

Allegato B alla delibera n. 49 del 17 giugno 2015

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici

INDICE

Introduzione	3
Titolo I – Bando di gara	5
Capo I: Misure regolatorie in materia di beni strumentali per l’effettuazione del servizio di trasporto pubblico locale e di personale propedeutiche alla redazione dei bandi di gara	5
Misure 1 e 2 – Beni strumentali per l’effettuazione del servizio e beni essenziali, indispensabili e commerciali	5
Misura 3 - Assegnazione dei beni essenziali e indispensabili	11
Misura 4 - Azioni in capo agli enti affidanti per favorire l’acquisizione o la messa a disposizione di beni strumentali per l’effettuazione del servizio, nonché di impianti e aree attrezzate per interventi infrastrutturali	15
Misura 5 - Criteri per la determinazione del valore del subentro	17
Misura 6 - I criteri per la determinazione dei canoni di locazione	21
Misura 7- Individuazione dei tempi necessari per l’acquisizione del materiale rotabile	22
Misura 8 – Trasferimento del personale	25
Capo II - Equa e non discriminatoria partecipazione alle gare.....	31
Misura 9 - Informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara (Prospetto n. 1).....	31
Misura 10 - Requisiti di partecipazione	37
Misura 11 – Criteri di aggiudicazione	40
Capo III - Piano economico-finanziario, incentivazione nel caso di affidamenti con procedure non competitive e termini per la presentazione offerte	43
Misura 12 - Criteri per la redazione del piano economico-finanziario simulato da parte dell’ente affidante (Prospetti n. 2 e n. 3).....	43
Misura 13 - Criteri per il calcolo delle compensazioni per gli affidamenti <i>in house</i> o diretti (Prospetto n. 4)	45
Misura 14: Misure di incentivazione nel caso di affidamenti con procedure non competitive	46
Misura 15 - Criteri per la redazione del piano economico-finanziario da parte dei concorrenti	47
Misura 16 – Termine per la presentazione delle offerte.....	48
Titolo II - Schema delle convenzioni	50
Capo I - Criteri pro-concorrenziali per la definizione della disciplina contrattuale	50
Misura 17 – Contenuto minimo delle convenzioni (Prospetto n. 5)	50
Misura 18 – Durata e proroga dei contratti di servizio	54
Misura 19 - Criteri di aggiornamento delle tariffe e dei corrispettivi e misure di promozione dell’efficienza	57
Misura 20 – Modifiche contrattuali.....	61
Titolo III – Criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.....	64
Capo I - Trasparenza e prevenzione dei conflitti di interesse	64
Misura 21 – Criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici.....	64

Introduzione

Con Delibera n. 46 del 19 giugno 2014 è stato avviato un procedimento per l'adozione delle prime misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera f) del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, istitutivo dell'Autorità, nonché nell'esercizio delle ulteriori competenze di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, per gli aspetti ad esse connessi. Con la medesima Delibera è stato pubblicato un documento di consultazione (Allegato A alla Delibera) sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale. Anche sulla base di quanto emerso dall'analisi dei contributi pervenuti nell'ambito della consultazione sulle questioni regolatorie, l'Autorità, con Delibera n. 26 del 12 marzo 2015, ha approvato uno schema di atto di regolazione, sul quale ha invitato i soggetti interessati a formulare osservazioni e richiesto il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito: "AGCM") e dell'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito: "ANAC"). Il procedimento si è concluso con la delibera n. 49 del 17 giugno 2015, di cui il presente allegato costituisce parte integrante.

Questa Relazione reca gli esiti dell'attività condotta in fase istruttoria e le valutazioni dell'Autorità poste a fondamento delle misure approvate con la Delibera n. 49/2015. Nello specifico, per ciascuna misura, oltre all'illustrazione della relativa motivazione, sono evidenziate le modifiche apportate al testo posto in consultazione in esito all'esame dei contributi. Le misure forniscono agli enti affidanti i criteri per le attività da svolgere per gli affidamenti di servizi di trasporto pubblico locale successivamente alla loro entrata in vigore. Esse individuano, pertanto, la "cornice di regolazione" all'interno della quale i predetti enti territoriali esercitano le competenze attribuite dalla Costituzione in materia, così come sancito dalla Corte costituzionale con sentenza dell'11 marzo 2013, n. 41. A quest'ultimo riguardo, un'associazione di soggetti pubblici che ha partecipato alla consultazione sullo schema di atto di regolazione, ha suggerito di chiarire quale sia il rapporto che intercorre fra le misure e le eventuali disposizioni di legge adottate dalle Regioni su fattispecie pure oggetto del provvedimento dell'Autorità. Sul punto l'Autorità – nel rispetto del riparto di competenze indicato nella menzionata sentenza della Corte costituzionale – ritiene necessario che le Regioni assumano ogni iniziativa idonea ad assicurare la piena implementazione della predetta cornice regolatoria.

In ordine al perimetro applicativo delle misure, anche in relazione a quanto segnalato dall'ANAC nel menzionato parere, esse dettano la disciplina uniforme di aspetti regolatori delle procedure di gara bandite dai competenti enti territoriali (o dagli enti delegati) per l'affidamento in esclusiva del servizio di trasporto pubblico di passeggeri di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 (di seguito: "decreto legislativo n. 422/1997") e al regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 (di seguito: "regolamento (CE) n. 1370/2007"), ossia svolti su strada e per ferrovia. Quest'ultimo costituisce un *corpus* di norme speciali sia rispetto alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, concernenti gli appalti di servizi, sia rispetto alla direttiva 2014/23/UE, sulle concessioni di servizi¹. Rimane, invece, nell'ambito della discrezionalità degli enti territoriali la scelta di estendere anche agli altri modi del trasporto pubblico locale i principi dettati dalle citate misure, in quanto compatibili e nel rispetto della normativa settoriale di riferimento (europea, nazionale e regionale)². Alcune misure riguardano anche i contratti di servizio pur sempre ricadenti in siffatto perimetro ma aggiudicati con modalità differenti dalla gara (*in house providing*, affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata con selezione del socio privato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e

¹ Cfr. Commissione europea, Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007, 2014/C 92/01, pubblicata su Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 29 marzo 2014, punto 2.1.1.

² A tal riguardo, si richiama l'art. 1, paragrafo 2, del menzionato atto comunitario, secondo cui "Il presente regolamento si applica all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada (...), rimanendo, tuttavia, in capo agli Stati membri la scelta in ordine all'applicazione del medesimo atto "anche al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e in acque marine nazionali (...)".

affidamento diretto nei casi ammessi dall'ordinamento). Parimenti le misure in parola trovano applicazione in occasione della revisione dei contratti di servizio in essere. L'Autorità verificherà l'impatto delle misure regolatorie dopo un periodo di osservazione di trentasei mesi tramite l'attività di monitoraggio dei nuovi affidamenti e dei contratti di servizio oggetto di revisione.

Il quadro regolatorio sarà completato con l'avvio di specifici procedimenti per l'esercizio delle competenze dell'Autorità in materia di cabotaggio marittimo, di condizioni minime di qualità dei servizi gravati da obbligo di servizio pubblico, di definizione dei criteri per la fissazione delle tariffe da parte dei soggetti competenti, di determinazione dei criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e di imposizione, se necessario per garantire la concorrenza, della separazione contabile e societaria delle imprese integrate. Inoltre, anche alla luce degli elementi acquisiti nel corso dell'attività istruttoria, la Delibera n. 49/2015 di approvazione delle misure avvia un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento con riferimento al trasporto per ferrovia e su strada. Tale procedimento - già prospettato in occasione dell'avvio della consultazione sullo schema di provvedimento oggi adottato - rileverà anche ai fini della determinazione e del dimensionamento dei lotti di gara: aspetto centrale per la maggiore contendibilità delle gare, come osservato dall'AGCM nel parere rilasciato all'Autorità.

Titolo I – Bando di gara

Capo I: Misure regolatorie in materia di beni strumentali per l’effettuazione del servizio di trasporto pubblico locale e di personale propedeutiche alla redazione dei bandi di gara

Misure 1 e 2 – Beni strumentali per l’effettuazione del servizio e beni essenziali, indispensabili e commerciali

Descrizione delle misure sottoposte a consultazione

L’articolo 18, comma 2, lettera a), ultimo paragrafo, del decreto legislativo n. 422/1997 afferma il principio che *“il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per l’effettuazione del servizio, non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti”*³. A livello applicativo permangono dubbi, tuttavia, circa sia la tipologia di beni strumentali da considerare per valutarne, in un momento logico successivo, la natura “essenziale”, sia le modalità con le quali rendere disponibili gli asset e il regime di accesso effettivamente applicabile. Le stesse caratteristiche di essenzialità richiedono di essere precisamente circostanziate e chiarite a fini applicativi, anche per scongiurare difformità nelle interpretazioni tra i diversi enti affidanti suscettibili di non favorire lo sviluppo di un mercato nazionale dove tutti gli operatori possano competere alle stesse condizioni. Si è così stabilito - alla misura 1 - che siano gli enti affidanti stessi a individuare l’elenco dei beni strumentali per l’effettuazione del servizio. Sarebbe, infatti, oltremodo difficile decidere a priori la funzionalità tecnica di un bene senza aver prima definito l’oggetto di gara, sia in relazione alle modalità di trasporto che alle attività incluse (servizio, gestione delle infrastrutture, ecc.), oltre che all’assetto della rete e alle caratteristiche del materiale rotabile richiesto e dei pertinenti impianti e infrastrutture.

Allo stesso tempo, si è ritenuto utile fornire un primo elenco di beni strumentali all’effettuazione del servizio per le modalità di trasporto pubblico locale su strada e per ferrovia, classificati in quattro tipologie di tipo tecnico-funzionale, fermo restando che dovranno essere in ogni caso gli enti affidanti a verificare negli specifici contesti di gara la funzionalità della predetta classificazione, con la facoltà di sua integrazione o adattamento, considerando sia altre specifiche modalità, come ad esempio i servizi di navigazione urbana e lagunare o i sistemi a fune, sia altre tipologie di beni, non esplicitamente ricomprese. Si segnala infine che i beni elencati al punto 2.a) afferenti al servizio ferroviario corrispondono, per quanto di pertinenza al servizio di trasporto passeggeri (escluso, pertanto, il trasporto di merci e il trasporto su treni ad alta velocità), a quelli di cui all’articolo 13 del decreto di recepimento della direttiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012 (di seguito: “Direttiva Recast”) approvato, in via definitiva, dal Consiglio dei Ministri in data 11 giugno 2015 e in corso di pubblicazione (di seguito: decreto legislativo di recepimento della direttiva Recast).

Allo scopo di valutare il regime di messa in disponibilità dei beni strumentali all’effettuazione del servizio, si è ritenuto opportuno porre in consultazione i criteri che qualificano gli stessi beni come essenziali, in quanto riconducibili al concetto di derivazione antitrust delle cd. *“essential facilities”*, alla luce di diversi pareri rilasciati dall’AGCM⁴.

³ Con particolare riferimento al settore del trasporto ferroviario regionale, anche il decreto istitutivo dell’Autorità (decreto legge n. 201/2011) all’articolo 37, comma 2, lettera f) attribuisce alla medesima la funzione di verificare che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l’accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificamente che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti.

⁴ Segnalazione AS262 - Reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l’espletamento delle gare per l’aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale, Boll. AGCM n. 26/2003, Segnalazione AS 658 - Regione Piemonte - gare per

Un bene si dice essenziale, seguendo l'analisi delle *essential facilities*, quando le seguenti quattro condizioni sono presenti cumulativamente: a) condivisibilità; b) non sostituibilità; c) non duplicabilità e d) posizione di dominanza da parte del soggetto titolare del bene.

Identificazione dei beni “essenziali” e dei beni “indispensabili”

Nel caso della “condivisibilità”, occorre riferirsi alla possibilità tecnica, organizzativa e commerciale che più operatori utilizzino contestualmente (contemporaneamente o cumulativamente) il bene. Si può parlare, in proposito, di assenza di “rivalità” nell’uso o nel consumo che è invece una caratteristica distintiva dei beni commerciali. In caso di *condivisibilità tecnica*, la fruizione del bene da parte di più soggetti non diminuisce la quantità disponibile per ciascuno in virtù di caratteristiche tecniche, operative o organizzative del bene (assenza di rivalità), se non in condizioni di congestione; (b) la *condivisibilità economica* o commerciale identifica una situazione nella quale la fruizione del bene da parte di più soggetti non diminuisce i guadagni attesi dalla fruizione dell’*asset* stesso ovvero non limita le possibilità di sfruttamento commerciale del bene stesso (profitabilità).

La “non condivisibilità” di un bene si riferisce ai casi in cui non si verificano le condizioni di cui sopra, ovvero il bene è suscettibile di un uso o consumo “rivale” o “concorrente”.

In relazione alla caratteristica di uso contestuale nello stesso tempo o nello stesso spazio, va considerato come la “non condivisibilità”/“condivisibilità” possa anche non costituire un connotato statico e permanente del bene ma essere “parziale” o “temporale”: in tali casi si potrebbero individuare soluzioni per rendere possibile l’utilizzo del bene a soggetti diversi contestualmente o in tempi diversi, attraverso accorgimenti organizzativi che, ad esempio, raggruppino nello stesso spazio attività omogenee per diversi lotti o che destinino gli spazi a diversi usi e soggetti, ma in orari o periodi dell’anno diversi. Tali soluzioni sono teoricamente percorribili nel caso di impianti e immobili, ma non nel caso del materiale rotabile che, sul servizio cui è destinato, ammette solo un uso esclusivo e concorrente. Nella misura in cui soluzioni per consentire l’uso condiviso siano fattibili tecnicamente e organizzativamente, deve esserne valutato il costo in termini di maggiori costi e di lucro cessante per il titolare del bene stesso.

La “essenzialità - non sostituibilità” è la situazione in cui l’*asset* è: (a) necessario allo svolgimento del servizio e (b) non intercambiabile agevolmente, realmente o potenzialmente, con altri *asset* per l’effettuazione dello stesso servizio; il grado di sostituibilità dello stesso va dimostrato con riferimento a caratteri fisici, tecnici e commerciali rispetto ai quali il mercato non offra, in un ragionevole periodo di tempo, alternative equivalenti. Nei termini del predetto decreto di recepimento della Direttiva Recast, non esistono alternative valide a condizioni economicamente accettabili.

Una volta qualificato un bene come non sostituibile, si procede ad individuare l’esistenza di “non duplicabilità”, da valutare in termini prettamente economici come non replicabilità a costi parimenti efficienti (da parte di un’impresa mediamente efficiente) ovvero “socialmente sostenibili”(per l’intervallo di produzione considerato, il costo unitario è il più basso possibile), di cui alla già citata segnalazione dell’AGCM 262/2003; in altri termini, affinché un bene sia considerato non duplicabile, non devono esistere alternative valide da un punto di vista tecnico-funzionale sostenibili economicamente da un operatore efficiente (o “rappresentativo”) diverso dal proprietario sia in quanto sussistano condizioni di sub-additività dei costi, sia in quanto i costi o i tempi di duplicazione per un’impresa rappresentativa non siano sostenibili per operare in condizioni di efficienza, anche considerando i costi ambientali della duplicazione.

Con riferimento ai tempi, si intende, così come precisato dall’AGCM, nel citato Parere, che alcuni beni possono assumere un carattere di essenzialità anche temporaneamente, in quanto non immediatamente duplicabili in relazione all’orizzonte temporale previsto dallo specifico bando di gara per l’avvio del servizio e/o del contesto in cui si svolge la gara. Questo può essere il caso, ad esempio, del materiale rotabile (di norma duplicabile), qualora un bando preveda la disponibilità in tempi brevi di molti treni con caratteristiche analoghe a quelle dei treni usati dal gestore incumbent; tale situazione potrebbe verificarsi anche laddove per espletare il servizio fosse necessaria una determinata area di manutenzione o di deposito. Anch’essa duplicabile a costi ragionevoli in un sito alternativo e con caratteristiche analoghe a

l’affidamento di servizi ferroviari regionali del 3 febbraio 2010, Boll. AGCM 3/2010, e Segnalazione AS 1117- Regione Umbria - Bandi di gara per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico di interesse regionale e locale, dell’11 marzo 2014, Boll. AGCM 13/2014.

quelle del sito a disposizione del gestore corrente, ma in tempi non pienamente coerenti con quelli previsti dalla gara (ad esempio, se l'avvio del servizio fosse previsto due mesi dall'aggiudicazione ma per costruire la nuova area fossero necessari 10 mesi).

Nel caso in cui la verifica di non sostituibilità riguardi i beni immobili, l'assenza di alternative valide va valutata con riferimento a elementi oggettivi, quali accessibilità, centralità, costo dei beni riferiti al nuovo assetto della rete e del servizio disegnato in sede di gara.

Per quanto invece riguarda il materiale rotabile, le condizioni di non sostituibilità devono essere accertate concretamente nelle diverse situazioni di gara, considerando anche le caratteristiche funzionali degli stessi beni rispetto alle caratteristiche territoriali e organizzative del servizio oggetto di gara, i livelli prestazionali richiesti nel bando di gara, i tempi di approvvigionamento dal momento dell'aggiudicazione a quello di avvio del nuovo servizio oggetto di gara e la durata della vita utile residua dei beni (punto 5).

Infine, la "dominanza", correlata alle tre condizioni precedenti, deve essere verificata sui mercati in cui l'impresa titolare è attiva e non esclusivamente su quella del bene interessato rispetto a un parametro indicativo di un effettivo controllo sull'asset, come può essere ma non esclusivamente la quota di mercato.

In relazione al ricorrere cumulativo o meno delle condizioni prima individuate è stata pertanto proposta a fini operativi la seguente tripartizione dei beni (punti 3 e 4):

1. beni essenziali
2. beni indispensabili e
3. beni commerciali.

Come definito nella misura 2, punto 1, sono beni essenziali quelli per i quali ricorrono cumulativamente le condizioni di condivisibilità, non sostituibilità, non duplicabilità a costi socialmente sostenibili e dominanza. Sono invece beni indispensabili, come previsto nella misura 2, punto 2 i beni per i quali sono verificate cumulativamente le condizioni di non sostituibilità e di non duplicabilità o non replicabilità e dominanza, ma non quella di condivisibilità in quanto per i beni si configura un uso "rivale" o "concorrente", sia per caratteristiche tecniche, intrinseche del bene, sia per sue modalità di uso o fruizione. La dominanza per entrambi le categorie è sempre verificata con riferimento ai mercati in cui l'impresa è attiva in quanto i gestori *incumbent* ne hanno il monopolio. Con riguardo al mercato del bene interessato, invece, l'offerta degli stessi beni, soprattutto nel caso di officine di manutenzione o di immobili, potrebbe essere rappresentata da imprese che operano in un mercato terzo rispetto a quello del trasporto pubblico locale, non configurando pertanto una situazione di dominanza.

I beni commerciali sono invece quelli per i quali si configura un uso "rivale" o "concorrente" e sono sempre reperibili sui mercati in quanto duplicabili a costi (prezzi) sostenibili.

Beni essenziali e beni indispensabili sono categorie non ontologicamente diverse, che differiscono solo in ragione della diversa intensità del carattere di condivisibilità, ma entrambe condividono la condizione di "essenzialità - non sostituibilità", in quanto non esistono alternative valide a condizioni economicamente accettabili. Chiarite meglio le diverse nozioni, ne discende che, per grandi linee, sono da ritenersi comprese nella nozione di *essential facilities* tipicamente le reti, mentre il materiale rotabile su gomma e su ferro è da considerarsi, di norma, duplicabile a condizioni economiche sostenibili o accettabili, anche se possono sussistere condizioni, relativamente ai tempi di approvvigionamento o alle caratteristiche funzionali dei beni, peraltro più ricorrenti nel settore ferroviario, tali da giustificare la sua qualificazione, nei predetti casi, come bene indispensabile (in relazione all'uso esclusivo e non condiviso che esso consente) e di cui, quindi, deve essere assicurata la disponibilità. Di qui l'opportunità della consultazione di cui al punto 6, della Misura 2, che costituisce la sede per verificare, ove non esistano alternative valide all'utilizzo dei beni del gestore uscente, le soluzioni tecniche per verificare e accomodare le esigenze rivali, qualora il bene presenti un'utilità o sia ancora funzionale al titolare.

La corretta qualificazione dei beni nelle tre diverse tipologie proposte della essenzialità, indispensabilità e commerciabilità definisce conseguentemente anche il regime di loro uso e/o acquisizione. Se per i beni essenziali il tema dell'accesso si pone principalmente in termini di utilizzo, a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie a tutti i soggetti che ne facciano richiesta (regime del *third party access*), sussistendo limiti solo in caso di congestione, per i beni indispensabili l'accesso è a titolo esclusivo da parte di un unico operatore, pur potendosi individuare soluzioni tecniche e organizzative, ma per loro natura onerose, tali da permettere l'accesso anche a terzi a condizioni sempre eque, trasparenti e non discriminatorie.

Accanto ai criteri operativi di riferimento per la classificazione dei beni, la misura 2 prevede anche, secondo un criterio di razionalità procedurale, una apposita consultazione dei soggetti portatori di interesse o *stakeholder*, da avviare prima o in concomitanza con la pubblicazione dell'avviso di cui all'articolo 7 del Regolamento (CE) n. 1370/2007 e da concludere entro sessanta giorni o, comunque, in tempo utile per la pubblicazione del bando di gara.

Lo svolgimento della consultazione con le parti interessate consente all'ente affidante di disporre di tutte le informazioni e gli elementi tecnici per procedere all'identificazione dei beni strumentali all'effettuazione del servizio e alla loro successiva qualificazione nelle tre categorie individuate nella misura 2 e, in particolare, all'esatta perimetrazione di quelli indispensabili, così riducendosi il rischio di contenzioso nelle procedure di gara. Le determinazioni dell'ente, corredate dalle osservazioni pervenute nel corso della consultazione, dovranno essere allegate ai documenti di gara (misura 3, punto 8).

Oltre che sulla identificazione e qualificazione dei beni strumentali, lo strumento consultivo può essere utilizzato dagli enti affidanti per definire altri aspetti del disegno di gara, prima che questo venga approvato nei dettagli, sia ancora con riferimento ai beni, relativamente ai criteri di subentro o al personale da trasferire in quanto allocato agli stessi beni, come meglio precisato rispettivamente nelle misure 5 e 8, sia con riferimento al peso da assegnare a diversi fattori di offerta nell'aggiudicazione o ai contenuti della convenzione o contratto di servizio (misure 11 e 17).

Per le prime gare (successive all'emanazione dell'atto di regolazione di cui alla presente delibera), ove il contratto di servizio con il gestore uscente o atto normativo pertinente non preveda il trasferimento di beni, la consultazione può essere la sede per individuare consensualmente ipotesi di messa a disposizione per la gara in corso di avvio laddove ricorrano caratteri di indispensabilità dei beni, da verificare in contraddittorio tra le parti, tra il gestore uscente e altri potenziali concorrenti. Ove il progetto di gara preveda la costruzione di apposite infrastrutture in aree attrezzate, essa potrà coinvolgere gli enti locali titolari delle politiche urbanistiche e territoriali e i titolari di diritti di proprietà o uso dei beni, al fine di verificare l'effettiva disponibilità delle stesse aree, libere da eventuali vincoli urbanistici. Resta ferma la facoltà degli enti affidanti di estendere l'oggetto della consultazione ad altri aspetti del servizio, oltre quelli menzionati e di coinvolgere altri soggetti interessati, quali, a titolo semplificato e non esaustivo, i viaggiatori e/o le loro associazioni e i fornitori di materiale rotabile.

Degli esiti della consultazione è previsto sia data informazione in una apposita relazione illustrativa che dia conto anche dei soggetti consultati e delle modalità adottate, con particolare riferimento a quelle modalità con le quali è stata verificata la condizione di non duplicabilità dei beni a prezzi o costi socialmente sostenibili (punto 7).

Si è inoltre ritenuto di recepire in questa misura, al punto 7, le osservazioni formulate nel suo parere dall'ANAC in merito all'analoga procedura di consultazione prevista al punto 2 della misura 9. L'ANAC, unitamente a qualche operatore, ha segnalato la necessità che le procedure di consultazione debbano garantire la massima partecipazione e la pubblicità delle osservazioni pervenute. Tale consultazione, che può portare al coinvolgimento degli stessi concorrenti, non deve avere l'effetto di falsare la concorrenza o comportare la violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza. L'ANAC suggerisce di integrare la misura in esame con un richiamo ai principi di cui agli artt. 40 e 41 della direttiva 2014/24/UE. In proposito si richiama la Comunicazione della Commissione europea che segnala agli Stati membri di applicare nella conduzione delle gare regole procedurali più dettagliate previste dalle direttive sugli appalti e sulle concessioni⁵.

Alla luce di quanto precede, l'Autorità ritiene di accogliere tali osservazioni e di integrare la misura con un esplicito richiamo all'obbligo per l'ente affidante di svolgere le consultazioni, nei casi previsti dalle misure oggetto di questo provvedimento, nel rispetto del principio di concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza. Inoltre nei casi in cui un candidato o un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o ad un offerente abbia partecipato alla procedura di consultazione, l'ente affidante deve adottare tutte le

⁵ Comunicazione della Commissione europea, punto 2.3.2 "Benché non sia un requisito obbligatorio, gli Stati membri possono applicare le regole procedurali più dettagliate della legislazione dell'UE in materia di appalti pubblici, quali la direttiva 2014/24/UE e la direttiva 2014/25/UE o la direttiva 2014/23/UE relativa alle concessioni".

misure necessarie al fine di garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente.

La previsione della consultazione ha preso spunto da suggerimenti di alcune associazioni di imprese e imprese, ancorché le stesse proponessero di limitarla al confronto tra gestore e concorrenti o tra ente affidante e gestori *incumbent*.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Le osservazioni alla misura 1 sono state rivolte, in generale, a rendere maggiormente precise ed esaustive le definizioni fornite, al fine di comprendere, ad esempio anche le autostazioni, le filovie, i ricambi di prima scorta tecnici e i servizi elencati all'articolo 13 e relativo Allegato II della direttiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012 (di seguito: "Direttiva Recast"), prima non ricompresi, a variare alcune denominazioni o a qualificare meglio i "sistemi tecnologici di controllo" di cui alla lettera a). In relazione alla loro generale pertinenza dal punto di vista tecnico, le indicazioni sono state tutte integrate nel nuovo testo della misura, al fine di rendere il contenuto più preciso ancorché l'elenco sia fornito in forma esemplificativa.

Con riferimento alla misura 2, pressoché unanimemente i partecipanti hanno condiviso il riferimento ai criteri operativi di identificazione della essenzialità dei beni come distinta dalla loro indispensabilità, carattere questo ritenuto di specifica pregnanza per discriminare tra le casistiche che ricorrono nel settore del trasporto pubblico locale. Allo stesso tempo, le osservazioni dei partecipanti hanno più volte richiamato la necessità di rendere più specifico e dettagliato il contenuto dei criteri enunciati e, in particolare, in quelle di "condivisibilità/non condivisibilità", "non-sostituibilità" e "dominanza" (un operatore e il Coordinamento delle regioni e delle province autonome), mentre un'associazione di categoria chiede "esemplificazioni", al fine di evitare possibili ambiguità interpretative, tema sollevato anche da alcune singole imprese. Un'impresa ferroviaria raccomanda di evitare di lasciare un'eccessiva discrezionalità agli enti affidanti nella determinazione della natura dei beni strumentali, cui potrebbe conseguire l'applicazione di un regime differenziato nei diversi bacini posti a gara. Il predetto Coordinamento delle regioni e province autonome chiede, inoltre, una migliore esplicitazione dei criteri di "non duplicabilità a costi socialmente sostenibili" e per la verifica dell'indispensabilità del materiale rotabile. L'AGCM, nel citato parere, è intervenuta sulle definizioni proposte, evidenziando alcuni profili di criticità connessi con la tripartizione dei beni strumentali e con la non sufficiente considerazione della dimensione temporale nelle gare.

Con riguardo al primo profilo di criticità, si ritiene che le esemplificazioni e le precisazioni contenute nella precedente sezione di questa Relazione possano contribuire a rendere più comprensibile la distinzione – che ha precipuamente una finalità operativa - dei beni in essenziali e indispensabili, in particolare, esigenza manifestata anche da alcuni dei soggetti consultati, mentre si è modificata la formulazione della misura 2, punto 2 posta in consultazione, inserendo un punto 3 che riprende testualmente quanto affermato dall'AGCM in merito al fatto che per tali beni, in relazione in particolare alla sussistenza della condizione di "non duplicabilità a costi socialmente sostenibili", debbano essere fornite garanzie sulla piena disponibilità sin dal momento in cui inizia l'affidamento e poi assicurare il subentro del nuovo operatore, così come peraltro previsto alla misura 3.

Allo stesso tempo, nel testo di cui alla sezione precedente di questa Relazione, ove sono descritti in maniera "operativa" i criteri distintivi dei beni essenziali, indispensabili e commerciali, sono state integrate le considerazioni del parere AGCM in merito alla dimensione temporale della non replicabilità a costi socialmente sostenibili.

Un altro gruppo di osservazioni dei soggetti consultati si è soffermato in forma interrogativa sul significato e i soggetti da coinvolgere nella prevista procedura di consultazione di cui al punto 2, punto 6. Il riferimento ai "portatori di interesse", si richiede venga precisato (Coordinamento delle regioni e delle province autonome e altri soggetti istituzionali), mentre una associazione degli operatori propone una sua riqualificazione a "contraddittorio con il titolare dei beni" e un'altra vorrebbe coinvolgere solo i "titolari dei diritti di proprietà o uso dei beni e presso le amministrazioni pubbliche eventualmente interessate" (e suggerisce l'indicazione di un termine di 60 gg in luogo dell'espressione "in tempo utile per la pubblicazione del bando"), diversamente da un'impresa che chiede invece siano consultati anche i potenziali concorrenti. In proposito si è ritenuto di specificare nella misura il perimetro dei soggetti da coinvolgere in relazione alle

finalità che il processo consultivo assume rispetto alla disponibilità iniziale dei beni strumentali, fermo restando che debbano essere coinvolti almeno il gestore uscente e altri potenziali concorrenti. Su tale obbligo di consultazione l'AGCM ha espresso un particolare apprezzamento, rilevando come il contenuto della prevista relazione della misura 6 "dovrebbe consentire di individuare, già prima dello svolgimento della procedura, le gare maggiormente soggette a criticità concorrenziali, agevolando così anche l'attività di segnalazione e/o di *enforcement* della stessa AGCM".

Misura 3 - Assegnazione dei beni essenziali e indispensabili

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La misura definisce il regime di assegnazione dei beni strumentali per l'effettuazione del servizio qualificati come essenziali o indispensabili. Per tali beni, vengono richiamati gli strumenti giuridici di "messa a disposizione", nel caso si tratti di beni mobili, tra cui il materiale rotabile, o di "accesso/uso", nel caso si tratti di reti, infrastrutture, impianti o immobili. Vengono altresì individuati gli obblighi degli enti affidanti ai sensi del citato articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo n. 422/1997, laddove la disponibilità dei predetti beni non sia già assicurata da un "diritto di accesso/uso", come disciplinato da apposita normativa. A quest'ultimo proposito, si chiarisce sin da subito che per i beni di cui alla Misura 1, punto 1, lettera a), afferenti al servizio di trasporto ferroviario, di proprietà di terzi (si parla in tal caso di operatore dell'impianto di servizio, terzo rispetto al gestore dell'infrastruttura e all'impresa ferroviaria), è garantito un diritto di accesso ai sensi dell'articolo 13, comma 2, del decreto legislativo di recepimento della direttiva Recast. Tali operatori forniscono, su base non discriminatoria, a tutte le imprese ferroviarie l'accesso, incluso l'accesso alle linee secondo le modalità definite all'articolo 13, commi 6 e 7 del predetto decreto legislativo di recepimento della direttiva Recast, non richiedendosi pertanto alcun adempimento all'ente affidante in sede di pubblicazione del bando di gara o di invio della lettera di invito. Diversamente, per i centri di manutenzione, ove non di proprietà del gestore dell'infrastruttura o di un terzo (e, pertanto, di proprietà di imprese ferroviarie), non è stabilito, ai sensi dello stesso decreto, un diritto di accesso e si procede come indicato al punto 3 della misura 3.

Punto 1, paragrafo 1

Con riguardo alle reti, impianti e infrastrutture individuati come strumentali all'effettuazione del servizio, ai sensi della misura 1, e in quanto essenziali, si è previsto al punto 1 che gli enti affidanti mettano a disposizione dell'aggiudicatario o assicurino allo stesso l'accesso a tali beni tramite la stipula di contratti di comodato, locazione o altra forma di accordo giuridicamente vincolante. La scelta tra queste modalità dipende dalla natura giuridica (demaniale, in concessione, ecc.) e dal regime proprietario dei beni stessi. In genere trattasi di beni nella titolarità diretta o indiretta dell'ente affidante anche tramite un proprio ente strumentale. È in genere il caso di binari e gallerie della metropolitana, fermate attrezzate e spazi di fermate e autostazioni.

Punto 1, paragrafo 2

Per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria e agli impianti di servizio di proprietà del gestore dell'infrastruttura di cui alla Misura 1, punto 1, lettera a), gli enti affidanti stipulano un accordo quadro di cui all'articolo 23 del predetto decreto legislativo di recepimento della direttiva Recast, così come peraltro previsto dalla delibera dell'Autorità n. 70 del 30 ottobre 2014, con il gestore della rete ferroviaria per la disponibilità delle tracce e la disciplina di utilizzo delle stesse infrastrutture e impianti. Il contestuale obbligo di rilevare i beni, accanto a quello di trasferimento in capo al gestore uscente fornisce sufficienti certezze al gestore che risulterà aggiudicatario di vedere remunerato l'investimento che si impegnerà ad effettuare. Qualora i beni conservino il loro carattere di non replicabilità a costi convenienti, una tale previsione costituisce anche una garanzia a tutela dei concorrenti nelle future gare, che potranno contare, a tutti gli effetti, sulla disponibilità dei predetti beni (il Coordinamento delle regioni e delle province autonome e una Regione hanno parlato, in proposito, di "disponibilità circolare" dei beni). Ove, tuttavia, per il suo carattere dinamico, il carattere di non essenzialità-non sostituibilità dei beni possa presumersi, anche in esito agli elementi tecnici raccolti prima della pubblicazione del bando, non verificabile al termine del nuovo affidamento (anche considerando che saranno trascorsi svariati anni dall'affidamento, nei quali il mercato dell'offerta sarà presumibilmente mutato), l'ente affidante dovrà preferibilmente impegnarsi a fornire le forme di garanzie previste alla misura 5, in luogo della previsione dell'obbligo a rilevare i beni in capo al nuovo aggiudicatario.

Punto 2

Nell'ambito dei beni di proprietà dell'ente affidante, se trattasi di materiale rotabile o di beni immobili indispensabili, questi ne assicura la messa in disponibilità a titolo di locazione o di cessione e l'aggiudicatario ha solo l'obbligo di mantenere gli stessi e di rilevarli in base al titolo di trasferimento utilizzato.

Punto 3

La previsione di cui al punto 1 riguarda il perimetro delle infrastrutture e dei servizi di proprietà del gestore delle infrastrutture (di seguito: GI), come individuati nell'articolo 13 del decreto legislativo di recepimento della direttiva Recast. Diversamente, per l'accesso ai beni di proprietà di imprese ferroviarie (di seguito: IF), per i quali, come si detto, non vi è un diritto di accesso sancito a livello normativo, è necessario vi siano altri presupposti contrattuali, esigenza che si presenta anche nei settori del trasporto pubblico locale diversi dal ferroviario regionale, come il trasporto con autobus, su tram o metropolitano. In tali casi, in quanto i beni siano qualificati come essenziali o indispensabili, ai sensi della misura 2, e di proprietà dell'IF o di altre imprese di trasporto *incumbent* e, pertanto, per servizi di trasporto diversi da quello ferroviario, la loro messa a disposizione è disciplinata nell'ambito di un atto contrattuale o normativo che deve essere conosciuto e reso pubblico da parte dell'ente affidante in fase di pubblicazione del bando di gara o di invio della lettera di invito (punto 3); tali presupposti rispettano, infatti, i principi in materia di tutela della proprietà privata e libertà d'impresa. A tali atti è riconducibile anche il caso di beni sui quali gravino vincoli di destinazione in relazione alle modalità di finanziamento pubblico utilizzate, di cui alla misura 3, punto 5. L'atto contrattuale potrà coincidere con il contratto di servizio precedentemente in essere (ove sia già inserito un tale obbligo) tra il gestore e l'ente affidante o con un protocollo di intesa o un atto negoziale preliminare tra il gestore e l'ente affidante di impegno a mettere a disposizione il bene stesso a favore dell'eventuale nuovo aggiudicatario a titolo di locazione o di vendita, a canoni o prezzi prestabiliti secondo i criteri di cui alle successive misure 5 e 6, sulla base di accordi raggiunti nella fase di consultazione di cui alla misura 2.

Punto 4

Nel caso in cui, invece, sempre al di fuori delle fattispecie disciplinate dalle richiamate disposizioni del decreto di recepimento della direttiva Recast, i beni (afferenti al servizio di trasporto ferroviario regionale o al servizio di trasporto di superficie) valutati come indispensabili siano di terzi, dovrà essere l'ente affidante a verificare e a garantire la loro disponibilità per l'aggiudicatario futuro, secondo le previsioni dei contratti di servizio in essere con il gestore *incumbent* o sulla base di un accordo che dovrà definire anche le condizioni contrattuali di offerta applicabili. In entrambi i casi, e non diversamente da quanto previsto al punto 3, l'ente affidante provvederà ad acquisire gli accordi intercorsi o i contratti in essere al fine di includerli nei documenti di gara.

Punto 5

La misura 3, al punto 5 stabilisce che gli enti affidanti definiscano negli atti di gara, incluso lo schema di contratto di servizio allegato, la disciplina riguardante la messa a disposizione dei beni indispensabili, secondo i criteri stabiliti ai precedenti punti 2 e 4 della stessa misura. Simmetricamente, gli stessi enti dovranno disciplinare nel contratto di servizio, la destinazione ed il valore di cessione o locazione dei beni messi a disposizione nonché di quelli acquisiti in corso di contratto, anche tenendo conto degli esiti della consultazione di cui alla misura 2. L'obbligo di inserire nel contratto di servizio da allegare agli atti di gara la disciplina relativa alla destinazione dei beni essenziali e indispensabili per l'effettuazione del servizio al termine dell'affidamento è, come si è detto, una garanzia sia per il gestore uscente che per i concorrenti delle future gare, che potranno contare, a tutti gli effetti, sulla disponibilità dei predetti beni, superando così una potenziale barriera all'entrata.

Si è inoltre precisato che i beni acquisiti tramite finanziamento pubblico mantengono i vincoli di destinazione d'uso per il periodo indicato da disposizioni di legge, dall'atto che assegna il finanziamento o dal contratto di servizio. Si intende che il vincolo di destinazione e di reversibilità debba risultare dall'atto di trasferimento ed essere trascritto nei registri immobiliari.

Punto 6

La misura 3, al punto 6 disciplina il caso in cui un nuovo aggiudicatario non sia posto nella condizione di avviare con tempestività il servizio di trasporto oggetto di gara, a causa di lunghi tempi di approvvigionamento che contraddistinguono maggiormente l'acquisto di materiale rotabile ferroviario. Si prevede che lo stesso possa temporaneamente disporre dei beni del gestore uscente (non solo del materiale rotabile, ma anche dei connessi impianti adibiti a deposito o a manutenzione) a titolo di locazione, fino alla graduale entrata in esercizio del materiale che l'aggiudicatario si è impegnato ad acquistare in base all'offerta presentata. Rispetto alla formulazione della stessa misura posta in consultazione, si è chiarito che la messa in disponibilità dei beni del gestore uscente può essere imposta come obbligo in capo a quest'ultimo solo nel caso vi sia un accordo negoziale, anche in esito alla consultazione di cui alla misura 2, o una previsione normativa o contrattuale, condividendo molte delle osservazioni ricevute al riguardo.

Infine, non si è ritenuto, allo stato, di disciplinare misure specifiche per la messa a disposizione dei sistemi di gestione dei dati e dei ricavi da bigliettazione e ogni altro sistema assimilabile strettamente funzionali ai servizi oggetto di gara, valendo i principi generali di cui alla misura 3 e considerando il progresso tecnologico che caratterizza tali beni e il quadro normativo in evoluzione. Inoltre, ritenendo che, più che la messa a disposizione rileva l'interoperabilità dei sistemi, la materia costituirà oggetto del provvedimento in materia di criteri tariffari.

Le misure adottate, nel loro complesso, mirano a garantire sia l'accesso ai beni essenziali, sia la disponibilità dei beni indispensabili nel rispetto dei vincoli giuridici che gravano sui beni. Si è pertanto ritenuto che ove i beni siano di proprietà dei gestori *incumbent* (diversi dal GI o da un ente pubblico), in quanto autofinanziati, sia comunque necessario almeno uno dei seguenti presupposti: un atto normativo, un atto negoziale, una previsione contrattuale o un vincolo di destinazione nel contratto di finanziamento dei beni, al fine di garantirne la disponibilità all'eventuale nuovo aggiudicatario. Al tempo stesso si ritiene che i casi nei quali possa riscontrarsi una barriera all'accesso dei beni debbano essere molto circoscritti, sia in virtù dei vincoli che gravano sui beni, che escludono una destinazione diversa da quella del servizio oggetto di gara, sia in virtù dell'istruttoria che l'ente affidante deve compiere prima della pubblicazione del bando di gara inclusiva della consultazione pubblica di cui alla Misura 2.6.

Ai fini di tale consultazione l'ente affidante verifica in contraddittorio con il gestore la messa in disponibilità di un bene che non si presti immediatamente a essere messo a disposizione. Nel caso di immobili o di materiale rotabile, si verificherà un primo luogo la destinazione d'uso del bene, se ad esempio, adibito al ricovero, alla sosta alla rimessa di materiale usato per quel servizio oggetto di gara o non anche o in alternativa anche di altri servizi, ovvero se utilizzato solo per il servizio di trasporto pubblico locale di quell'ambito e non anche di altri ambiti o servizi, anche alla luce di piani industriali approvati del gestore. È evidente che in assenza di progetti specifici su quel bene nella circostanza appena vista, ossia di uso specifico del bene per il servizio oggetto di gara, un eventuale rifiuto a mettere a disposizione del bene, ovviamente anche a condizioni onerose, rischia di apparire discriminatorio o di configurare un abuso di posizione dominante. Un tale abuso potrebbe riguardare anche i prezzi di locazione o le garanzie imposte o altre condizioni contrattuali, anche in riferimento ai criteri di cui alla misura 6 sui canoni di regolazione.

Resta fermo che minori sono le dimensioni del lotto e più diluite nel tempo le procedure di gara che insistono in uno stesso bacino di mobilità, minori sono le barriere economico-finanziarie di ingresso per i partecipanti alla gara relativamente all'accesso dei beni strumentali all'effettuazione del servizio.

Con riferimento, in generale, al tema dell'accesso ai beni strumentali all'effettuazione del servizio, per il quale si sono individuate procedure, criteri e opzioni lasciate alla discrezionalità degli enti affidanti, sia nelle misure precedenti che nella misura 4, l'Autorità sta valutando l'opportunità di effettuare una apposita segnalazione al legislatore in merito alle ipotesi di assetto del mercato che potrebbero favorire lo sviluppo di più operatori specializzati nella gestione di materiale rotabile, depositi o rimesse e officine di manutenzione, sull'esempio anglosassone delle ROSCOs (*Rolling Stock Company*) e di altre esperienze europee. Esse sono società indipendenti da altri soggetti operanti nell'industria che detengono la proprietà

dei predetti beni e li offrono in locazione tramite contratti di leasing, a costi più accessibili di quelli che sosterebbe un'impresa che investisse direttamente nell'acquisto degli stessi beni. La disponibilità dei beni in capo a soggetti terzi risolverebbe infatti molte delle criticità di accesso paventabili.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Le osservazioni sui punti che sono ora in parte confluiti nella misura 3 e in parte nella misura 4 si sono soffermate su diversi temi che per semplicità espositiva si raggruppano come segue:

A. Migliore definizione del regime d'accesso alle reti, impianti e infrastrutture (misure 3 e 4, in generale). Il Coordinamento delle regioni e delle province autonome chiede, in particolare, di disciplinare meglio l'utilizzo delle infrastrutture di Rete Ferroviaria Italiana nell'ambito dell'accordo quadro (aree, depositi, officine, biglietterie, impianti di lavaggio, ecc.) e un'impresa ferroviaria chiede un'esplicita trattazione del regime di accesso o di disponibilità degli impianti di servizio di cui alla direttiva Recast.

B. Obblighi di cessione/acquisto dei beni (misura 4). Il Coordinamento delle regioni raccomanda di "Definire obblighi di cessione/acquisto del parco rotabile con medesimo obbligo in capo al gestore cessante/subentrante a fine affidamento." Dello stesso tenore sono le osservazioni di un'associazione di operatori (che enfatizza la necessità di un correlativo obbligo dell'aggiudicatario a rilevare i beni alle condizioni previste dagli atti di gara) che segnala inoltre l'opportunità che gli atti di gara ed il contratto di servizio disciplinino la sorte ed il valore dei beni messi a disposizione o acquisiti in costanza di contratto alla scadenza del contratto di servizio medesimo. In effetti, tuttavia, la disciplina dei beni al termine dell'affidamento oggetto di gara era già inserita nel documento di consultazione, in corrispondenza della misura 17 che disciplina i contenuti minimi delle convenzioni, ma la segnalazione in merito suggerisce di rendere più esplicito il criterio.

C. Obbligo di messa in disponibilità temporaneo (misura 4, punto 3 del documento di consultazione (ora 3, punto 6). Secondo diversi contributi, tale misura, che prefigura un obbligo di messa in disponibilità per un periodo temporaneo per consentire al nuovo aggiudicatario di avviare il servizio, anche se ancora non nella disponibilità di nuovi rotabili limiterebbe la libertà di iniziativa del gestore *incumbent*. La misura è stata così riformulata, precisando innanzitutto che è riferita al solo settore ferroviario, dove si manifesta l'esigenza di modulare nel tempo l'entrata in esercizio dei rotabili in relazione ai loro lunghi tempi di approvvigionamento, e riconducendo l'eventuale obbligo di messa a disposizione temporanea a una previgente disciplina contrattuale, negoziale o normativa.

D. Un operatore segnala come rilevante disciplinare in sede regolatoria anche la sorte dei beni indispensabili in relazione dell'effettivo valore e alla effettiva utilità che gli stessi avranno nel corso dell'affidamento e ritiene in ogni caso opportuno consentire al gestore di alienare tali beni – ove non più utili all'esercizio – senza la previa autorizzazione dell'ente affidante. Allo spunto si è fornita risposta sottolineando la natura dinamica della definizione dei beni indispensabili, ancor più che di quelli essenziali.

E. Titolo di trasferimento. Sono inoltre emerse dai contributi diverse obiezioni con riguardo alla previsione di "locazione, se di proprietà pubblica o di un soggetto terzo", di cui alla misura 4, punto 2, lett. a) posta in consultazione in quanto non potrebbe imporsi un tale onere a un soggetto privato. Tuttavia, il termine era riferito a soggetti pubblici, quali enti o società strumentali, come società patrimoniali diversi dal gestore del servizio e pertanto i dubbi manifestati vengono meno, ma il fraintendimento generato consiglia una migliore formulazione della misura che confluisce in un'unica misura 3 che unisce alcuni punti delle precedenti misure 3 e 4.

F. Rapporto con le normative regionali o contrattuali. Un'associazione di operatori chiede infine maggiore chiarezza circa la prevalenza delle misure emanande in materia di beni strumentali all'effettuazione del servizio là dove già esistano disposizioni normative o contrattuali in ordine a modalità e condizioni di subentro nei beni, ritenendo che queste ultime dovrebbero prevalere su eventuali diverse disposizioni regolatorie. Sul punto e sulla più generale questione sull'ambito di applicazione delle misure regolatorie, si è fornita una indicazione nell'*Introduzione* a questa stessa Relazione.

Misura 4 - Azioni in capo agli enti affidanti per favorire l'acquisizione o la messa a disposizione di beni strumentali per l'effettuazione del servizio, nonché di impianti e aree attrezzate per interventi infrastrutturali

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La misura 4, punto 1 che ripropone con una lieve modifica la misura 3, punto 3 del documento di consultazione, ha la finalità di garantire l'accesso effettivo e non discriminatorio ai beni strumentali per l'effettuazione del servizio nei casi in cui la disponibilità di tali beni sia compromessa dall'assenza di alternative a costi socialmente sostenibili (ad esempio per l'inesistenza di un mercato secondario che consenta il noleggio di materiale rotabile), così rischiando di costituire una significativa barriera all'entrata. A tale scopo sono state individuate tre opzioni, lasciate alla valutazione degli enti affidanti in relazione al disegno di gara e a valutazioni di bilancio, che prendono spunto da quanto sta emergendo in sede europea nell'ambito delle discussioni del IV pacchetto ferroviario (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1370/2007 (COM(2013) 28 final 30.1.2013 e successiva proposta concordata dalla Presidenza della Lituania), e della valutazione degli effetti del regolamento (CE) n. 1370/2007 sui diversi settori del trasporto passeggeri, su strada e per ferrovia.

La prima opzione, che implica anche una scelta di assetto organizzativo da parte dell'ente affidante, è quella più lineare che prevede l'acquisto da parte dello stesso ente affidante o di un suo ente strumentale (ad esempio, una società patrimoniale), dei beni indispensabili, sia materiale rotabile, sia beni immobili, o solo di alcune di queste categorie di beni. Una tale società deterrebbe la proprietà dei beni, buona parte dei quali peraltro acquistata con fondi pubblici provenienti dallo stesso o da altro soggetto pubblico, con il conseguente onere di manutenzione straordinaria, con il fine di metterlo a disposizione degli aggiudicatari della gara a titolo gratuito (attraverso una concessione di uso gratuita) o oneroso con un canone di affitto predeterminato secondo criteri non discriminatori e sostenibile sotto il profilo commerciale.

La seconda opzione indicata agli enti affidanti è quella di fornire una garanzia per il finanziamento dell'acquisto da parte dell'aggiudicatario del materiale rotabile nonché dei beni immobili e mobili necessari per l'esecuzione del contratto di servizio o sul valore residuo dei medesimi, laddove gli operatori che lo chiedono come presupposto della loro partecipazione alla gara. Rispetto al documento posto in consultazione, si è espunto il riferimento alla normativa in materia di aiuti di Stato, ancorché richiamata negli atti della Commissione europea prima menzionati, che si riferiscono a diverse forme di affidamento, oltre quella con gara, in quanto la compatibilità con la predetta normativa deve ritenersi, per consolidata prassi giurisprudenziale, sempre compatibile con gli affidamenti competitivi, trattandosi di elementi di gara pubblica, validi per tutti i concorrenti in condizione di trasparenza e privi pertanto di un carattere di "selettività". La garanzia menzionata può essere strutturata in diversi modi, in relazione agli strumenti di finanziamento dei beni necessari all'effettuazione del servizio per la gara utilizzabili dai partecipanti alle gare, così come avviene in altre realtà europee, come la Germania e la Svezia. Anche nel nostro paese, in alcune delle gare in corso per il servizio di trasporto pubblico locale iniziano a richiedersi da parte dei partecipanti alle gare diverse forme di garanzia, in parte già utilizzate nell'ambito di affidamenti in essere o di *project financing* di servizi di trasporto diversi, forme di garanzie sul servizio del debito (con diverse varianti) e sul valore di subentro, sempre ricordando che, in particolare tale ultima forma di garanzia è suggerita nel testo del nuovo regolamento (CE) n. 1370/2007, articolo 5-bis, proprio nei mercati del trasporto ove non operi nessuna società di noleggio di materiale rotabile. Infine (terza opzione), possono essere adottate altre misure finanziarie per mitigare gli oneri e i rischi correlati agli investimenti richiesti all'aggiudicatario in maniera da rendere sostenibile e bancabile il Piano economico-finanziario richiesto ai concorrenti, come, ad esempio, la rateizzazione o il riacquisto dei beni al termine del periodo di affidamento da parte dello stesso ente. Resta fermo che la base d'asta deve coprire la quota di ammortamento dei beni e il bando di gara disciplinare la destinazione dei beni al termine del periodo di affidamento.

La misura 4, punto 2 ripropone con alcune lievi modifiche la misura di cui al punto 3, punto 2 posta in consultazione, per dare separata evidenza all'opzione di messa a disposizione da parte dell'ente affidante di impianti e aree attrezzate funzionali alla costruzione dei beni immobili (e relativi interventi infrastrutturali)

strumentali all'effettuazione del servizio, liberi da vincoli urbanistici, nei casi in cui i predetti beni immobili non siano altrimenti reperibili. In ogni caso, si intende che tali impianti o aree debbano presentare caratteristiche logistiche, tecniche e commerciali funzionali alla dotazione di beni immobili corrispondenti alle caratteristiche del servizio oggetto di gara, e ferma restando la sostenibilità economico-finanziaria dell'investimento (la cui verifica è assicurata dalla misura 13), in maniera da favorire la contendibilità della procedura.

Si osserva che la misura è stata introdotta sull'esempio di una gara in corso per l'affidamento del servizio di trasporto ferroviario, dove l'ente affidante si è impegnato a garantire all'aggiudicatario la disponibilità di aree attrezzate libere da vincoli urbanistici, al fine di consentire l'acquisizione di impianti (nel caso si trattava di officine di manutenzione) non altrimenti reperibili, contando peraltro sui lunghi tempi previsti nella procedura prima dell'avvio del servizio da parte del nuovo aggiudicatario. La soluzione era stata peraltro suggerita nella precedente consultazione come una valida alternativa in caso di indisponibilità dei beni, se la localizzazione e le altre caratteristiche di funzionalità degli immobili siano confrontabili con quelle dell'incumbent rispetto al nuovo assetto disegnato dalle regole di gara. Nel caso invece in cui le localizzazioni alternative non siano ugualmente funzionali alla economicità ed efficacia del nuovo servizio messo a gara, si individua uno dei presupposti per ritenere i beni già esistenti come indispensabili e per poter imporre un obbligo di messa in disponibilità, nei casi disciplinati dalla misura 3.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

In merito alle opzioni di messa a disposizione del materiale rotabile da parte degli enti affidanti, di cui alla misura 3, punto 3 del documento di consultazione (ora misura 4, punto 1), alcuni soggetti istituzionali lamentano ostacoli di finanza pubblica che non permetterebbero di attuare una tale misura, mentre dubbi solleva l'opzione di fornire una garanzia ai partecipanti alle gare, che potrebbe risultare discriminatoria. Buona parte degli operatori e delle relative associazioni sono invece esplicitamente o implicitamente favorevoli in quanto ritengono la misura volta a realizzare la parità di trattamento. In proposito, si è ricordato come la previsione delle garanzie suddette e, in particolare, di una garanzia sul valore di subentro appaia tra quelle considerate nell'ultima bozza del nuovo regolamento (CE) n. 1370/2007.

Con riguardo alla misura 4, punto 2 (precedentemente posta in consultazione come misura 3, punto 2, il Coordinamento delle regioni e delle province autonome e altri soggetti istituzionali, oltre che un'associazione di operatori evidenziano le difficoltà nel dare attuazione alla misura, anche per i lunghi tempi che richiederebbe la sua attuazione, mentre un'altra associazione di operatori riconosce il principio come corretto in astratto, ma da verificare nel concreto, data la difficoltà degli enti di individuare ubicazioni ottimali. L'ANCI segnala come la stazione appaltante non possa garantire l'assenza di vincoli urbanistici. Altri aspetti sollevati dal Coordinamento delle regioni e delle province autonome al punto 2 appaiono frutto di fraintendimenti attribuibili a una non esaustiva o chiara formulazione della misura. Sempre al punto 2, la previsione di una voce del corrispettivo a copertura degli oneri di investimento, misura volta a realizzare la parità di trattamento trova favorevoli buona parte degli operatori e un'associazione degli stessi, mentre un'altra è contraria, assieme ad alcuni soggetti istituzionali, che la interpretano invece come una misura contraria ai principi di non discriminazione e parità di trattamento. Si è invece chiarito, con una formulazione auspicabilmente più chiara, che la misura troverebbe il proprio presupposto proprio sotto condizioni di costo asimmetriche, laddove i beni del gestore uscente non siano indispensabili (o essenziali) e sia pertanto possibile creare le condizioni per reperire alternative a costi socialmente sostenibili.

È d'altra parte sempre nella responsabilità degli enti competenti pianificare le reti di trasporto (funzione di pianificazione delle reti) e definire i lotti di gara in maniera funzionale all'efficacia del servizio e alla contendibilità della gara, ciò non necessariamente comportando una riproposizione dell'assetto vigente, che replichi i vantaggi storici dell'*incumbent*, potendosi al contrario configurare opportunità di sviluppo delle reti che favoriscano nuovi entranti insieme con nuovi modelli di rete e di programmazione del servizio.

Misura 5 - Criteri per la determinazione del valore del subentro

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La misura fornisce i criteri per la determinazione del valore di subentro nel caso di trasferimento dei beni strumentali all'effettuazione del servizio di trasporto pubblico locale.

Il valore di subentro dei beni indispensabili deve, da un lato, garantire al gestore uscente il riconoscimento degli investimenti non ancora ammortizzati e, dall'altro, evitare che eventuali nuovi entranti siano costretti ad acquisire il bene a condizioni discriminatorie o eccessivamente onerose rispetto a opportuni confronti di mercato (fermo restando che i beni non sono replicabili a costi sostenibili). A ben vedere, la garanzia che il valore di subentro copra i costi sostenuti dal gestore è a tutela dello stesso entrante che, così come nel caso della predetta "disponibilità circolare", può contare su un valore certo di recupero dell'investimento effettuato. Questo minor rischio dovrà poi riversarsi sull'offerta, da valutare ai fini dell'equilibrio economico-finanziario dei Piani economico finanziari presentati dai concorrenti.

Il principio cardine di riferimento al quale valorizzare i beni trasferiti è costituito dal valore di mercato, affermato anche a livello europeo e condiviso da tutti i partecipanti alla consultazione di cui alla Delibera n. 46/2014. La determinazione di un tale valore o prezzo è, tuttavia, tutt'altro che univoca per le diverse tipologie di beni e nelle diverse circostanze di mercato.

In relazione a tale problematica si è ritenuto opportuno, anche sulla base di risultati della consultazione di cui sopra, definire criteri differenziati di identificazione del valore di mercato per i beni immobili rispetto al materiale rotabile e ad alcune categorie dei beni mobili, quali, nello specifico, i sistemi tecnologici per il controllo del parco veicoli (o flotta).

Per i beni immobili, il criterio che è apparso meglio tutelare gli interessi sopra rappresentati è quello della perizia affidata a un organismo terzo rispetto alle parti, sia pure ancorata ad alcuni criteri prefissati. La perizia, oltre ad approssimare il valore di mercato dei beni, presenta il vantaggio di accompagnarsi a una verifica diretta della conformità edilizio-urbanistica e delle condizioni di agibilità, sicurezza, efficienza energetica, conformità ambientale, funzionalità, manutenzione, sulla base di apposita certificazione, che costituiscono elementi imprescindibili per la valutazione del valore stesso.

È stato obiettato che in caso di immobili e infrastrutture importanti, l'obbligo di perizia potrebbe comportare un costo ingente per le amministrazioni. In generale è sempre da ritenersi che la determinazione di valori con criteri oggettivi possa ridurre il costo, spesso non preventivato inizialmente, del contenzioso, fermo restando che il costo sostenuto dall'ente affidante può in ogni caso riversarsi sull'aggiudicatario, in base ad apposite previsioni della *lex specialis* di gara.

Quando si tratti di materiale rotabile, lo strumento della perizia appare assai meno diffuso e affidabile, mentre le quotazioni sui mercati secondari per materiale di seconda mano sono sicuramente reperibili nel caso dei veicoli su gomma, ma ancora poco diffuse nel caso del materiale ferroviario. