a favore del promotore nella procedura del *project financing*, introdotta nella l. n. 109/94 dalla l. n. 166/2002, modificata dalla l. n. 62/2005, soppressa dal decreto correttivo del Codice dei contratti n. 113/2007 ed, infine, reintrodotta dal terzo decreto correttivo in due delle tre procedure di affidamento delineate. Il percorso accidentato della prelazione del promotore è principalmente dovuto alle perplessità che da subito ha suscitato riguardo alla compatibilità con i principi comunitari, perplessità che la stessa Autorità non ha mancato di evidenziare ("con la introduzione della cosiddetta prelazione a favore del promotore (affidamento al promotore in qualità di concessionario ove adegui il progetto a quello risultato vincitore), a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per la individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione" Determinazione n. 27/2002) e che il Consiglio di Stato, nel parere del 7 giugno 2007 reso sullo schema di decreto correttivo al Codice dei contratti d.lgs. n. 113/2007, ha ribadito ritenendo il diritto di prelazione "anche sul piano sostanziale (...) inopportuno perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia così di sottrarre di fatto alla concorrenza questo importante istituto".

In particolare, ciò che ha indotto il legislatore nazionale ad intervenire a più riprese è stato l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea (Commissione europea, procedura d'infrazione n. 2001/2182, ex art. 226 del Trattato Ce), volta a

censurare, tra le altre, le disposizioni della l. n. 109/94 relative al diritto di prelazione in favore del promotore, in ragione del fatto che un simile vantaggio sarebbe stato contrario al rispetto del principio di parità di trattamento. Nell'ambito della procedura la Commissione ha evidenziato che, attesi gli inconfutabili vantaggi assegnati al promotore, sarebbe stato necessario che, al fine di non incorrere in una violazione del principio di parità di trattamento, tutti i soggetti potenzialmente interessati fossero posti sin dal principio della procedura (quindi sin dal momento dell'individuazione degli interventi suscettibili di proposta) nella condizione di conoscere non solo la possibilità di presentare una proposta ma anche la posizione di vantaggio di cui gode il promotore. Nell'ottica comunitaria, quindi, la violazione del principio della parità di trattamento si sarebbe realizzata nella fase iniziale della procedura, nella quale si creavano i presupposti per l'attribuzione della posizione privilegiata, qualora non si fosse consentito, tramite idonee modalità di pubblicità, a tutti i soggetti potenzialmente interessati di poter valutare, in condizioni di parità, l'opportunità di assumere il ruolo di promotore e conseguentemente di godere del privilegio ad esso connesso.

Nel caso in esame, la clausola negoziale, elaborata in occasione di un precedente confronto competitivo e resa nota all'epoca solo ai tre candidati che hanno preso parte alla fase di selezione finale, riconosce una posizione di indubbio vantaggio ad un determinato operatore economico, Grandi Stazioni, ipotecando seriamente l'esito di un successiva e diversa procedura di gara e senza garantire ai soggetti potenzialmente interessati (a questo successivo affidamento) di poter concorrere in condizioni di parità con Grandi Stazioni. A ciò si deve aggiungere la considerazione che se la prelazione riconosciuta al promotore è stata da taluni interpretata (e giustificata) in quanto forma di tutela privilegiata dell'operatore che si è fatto carico, sia in termini ideativi che di oneri economici, di predisporre l'originaria idea progettuale, nel caso in esame nessuna posizione meritevole di tutela può vantare Grandi Stazioni, se non quella di essere l'aggiudicataria di un precedente (e diverso) confronto competitivo.

La violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione da parte di siffatti diritti di prelazione di origine negoziale è stata sostenuta anche da parte della giurisprudenza nazionale. Ci si riferisce in particolare alla pronuncia n. 7616 del 30 dicembre 2005 della VI sezione del Consiglio di Stato che ha espressamente disposto "il diritto di prelazione,[...] è incompatibile con i principi di derivazione comunitaria, i quali impongono che il sistema di scelta del contraente sia ispirato al principio della parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, anche nelle ipotesi (come nella specie) in cui non si versi in materia di appalti di servizi e/o di concessione di servizi pubblici. In particolare, è stato chiarito, sulla base della circolare n. 945 dell'1.3.2002 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche

Comunitarie e dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, che il nomen della fattispecie è indifferente ai fini della sottoposizione ai principi di evidenza pubblica, la quale trova "il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima (nella specie aeroportuale) si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione" (si veda, decisione n. 168/2005 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato). L'Amministrazione era, quindi, tenuta alla indizione di una procedura concorsuale per l'attribuzione di una occasione di guadagno, e il diritto di prelazione (peraltro riconosciuto in sede di rinnovo della subconcessione a trattativa privata) non è in grado di condizionare in alcun modo la legittimità della procedura concorsuale in esame. Il vincolo obbligatorio, sebbene convenzionalmente assunto a favore della ricorrente, non necessitava del mutuo consenso per essere sciolto, atteso che la SEAP non poteva sottrarsi ai principi comunitari di trasparenza e non discriminazione, la cui immediata applicazione comporta l'inoperatività di tale vincolo e il ricorso ad una procedura competitiva per la concessione dell'area demaniale aeroportuale di cui trattasi."

La stessa linea è stata seguita recentemente dai giudici di primo grado che hanno sottolineato l'inconciliabilità di siffatte clausole con i principi dell'evidenza pubblica, evidenziando la "intrinseca ed evidente contraddittorietà della stessa [clausola di prelazione] con le caratteristiche della procedura concorsuale ad evidenza pubblica, preordinata alla tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della non discriminazione tra imprese partecipanti, nonché, infine, alla osservanza delle regole di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa" ed osservando altresì che tali clausole, oltre ad attribuire un ingiustificato vantaggio al gestore uscente, comportano uno svantaggio per la stazione appaltante che sceglierà l'offerta più conveniente in una situazione di concorrenza imperfetta (TAR Toscana - Firenze, sez. II, 27 aprile 2007 n. 719). Del pari hanno giudicato illegittima, in quanto *contra ius*, la clausola di un bando che condizionava l'aggiudicazione definitiva all'eventuale diritto di prelazione esercitato dall'attuale concessionario a parità di condizioni "stante la sua ben evidente difformità non soltanto rispetto al generale principio dell'unicità dell'offerta (cfr. art. 11, comma b, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163), ma anche - e soprattutto - dei parimenti generali principi di tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della non discriminazione tra le imprese concorrenti" (TAR Veneto, 31 marzo 2009, n. 1030). In un caso è stata riconosciuta alla prelazione un limitato margine di operatività "solo nel caso in cui il concessionario uscente risultasse primo in graduatoria a pari merito con gli altri concorrenti e non fossero previsti dei criteri di aggiudicazione sussidiari in grado di superare la situazione di stallo" (TAR Lombardia - Brescia, 10 febbraio 2006 n. 183).

Alla luce di quanto sopra, la clausola in esame - che impedisce la piena realizzazione del principio di parità di trattamento tra gli operatori economici interessati allo sfruttamento economico in esclusiva dei complessi immobiliari delle stazioni "Alta velocità" e ostacola la libera concorrenza - appare invero incompatibile con la necessità - espressa nel secondo considerando della direttiva 31-3-2004 n. 2004/18/CE, ma riferibile anche alle concessioni - che le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti sopra soglia, fondate sui principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza, siano tali da "da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza".

In tal senso, si dovrà dunque considerare "inoperativa" la clausola contrattuale mentre, in coerenza con quanto in precedenza evidenziato nelle pronunce dei giudici amministrativi, RFI dovrà procedere alla predisposizione di una documentazione di gara che non preveda la possibilità, da parte di Grandi Stazioni di formulare una ulteriore proposta, migliorativa rispetto a quella offerta da un altro soggetto partecipante alla procedura.

6. La partecipazione di Grandi Stazioni alla procedura di gara per l'individuazione del gestore delle nuove stazioni della rete ferroviaria ad Alta Velocità.

Infine, per ciò che concerne l'ultimo punto del quesito di Ferrovie relativo ai profili di criticità eventualmente connessi alla partecipazione di Grandi Stazioni alla procedura di gara bandita dalla società controllante, si rileva che, *prima facie*, sembrerebbero effettivamente sussistere motivi di perplessità connessi alla potenziale violazione dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento tra gli operatori economici derivante dal particolare rapporto intercorrente tra stazione appaltante e impresa concorrente, entrambe appartenenti al Gruppo Ferrovie dello Stato.

Non è infatti inverosimile ritenere che un simile rapporto possa tradursi per la società concorrente in un illegittimo vantaggio a scapito delle altre imprese e, quindi, in un fattore distorsivo della concorrenza.

Occorre tuttavia valutare se tale potenziale effetto distorsivo possa essere ritenuto quale motivo, *ex se*, di inammissibilità alla gara dell'impresa controllata e/o collegata alla stazione appaltante.

Al riguardo si osserva che, secondo il quarto Considerando della direttiva 31-3-2004 n. 2004/18/CE, "Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati".

L'indicazione, oltre a ribadire la nozione comunitaria, estremamente ampia di operatore economico, estesa a qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno (Corte di Giustizia Europea 23 dicembre 2009 n. C-305/08), è significativa nel senso che esclude che le legislazioni nazionali possano prevedere che la potenziale posizione privilegiata di un operatore economico giustifichi, a priori e senza ulteriori analisi, il divieto di partecipazione ad un appalto pubblico.

Una simile impostazione è ribadita, proprio con riferimento alla partecipazione alle gare da parte delle società miste, nella Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (2008/C 91/02), secondo la quale "in diritto comunitario, l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche" ed, in tale prospettiva, "occorre adottare misure di salvaguardia specifiche per garantire una netta separazione tra le persone che predispongono il bando di gara e decidono l'aggiudicazione dell'appalto in seno all'amministrazione aggiudicatrice e quelle a cui è affidata la gestione del PPPI, e per impedire la trasmissione di informazioni riservate dall'amministrazione aggiudicatrice all'entità a capitale misto".

La normativa nazionale di settore non prevede quale causa di esclusione dalla partecipazione alle gare il rapporto di collegamento e/o controllo tra stazione appaltante e operatore economico riconoscendo la rilevanza ai fini partecipativi di un simile rapporto solo quando questo interviene tra operatori economici partecipanti alla stessa gara (art. 38, comma 1, lett. *m-quater*), del Codice dei contratti, allo scopo di garantire il diverso - rispetto a quello del caso di specie - interesse alla segretezza delle offerte. Anche in questo caso, l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 38, recentemente aggiunto dal d.l. n. 135/2009, consente tuttavia la partecipazione ai concorrenti che, trovandosi in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., dimostrino che tale situazione non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

Sulla linea tracciata dal legislatore comunitario si è posta anche la giurisprudenza amministrativa che ha affermato che "la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento" e che "in assenza di prove in ordine a specifiche violazioni delle regole di

evidenza pubblica, deve escludersi che la mera partecipazione dell'ente pubblico ad una società concorrente rappresenti un elemento tale da pregiudicare la regolarità della gara" (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499; cfr., in termini, Consiglio di Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Consiglio Giustizia Amministrativa 24 dicembre 2002, n. 692).

Il quadro normativo e giurisprudenziale sembra quindi deporre per l'ammissibilità della partecipazione alla gara da parte di Grandi Stazioni a condizione che RFI, in conformità a quanto previsto nella citata Comunicazione interpretativa, adotti tutte le misure per evitare che la posizione di potenziale vantaggio di Grandi Stazioni si traduca in una effettiva violazione della libera concorrenza e della parità di trattamento.

In questa ottica, si ritiene che, a maggiore tutela del principio di trasparenza e imparzialità, la commissione aggiudicatrice, in ragione dell'importanza e delle scelte cui la stessa è chiamata a fare fronte nell'ambito dei compiti normativamente assegnatili, potrebbe essere costituita da soggetti - dotati del massimo di garanzia di indipendenza e professionalità - individuati in ambiti esterni rispetto al network del Gruppo FS.

Considerato poi che la gara avverrà presumibilmente con offerte al rialzo, nei documenti di gara dovrebbe essere fissato un importo minimo che RFI intende ottenere dal gestore delle aree.

Da ultimo, si sottolinea l'opportunità da parte delle società coinvolte di adottare tutte le misure necessarie affinché non vi siano situazioni nelle quali la medesima persona sia chiamata a svolgere funzioni di rilievo nell'ambito delle stesse, evitando intrecci di cariche societarie, così da eliminare qualunque potenziale profilo di criticità legato a possibili conflitti di interesse.

Avv. Giuseppe Busia