

Prot. n. 78/EL/LuAn

Roma, 8 aprile 2014

- AZIENDE ASSOCIATE
- SEZIONI TERRITORIALI

– LORO SEDI –

Circolare n. 78/2014

## **COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA: ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI SUL REGOLAMENTO CE 1370/2007 RELATIVO AI SERVIZI PUBBLICI DI TRASPORTO DI PASSEGGERI SU STRADA E PER FERROVIA**

---

*La Commissione europea ha adottato una comunicazione con la quale fornisce orientamenti interpretativi circa le disposizioni del Regolamento CE 1370/2007 in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri. La comunicazione assolve ad una funzione esclusivamente orientativa finalizzata ad agevolare l'attuazione omogenea del Regolamento da parte degli Stati membri.*

\*\*\*\*\*

Come anticipato con precedente newsletter è stata di recente adottata dalla Commissione europea, e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione del 29 marzo u.s., la [comunicazione 2014/C 92/01](#) con la quale la Commissione fornisce alcuni orientamenti interpretativi circa le disposizioni del Regolamento CE 1370/2007 in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia.

Occorre segnalare in premessa che la comunicazione assolve ad una funzione esclusivamente orientativa finalizzata ad agevolare l'attuazione omogenea del Regolamento da parte degli Stati membri. **Dall'adozione della comunicazione, quindi, non discendono nuovi obblighi o nuove norme comunitarie né un'interpretazione vincolante di quelle vigenti**, giacché la funzione di interpretazione autentica e giuridicamente vincolante del diritto comunitario è riservata alla Corte di Giustizia europea.

Sotto numerosi profili la comunicazione della Commissione si limita ad una mera descrizione della disposizioni contenute nel Regolamento e non fornisce elementi aggiuntivi idonei a chiarire alcuni dubbi. Alcune affermazioni interpretative della Commissione, tuttavia, appaiono di un certo rilievo e meritano di essere illustrate.

### **Ambito di applicazione del Regolamento**

Il primo capitolo della comunicazione è dedicato all'ambito applicativo del Regolamento. La questione di maggiore rilievo, affrontata dalla Commissione in maniera invero non esaustiva, concerne la relazione tra il Regolamento e le direttive comunitarie in materia di appalti, e in particolare la relazione tra la nozione di "concessioni di servizi", disciplinate dal Regolamento 1370, e la nozione di "appalti di servizi", disciplinati dalle direttive. A riguardo la Commissione si limita a richiamare l'art. 10, par. 3, della nuova "direttiva appalti" 2014/23/UE ai cui sensi la direttiva *"non si applica alle concessioni di servizi pubblici di trasporto passeggeri a norma del Regolamento CE n. 1370/2007"*. Quanto alla distinzione tra concessione e appalto la Commissione richiama l'art. 5, par. 1, lett. b) della suddetta direttiva ai cui sensi la concessione di servizi è un contratto a titolo oneroso in virtù del quale un'amministrazione aggiudicatrice affida la gestione di servizi o un operatore economico ed il cui corrispettivo *"consiste unicamente nel diritto di gestire il servizio oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un pagamento"*. Il tratto distintivo rispetto all'appalto di servizi, secondo l'orientamento già noto e consolidato, risiede nel trasferimento in capo al concessionario di un rischio operativo che si ravvisa laddove, come normalmente avviene nel settore del TPL in Italia, almeno per i contratti di tipo net-cost, non sia garantito all'operatore il pieno recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi.

A conclusione del chiarimento è riportata nella comunicazione una tabella di sintesi delle norme applicabili:

Tabella

Sintesi della base giuridica applicabile per le aggiudicazioni di appalti per tipo di accordo contrattuale e modo di trasporto

Servizi pubblici di trasporto passeggeri mediante	Appalti di servizi (pubblici), quali definiti nelle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE	Concessioni di servizi quali definiti nella direttiva 2014/23/UE
Autobus e tram	Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE	Regolamento (CE) n. 1370/2007
Ferrovia e metropolitana	Regolamento (CE) n. 1370/2007	Regolamento (CE) n. 1370/2007

Il capitolo si sofferma, poi, sull'applicazione del regolamento 1370 al trasporto pubblico per vie navigabili interne, facoltà lasciata agli Stati membri, ed ai contratti di trasporto di merci.

### **Obblighi e contratti di servizio pubblico**

La Commissione ricorda come, ai sensi dell'art. 2, lett. 1) del Regolamento, il contratto di servizio pubblico può anche configurarsi come decisione unilaterale dell'autorità affidante. In questo senso, chiarisce la Commissione, **la nozione di contratto di servizio pubblico si estende anche alle concessioni di servizi pubblici.**

Altra affermazione di rilievo, sebbene non innovativa, concerne gli obblighi rispettivi delle parti contraenti e la portata geografica dei contratti di servizio. Sotto il primo aspetto la Commissione evidenzia che **entrambe le parti contraenti sono tenute ad adempiere i propri obblighi contrattuali, ivi inclusi quelli di natura finanziaria.** Sotto il secondo profilo la

Commissione afferma che *"la portata geografica dei contratti deve essere tale da permettere alle autorità di gestire nel modo più economicamente vantaggioso i trasporti"*. A questo fine *"la valorizzazione degli effetti di rete consente una fornitura di servizi di trasporto pubblico efficiente sotto il profilo dei costi grazie al finanziamento incrociato tra servizi che garantiscono ricavi superiori ai costi sostenuti e quelli che invece non riescono a coprire tali costi"*. La Commissione sembra, quindi, avvalorare quanto da tempo sostenuto dall'ANAV circa i principi di definizione dei bacini di traffico da aggiudicare, principi che dovrebbero rispondere a criteri trasportistici, e circa i rischi di scrematura del mercato e di incremento della spesa pubblica di finanziamento dei servizi minimi che conseguirebbero ad un sistema di concorrenza piena (ad. es. sistema di autorizzazioni per le medesime linee a più operatori) valutato, invece, da alcuni preferibile rispetto al sistema di concorrenza per il mercato (gare) tracciato sia dal legislatore comunitario che da quello nazionale. Il concetto è rafforzato ulteriormente dalla Commissione laddove sottolinea come, anche in un sistema pienamente liberalizzato, *"l'introduzione di accordi contrattuali miranti a promuovere l'accessibilità dei servizi di autobus a determinati segmenti della popolazione rappresenti un obbligo di servizio pubblico che ricade nell'ambito del Regolamento"*.

Altro tema importante concerne le **condizioni entro le quali, ai sensi dell'art. 4, par. 4, del Regolamento, è possibile prorogare del 50% la durata dei contratti di servizio**. Ferme le condizioni stabilite dall'articolo (fornitura da parte dell'operatore di beni di entità significativa in rapporto ai beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto oggetto del contratto e destinazione prevalente dei beni ai servizi previsti dal contratto stesso) la Commissione ritiene che il rispetto delle condizioni vada valutato caso per caso e che, comunque, l'eventuale decisione di proroga dovrebbe essere subordinata alle seguenti considerazioni: 1) il contratto di servizio deve obbligare l'operatore a investire in beni con periodo di ammortamento eccezionalmente lungo; 2) di norma la decisione di proroga deve essere decisa dall'autorità prima dell'aggiudicazione di un nuovo contratto; 3) se è necessario decidere la proroga mentre il contratto è in corso la possibilità dovrebbe essere chiaramente indicata nei documenti di gara e di essa si deve tener conto ai fini delle compensazioni; 4) in ogni caso la proroga totale della durata del contratto non deve superare il 50% dei limiti di durata previsti dal Regolamento.

Per quanto concerne l'**art. 4, par. 5**, del Regolamento, inerente il tema delle cd. "**clausole sociali**", le conclusioni della Commissione non aggiungono molto, nella sostanza, a quanto già stabilito nella disposizione e si limitano a sintetizzare le opzioni a disposizione delle autorità affidanti: i) non adottare alcuna misura specifica, nel qual caso i diritti dei lavoratori sono garantiti entro i limiti di applicazione della direttiva 2001/23/CE (trasferimenti di impresa avvenuti in seguito a procedure di appalto per l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico e che diano luogo a un trasferimento significativo di beni materiali dall'impresa cedente al nuovo contraente; ii) richiedere il trasferimento del personale precedentemente assunto alle medesime condizioni ed a prescindere dalla possibilità di applicazione della direttiva 2001/23/CE; iii) chiedere il rispetto di determinati standard sociali previsti, ad es. nella contrattazione di secondo livello o in un accordo collettivo; iv) applicare una combinazione delle opzioni ii) e iii). In ogni caso, come previsto dal Regolamento, **le autorità competenti hanno l'obbligo di specificare in modo chiaro e dettagliato nei documenti di gara e nei contratti di servizio gli obblighi di trasferimento del personale o i determinati standard sociali eventualmente richiesti**.

Relativamente ai **limiti di subappalto per gli operatori interni** (affidatari in house) è interessante ciò che la Commissione ritiene circa il requisito, previsto dall'art. 5, par. 2, lett. e) del Regolamento, secondo il quale l'operatore interno deve fornire in proprio "la maggior parte dei servizi": a parere della Commissione *"fatta salva un'analisi caso per caso, appare ragionevole considerare che per il subappalto di più di un terzo dei servizi di trasporto pubblico deve sussistere una forte giustificazione"*. La Commissione, inoltre, chiarisce che **il Regolamento 1370 non impedisce che il contratto di servizio pubblico preveda una percentuale minima di servizi di trasporto che l'operatore può subappaltare.**

Gli altri chiarimenti forniti nel capitolo appaiono meramente ricognitivi di quanto già previsto nel Regolamento.

### **Aggiudicazione dei contratti di servizio**

Le considerazioni effettuate dalla Commissione, per la maggior parte, non introducono significativi chiarimenti circa le disposizioni dettate dall'art. 5 del Regolamento concernenti le modalità di affidamento dei servizi a regime. Ci si limita pertanto a riportare, di seguito, gli elementi di rilievo.

- **Affidamento in house** – nel caso di affidamento in house da parte di un gruppo di autorità competenti la Commissione ritiene che i servizi affidati debbano essere integrati sul piano geografico, del trasporto o tariffario sul territorio di competenza del gruppo di autorità locali e debbano essere, generalmente, funzionali, alle esigenze di un agglomerato urbano e/o di un distretto rurale; per quanto concerne il criterio dell'assetto proprietario la Commissione conferma che il Regolamento 1370 non impone il 100% di capitale pubblico delle autorità competenti, tuttavia, per analogia alla giurisprudenza in materia di appalti pubblici e concessioni, la Commissione ritiene che **le attività dell'operatore interno non debbano avere una vocazione commerciale**; circa la condizione dell'esclusiva attività nel territorio di competenza dell'ente affidante la Commissione ribadisce che **gli operatori in house non possono partecipare a gare relative alla fornitura di servizi di trasporto pubblico bandite al di fuori del territorio delle autorità competenti**, condizione questa che la Commissione valuterà con particolare rigore. A parere della Commissione, **il divieto è, infatti, da ritenere esteso alla erogazione di servizi al di fuori del territorio dell'autorità competente anche in qualità di subappaltatori, nonché alle gare bandite sull'intero territorio dell'Unione europea e in altre parti del mondo**;
- **Affidamenti tramite gara** – la Commissione si limita, nella sostanza, a ribadire quanto previsto dall'art. 5, par. 3, del Regolamento;
- **Affidamenti diretti dei contratti di modesta entità (cd. piccoli lotti)** – come noto l'art. 5, par. 4, del Regolamento consente di affidare direttamente contratti di servizio pubblico di valore ridotto (valore annuo medio inferiore a un milione di euro o relativo a servizi di trasporto inferiori a 300.000 Km annui). In caso di piccole e medie imprese che operano con non più di 23 veicoli le soglie previste possono essere raddoppiate. A riguardo la Commissione ritiene che la soglia, definita in termini di "veicoli", indica che la disposizione si riferisce al solo trasporto di passeggeri con autobus e propende per l'interpretazione restrittiva secondo la quale **la soglia di 23 veicoli fa riferimento al numero totale dei mezzi utilizzati dall'operatore e non al numero dei soli mezzi utilizzati per i servizi oggetto di uno specifico contratto**;

- **Affidamenti diretti dei servizi ferroviari e dei servizi sostitutivi** – accogliendo le osservazioni sulla bozza di comunicazione interpretativa promosse dall'ANAV tramite l'IRU, la Commissione nel documento conclusivo afferma che, anche per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari *"l'eccezione alla regola generale di una procedura ad evidenza competitiva deve essere applicata in modo restrittivo. Servizi sostitutivi di quello ferroviario operati, ad esempio, con autobus, che possono essere richiesti per contratto all'operatore di servizio pubblico in caso di perturbazione della rete ferroviaria, non possono essere considerati servizi di trasporto ferroviario e, pertanto, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 6. È quindi necessario subappaltare tali servizi sostitutivi a mezzo autobus conformemente alla pertinente legislazione sugli appalti pubblici"*. Si tratta di un'affermazione di estrema importanza che avvalorata quanto sostenuto dall'ANAV circa la non conformità ai principi comunitari della prassi, seguita in Italia, di affidamento diretto agli operatori ferroviari anche di servizi automobilistici sostitutivi e integrativi. Proprio al fine di garantire la conformità ai principi di concorrenza stabiliti dalla normativa comunitaria il legislatore nazionale, recependo la proposta avanzata dall'Associazione, è intervenuto sulla materia, a fine del 2012, con l'art. 34-octies del D.L. 179/2012 e s.m.i., norma che ha previsto, tra l'altro, l'obbligo di affidamento tramite gara, entro il 31 dicembre 2013, dei servizi sostitutivi ed integrativi dei servizi ferroviari effettuati in maniera stabile e continuativa tramite modalità automobilistica (cfr. [Circolare Anav n. 149/2012](#)). La norma, tuttavia, nonostante la tassatività resa evidente dalla previsione del potere sostitutivo in capo al Governo, non risulta essere stata attuata a livello regionale. Si auspica che il richiamo della Commissione possa ora favorire la concreta attuazione di una norma che, oltre a garantire la corretta applicazione dei principi concorrenziali stabiliti dalla normativa comunitaria, è coerente con il processo di efficientamento dell'offerta e di sostituzione modale disposto dall'art. 16-bis del D.L. 95/2012 con il quale è stato istituito il Fondo nazionale di finanziamento del TPL (cfr. [Circolare Anav n. 10/2013](#)).

La Commissione si sofferma, inoltre, sulle **modalità di modifica dei contratti di servizio**, aspetto non specificamente disciplinato dal Regolamento 1370. A riguardo la Commissione afferma la piena applicabilità dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia secondo cui **una nuova aggiudicazione può non essere necessaria solo in caso di modifiche non sostanziali e di minore entità**. Viceversa occorre una nuova aggiudicazione se le modifiche apportate sottendono l'intenzione della parti di rinegoziare i termini essenziali del contratto. Occorre, ad ogni modo, una verifica caso per caso.

### **Compensazioni di servizio pubblico**

Anche con riguardo al tema delle compensazioni non sono molti i contributi ulteriori forniti dagli orientamenti interpretativi della Commissione. Possono essere enucleate, tuttavia, le seguenti asserzioni di un certo rilievo:

1. è contraria ai principi comunitari una procedura negoziata senza preventiva pubblicazione di un bando di gara;
2. è contraria ai principi comunitari una procedura di gara elaborata in modo tale da limitare indebitamente il numero di potenziali offerenti. Sebbene la Commissione non vi faccia espresso riferimento si è portati a ritenere che il monito possa riguardare anche il dimensionamento eccessivo e economicamente/trasportisticamente immotivato dei

bacini/lotti di affidamento. In questo senso, peraltro si è pronunciata ripetutamente l'Autorità antitrust nazionale e, da ultimo, con riferimento alle gare per l'affidamento dei servizi di TPL in Liguria e Umbria (cfr. [Circolare Anav n. 73/2014](#));

3. i criteri di selezione devono essere strettamente collegati alla natura del servizio fornito.

Un paragrafo specifico è dedicato dalla Commissione alla nozione di "**ragionevole utile**". Come noto il Regolamento, recependo le indicazioni già date dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Altmark Trans*, ha, infatti, stabilito che tra i costi da considerare per il calcolo delle compensazioni dovute occorre considerare anche il rendimento adeguato del capitale. Resta da stabilire i parametri di riferimento per la quantificazione del ragionevole margine di utile. A riguardo la Commissione fornisce elementi abbastanza generici. Richiamando i principi enucleati nella Comunicazione della Commissione circa le compensazioni concesse per la prestazione di servizi di interesse economico generale (2012/C 8/02), la Commissione ritiene che:

1. ove esiste remunerazione di mercato generalmente accettata per un determinato servizio, essa costituisce il miglior parametro di riferimento per la compensazione in mancanza di una gara;
2. nel caso in cui non esistono parametri di riferimento, il livello di ragionevole utile potrebbe essere determinato confrontando il margine di profitto richiesto da un'impresa media, gestita in modo efficiente e attiva nello stesso settore per prestare il servizio in questione;
3. il livello di utile ragionevole andrebbe valutato non annualmente ma sull'intera durata del contratto.

La Commissione si sofferma, poi, sui sistemi di separazione contabile che devono essere previsti al fine di garantire l'assenza di sovvenzioni incrociate tra attività remunerate con compensazioni per obblighi di servizio pubblico e attività commerciali. Più interessante è però quanto affermato circa le **garanzie che le autorità competenti riconoscano agli operatori compensazioni adeguate**: *"le disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007 hanno lo scopo di evitare compensazioni eccessive per gli obblighi di servizio pubblico, ma mirano altresì a garantire che l'offerta di servizi pubblici definita dal relativo contratto di servizio pubblico sia finanziariamente sostenibile per raggiungere e mantenere un livello sufficientemente elevato di qualità del servizio. È opportuno che a fronte dell'obbligo di servizio pubblico vi sia una compensazione adeguata affinché i fondi dell'operatore previsti da un contratto di servizio pubblico non vengano erosi nel lungo periodo compromettendo così l'assolvimento efficiente degli obblighi previsti dal contratto e la conformità alla disposizione che prevede la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri di livello sufficientemente elevato"*. È un monito che il legislatore nazionale e gli enti territoriali competenti si auspica che tengano in adeguata considerazione ai fini della garanzia di un sufficiente finanziamento su tutto il territorio nazionale di livelli adeguati di servizio.

### **Disposizioni transitorie**

Le indicazioni fornite dalla Commissione circa gli obblighi di pubblicità e trasparenza stabiliti dall'art. 7 del Regolamento non appaiono di particolare rilievo. Quanto alle disposizioni che disciplinano il periodo transitorio contenute nell'**art. 8 del Regolamento** si confidava in chiarimenti più esaustivi rispetto ai limitati orientamenti aggiuntivi adottati dalla Commissione. Come noto, l'art. 8, par. 2 del Regolamento, richiamato anche dal legislatore nazionale con l'art.



61 della legge 99/2009 (cfr. [Circolare Anav n. 95/2012](#)), stabilisce che, fatto salvo il par. 3, *"l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma all'articolo 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019. Durante tale periodo transitorio gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente all'articolo 5"*, ciò che è stato comunemente letto come una possibilità di mantenere sino a tale data anche affidamenti non conformi alle modalità previste dall'art. 5 purché aderenti ai principi generali del Trattato UE. Il parere della Commissione, che appare logicamente corretto sebbene non adeguatamente esplicitato, è che, sebbene l'art. 8, par. 2, faccia testualmente riferimento all'art. 5 nel suo complesso, il richiamo sia da intendersi limitato al solo par. 3 dell'art. 5, concernente le gare per l'affidamento dei servizi. Secondo la Commissione, infatti, *"l'obbligo imposto agli Stati membri di conformarsi gradualmente all'articolo 5 pare ragionevole solo se riferito all'obbligo di adottare procedure aperte, trasparenti, non discriminatorie e corrette nell'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico. Non ha infatti senso che gli Stati membri applichino «gradualmente» il concetto di operatore interno o le eccezioni definite ai paragrafi 4, 5 e 6 dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 che introducono disposizioni più accomodanti rispetto ai principi generali del trattato e alla giurisprudenza in materia"*. Sembrerebbe, quindi, che la Commissione confermi che: dal 3 dicembre 2019, la gara diventa la modalità privilegiata e ordinaria di affidamento dei servizi; durante il periodo transitorio e a regime resta possibile il ricorso alle altre forme di affidamento stabilite dall'art. 5; infine, accanto a tali modalità è consentito agli Stati membri il mantenimento anche di ulteriori forme di affidamento diretto, sempre nei limiti di conformità ai principi generali del Trattato UE.

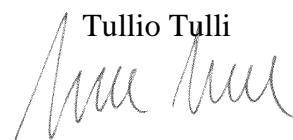
Quanto alla graduale conformazione degli Stati membri all'art. 5 la Commissione ricorda che l'art. 8, par. 2, stabilisce che, entro i sei mesi successivi alla prima metà del periodo transitorio (entro il 3 maggio 2015), gli Stati membri devono presentare una relazione sullo stato dei lavori, evidenziando le tappe di attuazione della graduale aggiudicazione dei contratti di servizio in conformità all'art. 5. In base a quanto valutato circa il riferimento al solo par. 3 dell'art. 5 la Commissione ritiene che tale disposizione implichi che *"gli Stati membri non possono aspettare il 2 dicembre 2019 per conformarsi alla norma generale che garantisce procedure di gara eque [...]".* Gli Stati membri devono gradualmente conformarsi a tale requisito durante il periodo transitorio al fine di evitare una situazione in cui la capacità disponibile sul mercato del trasporto pubblico non permetta agli operatori di reagire in maniera soddisfacente a tutte le procedure di gara avviate alla fine del periodo transitorio". Più che un orientamento interpretativo il rilievo della Commissione appare un ulteriore monito, rivolto ai legislatori degli Stati membri, a favorire nel corso del periodo transitorio un processo graduale di liberalizzazione dei servizi attraverso l'attivazione scaglionata delle procedure di affidamento concorsuale. A tale riguardo appare opportuno rammentare che, a seguito dell'inefficacia delle riforme dei servizi pubblici locali dichiarata dalla Corte costituzionale nel luglio del 2012 (cfr. [Circolare Anav n. 95/2012](#)), l'unica norma nazionale vigente è costituita dall'art. 61 della legge 99/2009, disposizione che consente alle autorità competenti all'aggiudicazione dei contratti di servizio di avvalersi delle previsioni di cui all'art. 8, par. 2, del Regolamento, ciò che comporta, come in più occasioni rilevato e fatta salve diverse normative regionali, la possibilità di mantenere gli affidamenti diretti sino al termine ultimo del 3 dicembre 2019. Volendo aderire al monito della Commissione il legislatore nazionale dovrebbe, quindi, intervenire con una norma che, tenuto conto delle competenze regionali in materia, incentivi l'avvio graduale delle gare per l'affidamento dei servizi già nel corso del periodo transitorio.

L'Ufficio Economico dell'Associazione (Antonello Lucente – [lucente@anav.it](mailto:lucente@anav.it) – tel. 06.487930.08; Giuseppe Alfieri – [alfieri@anav.it](mailto:alfieri@anav.it) – tel. 06487930.18) resta a disposizione per eventuali chiarimenti ulteriori.

Distinti saluti.

IL DIRETTORE GENERALE

Tullio Tulli

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tullio Tulli', written in a cursive style.