

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1442 – CONSIP – GARA PER LA FORNITURA DI FARMACI ANTINEOPLASTICI E IMMUNOMODULATORI

Roma, 10 agosto 2017

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Con riferimento alla richiesta di parere, formulata ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, concernente le bozze della disciplina predisposta da Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - Consip S.p.A. per una gara relativa alla fornitura alle Pubbliche Amministrazioni di farmaci antineoplastici e immunomodulatori e servizi connessi, si comunica che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 9 agosto 2017, ha ritenuto che le previsioni contenute in tali bozze siano, nel complesso, sostanzialmente conformi agli orientamenti espressi da questa Autorità in materia di bandi di gara predisposti da Consip.

L'Autorità, tuttavia, rileva come la facoltà prevista per le imprese di partecipare in forma diversa (individuale o associata, in quest'ultimo caso sia in RTI che in consorzio) a seconda dei lotti, anche mutando la composizione del RTI e del consorzio (v. art 5.4 del disciplinare), potrebbe, almeno teoricamente, consentire alle imprese di perseguire combinazioni variabili in vista di ripartire illecitamente le forniture, e ciò tanto più tenuto conto dell'ulteriore facoltà di subappalto prevista dal disciplinare, facilitando così l'adozione di condotte anticoncorrenziali. L'Autorità auspica, pertanto, che Consip voglia rivedere la disciplina di gara in materia di forme di partecipazione ai diversi lotti, in modo da circoscrivere al massimo i predetti possibili rischi di condotte anticoncorrenziali.

L'Autorità si riserva di valutare gli esiti della gara, ove nel corso del suo svolgimento emergano elementi suscettibili di configurare illeciti anticoncorrenziali.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, legge n. 287/90, successivamente alla pubblicazione del bando di gara.

f.f. IL PRESIDENTE

Gabriella Muscolo

AS1443 – REGIONE SARDEGNA - AFFIDAMENTO DIRETTO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO

Roma, 17 agosto 2017

Regione Autonoma della Sardegna

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito l'Autorità), nella sua adunanza del 2 agosto 2017, ha deliberato di esprimere un parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente al contenuto dei seguenti atti:

- Deliberazione della Giunta Regionale della Regione Autonoma Sardegna del 27 giugno 2017 n. 31/4 con cui si è autorizzato la stipula di un contratto di servizio, in regime di affidamento diretto tra Regione e Trenitalia S.p.A., per l'espletamento dei servizi ferroviari regionali per il periodo 1/1/2017 - 31/12/2025;
- Determinazione Dirigenziale Protocollo 6972 n. 406 del 17 luglio 2017 a firma del Responsabile della Direzione Generale dei trasporti con cui si è proceduto all'affidamento del contratto di servizio.

Nell'ambito della procedura di affidamento diretto dei servizi ferroviari regionali nella Regione Autonoma Sardegna (di seguito RAS), il 29 dicembre 2015 veniva pubblicato l'avviso di pre-informazione al mercato, al fine di rispettare quanto disposto dall'art. 7, paragrafo 2, del Reg. (CE) n. 1370/2007. In data 13 gennaio 2016 la società Arriva Italia Rail Srl (di seguito Arriva) aveva inviato al competente Assessorato della RAS una manifestazione di interesse all'affidamento dei servizi ferroviari in questione. Nelle interlocuzioni successive tra la RAS ed Arriva emergeva un contrasto in merito agli obblighi cui sarebbe stata tenuta l'amministrazione concedente in caso di ricevimento di più manifestazioni di interesse per un affidamento diretto. Infatti, mentre l'amministrazione riteneva che sussistevano unicamente gli obblighi motivazionali di cui all'articolo 7 comma 4 del Reg. CE 1307/2007 nei confronti dei soggetti interessati, Arriva riteneva necessario che la RAS procedesse a qualche forma di confronto competitivo tra i diversi soggetti interessati. In particolare, la società riteneva che tutti i potenziali interessati dovessero essere messi in condizione di parità informativa per poter formalizzare una proposta commerciale vincolante.

Anche l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito ART) ha interloquito con codesta Regione sui temi relativi all'affidamento diretto dei servizi ferroviari regionali. In data 24 maggio 2017 l'ART inviava una comunicazione indirizzata alla Direzione Generale Trasporti della RAS, e per conoscenza all'Assessore ai trasporti, alla scrivente Autorità e ad Arriva, formulando alcune affermazioni in tema di oneri per l'ente concedente in caso di affidamento diretto. Con riferimento

a tale negoziazione diretta ART non escludeva che “[...] prima di procedere ad un affidamento diretto non occorra, ove siano presenti più manifestazioni di interesse, effettuare un confronto tra le stesse, pur se non nell’ambito di una procedura di gara”. Pertanto l’ART invitava la RAS “[...] a prendere in considerazione tutte le manifestazioni di interesse ricevute e sviluppare una comparazione di efficienza, economicità e qualità tra gli operatori interessati, per evitare di fare affidamento su dati ed attestazioni forniti esclusivamente dall’affidatario prescelto, non facilmente verificabili in assenza di un confronto con le altre imprese o di un appropriato benchmark”. Infine l’ART concludeva la sua nota invitando la RAS, sulla base della comparazione auspicata, a motivare la sua scelta ai sensi dell’articolo 7 comma 4 del Reg. CE 1307/2007.

Successivamente a queste interlocuzioni, la RAS adottava i due provvedimenti oggetto del presente Parere motivato.

Il primo provvedimento, ovvero la Deliberazione della Giunta regionale della RAS n. 31/4 del 27 giugno 2017 (di seguito Deliberazione) parte dalla premessa che “l’attuale servizio è complessivamente inefficiente e necessità di un generale miglioramento sia in termini di rinnovo del parco rotabile [...] sia di miglioramento della qualità dei servizi”. Pur ritenendo “carente” l’attuale livello dei servizi forniti da Trenitalia S.p.A., la Deliberazione ravvisa “[...] l’opportunità di procedere ad affidare direttamente il servizio di trasporto all’attuale gestore Trenitalia per un periodo non superiore a nove anni in modo da consentire il dispiegarsi di nuovi investimenti in materiale rotabile, la messa in opera di altre misure di miglioramento del servizio [...]”.

La Deliberazione riporta che, a seguito della pubblicazione dell’avviso di pre-informazione dell’affidamento, sono pervenute due manifestazioni di interesse da parte di altrettante imprese ferroviarie. Sulla base di un parere richiesto alla Direzione Generale Area legale della Regione, l’Assessorato Trasporti ha informato le due imprese interessate delle “[...] motivazioni tecnico giuridiche che hanno orientato l’amministrazione regionale a negoziare l’affidamento diretto con Trenitalia”. Nella Deliberazione si afferma anche che alle imprese interessate sono state fornite tutte le informazioni in proprio possesso. A fronte di tali atti positivi dell’amministrazione, nella Deliberazione si legge che “[t]uttavia non è pervenuta alcuna concreta offerta suscettibile di valutazione [da parte delle due imprese interessate], ma solo paventate censure sulla procedura adottata da parte di una delle due società”.

Il secondo provvedimento è la Determinazione Dirigenziale Protocollo 6972 n. 406 del 17 luglio 2017 (di seguito Determinazione), con il quale il Direttore Responsabile della Direzione Generale Trasporti della RAS ha approvato la procedura di affidamento diretto a Trenitalia dei servizi ferroviari di interesse regionale e locale. Dalla lettura della Determinazione emerge che:

- Trenitalia S.p.A. ha sottoposto a partire dal mese di aprile 2016 proprie proposte commerciali di miglioramento del servizio nel rispetto degli Obblighi di Servizio Pubblico imposti dalla Regione e specificati nel testo del contratto di servizio; tali miglioramenti sono in parte consistenti in un Piano Economico Finanziario (PEF) ed in un programma di nuovi investimenti;
- la Regione ha valutato le proposte di Trenitalia, “applicando il metodo indicato dall’Autorità di Regolazione dei Trasporti nella misura 13 e nel prospetto 4 allegato A della Deliberazione n. 49/2015, nonché nelle note ricevute dal Regolatore”;
- la Regione ha svolto una valutazione di carattere comparativo applicando un modello di stima di costi efficienti basato su standard prestazionali, al fine di verificarne la congruità e di

definire gli obiettivi di efficientamento e miglioramento che l'azienda dovrà conseguire nel corso del periodo di affidamento;

- Trenitalia ha formalizzato la propria proposta commerciale in data 6 dicembre 2016 e con successive integrazioni in data 26 maggio, 8 giugno e 12 giugno 2017;
- la proposta di Trenitalia è stata valutata positivamente, tenuto conto di un parere reso da un esperto terzo con nota del 23 giugno 2017, in quanto l'impianto contrattuale e il quadro economico derivante dal PEF sono coerenti con gli obiettivi che la Regione stessa si è data per conseguire in tempi rapidi miglioramenti del servizio ferroviario.

La Determinazione affrontava poi il tema delle due manifestazioni di interesse pervenute da parte di imprese diverse da Trenitalia: Arriva e AW Rail Srl. Arriva, a seguito della manifestazione di interesse, aveva formulato una richiesta di accesso ad un set esteso di informazioni al fine di presentare una propria proposta commerciale vincolante. Al riguardo nella Determinazione si afferma che la Regione: “[...] *vista la vigente normativa nazionale e comunitaria e le deliberazioni dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti, e acquisito il parere della Direzione Generale dell’Area Legale circa la correttezza delle modalità di svolgimento della procedura, ha fornito ad Arriva Italia Rail gli elementi informativi richiesti nei limiti di quanto in proprio possesso e nel rispetto degli obblighi di riservatezza derivanti dalla negoziazione con Trenitalia ed in coerenza con il tipo di procedimento amministrativo instaurato che non è una gara d’appalto*”. A fronte di ciò “*l’impresa Arriva Italia Rail ha richiesto la revisione del quadro procedurale ritenendo che l’affidamento diretta debba, in presenza di più manifestazione di interesse, essere preceduto da un confronto competitivo, la messa a disposizione di un set informativo previsto per la procedure di gara [...]*”.

La RAS ribadisce che il procedimento amministrativo prescelto “[...] *esclude l’instaurazione di una procedura formale di confronto competitivo*” e conclude sul punto affermando che “*l’interlocuzione avvenuta, mediante scambio di corrispondenza, con le altre imprese ferroviarie che hanno inviato alla regione manifestazione di interesse, ed in particolare con Arriva Italia Rail ha consentito di adempiere ai doveri di legge in capo all’ente pubblico, di motivazione sul procedimento e di consultazione dei portatori di interesse*”.

L’Autorità ritiene che il complesso procedimento ad esito del quale si è giunti all’affidamento diretto dei servizi ferroviari regionali da parte della RAS alla società Trenitalia S.p.A. non sia immune da vizi consistenti in una violazione degli obblighi di trasparenza e motivazione esistenti in capo agli enti concedenti servizi ferroviari regionali di cui all’articolo 7 paragrafo 2 e 4 del Regolamento CE 1370/2007, letti unitamente ai Considerando 29 e 30 del medesimo Regolamento e, più in generale, dei principi di concorrenza, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento a fondamento del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea.

La prima norma prevede che almeno un anno prima di procedere all’affidamento (anche diretto) del servizio di trasporto pubblico locale per ferrovia gli Enti responsabili del servizio devono pubblicare un avviso di pre-informazione nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea, nel quale sono indicati: il nome dell’ente responsabile e il suo assetto proprietario, la durata del contratto, la descrizione dei servizi e dei parametri per la compensazione finanziaria, gli obiettivi di qualità e le condizioni relative ai beni essenziali. La seconda norma stabilisce che, quando è richiesto da una parte interessata, l’Ente responsabile trasmette alla stessa la motivazione della sua decisione in merito all’aggiudicazione del contratto di servizio in via diretta.

Un'interpretazione meramente letterale delle due norme del Regolamento non consente di inferire l'esistenza di obblighi ulteriori in capo all'amministrazione concedente, oltre a quello di pubblicazione dell'avviso e di motivazione, quali, ad esempio, quello 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.

L'Autorità ritiene, tuttavia, che una interpretazione non formale ma sostanziale delle due norme sia quella cui si giunge ove esse vengano lette alla luce: i) dei Considerando 29 e 30 del medesimo Regolamento CE 1370/2007, nonché ii) della Comunicazione della Commissione europea 2014/C92/01 interpretativa del Regolamento CE 1370/2007.

Il Considerando 29 recita: *“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”*. Il Considerando 30 afferma che *“I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza”*.

La Commissione europea, nella propria Comunicazione interpretativa del 2014, parafrasa la formulazione *“consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi”* del Considerando 29 con la locuzione *“permettere ai potenziali operatori del servizio pubblico di parteciparvi”*, aggiungendo che in tal modo, ovvero tramite l'avviso di pre-informazione, le parti interessate hanno la possibilità di formulare domande molto tempo prima dell'aggiudicazione dell'appalto¹.

La Commissione europea, pertanto, configura l'avviso di pre-informazione, non come un mero atto di pubblicità fine a sé stesso, ma lo funzionalizza alla partecipazione procedimentale di soggetti terzi potenzialmente interessati alla procedura di aggiudicazione. Tale interesse alla partecipazione viene soddisfatto innanzitutto con la tempestiva messa a disposizione di tutte le informazioni eventualmente richieste dai soggetti terzi da parte dell'Ente affidante. Al riguardo, vale la pena sottolineare che gli Enti responsabili non sembrano potersi sottrarre a tale obbligo, non solo in termini di tempestività della risposta, ma anche in relazione alla completezza ed esaustività dei contenuti informativi, in quanto essi vi soggiacciono in virtù dei menzionati principi generali dell'ordinamento di concorrenza, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento (a cui il richiamato Considerando 30 si ispira chiaramente).

Alla luce di questo quadro interpretativo delle norme di cui al Reg. CE 1370/2007 si ritiene che, a fronte delle reiterate richieste da parte di Arriva di poter essere messa nelle condizioni per formulare una offerta vincolante al pari di Trenitalia, la RAS non si sarebbe dovuta limitare a mettere a disposizione *“[...] gli elementi informativi richiesti nei limiti di quanto in proprio possesso e nel rispetto degli obblighi di riservatezza derivanti dalla negoziazione con Trenitalia”*, ma avrebbe dovuto richiedere all'incumbent una serie di dati non in suo possesso – su livelli di domanda, entità del personale, materiale rotabile – e renderli disponibili ed accessibili, in ossequio all'obbligo di trasparenza di cui al Considerando 30 del Reg. CE 1370/2007.

Sul punto si ritiene che l'obbligo di messa a disposizione delle informazioni di natura tecnica ed economica da parte dell'ente concedente a beneficio di soggetti terzi non possa essere considerato

¹ V. par. 2.5.3 della Comunicazione.

fine a sé stesso: è evidente, infatti, che ci sia un legame di funzionalità tra il possesso di detti dati e la volontà dei soggetti terzi di presentare delle offerte. La partecipazione procedimentale, dunque, non si limita alla possibilità di richiedere informazioni all'Amministrazione procedente, ma si estende anche alla facoltà di presentare delle offerte alternative.

Quanto all'onere motivazionale in capo all'amministrazione concedente di cui all'art. 7 comma 4 del Reg. CE 1370/2007 si ritiene che esso non può meramente esaurirsi nel fornire le motivazioni economiche e giuridiche della scelta di non svolgere una procedura ad evidenza pubblica per la selezione dell'affidatario, procedendo ad affidamento diretto, ma che esso debba necessariamente includere anche le ragioni che stanno alla base della scelta stessa di un soggetto in luogo di un altro. Il che implica necessariamente che tale scelta deve essere supportata da un'analisi comparativa delle offerte presentate (cosa che comporta che tutti i soggetti interessati devono essere messi nella condizione per poter formulare una offerta vincolante).

D'altronde, se così non fosse, l'Ente affidante non potrebbe dar conto, come dovrebbe fare, della correttezza della propria scelta dal punto di vista dell'efficienza, dell'economicità e della qualità del servizio, nonché dell'ottimale impiego delle risorse pubbliche. Esso, infatti, non potrebbe dimostrare – ovvero lo farebbe senza essere supportato da adeguata motivazione – la preferibilità dell'offerta del soggetto inizialmente prescelto agli altri.

Sul punto si osserva che nella Determinazione si afferma che gli Uffici della RAS avrebbero svolto una valutazione di carattere comparativo, applicando un modello di stima di costi efficienti basato su standard prestazionali, al fine di verificarne la congruità e di definire gli obiettivi di efficientamento e miglioramento che l'azienda dovrà conseguire nel corso del periodo di affidamento.

Al di là della estrema genericità dell'affermazione – non si forniscono ad esempio elementi oggettivi utili ad estrapolare che tipo di analisi comparativa sia stata condotta – si ritiene che nel caso di specie, essendo presenti ben altre due imprese interessate all'affidamento, la prima valutazione comparativa da svolgere avrebbe dovuto essere quella tra le varie offerte ricevute. Peraltro, un esercizio di *efficiency benchmarking* come quello solamente descritto nella Determinazione è tipico nei casi di affidamento *in house* di un servizio, dove, per definizione, non vi sono altri soggetti interessati.

Da ultimo, si rappresenta che alcuni Enti concedenti servizi ferroviari regionali hanno chiaramente sposato l'interpretazione sostanziale delle norme del Reg. CE 1370/2007 appena riportata. In particolare, la Regione Piemonte, anche a seguito di interlocuzioni con questa Autorità ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 287/90², ha inteso procedere all'affidamento diretto di alcuni servizi ferroviari regionali, facendolo precedere da forme di confronto competitivo tra i soggetti che hanno mostrato interesse³.

² Cfr. il parere del 23 dicembre 2016, AS1358 – Regione Piemonte – Modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale.

³ In particolare, l'Agenzia per la Mobilità Piemontese (di seguito, "AMP") ha pubblicato in data 3 luglio u.s. uno schema di avviso relativo a "informazioni complementari, informazioni su procedure incomplete e rettifiche relativo all'avviso di preinformazione di affidamento diretto del contratto di servizio ferroviario SFM Torino - "bacino metropolitano" pubblicato su GUS 2016/S 62-2016-IT del 02/01/2016". La delibera dell'AMP ha strutturato la procedura di aggiudicazione per via diretta del servizio ferroviario nelle seguenti fasi: descrizione di oggetto, esigenze, caratteristiche, specificando i requisiti minimi e gli elementi di valutazione; consultazione e confronto sulle proposte degli operatori economici che hanno manifestato interesse all'affidamento del servizio; discussione delle proposte presentate per puntualizzarne il contenuto;

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, la Regione Autonoma Sardegna 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 Autonoma della Sardegna al parere motivato espresso dall'Autorità ex art. 21-bis della legge n. 287/1990 avverso i provvedimenti di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario regionale a Trenitalia S.p.A.

Nella propria riunione del 2 agosto 2017, 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 Autonoma della Sardegna n. 31/4 del 27 giugno 2017 e della Determinazione Dirigenziale prot. 6972 n. 406 del 17 luglio 2017, che disponevano l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario regionale a Trenitalia S.p.A.

A seguito del ricevimento di detto parere motivato, la Regione Autonoma della Sardegna, con comunicazione del 13 ottobre 2017, ha informato l'Autorità che, a suo avviso, la scelta di non procedere ad un confronto competitivo nell'ambito della procedura di affidamento diretto risulta coerente con la normativa vigente; in ogni caso, la Regione Autonoma della Sardegna ritiene di aver valutato adeguatamente l'economicità, l'efficienza e la qualità dell'offerta presentata dal soggetto individuato come affidatario in via diretta, e di aver 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 25 ottobre 2017, ha quindi disposto l'impugnazione davanti al TAR Sardegna –

condivisione degli esiti della consultazione individuati dall'Agenzia come base per la presentazione delle offerte da parte degli operatori economici; conclusione del processo mediante richiesta dell'offerta finale. La delibera specifica in maniera molto dettagliata in cosa consista la fase di consultazione e confronto degli operatori economici affermando che essa avrà ad oggetto il progetto, il contratto di servizio, il piano economico e finanziario, le condizioni minime di qualità dei servizi e i fattori della produzione del servizio. Su ciascuno di questi temi agli operatori economici verrà richiesto di proporre soluzioni migliorative. Ad esito della presentazione delle proposte, l'AMP renderà noti gli esiti delle consultazioni definendo gli scenari sui quali gli operatori economici possono presentare l'offerta, gli obblighi di servizio, predisponendo i Piani Economici e Finanziari simulati, e la documentazione di riferimento per la presentazione dell'offerta, rendendo note le modalità di messa a disposizione dei beni essenziali e indispensabili allo svolgimento del servizio, dei relativi valori di subentro e/o dei canoni di locazione, delle tempistiche di subentro, e pubblicando la documentazione di riferimento per la presentazione dell'offerta. L'AMP stima che la fase di consultazione e confronto duri almeno di 14 settimane. All'esito della stessa l'AMP richiederà di presentare l'offerta, che sarà valutata da una commissione di valutazione secondo i criteri che saranno resi noti nella medesima richiesta di offerta

Cagliari della Delibera di Giunta Regionale della Regione Autonoma della Sardegna n. 31/4 del 27 giugno 2017 e della Determinazione Dirigenziale prot. 6972 n. 406 del 17 luglio 2017, nonché a ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente.

AS1444 – CONSIP – BANDO DI GARA PER LA FORNITURA IN NOLEGGIO DI APPARECCHIATURE MULTIFUNZIONE DI FASCIA ALTA PER SCANSIONE COPIA E STAMPA E DEI SERVIZI CONNESSI (EDIZIONE 29)

Roma, 18 settembre 2017

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Oggetto: richiesta di parere Vs. prot. n. 0110286/2017 del 23 agosto 2017 in ordine al “*Bando di gara per la fornitura in noleggio di Apparecchiature Multifunzione di fascia alta per scansione, copia e stampa e dei servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni ai sensi dell’art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell’art. 58 legge n. 388/2000 – Ventinovesima edizione (ID 1870)*”.

Con riferimento alla richiesta di parere formulata ai sensi dell’articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, da codesto Ministero e concernente la documentazione di gara in merito alla procedura predisposta da Consip S.p.A. per la fornitura in noleggio di apparecchiature multifunzione di fascia alta per scansione, copia e stampa e dei servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni, si comunica che l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 14 settembre 2017, ha ritenuto che le previsioni contenute in tali bozze siano sostanzialmente conformi agli orientamenti espressi da questa Autorità in materia di bandi di gara predisposti da Consip S.p.A.

L’Autorità si riserva di valutare gli esiti della gara, ove nel corso del suo svolgimento emergano elementi suscettibili di configurare illeciti anticoncorrenziali.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

AS1445 – POTERI D’INTERVENTO DELL’AUTORITÀ IN MATERIA DI CLAUSOLE VESSATORIE

Roma, 6 novembre 2017

Presidente del Senato della Repubblica
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri

Nell’ambito dei propri poteri, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 25 ottobre 2017, ha inteso formulare alcune osservazioni in merito all’art. 37-*bis* del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del Consumo.

Con l’art. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modifiche nella l. 24 marzo 2012, n. 27, è stato introdotto nel Codice del consumo un sistema di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, disciplinato all’interno dell’art. 37-*bis* del Codice. Tale intervento normativo derivava dalla constatazione dell’insufficienza del solo controllo giudiziario al fine di realizzare l’obiettivo di un efficace contrasto delle pratiche vessatorie nei confronti dei consumatori. Il legislatore, mosso dall’intento di garantire un sempre maggior livello di tutela al consumatore a fronte di comportamenti abusivi da parte delle imprese, ha affidato all’Autorità un potere di *public enforcement* in materia di clausole vessatorie, integrando la tutela in materia, che in precedenza era demandata al solo giudice civile (*private enforcement*) attraverso azioni individuali o azioni inibitorie collettive.

L’ambito di intervento dell’Autorità in merito alle clausole vessatorie *ex art. 37-bis* appare, però, inefficace per due ragioni, in quanto:

- risulta limitato alle sole clausole “*inserite nei contratti fra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari*”;

- viene riconosciuta all’Autorità solo la facoltà di valutare se il testo delle condizioni generali di contratto adottate dall’impresa contenga o meno clausole vessatorie in violazione degli artt. 33 e ss. del Codice, senza alcuna conseguenza sulla loro validità o necessità di modificarle o eliminarle. Il procedimento di accertamento della vessatorietà presso l’Autorità non contempla, infatti, l’esercizio del potere di inibire l’uso delle clausole di cui sia stata accertata la vessatorietà.

È prevista unicamente una forma di sanzione di tipo reputazionale, rappresentata dall’obbligo per l’impresa di diffusione del provvedimento di accertamento, anche per estratto, “*mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell’Autorità, sul sito*

dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore".

Un sistema così concepito sta rivelando tutti i limiti di un controllo amministrativo privo di mezzi attivabili direttamente o indirettamente dall'Autorità, al fine di obbligare l'impresa alla modifica della clausola illecita. I procedimenti istruiti dall'Autorità in tema di clausole vessatorie hanno mostrato che il timore di discredito reputazionale, di fatto, non ha prodotto sempre e con la dovuta efficacia i risultati attesi, e all'accertamento della vessatorietà non fanno seguito a volte comportamenti conformativi delle imprese (si vedano a quest'ultimo riguardo alcuni recenti casi sia nel settore delle telecomunicazioni ove è stata riconosciuta la vessatorietà di clausole che consentono modifiche unilaterali del contratto da parte del fornitore del servizio, senza riportare i giustificati motivi che legittimano le variazioni, sia nel settore digitale ove è stata accertata la vessatorietà di clausole inerenti alla responsabilità contrattuale, al foro competente e alle leggi applicabili, alle modifiche contrattuali unilaterali, alla disponibilità del servizio e alla risoluzione del contratto).

Si potrebbe determinare un *vulnus* insanabile qualora l'impresa non si dovesse obbligare spontaneamente a modificare la clausola reputata abusiva, e, al contempo, nessuno dei soggetti legittimati all'azione inibitoria richiedesse al giudice competente, sulla base dell'accertamento della vessatorietà da parte dell'Autorità, di inibirne l'uso. L'Autorità, infatti, non avendo poteri di diffida per vietare l'uso della clausola vessatoria, è priva di qualunque strumento di intervento in caso di mancata eliminazione o modifica della clausola vessatoria.

Al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa si ravvisa, pertanto, la necessità di una modifica normativa che preveda l'inserimento nell'art. 37 bis di un richiamo ai contenuti del comma 8 dell'art. 27 del Codice del consumo, ossia l'introduzione del potere di diffida nel procedimento in materia di clausole vessatorie analogo a quello esercitabile in materia di pratiche commerciali scorrette e di tutela dei diritti dei consumatori. Infatti, ai sensi dell'art. 27 comma 8 del Codice del Consumo, *"l'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata"*.

Al fine di rendere più efficace il potere di diffida la predetta modifica normativa dovrebbe prevedere anche la possibilità per l'Autorità di irrogare sanzioni in caso di inottemperanza alla medesima attraverso l'inserimento nell'art. 37 bis di un richiamo alla sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro prevista dall'art. 27 c. 12 del Codice del consumo.

L'attribuzione all'Autorità del potere di inibire l'uso di una clausola di cui sarebbe stata accertata la vessatorietà le consentirebbe l'esercizio di un pieno potere di intervento sulle clausole vessatorie, analogo a quello relativo alle pratiche commerciali scorrette e alla tutela dei diritti dei consumatori.

L'Autorità invita, dunque, le Autorità in indirizzo a valutare l'opportunità di una modifica della normativa in esame, attribuendo, nell'attività di tutela del consumatore contro le clausole vessatorie, il potere di diffidare gli operatori a eliminare o modificare le condizioni contrattuali ritenute vessatorie e di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nell'eventuale caso di inottemperanza.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

AS1446 – COMUNE DI ROMA – AFFIDAMENTO AD ATAC DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Roma, 9 novembre 2017

Comune di Roma Capitale

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella sua adunanza del 31 ottobre 2017, ha ritenuto opportuno svolgere le seguenti considerazioni in merito all'affidamento ad ATAC S.p.A. del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma.

Come ampiamente noto, ATAC S.p.A. (nel seguito, "ATAC") versa in uno stato di grave dissesto economico e finanziario. Recentemente, in occasione della redazione del bilancio di esercizio 2016, è emerso come i debiti dell'impresa ammontino a circa 1,3 miliardi di euro (a fronte di liquidità assenti), il patrimonio netto negativo ammonta a circa 50 milioni di euro e le perdite subite nella gestione dell'impresa nel corso del 2016 siano pari a 212 milioni di euro circa. Ciò ha condotto ad una riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, all'impossibilità di adempiere ai debiti esigibili e di rinnovare il parco mezzi, nonché di pianificare gli interventi manutentivi, con gravi conseguenze sulla qualità e sulla continuità del servizio pubblico¹.

Il 7 settembre 2017 l'Assemblea di codesto Comune, socio unico dell'impresa, con ordine del giorno n. 110, ha preso atto dell'impossibilità di risanare ATAC con mezzi ordinari e ha impegnato la Sindaca e la Giunta, *inter alia*, a dare seguito all'indirizzo espresso dal Consiglio di Amministrazione dell'impresa nella riunione del 1 settembre 2017, e dunque a porre in essere tutti gli atti necessari e propedeutici al superamento della crisi d'impresa attraverso l'avvio e la prosecuzione della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale (ai sensi dell'art. 186-*bis* del R.D. n. 267/1942). Tale procedura è stata, infatti, ritenuta come il migliore strumento per risanare e rilanciare ATAC - in quanto consente di mantenere in essere l'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale, di salvaguardare la struttura organizzativa e i livelli occupazionali, nonché di tutelare il personale dipendente dell'impresa - e al contempo proteggere i creditori.

¹ Emblematica al riguardo risulta la riduzione significativa dei servizi offerti operata, negli anni tra il 2013 e il 2016, in relazione al servizio di gestione delle c.d. ferrovie ex concesse, oggetto di un contratto sottoscritto da ATAC con la Regione Lazio. Tali riduzioni significative dei servizi offerti sono state oggetto di un recente intervento istruttorio dell'Autorità. Cfr. il provvedimento n. 26710 del 25 luglio 2017 con il quale l'Autorità ha sanzionato ATAC ai sensi degli artt. 20-22 del Codice del Consumo per aver falsamente prospettato, attraverso l'Orario Ufficiale diffuso presso le stazioni e nel sito Internet www.atac.roma.it, un'offerta di servizi di trasporto frequente e cospicua, a fronte della sistematica e persistente soppressione di molte corse programmate, nonché aver omesso delle informazioni preventive ai consumatori in merito alle soppressioni previste nell'ambito dell'offerta del servizio pubblico di trasporto ferroviario regionale nell'area metropolitana di Roma.

L'8 settembre 2017 la Giunta di codesto Comune ha adottato la Memoria n. 55, nella quale si è preso atto degli indirizzi dell'Assemblea e ha dato mandato al Dipartimento Partecipazioni Gruppo Roma Capitale di chiedere al Consiglio di Amministrazione di trasmettere il bilancio d'esercizio 2016, al fine di consentire a codesto Comune di fornire all'impresa le opportune indicazioni in merito alla proposta di concordato preventivo con continuità aziendale. Inoltre, nella Memoria la Giunta ha dato incarico ai *“competenti uffici di Roma Capitale affinché, nel rispetto della legislazione vigente, vengano intraprese le opportune azioni finalizzate all'esercizio del servizio in-house da parte di ATAC S.p.A., oltre l'attuale scadenza e per l'intera durata prevista del piano di concordato”*.

Il 14 Settembre 2017 la Giunta ha approvato la delibera con cui ha autorizzato l'Assemblea straordinaria dei soci di ATAC ad esprimere voto favorevole all'approvazione del bilancio d'esercizio 2016 e alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo in continuità, con ricorso c.d. in bianco (ai sensi dell'art. 161, comma 6, del R.D. n. 267/1942).

Il 27 settembre u.s. il Tribunale fallimentare di Roma ha considerato la domanda ammissibile e ha concesso all'impresa 60 giorni per presentare la proposta di concordato, un piano di adempimento della proposta e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 del R.D. n. 267/1942.

Da quanto esposto *supra* emerge che la prescelta procedura di soluzione della crisi di ATAC presuppone la continuazione dell'attività dell'impresa durante tutta la procedura, la quale dovrà necessariamente estendersi oltre la scadenza del contratto di servizio per il trasporto pubblico locale nel territorio di codesto Comune (attualmente prevista per il 3 dicembre 2019) di cui essa è titolare. Se ne deduce che la positiva valutazione della proposta di concordato e del piano di adempimento della proposta si baserà anche sull'effettiva possibilità che ATAC continui a svolgere il servizio di trasporto pubblico locale nel territorio di Roma oltre l'attuale scadenza del 3 dicembre 2019, grazie ad una proroga dell'attuale affidamento o ad un nuovo affidamento *in-house* da parte di codesto Comune.

Quanto all'ipotesi di una proroga dell'attuale affidamento, preme ricordare che l'articolo 5, par. 5, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, applicabile in virtù dei richiami contenuti all'art. 61 della Legge 23 luglio 2009 n. 99 e all'art. 4-*bis* del D.L. n. 78/2009, prevede che *“L'autorità competente può prendere provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico o di una proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici. [...] I contratti di servizio pubblico aggiudicati o prorogati con provvedimento di emergenza o le misure che impongono di stipulare un contratto di questo tipo hanno una durata non superiore a due anni”*.

Al riguardo, si ritiene che nel caso di specie, nonostante la descritta situazione di grave crisi economica e finanziaria in cui versa ATAC, non sussistano le condizioni di emergenza o di pericolo imminente di interruzione di servizio che giustificano l'applicazione della richiamata disposizione normativa. L'attuale affidamento, infatti, scade il 3 dicembre 2019 e il periodo che residua prima di tale scadenza (pari a oltre due anni) rappresenta un lasso di tempo sufficiente per l'ente affidante a porre in atto tutte le iniziative previste dal Reg. (CE) n. 1370/2007 (in particolare ai sensi dell'articolo 7, par. 2 e 3), propedeutiche alla riorganizzazione del servizio di trasporto

pubblico locale senza soluzione di continuità. Pertanto, una proroga del contratto di servizio di cui è attualmente titolare ATAC sarebbe suscettibile delle medesime censure che hanno colpito le proroghe automatiche dei contratti di servizio e, più in generale, il mantenimento di affidamenti preesistenti in capo agli stessi concessionari di servizi di trasporto pubblico legale che si pongono al di fuori dell'alveo posto dall'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, in quanto lesivi del principio di tutela della concorrenza².

Quanto all'ipotesi di un nuovo affidamento *in-house* ad ATAC decorrente dalla data di scadenza di quello attuale, si premette che, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 (di seguito, "Codice dei contratti pubblici") sono esclusi dall'applicazione dello stesso le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Reg. (CE) n. 1370/2007. Ciò è peraltro ribadito anche dall'art. 17, comma 1, lett. i) del medesimo Codice, che esclude i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana. Tuttavia, l'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, il quale rappresenta una norma di applicazione generale, valida anche per i servizi di trasporto pubblico di passeggeri, dispone che: "*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*".

Fatta questa premessa, l'Autorità intende ricordare a codesto Comune che, anche nell'ambito di una procedura di concordato preventivo in continuità, la scelta di procedere ad un affidamento *in-house* da parte di un'Amministrazione deve pertanto sempre rimanere ancorata al rispetto dei criteri formali di matrice eurounitaria e degli obblighi motivazionali, previsti sia dalla disciplina settoriale sia dalle norme di applicazione generale in tema di servizi pubblici locali e di contratti pubblici, circa le ragioni di fatto e di convenienza economica che giustificano il ricorso all'*in-house providing* rispetto agli altri modelli di affidamento.

Sul piano dei requisiti formali, si osserva che l'art. 5, par. 2, lettera a), del Reg. (CE) n. 1370/2007, anch'esso applicabile in virtù dei richiami contenuti all'art. 61 della Legge 23 luglio 2009 n. 99 e all'art. 4-bis del D.L. n. 78/2009, prevede innanzitutto che, a meno che ciò non sia vietato dalla legislazione nazionale, le Amministrazioni competenti possano aggiudicare i contratti di servizio di trasporto pubblico locale ad un soggetto sul quale esse esercitano un controllo analogo a quello che esercitano sulle proprie strutture³.

Oltre a ciò, la lettera b) della richiamata disposizione del Reg. (CE) n. 1370/2007 stabilisce un vincolo di attività esclusiva da parte del soggetto affidatario del servizio nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice, nel senso che l'attività di trasporto pubblico di passeggeri

² Cfr., ad esempio, Corte Cost., sentenze del 11 aprile 2011 n. 123 e del 13 gennaio 2014 n. 2, dove i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità di disposizioni regionali che prevedevano tali proroghe; Corte Conti, Deliberazione del 13 febbraio 2014 n. 12.

³ Indici significativi della sussistenza del controllo analogo si rinvencono ne: il livello di rappresentanza in seno agli organi d'amministrazione, di direzione o vigilanza, le disposizioni degli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Ai fini dell'integrazione del "controllo analogo" non è richiesto il requisito della "partecipazione totalitaria" del socio pubblico, ma l'impresa deve essere soggetta ad un'influenza pubblica dominante che sussiste in considerazione di altri criteri. Trattasi di una *summa* degli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, aventi quindi una portata meramente esemplificativa; decisivo, infatti, al fine di stabilire la sussistenza del controllo analogo è il riscontro in concreto della sussistenza di un'influenza pubblica dominante e di un controllo effettivo sulle decisioni fondamentali della società.

deve essere interamente svolta all'interno del territorio dell'Amministrazione, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di altre autorità competenti a livello locale vicine; il soggetto affidatario, inoltre, non deve partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale⁴.

Nel caso di specie, si osserva che, stando a quanto riportato nella delibera che ha disposto l'attuale affidamento, ATAC è controllata al 100% da codesto Comune ed è dotata di uno statuto che prevede che, in relazione alle iniziative di indirizzo, il socio pubblico eserciti la funzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.. Peraltro, il controllo preventivo di codesto Comune sugli atti di programmazione gestionale dell'impresa è stato intensificato attraverso le modifiche allo statuto apportate dalla deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 77/2011. Inoltre, ATAC si è dotata di un Codice di *Corporate Governance* e di un Codice di Comportamento e predispose una Relazione Gestionale Annuale di aggiornamento del Piano industriale pluriennale, i piani di investimento di breve e lungo periodo, nonché, trimestralmente, un *report* gestionale. Le deliberazioni inerenti a operazioni di carattere straordinario sono parimenti sottoposte alla preventiva deliberazione dell'Assemblea Capitolina.

Quanto all'attività svolta in esclusiva, invece, ATAC, in aggiunta all'attività svolta per il Comune di Roma Capitale, risulta anche affidataria dei servizi relativi alle c.d. ferrovie *ex* concesse (Roma-Lido, Roma-Viterbo, Roma-Giardinetti) sulla base di un recente affidamento emergenziale disposto dalla Regione Lazio, ai sensi dell'articolo 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, che verrà a scadere nel mese di aprile 2019⁵.

Quanto agli oneri motivazionali, si osserva che l'art. 34, comma 20, del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 e l'art. 3-*bis* del D.L. 13 agosto 2011 n. 138 prevedono che la scelta di procedere ad un affidamento *in-house* di un servizio pubblico locale deve essere motivata sulla base di apposita relazione illustrativa redatta dall'Amministrazione affidante. Ai sensi della prima disposizione citata, tale relazione dà conto delle ragioni e della sussistenza dei summenzionati requisiti formali e definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche, se previste. La seconda disposizione aggiunge che gli enti responsabili del servizio devono motivare le ragioni della scelta per l'affidamento *in-house* con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Peraltro, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo

⁴ La normativa settoriale in materia di trasporto pubblico locale, con riferimento al parametro dell'attività prevalente, è dunque più restrittiva della normativa generale sull'affidamento *in house*, e cioè l'articolo 5 del d.lgs. n. 50/2016 e l'articolo 16 del d.lgs. n. 175/2016 ("*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*") che invece consentono la qualifica di impresa *in house* anche ad imprese che svolgono sino all'80% del proprio fatturato con l'ente affidante.

⁵ La proroga emergenziale biennale dell'affidamento è stata in questo caso ritenuta legittima dall'Autorità nell'ambito di un suo recente intervento ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/90 (cfr. AS1376, Regione Lazio - ATAC/contratto di servizio linee *ex* concesse, in Boll. n. 20/2017), in quanto: (i) ATAC S.p.A. gestiva da più di dieci anni le linee relative alle ferrovie *ex* concesse in una situazione di affidamento di fatto (dopo che l'ultimo affidamento avvenuto su base contrattuale era scaduto nel 2007); (ii) la Regione Lazio ha assicurato che alla scadenza dell'affidamento emergenziale di due anni procederà ad una gara per l'affidamento per la gestione dei servizi.

degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385⁶.

Già il Consiglio di Stato nel 2011 aveva ricondotto la necessità di motivare adeguatamente l'affidamento *in-house* al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione. Secondo il giudice amministrativo, infatti, l'amministrazione dovrebbe dimostrare "*non solo la sussistenza dei presupposti richiesti 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 di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della P.A.*"⁷. La scelta dell'affidamento *in house*, pertanto, nel solco tracciato dal Consiglio di Stato deve essere supportata da una precisa valutazione di convenienza (economica o tecnica) rispetto agli esiti (previsti o stimati) di una procedura di gara.

L'interpretazione del Consiglio di Stato è stata recentemente confermata dai giudici amministrativi, secondo i quali il dettagliato e più aggravato obbligo di motivazione in ordine alla scelta dell'affidamento *in-house* richiesto dalle richiamate disposizioni normative è volto a rendere trasparenti e conoscibili ai soggetti interessati non solo le caratteristiche che fanno dell'affidataria una società *in-house*, ma anche il processo di "*individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti*"⁸.

Del resto, anche l'art. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ("*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*"), che richiama gli artt. 5 e 192 del codice dei contratti pubblici, prevede un corredo motivazionale rafforzato "[a]i fini dell'affidamento *in-house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza", richiedendo che le Amministrazioni effettuino "*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*"⁹.

L'evoluzione della richiamata disciplina, peraltro, si pone apprezzabilmente nel solco dell'opinione già espressa dall'Autorità, sia in passato¹⁰ sia di recente congiuntamente all'Autorità

⁶ Il PEF contiene anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in-house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio.

⁷ V. Cons. Stato, sez. V, sent. del 8 febbraio 2011 n. 854.

⁸ V. Tar Lombardia - Milano, sez. 3, sent. n. 1781 del 3 ottobre 2016.

⁹ In particolare, come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione speciale che ha reso il parere sullo schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici, l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici detta una disciplina dell'onere motivazionale rafforzato gravante sulle Amministrazioni aggiudicatrici, che consente un "*penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche*" (Cons. St., comm. Spec., 9 gennaio 2017, parere n. 1).

¹⁰ V. AS1137 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2014 del 4 luglio 2014 dove l'Autorità aveva auspicato che la relazione dell'ente affidante ex art. 34 del D.L. n. 179/2012 fosse trasformata in una determinazione che deve contenere, oltre a quanto già previsto, un'analisi dettagliata delle ragioni che giustificano il ricorso al modello di gestione scelto, evidenziando anche i benefici per la collettività in termini di una più efficiente gestione del servizio. L'analisi dovrebbe illustrare le caratteristiche e la struttura dei mercati interessati e

nazionale anticorruzione (ANAC) e all'Autorità di regolazione dei trasporti (ART)¹¹, sulla necessità di presidiare la scelta delle Amministrazioni di affidare *in-house* un servizio pubblico locale con l'obbligo di effettuare delle valutazioni di carattere sostanziale ed economico, e non solo giuridico e formale. Nello specifico, l'Autorità ha affermato che, al fine di considerare legittima la scelta di affidare il servizio in via diretta ad un'impresa soggetta a controllo analogo, l'Ente Locale dovrebbe dimostrare che essa raggiunge livelli minimi di efficienza simili a quelli raggiungibili con l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica. In altre parole, la scelta dell'autoproduzione in luogo del mercato dovrebbe essere considerata lecita solo laddove essa conduca alla selezione di un soggetto che sia, se non più efficiente in via assoluta, quantomeno mediamente efficiente¹². Corrispondentemente, in analogia con la disciplina degli aiuti di Stato, il livello della compensazione nei casi di affidamenti *in house* deve essere determinato sulla base dell'analisi dei costi sostenuti da un'impresa media gestita in modo efficiente¹³.

Il canone ermeneutico ricavato dalla lettura sistematica delle norme summenzionate appare imprescindibile ai fini della valutazione, che codesto Comune deve svolgere, sulla legittimità della scelta, seppur non ancora formalizzata, di mantenere in capo ad ATAC l'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma anche dopo il 3 dicembre 2019. Il percorso decisionale che a tal fine dovrebbe seguire codesto Comune, infatti, dovrebbe basarsi, non solo su una valutazione rigorosa della preferibilità dell'affidamento *in-house* rispetto al ricorso al mercato, ma necessariamente anche su un'attività di *benchmarking* volta a valutare la correttezza di tale scelta dal punto di vista dell'efficienza, dell'economicità e della qualità del servizio reso ai cittadini.

Nel procedere alle suddette valutazioni, il Comune di Roma dovrà tenere conto in particolare della situazione patrimoniale e finanziaria di ATAC, nonché della qualità dei livelli di *performance* industriale della medesima, al fine di verificare il superamento del *test* di *efficiency benchmarking* richiesto dall'ordinamento ai fini dell'affidamento *in-house*.

Dovranno parimenti essere oggetto di attenta valutazione, da parte di codesto Comune, i costi sostenuti da ATAC, al fine di garantire che le compensazioni previste non eccedano quanto necessario per coprire i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico,

degli operatori presenti ed evidenziare l'esistenza di *benchmark* di costo per la fornitura dei servizi. V. anche l'IC49 – Indagine conoscitiva sui rifiuti urbani, parr. 445 e ss.

¹¹ Cfr. la segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017 dell'AGCM, dell'ART e dell'ANAC in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, disponibile sul sito www.agcm.it. Tuttavia, considerazioni analoghe sono state svolte anche in relazione all'affidamento *in house*. Mentre nei casi di affidamenti diretti ferroviari grava in capo all'ente affidante 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, nel caso di affidamento *in house* le Amministrazioni hanno l'obbligo di effettuare un confronto dell'efficienza dell'affidatario con *benchmark* appropriati..

¹² Riferimenti all'esistenza di obblighi di motivazione basati su un criterio di maggiore efficienza della scelta dell'affidamento *in-house* si rinvengono, peraltro, anche nella disciplina settoriale, la quale, innanzitutto, al Considerando 27 del Reg. CE n. 1370/2007 prevede che: "Qualora preveda di aggiudicare un contratto di servizio pubblico senza ricorrere a procedura di gara, l'autorità competente dovrebbe altresì osservare modalità di applicazione dettagliate idonee a garantire che l'importo delle compensazioni risulti adeguato e miri a conseguire un servizio efficiente e di qualità". Ciò implica che l'obbligo di motivazione previsto al citato art. 7, par. 4, del Reg. CE n. 1370/2007 è anch'esso ispirato al criterio di maggiore efficienza dello strumento individuato per l'affidamento. In applicazione di tale principio, pertanto, gli Enti affidanti devono effettuare una analisi di congruità delle caratteristiche tecnico-economiche del soggetto prescelto rispetto ad appropriati termini di riferimento, rappresentati da studi e valutazioni *ex ante*.

¹³ V. Corte Giust., 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, par. 93.

avendo come riferimento i costi sostenuti da *un'impresa media, gestita in modo efficiente*, nel rispetto dei richiamati principi che l'ordinamento europolitano prende a riferimento per valutare la correttezza del calcolo delle compensazioni degli oneri di servizio pubblico in caso di affidamento diretto, nonché dell'art. 6 del Reg. (CE) n. 1370/2007 e dell'allegato da questa disposizione richiamato¹⁴.

In conclusione, si ritiene che, fermo il richiamo al rispetto dei requisiti formali per l'affidamento *in-house*, la scelta di attribuire il servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma ad ATAC, anche se effettuata nell'ambito di una procedura di concordato preventivo in continuità, deve essere vagliata – e conseguentemente motivata – da codesto Comune anche sotto il profilo della convenienza tecnico-economica, in ossequio a quanto disposto dalla normativa generale e dalla normativa che disciplina l'affidamento dei servizi pubblici locali (l'art. 34, comma 20, del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 e l'art. 3-*bis* del D.L. 13 agosto 2011 n. 138). Inoltre, proprio in considerazione della situazione di dissesto economico in cui versa l'impresa beneficiaria, particolare cautela deve essere utilizzata nel misurare il valore delle relative compensazioni, che devono essere sempre calcolate sulla base dei costi di un'azienda media gestita in modo efficiente, per evitare di corrispondere delle sovra-compensazioni degli oneri di servizio pubblico in violazione dell'articolo 93 del TFUE in tema di aiuti di stato e del Reg. (CE) n. 1370/2007.

Tanto premesso, l'Autorità si riserva di valutare ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/90 ogni eventuale formalizzazione della scelta da parte di codesto Comune di mantenere il servizio di trasporto pubblico locale in capo ad ATAC.

L'Autorità invita codesto Comune a comunicare tutte le determinazioni, corredate dalla pertinente documentazione, assunte con riguardo alla valutazione delle suesposte considerazioni di natura concorrenziale in relazione al futuro affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Roma in capo ad ATAC.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

¹⁴ L'art. 6 del Reg. (CE) n. 1370/2007 prevede, infatti, che tutte le compensazioni di qualsiasi natura connesse a un contratto di servizio pubblico aggiudicato direttamente a norma dell'art. 5, paragrafi 2, 4, 5 o 6 debbano essere conformi alle disposizioni dell'allegato. La compensazione, in linea generale, non può eccedere l'importo corrispondente all'effetto finanziario netto equivalente alla somma delle incidenze, positive o negative, dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico sulle spese o sulle entrate dell'operatore.