



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 931 del 2017, proposto da

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Cagliari, via Dante n. 23/25;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Sonia Sau e Alessandra Camba, con domicilio eletto presso l'ufficio legale della Regione in Cagliari, viale Trento n. 69;

nei confronti

Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luisa Turchia e Francesco Giovanni Albisinni, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Porcu e Barberio in Cagliari, via Garibaldi n. 105;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 406 del 17 luglio 2017, avente per oggetto l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario della Regione Sardegna per il periodo 1/1/2017 – 31/12/2025 disposto in favore di Trenitalia

S.p.A.;

- della delibera della Giunta Regionale della Regione Sardegna, n. 31/4 del 27 giugno 2017, che ha autorizzato la stipula del contratto di servizio di trasporto pubblico ferroviario novennale, tra la Regione Sardegna e Trenitalia.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A. e della Regione Sardegna;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2018 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con il ricorso in esame, proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in seguito: Autorità) ai sensi dell'art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, si chiede l'annullamento della deliberazione della Giunta Regionale della Regione Sardegna, n. 31/4 del 27 giugno 2017, che ha autorizzato la stipula del contratto di servizio di trasporto pubblico ferroviario novennale, tra la Regione Sardegna e Trenitalia; e della determinazione dirigenziale n. 406 del 17 luglio 2017, con la quale è stato disposto l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario della Regione Sardegna per il periodo 1/1/2017 – 31/12/2025 in favore di Trenitalia S.p.A. .

2. L'Autorità riferisce, in premessa, di aver ricevuto una segnalazione da parte di impresa operante nel settore del trasporto passeggeri relativa a vizi del procedimento avviato dalla Regione Sardegna per l'affidamento diretto dei servizi ferroviari regionali.

3. Detto procedimento era stato avviato con avviso di pre-informazione al mercato, pubblicato il 29 dicembre 2015, come previsto dall'articolo 7, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del

23 ottobre 2007. A seguito della pubblicazione dell'avviso, sono pervenute all'amministrazione regionale, oltre alla proposta di Trenitalia S.p.A., anche le manifestazioni di interesse di ARRIVA ITALIA RAIL s.r.l. (in data 13 gennaio 2016) e di AW RAIL s.r.l. (in data 2 novembre 2016).

4. Con la determinazione dirigenziale del 17 luglio 2017, sopra richiamata, la Regione Sardegna – sul presupposto che il contratto di servizio scaturito dalla negoziazione con Trenitalia fosse conforme agli obiettivi che la Regione si è data – ha affidato il servizio a Trenitalia, senza procedere all'apertura di una fase procedimentale che comportasse un confronto competitivo con offerte provenienti dagli operatori economici che avevano manifestato interesse, e segnatamente senza accogliere la sollecitazione in tal senso espressa dalla ARRIVA ITALIA RAIL s.r.l., che con lettera del 27 marzo 2017 aveva chiesto *“l'indicazione da parte della Regione di un quadro formale entro cui [svolgere] il confronto competitivo”* (così, testualmente, nella motivazione della determinazione dirigenziale citata, doc. 3 di parte ricorrente).

5. Avverso i provvedimenti impugnati, l'Autorità deduce due motivi di ricorso, incentrati sulla illegittimità dell'affidamento diretto del servizio di trasporto ferroviario regionale, per il contrasto con l'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007. In particolare, l'Autorità ritiene che la norma del regolamento comunitario (art. 5, paragrafo 6) che consente l'affidamento diretto del servizio in questione nulla dice circa le modalità procedurali che l'autorità competente deve seguire per disporre l'affidamento, che debbono essere ispirate al rispetto dei principi generali di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, posti a fondamento del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, di cui sono applicazione le disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007 di cui all'art. 7, paragrafi 2 e 4.

6. Ad avviso dell'Autorità ricorrente, inoltre, le disposizioni da ultimo richiamate

debbono essere interpretate alla luce alla luce dei “Considerando” 29 e 30 del regolamento. Ciò dovrebbe autorizzare una interpretazione della disciplina europea sull’affidamento diretto del servizio di cui trattasi, nel senso che la pubblicazione dell’avviso di pre-informazione con largo anticipo rispetto al momento dell’aggiudicazione (art. 7, paragrafo 2, del regolamento CE) ha lo scopo di consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di predisporre una proposta da presentare nell’ambito della procedura di affidamento diretto [in tal senso l’Autorità invoca anche la Comunicazione della Commissione europea 2014/C92/01, sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) 1370/2007, pubblicata sulla G.U.U.E. del 29 marzo 2014].

