

# **La Segnalazione di AGCM, ART e ANAC sugli affidamenti dei servizi di trasporto ferroviario regionale: luci, ombre e prospettive<sup>1</sup>**

Mario Sebastiani<sup>2</sup>

## **1.- Introduzione**

La Segnalazione delinea un filo logico all'interno di una disciplina nazionale e comunitaria, entrambe intricate, contrassegnate da ambiguità, talvolta da contraddizioni e, di fondo, da un certo cerchiobottismo: insomma, almeno non lineari. E' un'interpretazione sistematica, nel senso che mette a sistema discipline comunitarie e nazionali ricavandone un'interpretazione sostanziale.

E' da pensare che lo spunto che l'ha originata sia la preoccupazione per i rischi di pre-emption del mercato che emergono da procedure, già definite o in essere, consistenti in anticipate risoluzioni di contratti di servizio finalizzate a nuovi affidamenti diretti con orizzonte fino al 2032<sup>3</sup> e a ricorsi di altri operatori contro la prassi di concretizzare l'istituto dell'affidamento diretto di servizi ferroviari in una scelta vincolata a favore del gestore uscente. Legittimo sospettare che questo attivismo sia anche dovuto al Regolamento 2338/16, che a partire dal 25 dicembre 2023 limita a situazioni specifiche l'opzione dell'affidamento diretto ex art. 5, par. 6, del Regolamento 1370/07, ma che al tempo stesso riconosce un "periodo di grazia" di dieci anni per gli affidamenti diretti concessi fino alla immediata vigilia della sua entrata in vigore. Di qui il rischio di congelarne l'applicazione fino al 2033.

In questo quadro evolutivo la Segnalazione è forse un po' tardiva poiché l'avviarsi della dinamica indicata era prevedibile almeno dal 2016 e meglio sarebbe stato se fosse uscita prima che la massima parte delle Regioni non inaspettatamente maturassero l'orientamento della scelta "secca" di uno specifico contraente.

Da aggiungere che la Segnalazione ha per oggetto diretto i servizi di trasporto regionale ma che la sua portata si estende indirettamente agli affidamenti diretti in generale e dunque anche all'in house providing.

La Segnalazione prefigura un doppio step decisionale e di motivazione:

- a) la giustificazione del ricorso all'affidamento diretto vs. gara;
- b) successivamente, la giustificazione della scelta diretta del contraente in presenza di più operatori interessati.

---

<sup>1</sup> Relazione presentata al Seminario organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dalla Società italiana di politica dei trasporti, "La Segnalazione congiunta di AHCM, ART e ANAC sugli affidamenti del trasporto ferroviario regionale", AGCM 23 gennaio 2018 ([www.sipotra.it](http://www.sipotra.it)).

<sup>2</sup> Università di Roma 'Tor Vergata'

<sup>3</sup> Al momento sembrano in via di rinnovo diretto tre contratti di servizio scadenti nel 2017 e dodici con scadenze più lontane (per lo più nel 2023); nella massima parte dei casi la durata prevista è fino al 2032.

Tradotta in breve, la posizione delle tre Authorities è che l'avviso di pre-informazione ex art. 7.3 del Regolamento 1370/07 (così come le informazioni che debbono essere con esso fornite) non è “*un mero atto di pubblicità fine a se stesso*” ma una sollecitazione di interesse agli operatori a partecipare alla procedura.

La sua logica è che se l'affidamento del servizio deve rispondere a obiettivi e principi indicati dalle norme nazionali e comunitarie (trasparenza, efficienza, parità di trattamento, proporzionalità delle restrizioni alla concorrenza e quant'altro – insomma l'interesse generale) le valutazioni non possono limitarsi e mettere a confronto astratti modelli procedurali ma debbono tradursi in valutazioni comparative fra proposte avanzate da operatori; solo così quei principi e criteri possono avere concreta attuazione. Da cui segue che la suddivisione nei due steps indicati prima è di tipo logico e non cronologico, posto che (salvo casi marginali) la convenienza di ricorrere all'affidamento diretto la si può misurare solo sulla base delle concrete condizioni contrattuali che si andrebbero a riconoscere a uno specifico e già individuato affidatario, confrontate con quelle di altri offerenti.

Culturalmente la tesi espressa incontra la mia simpatia, per la sua portata pro-concorrenziale e (tanto più da economista) per il suo approccio sostanziale, come viene da essa stessa riconosciuto (forse anche in via cautelativa); infine perché si occupa di una materia piuttosto trascurata da norme e sentenze che si focalizzano su come rendere contendibili le gare dimenticando che sul trasporto pubblico di gare ce ne sono pochine; oppure che si concentrano sulla convenienza di ricorrere all'in house providing, trascurando la fattispecie affrontata dalla Segnalazione.

In sostanza, nel cercare di colmare ambiguità e vuoti normativi delineando in file rouge fra le norme che ci sono, la Segnalazione esprime un orientamento che ha a mio avviso una logica ineccepibile e che “tiene” a una lettura coordinata delle norme e dei principi generali che queste perseguono. Fragile appare invece di fonte a una lettura letterale della specifica disciplina, ciò che fa sì che la sua interpretazione possa essere controvertibile e di difficile enforcement.

In quanto segue si affrontano le questioni sotto più profili: quello interpretativo delle norme, quello dell'opportunità e infine (a valle di quest'ultimo) quelli della gradualità e della possibilità di cercare vie alternative o complementari per raggiungere finalità che rientrano nello spirito della Segnalazione.

## 2.- La disciplina

### 2.1.- La normativa comunitaria

L'architettura su cui poggia la Segnalazione è che l'istituto della gara e quello dell'affidamento diretto sono sì diverse ma non sono contrapposte; al contrario, sarebbero conciliabili, "combinabili" se si interpreta in modo estensivo e flessibile la nozione di gara (di qui il ricorso cui la Segnalazione fa al termine di "*confronto competitivo*").

Tuttavia l'art. 5.3 il Regolamento 1370/07 sembra formalmente optare per la contrapposizione allorché impone l'obbligo di gara "*ad esclusione dei casi contemplati nei paragrafi 4, 5 e 6*", quest'ultimo concernente gli affidamenti diretti di servizi ferroviari; un'esclusione che discende dalla definizione stessa dell'aggiudicazione diretta come "*l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara*" (art. 2, lettera h).

Inoltre il regolamento non pone vincoli alla facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio ferroviario, se non limitandone la durata massima (par. 5.6), richiedendo "*maggiore trasparenza*" (considerando 30) e di rendere pubblica una serie di informazioni con almeno un anno di anticipo (par. 7.3) finalizzate a "*consentire ai potenziali operatori del servizio di attivarsi*" (considerando 29 – enfasi aggiunta). "Attivarsi" è però un termine quantomeno vago: come attivarsi? Attivarsi per partecipare alla procedura di selezione? Attivarsi per eventualmente contestare il ricorso alla procedura stessa? E su quali basi posto che il paragrafo 6 dell'art. 5 del Regolamento non impone vincoli? O forse solo attivarsi per richiedere (a questo punto sterili) chiarimenti?

Se però si va al contenuto degli obblighi informativi previsti dal par. 7.3 del regolamento, questi sembrano prefigurarsi come una vera e propria informazione al mercato, dove i destinatari non sono solo gli utenti e i contribuenti ma anche i potenziali interessati a svolgere i servizi; altrimenti, perché indicare, fra gli altri, la durata del contratto di servizio e le condizioni relative ai beni essenziali<sup>5</sup> (a chi essenziali?). Certo, questa previsione può avere finalità più limitata, quella di obbligare le amministrazioni concedenti a effettuare analisi di mercato prima di procedere

---

<sup>5</sup> "3. In caso di un'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia di cui all'articolo 5, paragrafo 6, l'autorità competente rende pubbliche le seguenti informazioni entro un anno dalla concessione dell'aggiudicazione:

- a) nome dell'ente aggiudicatore, suo assetto proprietario e, ove opportuno, nome della parte o delle parti che esercitano il controllo legale;
- b) durata del contratto di servizio pubblico;
- c) descrizione dei servizi di trasporto di passeggeri da effettuare;
- d) descrizione dei parametri per la compensazione finanziaria;
- e) obiettivi di qualità, come puntualità e affidabilità, e premi e penalità applicabili;
- f) condizioni relative a beni essenziali.

4. 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".

all'affidamento, verificando se sulla carta potrebbero esservi potenziali interessati meritevoli di essere attentamente considerati. Manca però il “seguito”: come regolarsi se l'accertamento desse risultati positivi?

Insomma, pur nella sua chiarezza formale il regolamento vigente non è libero da contraddizioni. E' probabile che a questo intendesse porre rimedio la Comunicazione 2014/C 92/01 della Commissione, interpretativa del regolamento. Infatti la risposta della Segnalazione si basa sull'interpretazione che la Commissione offre del considerando n. 29 del regolamento: nel testo della Comunicazione : “[...] *secondo il quale si deve rendere nota l'intenzione di aggiudicare un appalto e permettere ai potenziali operatori di servizio pubblico di parteciparvi*”<sup>6</sup> (enfasi aggiunta). Di qui la conclusione secondo cui “*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*” (p. 5, enfasi aggiunta).

Va da sé che fra “attivarsi” e “partecipare” corre una differenza notevole, anche se la seconda accezione potrebbe essere contestata se interpretata nel senso indicato dalla Segnalazione<sup>7</sup>.

In definitiva la Segnalazione propone un'interpretazione dell'interpretazione del regolamento, il quale ovviamente prevale sulla comunicazione.

## 2.2.- *La normativa nazionale*

Poco male, potremmo consolarci, se la normativa comunitaria di settore non aiuta, posto che lascia comunque impregiudicata la facoltà degli Stati membri di introdurre misure più proconcorrenziali (di qui l'incipit ricorrente “*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*”). Bisogna quindi venire alla normativa nazionale,.

La Segnalazione richiama due norme: il c. 20 dell'art. 34 del d.l. 179/2012 e l'art. 4 del d.lgs. 50/2016.

---

<sup>6</sup> “L'articolo 7, paragrafo 4, stabilisce che un'autorità competente, su richiesta di una parte interessata, è tenuta a comunicare i motivi dell'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico. Il considerando 30 recita che «i contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza». Tale disposizione va letta in combinazione al considerando 29, secondo il quale si deve rendere nota l'intenzione di aggiudicare un appalto e permettere ai potenziali operatori di servizio pubblico di parteciparvi. Un'autorità competente deve comunicare la propria intenzione di aggiudicare direttamente un contratto almeno con un anno di anticipo, poiché l'informazione deve essere pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea [articolo 7, paragrafo 2, in particolare la lettera b)]. In questo modo le parti interessate hanno la possibilità di formulare domande molto tempo prima dell'aggiudicazione dell'appalto, che sarà non prima di un anno più tardi. Al fine di garantire una protezione giuridica efficace, è necessario che le informazioni richieste a norma dell'articolo 7, paragrafo 4, siano fornite senza indebiti ritardi” Paragrafo 2.3.3).

<sup>7</sup> Peraltro, immediatamente dopo il “balzo in avanti” la stessa Comunicazione torna all'antico vizio del pendolo specificando che “In questo modo le parti interessate hanno la possibilità di formulare domande molto tempo prima dell'aggiudicazione” (enfasi aggiunta). Con il che si ripropongono le domande prima menzionate.

La prima riguarda i servizi pubblici locali (dunque anche il trasporto ferroviario di interesse regionale) e stabilisce che la forma prescelta per l'affidamento va motivata illustrando *“le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario”*, dove le “ragioni” sono *“la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività”*<sup>9</sup>. Da cui la Segnalazione ricava che *“la motivazione della scelta dell'affidamento diretto in luogo della gara non esauriscono gli obblighi gravanti in capo agli enti affidanti; su di essi, infatti, grava anche l'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”* (p. 3). La norma citata però, almeno letteralmente, impone di motivare la scelta della forma di affidamento; certo, è ragionevole argomentare che per dare sostanza alla forma, per rispettare i criteri indicati, sarebbe necessario che quest'ultima sia prodromica alla concreta scelta del contraente.

L'altra norma è l'art. 4 del d.lgs. 50/2016, che stabilisce i criteri a cui improntare la materia (*“economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità [...]”*) e fa più ampiamente riferimento all' *“affidamento dei contratti pubblici”*<sup>13</sup>, implicitamente suggerendo che lo scopo finale sia la scelta del contraente (come garantire altrimenti la parità di trattamento?).

Nota Adriana Vigneri<sup>15</sup> che *“il nostro ordinamento non conosce (o quasi) l'affidamento diretto che deriva dal Regolamento comunitario 1370 [mentre] ha fatto molti passi verso il metodo della concorrenza nel caso degli affidamenti ad operatori interni (c.d. in house), fino a rendere obbligatorio un confronto comparativo tra più offerte [cosicché] l'in house ne esce stravolto”*<sup>16</sup>. Tuttavia, aggiunge, questa “trasformazione”

---

<sup>9</sup> Nello stesso senso il comma 1-bis dell'art. 3-bis del d.l. 138/2011: *“Gli enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221<sup>9</sup>, e le loro deliberazioni sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali. Nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio”*. Questa norma non è menzionata nella Segnalazione ma sembra doversi estendere anche al trasporto ferroviario, posto che enti di governo possono essere non solo Comuni e città metropolitane (dunque servizi pubblici locali in senso stretto) ma le Regioni stesse a seconda della dimensione dei bacini territoriali.

<sup>13</sup> *“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”*.

<sup>15</sup> A. Vigneri, *La Segnalazione congiunta*, presentazione al Seminario organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dalla Società italiana di politica dei trasporti, “La Segnalazione congiunta di AHCM, ART e ANAC sugli affidamenti del trasporto ferroviario regionale”, AGCM 23 gennaio 2018 (<http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/01/Adriana-Vigneri.pdf>).

<sup>16</sup> La tesi di Vigneri sull'evoluzione della disciplina nazionale sull'in house fa perno sull'art. 192 del d.lgs. 50/2016, il quale stabilisce che *“Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”* (c. 2, enfasi aggiunta).

dell'in house non è stata travasata nell'affidamento diretto dei servizi ferroviari, terreno del tutto trascurato nel nostro ordinamento.

A questo riguardo occorre distinguere fra le due affermazioni di Vigneri. Quanto alla prima, è vero che nel nostro ordinamento non vi è una disciplina ad hoc per gli affidamenti ferroviari diretti; questo però non vuol dire che non siano normati affatto: tanto è vero che le norme citate sopra si riferiscono indifferentemente agli affidamenti di servizi di interesse economico generale – evidentemente con particolare attenzione per quelli diretti – indipendentemente dall'oggetto dei servizi. Ne segue che quelle norme dovrebbero applicarsi anche al caso di specie.

Da concordare invece con la seconda affermazione, l'evoluzione della disciplina nazionale sull'in house, riguardo alla quale Vigneri richiama l'art. 192 del d.lgs. 50/2016. Questo stabilisce che *“Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”* (c. 2, enfasi aggiunta).

Ribadito che l'oggetto è qui l'istituto dell'in house, non è chiaro cosa intenda la norma con *“servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza”*, se debba trattarsi di servizi già offerti in regime di concorrenza nel mercato, oppure che potrebbero esserlo a seguito della rimozione di ostacoli regolamentari. Così come non è chiaro a quale forma di concorrenza (di *“ricorso al mercato”*) la norma faccia riferimento: se l'accertamento possa limitarsi a escludere la sola possibilità o convenienza che i servizi siano offerti in regime di concorrenza nel mercato, oppure – una volta esclusa questa via e optato per il riconoscimento di diritti di esclusiva – vada anche accertato se l'affidamento l'in house sia comparativamente più conveniente di quello a terzi (dunque la concorrenza per il mercato).

Due considerazioni riguardo alla norma menzionata. La prima è che la valutazione di congruità economica e il rispetto degli altri criteri indicati dovrebbe far propendere per il “pacchetto”, comprensivo di entrambi gli step di accertamento. La seconda è che è davvero paradossale che i vincoli di trasparenza e di concorrenza siano imposti solo all'istituto dell'in house, forma gestionale interna su cui è dubbio sia applicabile l'art. 106.2 del TFUE, e non anche agli affidamenti diretti a terzi che senza dubbio a questa disposizione sono soggetti. Su questo si torna poi.

---

Premesso che l'oggetto è qui all'istituto dell'in house, non è chiaro cosa intenda la norma con *“servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza”*, se debba trattarsi di servizi già offerti in regime di concorrenza nel mercato, oppure che potrebbero esserlo. Così come non è chiaro a quale forma di concorrenza (di *“ricorso al mercato”*) la norma faccia riferimento: se l'accertamento debba escludere preventivamente la sola possibilità o convenienza che i servizi siano offerti in regime di concorrenza nel mercato, oppure – una volta esclusa questa via e optato per il riconoscimento di diritti di esclusiva – accertare anche se l'in house sia comparativamente più conveniente di quello a terzi (dunque la concorrenza per il mercato). La valutazione di congruità economica e il rispetto degli altri criteri indicati farebbe propendere per il “pacchetto”.

Vi è da chiedersi a questo punto se il vuoto apparentemente lasciato, nel caso considerato dalla Segnalazione, dalle norme nazionali e comunitarie possa essere colmato dall'applicazione di principi generali in materia di concorrenza nei servizi di interesse economico generale, sì da far convergere il doppio binario argomentato prima.

Le Corti comunitarie hanno più volte ribadito che affinché una misura restrittiva della concorrenza possa beneficiare della deroga prevista dall'art. 106.2 del TFUE è necessario, fra le altre condizioni, accertare che le restrizioni causate dalla misura siano bilanciate da vantaggi per la collettività (ad esempio, in termini di qualità, continuità delle prestazioni, sostenibilità dei prezzi, costo minimo per la collettività) e che *non esistano misure alternative meno distorsive della concorrenza*<sup>17</sup>. Eventuali misure restrittive debbono essere comunque strettamente improntate al principio di proporzionalità richiamato dal par. 2 dell'art 106<sup>18</sup>.

Dal canto suo la Corte costituzionale ha dato una lettura forse addirittura estensiva di quella comunitaria, affermando che *“La normativa comunitaria ammette [la gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica] nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico (art. 106 Tfue)”* (sentenza 325/2010, (enfasi aggiunta)<sup>19,20</sup>.

Certo, quelli ora enunciati sono principi generali che, come argomentato da Adriana Vigneri nella già citata relazione, *“[...] operano laddove le norme specifiche non dispongono, riempiono i vuoti (che per questo sono vuoti apparenti), servono a risolvere le incertezze interpretative, non a contrastare le deroghe”*, cosicché *“se l'affidamento diretto è una deroga alla regola della gara [...] non è con il ricorso ai principi che si può superarlo”*.

---

<sup>17</sup> CGE, cause C-159/94 - EDF e GDF.

<sup>18</sup> Cfr. su questi temi M.Sebastiani, *Principi in materia di concorrenza criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, in (a cura di A.Vigneri e M.Sebastiani), “Società pubbliche e servizi pubblico locali”, Collana Astrid, Maggioli 2016. M.Sebastiani, *Prospettive di riforma del trasporto pubblico locale*, in S.I.Po.Tra, “Le politiche dei trasporti in Italia”, Maggioli 2017, cap. VII.

<sup>19</sup> Si veda anche la sentenza 199/20912. Non soltanto la Corte richiama qui la ricostruzione sistematica della sentenza 325/2010 ma successivamente promuove tutti gli interventi successivi del legislatore nazionale che incentivano il ricorso ad affidamenti con i metodi dell'evidenza pubblica e penalizzano il ricorso all'in house providing, plaudendo al metodo premiale anche sotto il profilo della sua compatibilità con le competenze regionali. Merita di essere citata in particolare la sentenza 200/2012 (relativa al d.l. 1/2012) in cui si legge che quell'intervento si colloca nel solco di un'evoluzione normativa diretta ad attuare *“il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale”*.

<sup>20</sup> Va precisato che con le citate sentenze la Corte costituzionale non fissa una norma interna ma offre la sua interpretazione della disciplina comunitaria a cui, con l'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, rinvia quella nazionale. Sotto il profilo nazionale che qui interessa, questa posizione della Corte andrebbe comunque considerata cogente in quanto fa propri principi comunitari che cogenti sono.

Non va però dimenticato che gli strumenti di enforcement di cui dispongono le Authorities firmatarie della Segnalazione consistono essenzialmente nell'impugnazione delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici davanti ai tribunali amministrativi. E' quindi alla giurisprudenza che si deve guardare (e sperare).

C'è da dire che l'interpretazione della Segnalazione sembra essere stata capovolta dal TAR prima ancora di essere pubblicata, con una lettura a mio avviso restrittiva e puramente letterale della normativa<sup>21</sup> - una lettura che non ha immediatamente riguardato l'applicazione dell'art. 21-bis. Vedremo come si esprimerà il Consiglio di Stato.

Di segno diverso invece pronunciamenti di quest'ultimo, seppure riferiti all'house providing. Così, come riportato dall'Autorità antitrust nel recente parere reso all'ATAC, il Consiglio di Stato ha stabilito che le amministrazioni concedenti debbono giustificare “[...] *non solo la sussistenza dei presupposti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio della buona amministrazione [...]*”<sup>22</sup>, dove evidentemente anche l'impresa in house viene considerata terza. Da rilevare che la sentenza si basa sul principio della buona amministrazione ex art. 97 della Costituzione, senza necessità di menzionare (forse perché anche precedente la citata sentenza della Corte costituzionale) l'applicabilità dell'art. 106.2 del TFUE. Il che ulteriormente rafforza la tesi della Segnalazione.

Sempre il Consiglio di Stato ha stabilito che “[...] *la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente non è dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, ma anche nell'interesse primario costituito dalla tutela degli operatori, nel loro interesse ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato*”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Interpretazione esclusa dal TAR Liguria nella sentenza 612/2017 del 27.10.2017, p. 5: “[...] *l'avviso di preinformazione pubblicato dalla Regione Liguria (doc. 5 di parte ricorrente) non è affatto preordinato all'indizione di una procedura competitiva, bensì – all'opposto – all'affidamento diretto (cfr. la sezione II punto II.1.3) del servizio di trasporto pubblico ferroviario ligure per 15 anni dall'1.1.2018 a Trenitalia s.p.a., operatore specificamente individuato (cfr. la sezione V).*

*Stando così le cose, è evidente come - allo stato - l'interesse della ricorrente, quale impresa del settore interessata all'affidamento del servizio, sia concentrato unicamente sulla contestazione della modalità prescelta di “aggiudicazione diretta” del contratto di servizio di trasporto pubblico ferroviario, mentre, non sussistendo un confronto competitivo tra imprese potenzialmente interessate (ma anzi, essendo stato questo espressamente escluso dall'avviso di preinformazione in questione), l'avviso di preinformazione pubblicato dalla Regione Liguria (doc. 5 di parte ricorrente) non è affatto preordinato all'indizione di una procedura competitiva, bensì – all'opposto – all'affidamento diretto (cfr. la sezione II punto II.1.3) del servizio di trasporto pubblico ferroviario ligure per 15 anni dall'1.1.2018 a Trenitalia s.p.a., operatore specificamente individuato (cfr. la sezione V).*

*Stando così le cose, è evidente come - allo stato - l'interesse della ricorrente, quale impresa del settore interessata all'affidamento del servizio, sia concentrato unicamente sulla contestazione della modalità prescelta di “aggiudicazione diretta” del contratto di trasporto pubblico ferroviario, mentre, non sussistendo un confronto competitivo tra imprese potenzialmente interessate (ma anzi, essendo stato questo espressamente escluso dall'avviso di preinformazione in questione)”.*

<sup>22</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza dell'8.02.2011 n. 854.

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, sentenza 2291/2015 (enfasi aggiunta).

Vi è quindi da chiedersi se per analogia queste posizioni verranno estese, anche in sede di contenzioso, agli affidamenti diretti non in house. La “logica” porterebbe a rispondere di sì, anzi tanto più. Infatti si può discutere se l’in house sia da considerarsi in deroga all’art. 106.2 (come sancito dalla Corte costituzionale e, seppure non uniformemente dalla Corte di giustizia) e non, in quanto proxy della gestione diretta, solo in deroga al principio di sussidiarietà orizzontale, che non è cogente, tanto più nel caso specifico in forza dell’art. 14 del TFUE (“[...] *fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi*”). In altri termini, “fornire” (direttamente o indirettamente), anziché (potendo) rivolgersi al mercato è in primis “violazione” del principio di sussidiarietà; “far eseguire” a terzi non selezionati senza accertare il rispetto dell’art. 106.2 è una violazione delle regole di concorrenza.

### **3.- Conclusioni**

#### *3.1.- Le ragioni della Segnalazione e le barriere all’enforcement*

La tesi sostenuta nella Segnalazione poggia su di una logica forte: se l’affidamento del servizio deve rispondere a obiettivi e principi indicati dalle norme nazionali e comunitarie (trasparenza, efficienza, proporzionalità delle restrizioni alla concorrenza e quant’altro – insomma l’interesse generale) e dalla giurisprudenza, le valutazioni non possono limitarsi e mettere a confronto astratti modelli procedurali ma debbono tradursi in valutazioni comparative fra operatori; solo così principi e criteri possono avere concreta attuazione.

Vero è che norme e principi si sono finora esercitati soprattutto nell’in house providing ma sarebbe tanto più ragionevole (“logico”) che per analogia venissero applicate anche agli affidamenti diretti.

L’aspetto centrale su cui poggia la “sintesi” proposta dalla Segnalazione è che le due forme di affidamento (quello diretto e quello per gara) non sono contrapposte ma sono conciliabili. Certo, la via dell’affidamento diretto via “*confronto competitivo*” può apparire una contraddizione in termini e come si è visto non è espressamente normato.

Di qui le posizioni prevalentemente emerse nelle relazioni presentate al seminario da cui origina questo contributo che, pur critiche dell’istituto dell’affidamento diretto, allo stato della normativa lo considerano non conciliabile con la concorrenza per il mercato.

Nella sintesi operata da Vigneri<sup>25</sup>:

*“Possiamo considerare come sicuro punto di partenza che l’avviso di preinformazione emesso in un caso di affidamento diretto, con il contraente già individuato, serve anche a consentire ad altri operatori di proporsi.*

---

<sup>25</sup> Di pari tenore le conclusioni dell’intervento di Ginevra Bruzzone.

*A quel punto L'Autorità procedente ha due strade, non una soltanto:*

- a) può motivare il mantenimento del percorso dell'affidamento diretto; la natura e la qualità dei soggetti che si sono affacciati al procedimento non giustifica lo svolgimento di una gara;*
- b) può decidere di cambiare procedura, di fronte a manifestazioni di interesse diciamo così, «promettenti» ovvero che potrebbero essere più vantaggiose di quella già acquisita (l'incumbent o altra).*

*Un tale passaggio, non soltanto deve essere considerato lecito (sempre che sia adeguatamente motivato), ma è anche la sola via che rende coerente il sistema. In altri termini, occorre uscire dall'affidamento diretto, che il legislatore europeo ha previsto e non può quindi essere trasformato in altra procedura come fosse in sé illegittimo ovvero inammissibile. Vi saranno pur sempre casi, magari pochi, in cui può essere non solo legittimo ma anche opportuno.*

*Uscire dall'affidamento diretto richiede un nuovo inizio, un documento di gara che nell'affidamento diretto non c'è. E qui possono rientrare in campo gli artt. 62 e 64 del Codice dei contratti”.*

Sul punto a) vi è da obiettare che se l'analisi di mercato si riduce alla natura e alla qualità dei soggetti interessati difficilmente potrebbe giustificare l'affidamento diretto tout court; l'interesse generale richiederebbe uno screening ben più attento e documentato che solo concrete proposte possono consentire. Ne segue che, salvo l'assenza di altri competitors, la prima via dovrebbe necessariamente convertirsi nella seconda. Di più, secondo Vigneri, dovrebbe convertirsi nella seconda anche se nella prima fase i concorrenti avessero formulato proposte tali da consentire una valutazione comparativa, posto che questa “combinazione” (a cum b) non è prevista dalle norme.

Nulla da eccepire se si sta sul terreno dell'in house, dove il candidato in pectore è per ipotesi già in partenza individuato ed è uno solo, cosicché se dalla fase a) emerge la presenza di alternative meritevoli (per le quali potrebbe anche essere sufficiente il ricorso a benchmarks sommari<sup>26</sup>) è giocoforza passare alla procedura b).

Diverso il caso dell'affidamento diretto a terzi, dove non esistendo un'impresa già individuata (non ufficialmente), la valutazione comparativa sulla forma tanto più dovrebbe andare di pari passo con quella (diretta) dei contraenti più adeguati. Vero è che la “rifusione” della fase b) in quella a) sarebbe una soluzione “atipica”, non prevista dalle norme vigenti, ma nemmeno sarebbe vietata; avrebbe gli stessi pros della “gara” e in più altri vantaggi.

Improbabile in primo luogo che i concorrenti scoprano le proprie carte nella fase a) poiché potrebbero venirne pregiudicati in quella successiva. Ne segue che, delle due l'una: i concorrenti si limitano a generiche manifestazioni di interesse oppure presentano (incumbent incluso) proposte di comodo, prevedendo che la partita vera si potrebbe giocare al giro successivo; con il corollario che se l'Amministrazione decidesse comunque di aggiudicare al primo giro, non otterrebbe le migliori condizioni.

---

<sup>26</sup> Cgr. Al riguardo Tar Aosta, sentenza del 23.06.2017, n. 1.

In secondo luogo va considerato l'allungamento dei tempi, posto che a quelli della fase a) si aggiungerebbero i tempi per la redazione del bando di gara, l'ulteriore round di valutazione delle offerte, ecc. Con il rischio che l'interesse pubblico alla continuità dei servizi sia strumentalizzato dagli incumbent affinché nessuna valutazione comparativa (oppure una valutazione con la regola del pollice) venga effettuata.

Un compromesso potrebbe forse consistere nella soluzione in base alla quale l'Amministrazione, stabiliti i parametri e criteri di valutazione, richieda in un primo tempo a uno specifico soggetto di formulare una proposta non vincolante, a valle della pubblicazione della quale altri soggetti interessati possano presentare proprie proposte, parimenti non vincolati; seguirebbero possibili "rilanci" da parte di tutti (a questo punto vincolanti) fino a individuare la soluzione più conveniente. Nessuna prelazione a favore di un soggetto, dunque, ma il riconoscimento della prima mossa all'operatore individuato preliminarmente dall'Amministrazione; al tempo stesso nessun handicap per esso, posto che anch'egli potrà rilanciare.

In conclusione, l'orientamento della Segnalazione si fonda nel "mettere pace" fra forma e sostanza assegnando la vittoria a quest'ultima. Tanto più come economista plaudo ma resto dubbioso su chi alla fine la vincerà.

Vi è infatti materia per dubitare che sia destinata ad avere concreti effetti su larga scala. Non ultimo perché è portatrice di un'interpretazione tutto sommato isolata rispetto a orientamenti prevalenti in altri Stati europei; perché è da pensare che proprio su questo conflitto fra "forma e sostanza" farà leva la resistenza che prevedibilmente lo "scossone" proposto incontrerà; perché i poteri di enforcement essenzialmente si basano sul solo art. 21-bis della legge 287/90, soggetto alla verifica dei tribunali amministrativi.

Infine perché non è al momento sorretta dalla normativa secondaria. A consentire un'effettiva contendibilità del mercato l'Autorità dei trasporti ha emanato due delibere di cui vale la pena di richiamare alcuni punti: la delibera 49/2015, per gli obblighi informativi e la classificazione degli asset da rendere disponibili; la delibera 48/2017 relativamente alla definizione dei lotti di affidamento, di cui si dirà poi.

Nella prima si legge che la sua portata riguarda tutte le modalità di affidamento<sup>27</sup>. ma le prescrizioni circa le informazioni da fornire (Capo 2) sono espressamente riferite ai soli affidamenti per gara, mentre per gli affidamenti diretti ci si limita a indicare l'obbligo di un piano economico finanziario dell'ente affidante e lo schema per il calcolo delle compensazioni. Questa asimmetria di obblighi informativi sembra sottintendere un'interpretazione delle procedure di affidamento diretto diversa e più riduttiva di quella della Segnalazione. Auspicabile quindi l'estensione delle prescrizioni anche a queste ultime.

---

<sup>27</sup> "Le misure di regolazione di cui all'Allegato A si applicano alle gare indette, ai contratti di servizio affidati con modalità diverse dalla gara o sottoposti a revisione successivamente all'entrata in vigore della presente delibera" (art. 1, c. 2).

Analogo ambito sembra avere la delibera in relazione alla disponibilità di asset. Qui essa fa propri gli orientamenti giurisprudenziali che impongono di rendere disponibili asset non sostituibili e non duplicabili; sempre coerentemente con la giurisprudenza (e con interpretazioni dell'AGCM) fra tali asset non rientra il materiale rotabile. Tuttavia, fin dal titolo del Capo I, la delibera fa espressamente riferimento alla “*redazione di bandi di gara*”, in ciò strettamente attenendosi al dettato letterale della sua legge istitutiva<sup>28</sup>.

In sintesi, per entrambi i versi la delibera 49/2015 sembra non considerare la possibilità di confronto competitivo in sede di affidamenti diretti. Anche qui sarebbe dunque auspicabile una messa a punto delle disposizioni in essa contenute coerente con l'interpretazione data nella Segnalazione.

Da ultimo, dalla Segnalazione sembra emergere che nemmeno le tre Autorità firmatarie siano più di tanto convinte della sua concreta enforceability, posto che nella parte conclusiva non viene “minacciato” l'uso dei (pochi) strumenti a disposizione ma ci si limita ad auspicare che “*le considerazioni qui svolte possano offrire uno stimolo all'attuazione delle disposizioni normative e regolamentari contenute nel Regolamento*”.

### 3.2.- *Lo scenario di mercato a tendere*

Va dato atto che progressi di qualità ed efficienza del trasporto pubblico si sono avuti o sembrano in prospettiva ravvicinata, specie in campo ferroviario, in termini di qualità, puntualità e ammodernamento dei mezzi<sup>32</sup>, anche in virtù di recenti provvedimenti di finanziamento del parco rotabile<sup>33</sup> e del rinnovato slancio del principale operatore nazionale.

Tuttavia il cambiamento non può essere solo autogenerato: servirebbe uno “scossone” in un quadro da troppo tempo ingessato, il ricambio degli “alberi della foresta” (per dirla con Marshall) che solo una maggiore concorrenza può assicurare. Una “gabbia” che sarebbe utile aprire prima che si esaurisca (nel 2033) la coda degli affidamenti diretti.

Serve una concorrenza dinamica che si esprima in innovazioni tecnologiche e organizzative e che con l'apertura del mercato fornisca alle Amministrazioni aggiudicanti benchmark “vicini”, ossia visibili e riscontrabili per realtà simili - insomma adottabili. In assenza vi è anche il rischio che le amministrazioni seguitino di fatto esse stesse ad “affidarsi” agli operatori incumbent.

---

<sup>28</sup> Il d.l. 201/2011 impegna l'ART a vigilare che “*la disponibilità del materiale rotabile, già al momento della gara, non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore discriminazione tra le imprese partecipanti*” (art. 37, c. 2, lettera f) - enfasi aggiunta).

<sup>32</sup> In tal senso cfr. il *Rapporto Pendolaria 2017* di Legambiente, pp. 14-17.

<sup>33</sup> In particolare la legge di stabilità per il 2016.

Driver di questa dinamica è la concorrenza fra pochi grandi player, gestori di affidamenti di dimensione minima efficiente, ma diversificati geograficamente e per modalità, sì da catturare insieme economie di scala a livello di lotto ed economie di gruppo<sup>34</sup>. E' un miraggio?

Non è da pensare che il “miraggio” sia alla portata della Segnalazione, né questa se lo pone come obiettivo. Serve allo scopo una politica industriale coerente.

Inevitabile o comunque opportuno mettere realisticamente in conto che la realizzazione di uno scenario effettivamente concorrenziale va perseguita nelle forme possibili e sostenibili, ossia concretamente attuabili, e gradualmente, ricorrendo a più strumenti, inclusi quelli indicati nella sezione che segue, anche se non corrispondono pienamente alla logica della concorrenza per il mercato.

Ciò tenendo anche conto che non sempre la concorrenza va a braccetto con altri interessi generali (non nell'immediato) e che si scontra oggi con sensibilità spesso opposte di altri Stati europei. E anche tenuto conto che la Segnalazione è tardiva, emanata come è stata quando ormai “a questo giro” (cioè fino al 2033) i giochi sono stati fatti o sono in via di conclusione. Facile dunque obiettare da parte dei controinteressati l'impasse che la sua attuazione comporterebbe e l'asimmetria degli orientamenti degli altri Stati.

Ciò premesso vi è da chiedersi in via del tutto ipotetica se l'integrale e immediato enforcement della Segnalazione (o addirittura la sua sola emanazione), alimentando incertezza e ricorsi rischi di rinviare ancora i processi positivi in corso indicati prima e frenare gli investimenti. Ciò che a sua volta richiederebbe di distinguere le ragioni oggettive da quelle strumentalmente portate per difendere il ricorso ad affidamenti diretti già marcati “ad personam”.

Al riguardo bisognerebbe pragmaticamente distinguere fra contratti scaduti o in scadenza a brevissimo e quelli la cui cessazione naturale è più lontana, stabilendo per questi ultimi che la pre-informazione al mercato vada anticipata di due anni anziché di uno solo. Da valutare anche la certezza del flusso dei finanziamenti pubblici, la cui assenza da sempre rappresenta incentivo allo statu quo. Infine l'impatto sociale, in termini di probabili eccedenze di personale che potrebbero derivare dall'apertura alla concorrenza; argomento questo da non sottovalutare, sebbene lo stesso “sventolarlo” suoni a conferma che l'attuale sistema di conferimento degli affidamenti non è ottimale quanto a efficienza ed economicità.

Importanza chiave è la delimitazione dei lotti di affidamento, posto che buona parte delle criticità verrebbe meno o si attenuerebbe se questi avessero dimensioni sì efficienti ma limitate: più agevole l'ingresso di nuovi operatori, maggiore la

---

<sup>34</sup> Cfr. al riguardo, M.Sebastiani e L.Senn, *Razionalizzazione dei mercati e aggregazioni fra imprese di trasporto*, in S.I.Po.Tra., “Le politiche dei trasporti in Italia”, Maggio 2017.

possibilità per questi di “rodarsi” in realtà nuove, più numerose le opportunità e minori le resistenze da parte degli incumbent. Questo conduce al tema successivo.

### 3.3.- *Opzioni complementari o subordinate*

A prescindere dalla materia strettamente di pertinenza nella Segnalazione (la modalità di scelta del contraente) si potrebbe e dovrebbe lavorare anche su un altro fronte: quello dell’**oggetto** degli affidamenti, comunque assegnati.

In primo luogo la definizione dei **lotti**. Il d.l. 50/2017, art. 48, stabilisce il principio della suddivisione dei bacini di traffico in più lotti di affidamento per i servizi di trasporto regionale e locale, salvo eccezioni motivate da economie di scala o da specificità territoriali, laddove le eccezioni vanno disciplinate dall’ART. La norma si applica a tutte le modalità di affidamento ed è finalizzata alla “scelta del contraente”<sup>35</sup>.

In coerenza con le competenze attribuitele dalla legge istitutiva e dall’art. 37, c. 1 del d.l. 1/2012, l’ART stabilisce criteri per la definizione dei lotti di affidamento dei servizi di trasporto pubblico, con qualunque modalità siano effettuati. I parametri di individuazione dei lotti sono sostanzialmente due e valgono indipendentemente dalla forma di affidamento: la cattura di economie di scala e la salvaguardia della contendibilità del mercato, il cui combinato disposto conduce a concludere per la “*dimensione minima ottima*” del lotto (pp. 25-25).

Purtroppo la delibera in questione non aiuta molto per i profili che qui interessano. In generale, poiché analogamente alla Segnalazione, è tardiva: per molti versi inevitabilmente poiché l’iter per la sua definizione è stato rallentato dalla lentezza del “decreto Madia” sui servizi pubblici locali e dal suo infausto destino.

Nello specifico perché sembra da essa emergere che le prescrizioni riguardano gli affidamenti per gara (cfr. l’allegato 1 e la possibilità per le amministrazioni affidanti di ricorrere a manifestazioni di interesse da parte di potenziali operatori (p. 26)), mentre per gli affidamenti diretti sembra limitarsi all’“incitamento”. Ciò è probabilmente dovuto anche alla circostanza che le norme citate prima sembrano limitare l’ambito alle “gare”. Tuttavia il d.l. immediatamente successivo alla delibera (il citato d.l. 50 del 24.04.17) estende a oltre le gare l’applicazione dei criteri di definizione dei lotti (“*Ai fini dello svolgimento delle procedure di scelta del contraente per i servizi di trasporto locale e regionale [...]*” (art. 48, c. 4).

Certo è che l’assenza di prescrizioni ha reso più agevole andare avanti con affidamenti di trasporto ferroviario a dimensione regionale. Utile sarebbe dunque se, anche in coerenza con i principi indicati nella Segnalazione da essa confermata, l’ART estendesse le prescrizioni anche agli affidamenti diretti, a terzi o in house.

---

<sup>35</sup> “*Ai fini dello svolgimento delle procedure di scelta del contraente per i servizi di trasporto locale e regionale, 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*” (c. 4).

Un'altra via è l'attribuzione di **diritti speciali** vs. esclusivi. Sotto il profilo concorrenziale la differenza fra le due fattispecie non è di poco conto, considerato che il ricorso alla prima potrebbe consentire di sommare i benefici della concorrenza *nel e per* il mercato. E non è di poco conto tanto più considerata l'inclinazione degli enti locali a perseguire quasi esclusivamente la seconda via, senza verifica della fattibilità di alternative meno restrittive.

Lo "schema di gioco" potrebbe essere così esemplificato: (i) due lotti di affidamento di servizi di trasporto pubblico, distinti ma sovrapposti geograficamente e omogenei per quantità di offerta e per potenziale redditività potenziale; (ii) le imprese affidatarie competono dunque sulle medesime linee e su orari tali da essere sostituibili da parte della domanda; (iii) i bandi di gara fissano le corse e l'offerta minima di entrambi i concorrenti; (iv) i due lotti di affidamento coincidono quindi territorialmente e sono dimensionati in base alla dimensione minima efficiente di ciascuna impresa; (v) tariffe al pubblico comuni, fissate dal regolatore, e possibilità per gli utenti di "spendere" i biglietti/abbonamenti acquistati indifferentemente sui mezzi dei due operatori (ciò che implica sistemi di controllo e una stanza di compensazione per le partenze di dare e avere fra questi); (vi) ne segue che gli operatori competono in primo luogo sulla qualità dei servizi (comfort a bordo, ecc.); (vii) i concorrenti possono anche competere sui prezzi praticandone di più bassi rispetto al livello regolamentato (in questo caso gli utenti sono vincolati all'operatore da cui hanno acquistato il biglietto/abbonamento); (viii) i concorrenti sono liberi anche di offrire corse aggiuntive rispetto a quelle contrattualizzate con il concedente, senza diritto a compensazioni; (ix) infine le compensazioni, se suddivise fra due operatori di dimensioni efficienti, dovrebbero essere (almeno) non superiori di quelle da erogare al monopolista. Questa impostazione appare praticabile soprattutto nei servizi extraurbani, su strada e su ferro, dove maggiore è il grado di libertà degli utenti e la loro sensibilità alla qualità dei mezzi e al comfort.

Infine, la possibilità di "**contingentare**" il numero di affidamenti (meglio: il volume di traffico servito): forse una soluzione di dubbia legittimità se applicata alle gare mentre potrebbe esserlo in caso di affidamenti diretti.

Da notare che le opzioni delineate sono conformi a quanto espresso dal Regolamento 2338/16<sup>36</sup>.

Da ultimo, la disponibilità di materiale rotabile non è un ostacolo insormontabile a partecipare<sup>37</sup> ma solo a condizione che sia concesso un tempo sufficiente per procurarlo. A questo scopo, l'anticipo dovrebbe essere alquanto maggiore di quello

---

<sup>36</sup> «Per aumentare la concorrenza nel settore, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare a imprese ferroviarie diverse contratti di servizio di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri che riguardano parti della stessa rete o un complesso di collegamenti. A tal fine, prima di indire la procedura di gara, le autorità competenti possono decidere di limitare il numero di contratti che possono essere aggiudicati a una stessa impresa ferroviaria» (art. 5, par. 6-bis).

<sup>37</sup> Tanto più che se lo scenario a tendere è quello della competizione fra grandi player dotati di organizzazione e di capacità finanziaria adeguate dotarsene; e tanto più in caso di lotti di affidamento di non "gigantesche" dimensioni.

previsto (come minimo) dal Regolamento 1370/07 (la pubblicazione dell'avviso almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o dell'aggiudicazione diretta).

Questo termine è tanto più penalizzante nel caso di affidamenti diretti posto che è da ritenere che la relativa procedura sia più rapida di quella della gara (e conseguente l'avvio dei servizi). Altrimenti vi è il rischio che l'interesse pubblico alla continuità dei servizi sia strumentalizzato dagli operatori che già dispongono di materiale rotabile, affinché nessuna valutazione comparativa venga effettuata – il che equivale a riconoscere che questo rappresenta una barriera all'entrata. Certo, si può argomentare che anche i concorrenti “avrebbero potuto” organizzarsi in anticipo acquisendo materiale rotabile che dunque la loro lentezza non può essere fatta valere a danno di chi è stato più tempestivo. Si tratta però di una par condicio fittizia, posto che diversa è la probabilità di aggiudicarsi l'affidamento diretto per chi ne sta uscendo rispetto al nuovo entrante e conseguentemente diverso il rischio. Realisticamente, al di là del fatto che l'avviso sia formalmente indirizzato urbi et orbi, un anticipo così breve implica di fatto che l'affidatario sia stato già in partenza individuato; difficile per i concorrenti risalire la china.

In prospettiva, infine, sarebbe meglio stabilire come requisito di partecipazione alle procedure di affidamento (quali che siano) che i concorrenti si impegnano a cedere alla fine dell'affidamento - su richiesta e a condizioni prestabilite - gli asset di proprietà.