

Il T.a.r. per la Sardegna deferisce alla Corte di giustizia UE due questioni interpretative in materia di affidamento diretto del servizio di trasporto per ferrovia, riguardanti gli obblighi, per la stazione appaltante, di provvedere alla c.d. pre-informazione sull'intenzione di affidare il servizio e di motivare, comunque, l'aggiudicazione.

T.a.r. per la Sardegna, sezione I, ordinanza 25 luglio 2018, n. 682 – Pres. Monticelli, Est. Manca

Servizi pubblici – Trasporto per ferrovia – Affidamento diretto – Obbligo di pre-informazione e di valutazione comparativa delle offerte – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

- *se l'art. 7, paragrafo 2, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che impone, all'autorità competente che intende procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, di prendere i provvedimenti necessari per pubblicare o comunicare le informazioni necessarie a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio per predisporre un'offerta seria e ragionevole (1);*
- *se l'art. 7, paragrafo 4, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente, prima di procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, deve valutare comparativamente tutte le offerte di gestione del servizio eventualmente ricevute dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui al medesimo art. 7, paragrafo 4 (2).*

(1, 2) I. – Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per la Sardegna ha deferito alla Corte di giustizia UE due quesiti in materia di affidamento dei servizi di trasporto pubblico su ferrovia, alla luce della disciplina di cui all'art. 7, parr. nn. 2 e 4, del Regolamento CE n. 1370 del 2007. Come è noto, in materia di servizio di trasporto pubblico locale, la normativa euro-unitaria consente – in alcuni casi specificamente individuati – di derogare alla regola dell'affidamento con gara, ammettendo la facoltà dell'autorità amministrativa di aggiudicare il contratto in via diretta: ciò, in particolare, avviene, a norma dell'art. 5, par. n. 6, primo periodo, del Regolamento, per l'intero settore del trasporto pubblico per ferrovia. Secondo la menzionata norma, infatti, *“A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, fatta eccezione per altri modi di trasporto su rotaia quali metropolitana o tram”*. L'indiscriminata possibilità di far ricorso all'affidamento diretto, tuttavia, fa sorgere alcuni dubbi interpretativi che il T.a.r. per la Sardegna ritiene opportuno sottoporre alla Corte di Lussemburgo, alla luce dei principi generali di tutela della concorrenza, di non

discriminazione e di trasparenza, quali desumibili dallo stesso Regolamento CE n. 1370 del 2007.

La controversia sottoposta al T.a.r. per la Sardegna può essere così sommariamente ricostruita.

La Regione Sardegna, nel giugno 2017, aveva disposto l'affidamento diretto del servizio di trasporto ferroviario regionale, per la durata di anni 12, in favore dell'operatore c.d. *incumbent* (cioè quello che da sempre svolge tale tipo di servizio). Tale affidamento era stato preceduto da un avviso di pre-informazione al mercato, pubblicato nel dicembre 2015, a seguito del quale erano pervenute all'amministrazione tre manifestazioni di interesse, tra le quali anche quella del soggetto *incumbent*; tuttavia la Regione, dopo aver negoziato unicamente con quest'ultimo un contratto di servizio ritenuto conforme ai propri obiettivi, ha proceduto con il conseguente affidamento diretto, senza prima procedere all'apertura di un confronto competitivo con le offerte provenienti dagli altri due operatori economici che avevano manifestato interesse. L'affidamento è stato allora impugnato dinnanzi al T.a.r. per la Sardegna dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cui era pervenuta una segnalazione dell'accaduto), nell'esercizio della sua speciale potestà di ricorso giurisdizionale prevista dall'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990 contro le violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

II. – Secondo il T.a.r. per la Sardegna, oltre al già richiamato art. 5, par. n. 6, primo periodo, del Regolamento CE n. 1370 del 2007, assumono rilevanza pure i paragrafi 2 e 4 dell'art. 7 di tale Regolamento, i quali stabiliscono – rispettivamente – l'obbligo di c.d. pre-informazione, prima di procedere all'aggiudicazione diretta, e l'obbligo, comunque, di motivare la decisione di aggiudicazione diretta, una volta che quest'ultima sia stata presa e ci sia un'espressa richiesta, in tal senso, proveniente da una parte interessata. In particolare, l'obbligo di pre-informazione consiste nel prendere *“i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni: a) nome e indirizzo dell'autorità competente; b) tipo di aggiudicazione previsto; c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione”*. L'ordinanza di rimessione, inoltre, richiama pure il considerando n. 29 (secondo cui: *«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»*), e n. 30 (*«I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza»*) del medesimo Regolamento CE.

Quanto alla normativa interna, sono richiamati l'art. 61 della legge n. 99 del 2009 (che, nel settore del trasporto pubblico locale, al fine di armonizzarne *"il processo di liberalizzazione e di concorrenza"*, consente alle autorità competenti, in sede di aggiudicazione, di avvalersi delle norme del Regolamento CE n. 1370 del 2007 anche in deroga alla disciplina di settore) e le norme del d.lgs. n. 50 del 2016 laddove, per un verso, escludono il settore del trasporto pubblico ferroviario di passeggeri dall'applicazione del nuovo codice sugli appalti (così l'art. 17, comma 1, lett. i) e, per altro verso, fanno comunque salvi, per i settori esclusi, l'applicazione dei *"principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"* (così l'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016).

Alla luce del quadro normativo così tracciato, il T.a.r. per la Sardegna ritiene che alle richiamate norme di cui ai parr. nn. 2 e 4 dell'art. 7 del Regolamento CE n. 1370 del 2007 dovrebbe essere attribuito *"il significato più ampio, sia quanto agli obblighi di informazione al mercato, gravanti sull'autorità competente che intenda procedere all'affidamento diretto, che dovrebbero consentire a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio di formulare un'offerta seria e ragionevole; sia quanto agli obblighi di motivazione della scelta dell'affidatario diretto, che dovrebbe includere anche la valutazione comparativa nel caso in cui l'autorità, dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui all'art. 7 del regolamento (CE), riceva una pluralità di proposte di gestione del servizio"*.

III. – Sul tema del servizio di trasporto pubblico locale, si segnala:

- a) con ordinanza 14 maggio 2018, n. 255, il T.a.r. per il Lazio – Latina (oggetto della News US in data 21 maggio 2018 ai cui approfondimenti di dottrina e di giurisprudenza si rinvia) ha sollevato alla Corte di giustizia UE altre questioni pregiudiziali afferenti alla materia del trasporto pubblico locale ed al Regolamento CE n. 1370 del 2007, con riguardo, in particolare, alla disciplina di cui all'art. 54, par. n. 2, del Regolamento, relativamente alla nozione di *"operatore interno"* (per la quale il T.a.r. ha richiamato l'*"eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull'istituto dell'in house providing"*) ed ai presupposti e limiti applicativi della disciplina euro-unitaria del servizio pubblico di trasporto di passeggeri. Si tratta di questioni, tra l'altro, sovrapponibili ai quesiti interpretativi che, già in precedenza, erano stati rimessi alla Corte di giustizia da Consiglio di Stato, sez. V, ordinanze, 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555 (in *Foro amm.*, 2017, 1047, in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 6, 66, nonché oggetto della News US, in data 1 giugno 2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali);
- b) ancora più di recente, con ordinanza 16 luglio 2018, n. 4303 (oggetto della News US in data 30 luglio 2018, cui si rinvia per approfondimenti di dottrina e di

giurisprudenza), il Consiglio di Stato, sez. V, ha rimesso alla Corte di giustizia UE un'ulteriore questione pregiudiziale relativa all'affidamento diretto del trasporto pubblico locale nelle ipotesi c.d. *de minimis*, chiedendole di chiarire la nozione di "divieto posto dalla legislazione nazionale" contemplato dall'art. 5, par. n. 4, del Regolamento (norma che, analogamente a quanto previsto per i trasporti ferroviari dal par. n. 6, consente l'affidamento diretto dei contratti di servizio di trasporto pubblico locale, nelle richiamate ipotesi *de minimis*, per l'appunto, "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale"): secondo il Consiglio di Stato, questa disposizione non chiarisce se il divieto di affidamento diretto, che discenda da una previsione nazionale, debba essere esplicito (debba, cioè, risultare da una specifica ed espressa clausola di divieto contenuta nella legge nazionale) oppure possa essere anche desunto, implicitamente, dalla circostanza che la legge nazionale, pur senza imporre a chiare lettere un simile divieto, si limiti a stabilire la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del servizio;

- c) con specifico riguardo all'obbligo di pubblicazione di un avviso di preinformazione, stabilito dall'art. 7, par. n. 2, del Regolamento CE n. 1370 del 2007, si è da ultimo pronunciato il T.a.r. per il Piemonte, sez. II, con sentenza 14 febbraio 2018, n. 219, osservando che tale previsione "è sintomatic[a] della valutazione dell'Unione Europea circa la delicatezza del settore del trasporto pubblico che, pur rappresentando un servizio di interesse economico generale (il che legittima, tra l'altro, diritti di esclusiva e compensazioni), per anni è stato dominato da operatori pubblici o monopolisti, con effetti di inefficienza (quali il divario tra costi di produzione e traffico) che l'Unione ha inteso superare anche grazie alla graduale apertura alla concorrenza. Il trasporto ferroviario, in ragione del dirimente uso di infrastrutture rilevanti, presenta profili di monopolio naturale; inoltre, in generale, la concorrenza nei trasporti pubblici è principalmente una concorrenza 'per il mercato' che si esplica nel solo momento dell'affidamento, posto che il servizio sarà per lo più poi gestito dall'unico operatore affidatario per lunghi periodi"; nella fattispecie il T.a.r. è pervenuto all'annullamento di un avviso di preinformazione (in quel caso prodromico, secondo le intenzioni dell'amministrazione, allo svolgimento di una gara aperta e non di un affidamento diretto) nel quale erano stati accorpati sia il servizio di trasporto su ferro sia quello di trasporto su gomma: abbinamento che, però, a giudizio del T.a.r., non era stato adeguatamente giustificato e che presentava, quindi, "un elevato rischio anticoncorrenziale", tale da poter tagliare fuori le offerte di piccole o medie imprese.