7. Ne deriva ulteriormente che gli obblighi informativi della Regione Sardegna, quale autorità competente nel caso di specie, ai sensi dell’art. 7, paragrafo 2, del citato regolamento (CE), avrebbero dovuto comprendere anche la richiesta al soggetto che da sempre svolge il servizio di trasporto (c.d. incumbent, nel caso: Trenitalia S.p.A.), di tutti quei dati in suo possesso relativi ai livelli di domanda, entità del personale, materiale rotabile e altro, al fine di metterli a disposizione dei soggetti potenziali interessati all’affidamento del servizio in questione.

8. Si è costituita in giudizio la Regione Sardegna, la quale – rammentato che il regolamento (CE) n. 1370/2007 consente l’affidamento diretto del servizio pubblico di trasporto per ferrovia (art. 5, par. 6) – obietta che la tesi dell’Autorità porterebbe a una disapplicazione della norma sull’affidamento diretto, configurando una vera e propria procedura di gara competitiva. Anche in relazione agli obblighi informativi, premesso che l’amministrazione regionale ha rispettato quanto previsto dall’art. 7 del regolamento (CE) n. 1370/2007, l’ulteriore documentazione richiesta da Arriva Italia Rail s.r.l. attiene a un complesso di informazioni di dettaglio che si riscontra nelle sole procedure di gara, ma non nelle procedure di affidamento diretto.

9. Si è costituita in giudizio anche Trenitalia S.p.A., che ribadisce la correttezza dell'operato della Regione Sardegna, sia sotto il profilo della legittimità dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 5, par. 6, del regolamento (CE) n. 1370/2007, sia per il rispetto degli obblighi informativi e di motivazione.

10. All'udienza pubblica del 4 luglio 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

11. Alla luce delle questioni sollevate dall'Autorità, il Collegio ritiene di dover sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'U.E., l'interpretazione delle citate disposizioni del regolamento comunitario n. 1370/2007, nei termini che saranno chiariti in proseguo.

12. Va osservato preliminarmente che, data la loro stretta connessione, entrambi i motivi di ricorso sono rilevanti, nel senso che l'eventuale accoglimento anche di una sola delle censure prospettate consentirebbe di definire la controversia con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

13. - Le disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione Europea.

Per la soluzione del caso di specie assumono rilevanza diverse disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007.

In primo luogo, l'art. 5, paragrafo 6, del menzionato regolamento, che prevede:

«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. In deroga all'articolo 4, paragrafo 3, la durata di tali contratti non è superiore a dieci anni, salvo nei casi in cui si applica l'articolo 4, paragrafo 4.».

Rilevano, inoltre, le disposizioni di cui all'articolo 7, paragrafi 2 e 4, secondo le quali:

«Ciascuna autorità competente prende 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.

Le autorità competenti possono decidere di non pubblicare queste informazioni qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50 000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri.

Qualora dette informazioni cambino successivamente alla loro pubblicazione, l'autorità competente pubblica di conseguenza una rettifica al più presto. Tale rettifica non pregiudica la data di avvio dell'aggiudicazione diretta o del bando di gara.

Il presente paragrafo non si applica all'articolo 5, paragrafo 5.» (art. 7, par. 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007).

Il paragrafo 4 dell'articolo 7 cit. stabilisce che:

«Quando è richiesto da una parte interessata l'autorità competente le trasmette la motivazione della sua decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico».

Infine, debbono essere richiamati anche il considerando 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 30 (*«I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza»*) del regolamento (CE) n. 1370/2007.

14. Le disposizioni del diritto nazionale.

Nell'ambito del diritto nazionale, è rilevante la disposizione di cui all'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, secondo cui *«Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla*

disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422.».

Inoltre, deve essere considerato quanto previsto dall'art. 17, comma 1, lett. i), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 («Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»), secondo cui «*Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi [...] concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana; [...]*»; nonché, dall'art. 4 del medesimo codice dei contratti pubblici: «*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*».

15. Conclusioni.

Il dubbio che giustifica la rimessione della questione pregiudiziale riguarda la possibilità di un'interpretazione dell'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007, conforme ai principi del Trattato in tema di concorrenza, non discriminazione, trasparenza, attribuendo alle predette disposizioni del regolamento 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. Come anticipato, la risposta della Corte di Giustizia è decisiva per la risoluzione della controversia, incentrata sulla portata normativa delle disposizioni del regolamento (CE) più volte richiamate.

16. Formulazione delle questioni pregiudiziali.

Tutto ciò premesso, il T.A.R. per la Sardegna formula i seguenti quesiti:

“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”.

“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”.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, così dispone:

- 1) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea;
- 2) sospende il presente giudizio fino alla definizione della questione pregiudiziale;

3) ordina alla Segreteria che provveda alla trasmissione della presente ordinanza alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, insieme alla copia dei seguenti atti del fascicolo di causa;

- ricorso introduttivo;

- memorie di costituzione e difensive di parte resistente e della controinteressata;

- copia dei provvedimenti impugnati.

4) Riserva la decisione definitiva di ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e sulle spese.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO