AS1545 – REGIONE LAZIO - STIPULA DEL CONTRATTO DI SERVIZIO PER IL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO FERROVIARIO DI INTERESSE REGIONALE E LOCALE

Roma, 5 settembre 2018

Presidente della Regione Lazio

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza dell’8 agosto 2018, ha deliberato di esprimere un parere motivato ai sensi dell’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente al contenuto della Deliberazione della Giunta Regionale n. 316 del 21 giugno 2018 (di seguito DGR n. 316/2018 o “Deliberazione”) con cui la Giunta della Regione Lazio ha proceduto ad autorizzare la stipula, avvenuta in data 21 giugno 2018, del contratto di servizio per il trasporto pubblico ferroviario di interesse regionale e locale tra la Regione Lazio (di seguito “Regione”) e Trenitalia S.p.A. (di seguito “Trenitalia”) per il periodo 2018-2032¹.

Nella DGR n. 316/2018 la Giunta ha ripercorso l’iter che ha condotto alla scelta di affidare direttamente a Trenitalia il servizio ferroviario di interesse regionale.

In data 14 dicembre 2016 Trenitalia ha presentato una proposta commerciale contenente l’offerta di condizioni migliorative in termini di qualità e affidabilità del servizio, nonché nuovi significativi investimenti, tali da giustificare la scelta della procedura di affidamento diretto mediante stipula di un nuovo contratto di servizio per il periodo di 15 anni (2018-2032) ai sensi degli artt. 4, par. 4, e 5, par. 6, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 (di seguito anche il “Regolamento”).

Con Deliberazione della Giunta Regionale n. 842 del 30 dicembre 2016, la Regione ha valutato positivamente tale proposta commerciale e ha deliberato di procedere all’affidamento diretto a Trenitalia dell’esercizio di trasporto pubblico ferroviario regionale dal 2018 per 120 mesi, successivamente rettificati a 180 mesi.

In data 3 gennaio 2017 (con rettifica a settembre 2017), la Regione ha proceduto alla pubblicazione dell’avviso di pre-informazione al mercato relativo all’affidamento diretto a Trenitalia del servizio in esame, ai sensi dell’art. 7, par. 2, del Regolamento.

Nella Deliberazione la Regione prosegue affermando che il concetto di aggiudicazione diretta non richiede (in assenza di diversa disposizione) una valutazione comparativa tra possibili diverse offerte. A sostegno di tale affermazione la Regione adduce la sentenza del Consiglio di Stato, 18 giugno 2015, n. 3112 (nonché la sentenza del TAR Liguria 27 giugno 2017, n. 612), secondo la quale *“l’avviso non risponde a finalità di sollecitazione nell’ambito di una procedura selettiva (che non avrà luogo), ma ad esigenze di pubblicità notizia, anche in vista dell’eventuale*

¹ Cfr. Regolamento (UE) n. 2016/2338, in vigore dal 24 dicembre 2017, che modifica il Regolamento (CE) n. 1370/2007. L’articolo 4 paragrafo 4 consente un incremento della durata del contratto in affidamento diretto del 50% rispetto alla durata massima di dieci anni sulla base del valore degli investimenti realizzati nel corso del contratto.

impugnazione della modalità di affidamento concretamente prescelta da parte di chi vi abbia interesse”, e osserva che se si adottasse un’interpretazione diversa da quella riportata, l’affidamento diretto finirebbe con il costituire soltanto una mera variazione sul piano terminologico rispetto alla gara.

La Regione dà conto quindi del fatto che, in data 25 ottobre 2017, la società Arriva Rail Italia S.r.l. (di seguito “Arriva”) ha fatto pervenire una manifestazione di interesse relativamente al nuovo contratto di servizio per il periodo 2018-2032, alla quale la Regione ha dato riscontro nelle date 5 ottobre 2017 e 22 dicembre 2017, con la richiesta all’impresa di formulare i contenuti di una possibile proposta, al fine di poter verificare l’eventuale sussistenza dei presupposti - ove fosse emersa per la Regione una maggiore convenienza della proposta - per riconsiderare eventualmente la decisione già assunta di procedere all’affidamento diretto a favore di Trenitalia. Sul punto deve rilevarsi che la Regione omette di evidenziare che, a seguito dell’avviso di pre-informazione, Arriva già in data 26 gennaio 2017 ha presentato una formale manifestazione di interesse, in relazione alla quale, tuttavia, non ha ricevuto riscontro. Arriva ha scritto nuovamente alla Regione in data 29 giugno 2017, ribadendo il proprio interesse e sollecitando un riscontro alle proprie comunicazioni, che è arrivato, come indicato nella DGR n. 316/2018, solo in data 5 ottobre 2017. In data 23 novembre 2017 Trenitalia ha aggiornato la propria proposta commerciale, secondo i termini ritenuti meglio rispondenti agli obiettivi della Regione.

L’11 gennaio 2018 la Regione ha richiesto a Trenitalia ulteriori approfondimenti e dettagli su alcune tematiche, chiedendo un aggiornamento del Piano Economico Finanziario (PEF) che tenesse conto di alcune variazioni in ambito tariffario. Il 12 gennaio 2018 Trenitalia ha riformulato la propria proposta commerciale².

Infine, in data 8 febbraio 2018, la Regione ha comunicato ad Arriva di non aver ricevuto da quest’ultima alcuna proposta tecnico-economica relativa al servizio di cui trattasi entro il termine previsto per l’avvio della programmazione.

Nella Deliberazione vengono infine riportati gli interventi di *advocacy* dell’Autorità in tema di affidamento diretto dei contratti di servizio regionale, osservando che l’affidamento diretto è una modalità ordinaria di affidamento, alternativa alla gara, pienamente legittima ai sensi della normativa comunitaria, che può essere discrezionalmente prescelta dall’Autorità competente all’organizzazione del servizio.

Tutto ciò premesso, l’Autorità intende preliminarmente ribadire quanto già espresso, sia nella recente segnalazione congiunta con l’Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito “ART”) e l’Autorità Nazionale Anticorruzione del 25 ottobre 2017³ sia in altri interventi di *advocacy*⁴,

² Nella Deliberazione la Regione dà conto anche di aver acquisito: *i*) in data 11 giugno 2018, l’analisi di *benchmark* dei costi dei servizi di trasporto ferroviario regionale, svolta per conto di Trenitalia, dalla Società di Consulenza Brattle Group; *ii*) in data 15 giugno 2018, la relazione di analisi sul PEF previsto dal nuovo contratto da una società di consulenza. Da tali documenti sarebbe emerso che la proposta contrattuale di Trenitalia, dal punto di vista dell’analisi del PEF, presenta aspetti positivi sia per l’utenza che per la Regione, in quanto prevede il rinnovo del parco rotabile, l’aumento dell’offerta di posti Km, il recupero di efficienza pari al 16% nel periodo contrattuale e il miglioramento del rapporto tra ricavi operativi e costi operativi.

³ Cfr. ASI441 - PROCEDURE PER L’AFFIDAMENTO DIRETTO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO REGIONALE.

⁴ Cfr. altresì nei medesimi termini i pareri resi ai sensi dell’art. 21-bis della legge 287/1990 alla Regione Sardegna ASI443 – REGIONE SARDEGNA - AFFIDAMENTO DIRETTO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO, e alla Regione Liguria ASI519 – REGIONE LIGURIA – CONTRATTO DI SERVIZIO PER IL TRASPORTO FERROVIARIO DI

relativamente all'interpretazione delle norme applicabili in materia di affidamenti diretti ferroviari ricavabile dalla lettura congiunta dell'art. 7, commi 2 e 3, del Regolamento, dei *considerando* 29 e 30 del medesimo Regolamento, nonché della Comunicazione della Commissione europea 2014/C92/01 in materia di affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico su strada e per ferrovia.

Tale interpretazione conduce a:

- individuare in capo agli Enti affidanti un obbligo di operare un confronto competitivo tra le offerte giunte da altri operatori interessati e quella del soggetto al quale si intende affidare il servizio per via diretta;
- ritenere che, quando le Autorità competenti decidono di procedere con un affidamento diretto e siano state presentate manifestazioni di interesse alternative, esse sono soggette ad un più stringente obbligo di motivazione, sia con riguardo alla scelta della procedura da seguire sia con riguardo alla scelta del concessionario. Ciò implica che l'obbligo motivazionale, di cui all'articolo 7, par. 4, del Regolamento e dell'articolo 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;
- ritenere 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, le Autorità competenti non si possano limitare a mettere a disposizione solo gli elementi informativi esplicitamente richiesti dall'articolo 7, comma 2, del Regolamento (avviso di pre-informazione), ma, in ossequio all'obbligo di trasparenza di cui al citato *considerando* 30 del Regolamento, debbano attivarsi per rendere disponibili ed accessibili 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, utilizzando come riferimento il Prospetto 1 della Delibera ART n. 49/2015.

Alla luce di tale quadro interpretativo delle norme di cui al Regolamento (CE) 1370/2007 si ritiene che la Regione abbia erroneamente deciso di non procedere ad alcun confronto competitivo sulla base del presupposto che l'affidamento diretto non richieda una valutazione comparativa e che, in ogni caso, nessun'altra offerta vincolante, oltre a quella di Trenitalia S.p.A., era stata presentata.

Per quanto concerne la non necessità di una valutazione comparativa nell'ambito di una procedura di affidamento diretto, si evidenzia che la Regione non tiene conto dell'eventualità che, nell'ambito della stessa, soggetti terzi possano esprimere un interesse all'affidamento del servizio. In tali casi la mera pubblicazione del preavviso al mercato ai sensi dell'art. 7, paragrafi 2 e 3, del Regolamento non è sufficiente a far sì che, come richiesto dalla Commissione europea nella propria Comunicazione n. 2014/C92/01, i contratti aggiudicati direttamente a norma dell'art. 5, paragrafo 6, rispettino i principi generali del Trattato di trasparenza e parità di trattamento. Viceversa, è necessario un obbligo informativo "rafforzato" e di conseguenza anche un onere motivazionale aggiuntivo nella scelta del soggetto affidatario.

Quanto poi al fatto che un'effettiva valutazione comparativa – avendo la Regione effettuato tramite una società terza esclusivamente un *benchmarking* di tipo astratto – non sarebbe stata in ogni caso possibile, data l'assenza di un'offerta alternativa a quella di Trenitalia, si osserva che tale

mancata presentazione è frutto del comportamento assunto dalla Regione ed è l'esito del mancato rispetto dei sopra richiamati obblighi informativi "rafforzati". Infatti, in assenza degli elementi informativi richiesti - che, si evidenzia, sono nella piena disponibilità del solo operatore storico - Arriva non ha potuto presentare alcuna offerta vincolante.

Sotto il profilo degli obblighi informativi, si ricorda che il *considerando 29* del Regolamento è stato interpretato dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa già richiamata nel senso che l'avviso di pre-informazione deve "*permettere ai potenziali operatori del servizio pubblico di parteciparvi*", ovvero che questo deve conferire alle parti interessate la possibilità di formulare domande molto tempo prima dell'aggiudicazione dell'appalto⁵. 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.

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 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).

In altri termini, alla luce del quadro interpretativo delle norme applicabili all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario, nel caso in cui siano presenti più manifestazioni di interesse all'affidamento, gli enti affidanti devono mettere i soggetti terzi interessati in condizioni di disporre tempestivamente di un set di informazioni completo ed esaustivo, tale da consentire la formulazione di un'offerta commerciale, per poi procedere ad una valutazione comparativa tra le varie offerte ricevute.

Pertanto, al fine di consentire la presentazione di un'offerta, a fronte delle reiterate richieste inoltrate da parte della società Arriva di avere accesso ad un *set* informativo minimo concernente gli elementi tecnici, gestionali ed economici caratterizzanti il servizio da affidare, la Regione non si sarebbe dovuta limitare a richiamare i contenuti dell'avviso di pre-informazione pubblicato nel mese di gennaio 2017 ai sensi dell'art. 7 paragrafo 2 del Regolamento. Viceversa, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità previsti dalle disposizioni comunitarie richiamate, l'Ente locale avrebbe dovuto attivarsi - anche tramite l'inoltro di specifiche richieste all'incumbent - per rendere disponibili ed accessibili una serie di informazioni e dati ulteriori relativi alla configurazione del servizio (livelli di domanda, entità del personale, materiale rotabile ecc.) necessari al fine di porre l'operatore interessato nella condizione di poter formulare un'offerta alternativa a quella di Trenitalia⁶. Sul punto, si rappresenta che alcuni Enti concedenti servizi ferroviari regionali hanno chiaramente seguito l'interpretazione sostanziale delle norme del Reg. CE 1370/2007 appena riportata. In particolare, la

⁵ Cfr. par. 2.5.3 della Comunicazione della Commissione europea 2014/C92/01.

⁶ Cfr. la procedura che l'Agenzia per la Mobilità del Piemonte sta ponendo in essere con la creazione di una *dataroom* virtuale sul suo sito web, anche in virtù di dati non in suo possesso ma chiesti agli operatori storici Trenitalia e GTT.

Regione Piemonte, anche a seguito di interlocuzioni con questa Autorità ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 287/90, ha inteso procedere all'affidamento diretto di alcuni servizi ferroviari regionali, facendolo precedere da forme di confronto competitivo tra i soggetti che hanno mostrato interesse⁷.

La posizione assunta dalla Regione ha dunque rappresentato un elemento di indubbio ostacolo allo sviluppo effettivo di uno scenario concorrenziale nella procedura di affidamento dei servizi ferroviari regionali.

Pertanto, la DGR n. 316 del 21 giugno 2018, con cui la Giunta della Regione Lazio ha proceduto ad autorizzare la stipula del contratto di servizi con Trenitalia relativo all'affidamento diretto del servizio pubblico di trasporto ferroviario di interesse regionale - in quanto priva di qualsiasi valutazione di natura comparativa che possa giustificare la scelta dell'affidamento diretto a Trenitalia S.p.A. in termini di economicità ed efficienza - si pone in violazione degli obblighi di trasparenza e motivazione esistenti in capo agli Enti concedenti servizi ferroviari regionali di cui all'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del Regolamento CE 1370/2007, letti unitamente ai *considerando* 29 e 30 del medesimo Regolamento, e più in generale, in violazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità a fondamento del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, la Regione Lazio dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE.

Giovanni Pitruzzella

Comunicato in merito al mancato adeguamento della Regione Lazio al parere motivato espresso dall'Autorità ex art. 21-bis della legge n. 287/1990 avverso il provvedimento di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario regionale a Trenitalia S.p.A.

Nella propria riunione del 8 agosto 2018, l'Autorità ha deliberato di inviare un parere motivato ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, pubblicato in calce alla presente comunicazione, in merito al contenuto della Delibera di Giunta Regionale della Regione Lazio DGR n. 316 del 21 giugno 2018, che ha disposto l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario regionale a Trenitalia S.p.A.

⁷ Si veda il parere del 23 dicembre 2016, *AS1358 – Regione Piemonte – Modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale*.

A seguito del ricevimento di detto parere motivato, la Regione Lazio, con comunicazione del 22 ottobre 2018, ha informato l'Autorità del fatto che la scelta di non procedere ad un confronto competitivo nell'ambito della procedura di affidamento diretto sia coerente con la normativa vigente, di aver in ogni caso valutato adeguatamente l'economicità, l'efficienza e la qualità dell'offerta presentata dal soggetto individuato come affidatario in via diretta, e rispettato i principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione nei confronti di soggetti terzi.

Preso atto del mancato adeguamento dell'amministrazione al parere motivato ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 7 novembre 2018, ha quindi disposto l'impugnazione davanti al TAR Lazio – Roma della Delibera di Giunta Regionale della Regione Lazio DGR n. 316 del 21 giugno 2018, nonché a ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente.