

2° L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TPL: L'ITER PER LE GARE

Il quadro normativo e regolamentare di settore



scuola
di formazione / federMobilità

Avv. Bruno Bitetti



ISFORT si avvale della collaborazione di



Con il patrocinio di



Roma – GG/MM/2020



Indice di trattazione

A. Il Regolamento n. 1370/2007:

- 1) Ambito di applicazione
- 2) Principali ambiti di intervento
- 3) Norme sugli affidamenti
- 4) Regime transitorio

B. Norme nazionali sugli affidamenti

C. Attività di propedeutiche nella legislazione SIEG

D. Attività propedeutiche nella legislazione di settore

E. Avviso di preinformazione

Il Reg. CE n. 1370/2007

- Il reg. n. 1370/2007 per sua natura è **direttamente applicabile** nel nostro ordinamento;
- Ambito di applicazione: si applica ai servizi di nazionali ed internazionali “*di trasporto di passeggeri per ferrovia ed altri modi di trasporto su rotaia e su strada*” (art. 1).
- Sulle modalità di affidamento: l’art. 5 Reg. n. 1370/2007 trova applicazione se i contratti di servizio di trasporto su strada assumono **la forma della concessione**, mentre viene applicato il Codice dei contratti se tali contratti assumono la forma dell’appalto (cfr. CGUE 26 settembre 2016, C- 292/15).

LIMITAZIONE E PRECISAZIONE DEL DOPPIO REGIME REGOLATORIO :

- Il doppio regime è riferibile soltanto all’affidamento di servizi a mezzo bus/tram/metro;
- Il criterio distintivo è rinvenibile nella definizione di “concessione” contenuta nelle direttive
- Differenza appalto/concessione:
- A. argomento storico: nella concessione **rapporto trilatero** tra ente affidante, impresa e utenza – **rischio economico e remunerazione dall’utenza (tariffe) e in parte compensazioni**;
- B. argomento normativo: nell’appalto il servizio è erogato nei confronti dell’ente, **non vi è traslazione rischio ovvero è trascurabile economicamente**

Definizione di concessione e rischio operativo

- **Concessione di servizi** : contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni affidano la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo
- **Trasferimento al concessionario di un rischio operativo** legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente **un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi**. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia **garantito** il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario ***non sia puramente nominale o trascurabile***

Il Reg. CE n. 1370/2007

L'oggetto principale

- Obblighi di servizio pubblico
- Attribuzione di diritti di esclusiva
- Modalità di determinazione delle compensazioni degli OSP
- Compatibilità con la disciplina degli Aiuti di Stato

Considerando n. 5 : *occorre che le autorità competenti abbiano la possibilità di intervenire per garantire la prestazione di tali servizi (diritti di esclusiva e compensazioni finanziarie).*

Fondamento della deroga alla disciplina degli Aiuti di Stato.

Il Reg. CE n. 1370/2007:Art. 3-4

A quali condizioni sussiste la deroga alla disciplina degli aiuti di stato?

Obblighi di definizione del contratto di servizio: In caso di attribuzione di diritti di esclusiva e/o di compensazione di obblighi di servizio pubblico

Contenuti minimi del contratto:

- definizione e descrizione degli obblighi di servizio
- natura e portata di diritti di esclusiva
- Parametri obiettivi e trasparenti di calcolo compensazione

Principi in materia di affidamenti

- **Proprietà delle aziende:** principio di neutralità considerando n. 12
- **Potere di autodeterminazione delle autorità competenti:** considerando n. 18

Le modalità di affidamento del Reg. n. 1370/2007

- **Affidamento in house** (art. 5, par. 2): salvo che non sia vietato dalla legislazione nazionale (v. art. 61 l. n. 99/2009) le autorità competenti (sia singole che in qualità di gruppo di autorità) possono procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture.
- **Affidamento a terzi soggetti con gara equa**, aperta a tutti gli operatori e che rispetti i principi di trasparenza e non discriminazione (par. 3, art. 5);

Segue: Le modalità di affidamento del Reg. n. 1370/2007

- **Affidamento diretto casi eccezionali** (art. 5, par. 3-bis):

A meno che non sia vietato dal legislatore nazionale, relativamente ai contratti per i servizi **ferroviari**, è possibile aggiudicare direttamente, per un periodo limitato (non superiore a 5 anni) e per una sola volta, nuovi contratti laddove ciò sia giustificato da circostanze eccezionali che includono situazioni in cui:

1. Ci sono gare pubbliche che potrebbero influenzare il numero e la qualità delle offerte;
2. Sono necessarie modifiche dell'ambito di applicazione di uno o più contratti di servizio per ottimizzare la prestazione dei servizi.

- **Affidamento diretto sottosoglia in tre casi** (art. 5, par 4):

1. se il contratto di servizio ha un valore medio annuo stimato inferiore a 1.000.000,00 di euro o che riguarda la fornitura di servizi a favore dei passeggeri inferiore a 300.000 km annui;
2. Nel caso di contratti che includono servizi di trasporto pubblico ferroviario, se il contratto di servizio ha un valore medio annuo stimato inferiore a 7.500.000,00 euro o che riguarda la fornitura di servizi a favore dei passeggeri inferiore a 500.000 km annui;
3. Se il contratto è aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che opera con non più di 23 veicoli le soglie dette possono essere aumentate fino a 2.000.000,00 di euro o fino a 600.000 km annui;

Segue: Le modalità di affidamento del Reg. n. 1370/2007

- **Affidamento diretto servizi ferroviari** (art. 5, par. 4-bis) non superiore a 10 anni giustificato da:
 1. Caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati;
 2. Miglioramento qualità servizi o efficienza;
- **Affidamento diretto servizi ferroviari** (art. 5, par. 4-ter) non superiore a 10 anni ad un operatore che gestisce tutta o gran parte dell'infrastruttura ferroviaria su cui i servizi sono prestati (per le **cd. reti isolate**)
- **Affidamento diretto in caso di emergenza** (art. 5, par. 5): in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione per una durata non superiore a due anni. I provvedimenti assumono natura di aggiudicazione diretta oppure di una proroga consensuale o di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici;
- **Affidamento diretto servizi ferroviari** (art. 5, par. 6): a meno che non sia vietato dalle autorità nazionali – affidamento diretto non superiore a 10 anni; tale modalità resterà in vigore fino al 24.12.2023 (Reg. 2338/2016)

Il regime transitorio

- All'articolo 8, par. 2, del Regolamento, il legislatore comunitario ha introdotto un **regime transitorio** per conformarsi gradualmente alle prescrizioni sulle modalità di affidamento dei servizi previste all'articolo 5.
- Segnatamente, la disposizione stabilisce, da un lato, che l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma al dettato di cui all'art. 5 **a decorrere dal 3 dicembre 2019** e, dall'altro, che durante tale periodo transitorio gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente alle modalità d'affidamento dei servizi di cui all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto.

Segue: Il regime transitorio

- **la Corte di Giustizia** ha chiarito che “*dalla chiara formulazione dell’articolo 8, paragrafo 2, primo comma, del regolamento n. 1370/2007 emerge che questa disposizione (...) stabilisce un periodo transitorio di dieci anni, che inizia a decorrere dalla data di entrata in vigore di tale regolamento fino al 2 dicembre 2019, nel corso del quale le autorità competenti degli Stati membri, quando procedono all’aggiudicazione di un contratto di concessione di servizi pubblici di trasporto su strada, non sono ancora tenute a conformarsi all’articolo 5 di detto regolamento*”., concludendo che “*una decisione di aggiudicazione definitiva può essere adottata da un’autorità competente, nel corso di tale periodo transitorio, senza dover rispettare le norme di cui all’articolo 5 del regolamento n. 1370/2007*”. (CGUE, sentenza del 21 marzo 2019 resa nelle cause riunite C-350/17 e C-351/17)

Segue: Il regime transitorio

- Ancora, nella successiva ordinanza del 12 giugno 2019 la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di una controversia relativa alla conclusione da parte della Regione Molise *“di un contratto di servizio pubblico di trasporto mediante aggiudicazione diretta e non mediante una procedura di gara, modificando il contratto di trasporto iniziale concluso con tale società”*:

La Corte, richiamando proprio i principi già espressi nella richiamata sentenza del 21 marzo 2019, ha statuito che **“una decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico può essere adottata da un'autorità competente, nel corso di tale periodo transitorio, senza dover rispettare le norme di cui all'articolo 5 del regolamento n. 1370/2007”**

L'art. 61 l. n. 99/2009 e art. 4-*bis* d.l. n. 78/2009 sull'*in house*

- All'art. 61 della L. 99/2009 il legislatore interno ha chiarito la portata applicativa del Regolamento, **“recepando” le modalità di affidamento in esso previste** e consentendo, quindi, alle autorità competenti di avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, del regolamento (CE) n. 1370/2007 .
- Art. 4-*bis* d.l. n. 78/2009: nel caso di affidamento *in house*, il legislatore interno ha previsto l'obbligo contestuale di **affidamento con gara di almeno il 10% dei servizi a soggetto diverso da quello sul quale si esercita il controllo analogo.**

Le attività propedeutiche: la disciplina generale dei SIEG

- - L'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 prevede che a tutela della concorrenza le Regioni e le province autonome *“organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti e dei bacini territoriali ottimali ed omogenei [...] La dimensione degli ambiti territoriali deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale”*.
- Le funzioni di organizzazione e dei s.p.l. a rilevanza economica e di affidamento sono esercitate unicamente dagli **enti di governo** (comma 1-bis modificato dalla legge di stabilità del 2015). Tale scelta risulta confermata dall'art. 48 del D.L. 50/2017 che tuttavia costituisce una normativa a carattere speciale nel settore TPL.
- L'art. 34 del d.l. n. 179/2012 prevede che per assicurare il rispetto della disciplina europea e la parità degli operatori ecc. *“l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di **apposita relazione**”* da pubblicare sul sito dell'ente affidante che deve dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti per la forma di affidamento prescelta.

Segue: Le attività propedeutiche

Nella relazione gli enti di Governo devono (art. 3-*bis* modificato):

- dare conto della **forma di affidamento prescelta**;
 - motivare le ragioni della scelta con riferimento agli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità ecc..
 - dare conto della natura e tipologia degli **obblighi di servizio** e delle relative compensazioni
-
- La Relazione deve comprendere anche un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi e dei relativi finanziamenti.
 - Il PEF deve essere asseverato da un istituto di credito.

Segue: le attività propedeutiche nella disciplina di settore

- Da ultimo, deve darsi atto delle novità introdotte in materia dal D.L. 50/2017.
- Segnatamente, all'art. 27 era stato introdotto un meccanismo di **penalizzazione nell'accesso alle risorse** del fondo nazionale per il finanziamento del trasporto pubblico per quelle amministrazioni che non mettono a gara i servizi di trasporto pubblico. Nel dettaglio, è prevista una *«riduzione in ciascun anno delle risorse del Fondo da trasferire alle regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara»*.
- **Modifica decreto fiscale:** La riduzione si applica a decorrere dall'anno 2021; in ogni caso non si applica ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento 1370/2007, e alle disposizioni normative nazionali vigenti.
- La medesima disposizione introduce, al contempo, degli specifici obblighi in tema di **contenuto dei contratti di servizio** stipulati successivamente al 31 dicembre 2017:
 - 1) divieto utilizzo mezzi Euro 0 ed Euro 1;
 - 2) obbligo dotazioni di sistemi di conteggio passeggeri e di sistemi satellitari di monitoraggio del servizio;
 - 3) impiego di risorse in materiale rotabile e in investimenti in nuove tecnologie non inferiore al 10% del corrispettivo contrattuale

Segue: le attività propedeutiche nella disciplina di settore

L'art. 48 detta una disciplina relativa ai **bacini di mobilità** e agli enti di governo, che supera, parzialmente, quella dettata in materia dal cit. art. 3-bis.

Ai sensi dell'art. 48 i bacini di mobilità:

- Vengono determinati dalle Regioni, sentite le città metropolitane, gli altri enti di area vasta e i comuni capoluogo di Provincia, **sulla base di analisi della domanda** che tengano conto delle caratteristiche socio-economiche, demografiche e comportamentali dell'utenza potenziale, della struttura orografica, del livello di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento.
- Comprendono **un'utenza minima di 350.000 abitanti** ovvero inferiore solo se coincidenti con il territorio di enti di area vasta o di città metropolitane.
- Agli enti di governo dei bacini possono essere conferite in uso le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti pubblici associati. In tal caso gli enti di governo costituiscono società interamente possedute dagli enti conferenti, che possono affidare anche la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali. Al capitale di tali società non è ammessa la partecipazione, neanche parziale o indiretta, di soggetti privati.

Segue: le attività propedeutiche nella disciplina di settore

- Gli enti affidanti, con l'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione alle medesime, **articolano i bacini di mobilità in più lotti**, oggetto di procedure di gara e di contratti di servizio, tenuto conto delle caratteristiche della domanda e salvo eccezioni motivate da economie di scala proprie di ciascuna modalità e da altre ragioni di efficienza economica, nonché relative alla specificità territoriale dell'area;
- nelle more della definizione dei bacini di mobilità e dei relativi enti di governo, **gli enti locali devono comunque procedere al nuovo affidamento** nel rispetto della vigente normativa.

Le attività propedeutiche: Avviso di preinformazione

- L'art. 7, c. 2 del Reg. (CE)1370/2007 disciplina un onere di pubblicità, prevedendo l'obbligo per l'autorità competente di pubblicare almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o dell'aggiudicazione diretta **l'avviso di pre informazione.** (vedi [CGUE 20 settembre 2018, C-518/17](#))
- L'avviso deve contenere le seguenti informazioni:
 - a) nome e indirizzo dell'autorità competente;
 - b) tipo di aggiudicazione previsto;
 - c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione;
 - d) avvio previsto e durata dell'affidamento.

Segue: Avviso di preinformazione

La **Corte di Giustizia** chiamata a pronunciarsi in diversi casi sull'interpretazione dell'art. 7 del Regolamento:

-Obbligatorietà della pubblicazione sia in caso di contratti di appalto che di concessione e diversa valenza e significato dell'avviso in caso di procedure di gara e di affidamento diretto (CGUE, Sez. IX, C-518/17 del 20 settembre 2018);

-Nessun obbligo, per gli affidamenti diretti ferroviari, di attivare procedure comparative in caso di manifestazioni di interesse (CGUE, Sez. X, C-515/18 del 24 ottobre 2019).

Grazie per l'attenzione