

Avvisi di preinformazione e affidamento diretto: il C.d.S. nega il diritto di accesso ai concorrenti.

di Maria Nunzia Natale

Data di pubblicazione: 22-12-2018

Il regolamento CE 1370/2007, all'art. 5, paragrafo 6, prevede espressamente che, salvo che non sia vietato dalla legislazione nazionale (ma non è questo il caso), "le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia ...". A fronte del chiaro dettato normativo non hanno rilievo gli eventuali contrari convincimenti, seppur autorevoli, espressi dalla Commissione europea o da altre autorità del settore. Mentre i "considerando" degli atti normativi eurounitari non hanno valore giuridico vincolante e non possono essere fatti valere per derogare alle disposizioni contenute nell'atto di cui fanno parte (Cons. Stato, Sez. V, 19/11/2018, n. 6534; Corte di Giustizia UE, 19/11/1998, C-162/97). Nel caso di affidamento diretto le informazioni da rendere pubbliche sono quelle e solo quelle specificamente indicate nel comma 3 dell'art. 7, del suddetto regolamento CE n. 1370/2007, per cui l'interesse conoscitivo degli operatori economici del settore deve ritenersi soddisfatto con la pubblicazione delle dette informazioni (Cons. Stato, Sez. V, 24/5/2018, n. 3122).

Guida alla lettura

Nella vicenda oggetto sentenza in commento, la Giunta della Regione Liguria decideva di procedere, per il periodo 2018-2032, all'affidamento diretto del servizio di trasporto ferroviario alla società Trenitalia, dando contestualmente mandato ai competenti uffici regionali di procedere all'assolvimento degli adempimenti previsti dalla normativa statale ed euro-unitaria a tale riguardo e, in particolare, alla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui all'art. 7, par. 2, del reg. CE

23.10.2007 n. 1370, anche “al fine di consentire ad altri operatori la presentazione di eventuali offerte”.

A seguito di tanto, la soc. Arriva Italia Rail s.r.l., anch'essa operante nel settore del trasporto ferroviario,, manifestava il proprio interesse a presentare offerta per l'affidamento del servizio in questione e contestualmente formulava alla medesima amministrazione richiesta d'accesso volta ad ottenere, tra l'altro, l'ostensione di un set informativo di elementi tecnici, gestionali ed economici relativi al servizio da affidare, utili al fine di predisporre una proposta competitiva.

Avverso l'inerzia serbata dall'Amministrazione, la soc. proponeva ricorso al Tar, ricorso che, tuttavia, veniva respinto per genericità della richiesta.

Proposto appello, la soc. Arriva Italia Rail s.r.l. deduceva che il giudice di prime cure avrebbe errato nel ritenere “*generico e comunque né attuale, né concreto*” l'interesse dell'odierna appellante a conoscere dati e informazioni potenzialmente utili alla presentazione di un'offerta, sulla base del presupposto che la Regione non avrebbe inteso indire una procedura competitiva per l'affidamento del servizio di trasporto ferroviario di interesse

regionale.

Ed invero, sia dal regolamento CE n. 1370/2007 (artt. 5 e 7 e “*considerando*” 29 e 30), sia dalla posizione assunta dalla Commissione europea, sia da quella di diverse Autorità del settore, si ricaverebbe che laddove l’amministrazione abbia deciso di dar corso ad un affidamento diretto nel settore dei trasporti ferroviari la stessa debba in ogni caso procedere ad un confronto competitivo tra l’offerta del soggetto a cui ha inteso affidare il servizio e le altre offerte eventualmente pervenute.

Peraltro, come emergerebbe dalla delibera n. 1130/2016, la stessa Regione avrebbe ritenuto di dover “*consentire ad altri operatori economici eventualmente interessati di presentare offerta*”.

Secondo il C.d.S., la doglianza è, tuttavia, infondata.

Ed invero, al di là dell’affermazione da ultimo trascritta, invero poco coerente col restante contenuto della delibera, dal complessivo tenore del deliberato regionale emerge con sufficiente chiarezza come

l’intendimento dell’amministrazione fosse quello di voler affidare, per il periodo 2018/2032, il servizio a Trenitalia in via diretta senza procedere ad alcun confronto competitivo tra

potenziali offerenti.

Tant'è vero che poi nell'avviso di pre-informazione pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2, del regolamento CE n. 1370/2007, non si fa alcun cenno alla possibilità di presentare offerta da parte di altri soggetti eventualmente interessati, mentre si dà atto che l'operatore selezionato è Trenitalia.

Tale *modus agendi* è, del resto, conforme alla normativa di cui al citato regolamento CE 1370/2007.

Quest'ultimo all'art. 5, paragrafo 6, prevede espressamente che salvo che non sia vietato dalla legislazione nazionale (ma non è questo il caso), *“le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia ...”*.

A fronte del chiaro dettato normativo non hanno rilievo gli eventuali contrari convincimenti, seppur autorevoli, espressi dalla Commissione europea o da altre autorità del settore.

Mentre i *“considerando”* degli atti normativi euro-unitari non hanno valore giuridico vincolante e non possono essere fatti valere per derogare alle disposizioni contenute nell'atto di cui fanno parte

(Cons. Stato, Sez. V, 19/11/2018, n. 6534; Corte di Giustizia UE, 19/11/1998, C-162/97).

Nel caso di affidamento diretto le informazioni da rendere pubbliche sono quelle e solo quelle specificamente indicate nel comma 3 dell'art. 7, del suddetto regolamento CE n. 1370/2007, per cui l'interesse conoscitivo degli operatori economici del settore deve ritenersi soddisfatto con la pubblicazione delle dette informazioni (Cons. Stato, Sez. V, 24/5/2018, n. 3122).

Da quanto sopra discende che correttamente il Tribunale ha negato l'accesso ai dati richiesti dall'odierna appellante, tenuto conto che, una volta appurato che nella fattispecie non vi erano spazi per una procedura comparativa, la richiedente non poteva vantare alcun interesse ad ottenere informazioni dichiaratamente finalizzate a consentire la formulazione di un'offerta competitiva.

Ed invero, ai sensi dell'art 22, comma 1, lett. b), della L. 7/8/1990, 241, hanno titolo a richiedere l'accesso coloro che possano vantare un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l'ostensione (Cons. Stato, Sez. V, 27/6/2018, n. 3953).

Nella specie un interesse del genere, giusta quanto più sopra rilevato, non sussiste.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1530 del 2018, proposto da Arriva Italia Rail s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Tassan Mazzocco e Angelo Piazza, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, piazza di San Bernardo, n. 101;

contro

Regione Liguria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michela Sommariva, Barbara Baroli, e Gabriele Pafundi, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'ultimo, in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

nei confronti

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00831/2017, resa tra le parti, concernente l'accesso agli atti di cui all'istanza in data 5/06/2017 prot. n. 2017/147.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria e di Trenitalia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Danilo Tassan Mazzocco, Gabriele Pafundi e Luisa Torchia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In forza di apposito contratto stipulato con la Regione Liguria in data 10/3/2010 Trenitalia s.p.a. ha gestito il servizio di trasporto ferroviario di interesse regionale e locale per gli anni 2009 – 2014.

La gestione del servizio è tuttavia proseguita sino a quando, con delibera 6/12/2016, n. 1130, la Giunta regionale della Liguria ha, tra l'altro, stabilito:

a) in relazione all'arco temporale 2015 – 2017, di approvare lo schema di rinnovo del contratto di servizio per il trasporto ferroviario di interesse regionale e locale tra Trenitalia e Regione Liguria;

b) quanto al periodo 2018/2032 di approvare lo schema del Protocollo di intesa concernente gli impegni reciproci assunti da Regione e Trenitalia a valere sul contratto di servizio da stipularsi a decorrere dal 1 gennaio 2018, dando contestualmente mandato ai competenti uffici regionali di procedere all'assolvimento degli adempimenti previsti dalla normativa statale e eurounitaria per l'affidamento diretto a Trenitalia del detto contratto e, in particolare, alla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui all'art. 7, paragrafo 2, del reg. CE 23/10/2007 n.1370, anche *“al fine di consentire ad altri operatori la presentazione di eventuali offerte”*.

Con avviso di pre-informazione n. 455428-2016, pubblicato in data 23/12/2016, la Regione ha, quindi, reso nota la propria intenzione di procedere, ex art. 5, par 6, del citato regolamento, all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario di propria competenza, in favore di Trenitalia per il periodo 2018/2032.

Arriva Italia Rail s.r.l. (d'ora in poi solo Arriva Italia), impresa operante nel settore del trasporto ferroviario, con istanza del 26/1/2017, ha manifestato alla Regione il proprio interesse a presentare offerta per l'affidamento del servizio e ha contestualmente formulato alla medesima amministrazione richiesta d'accesso volta ad ottenere, tra l'altro, l'ostensione di un set informativo di elementi tecnici, gestionali ed economici relativi al servizio da affidare utili al fine di predisporre una proposta competitiva.

Contro l'inerzia serbata dall'amministrazione nel rispondere, Arriva Italia ha proposto istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. al T.A.R. Liguria, il quale l'ha respinta per genericità della richiesta.

Arriva Italia, con istanza datata 5/6/2017, ha, quindi, formulato nuova e più dettagliata domanda di accesso che l'amministrazione regionale non ha accolto (provvedimento 7/7/2017 n. 96/2017/238523).

Contro l'atto di diniego Arriva Italia ha proposto ricorso al medesimo Tribunale, il quale, con sentenza 14/11/2017, n. 831, lo ha respinto.

Avverso la sentenza Arriva Italia ha proposto appello.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio la Regione Liguria e Trenitalia.

Con successive memorie le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla camera di consiglio del 29/11/2018 la causa è passata in decisione.

Può prescindersi dall'esame delle eccezioni di rito prospettate dalle appellate non potendo comunque il ricorso essere accolto.

Col primo motivo si deduce che il giudice di prime cure avrebbe errato a ritenere "*generico e comunque né attuale, né concreto*" l'interesse dell'odierna appellante a conoscere dati e informazioni potenzialmente utili alla presentazione di un'offerta, sulla base del presupposto che la Regione non avrebbe inteso indire una procedura competitiva per l'affidamento del servizio di trasporto ferroviario di interesse regionale.

Ed invero, sia dal regolamento CE n. 1370/2007 (artt. 5 e 7 e "*considerando*" 29 e 30), sia dalla posizione assunta dalla Commissione europea, sia da quella di diverse Autorità del settore, si ricaverebbe che laddove l'amministrazione abbia deciso di dar corso ad un affidamento diretto nel settore dei trasporti ferroviari la stessa debba in ogni caso procedere ad un confronto competitivo tra l'offerta del soggetto a cui ha inteso affidare il servizio e le altre offerte eventualmente pervenute.

Peraltro, come emergerebbe dalla delibera n. 1130/2016, la stessa Regione avrebbe ritenuto di dover "*consentire ad altri operatori economici eventualmente interessati di presentare offerta*".

La doglianza è infondata.

Ed invero, al di là dell'affermazione da ultimo trascritta, invero poco coerente col restante contenuto della delibera, dal complessivo tenore del deliberato regionale emerge con sufficiente chiarezza come l'intendimento dell'amministrazione fosse quello di voler affidare, per il periodo 2018/2032, il servizio a Trenitalia in via diretta senza procedere ad alcun confronto competitivo tra potenziali offerenti.

Tant'è vero che poi nell'avviso di pre-informazione pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2, del regolamento CE n. 1370/207, non si fa alcun cenno alla possibilità di presentare offerta da parte di altri soggetti eventualmente interessati, mentre si dà

atto che l'operatore selezionato è Trenitalia.

Tale *modus agendi* è, del resto, conforme alla normativa di cui al citato regolamento CE 1370/2007.

Quest'ultimo all'art. 5, paragrafo 6, prevede espressamente che salvo che non sia vietato dalla legislazione nazionale (ma non è questo il caso), *“le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia ...”*.

A fronte del chiaro dettato normativo non hanno rilievo gli eventuali contrari convincimenti, seppur autorevoli, espressi dalla Commissione europea o da altre autorità del settore.

Mentre i *“considerando”* degli atti normativi eurounitari non hanno valore giuridico vincolante e non possono essere fatti valere per derogare alle disposizioni contenute nell'atto di cui fanno parte (Cons. Stato, Sez. V, 19/11/2018, n. 6534; Corte di Giustizia UE, 19/11/1998, C-162/97).

Nel caso di affidamento diretto le informazioni da rendere pubbliche sono quelle e solo quelle specificamente indicate nel comma 3 dell'art. 7, del suddetto regolamento CE n. 1370/2007, per cui l'interesse conoscitivo degli operatori economici del settore deve ritenersi soddisfatto con la pubblicazione delle dette informazioni (Cons. Stato, Sez. V, 24/5/2018, n. 3122).

Da quanto sopra discende che correttamente il Tribunale ha negato l'accesso ai dati richiesti dall'odierna appellante, tenuto conto che una volta appurato che nella fattispecie non vi erano spazi per una procedura comparativa, la richiedente non poteva vantare alcun interesse ad ottenere informazioni dichiaratamente finalizzate a consentire la formulazione di un'offerta competitiva.

Ed invero, ai sensi dell'art 22, comma 1, lett. b), della L. 7/8/1990, 241, hanno titolo a richiedere l'accesso coloro che possano vantare un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l'ostensione (Cons. Stato, Sez. V, 27/6/2018, n. 3953).

Nella specie un interesse del genere, giusta quanto più sopra rilevato, non sussiste.

La reiezione del motivo sopra esaminato rende superflua la trattazione dell'ulteriore mezzo di gravame, reggendosi comunque la sentenza sulla parte della motivazione ritenuta esente da vizi.

Il ricorso va, pertanto, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.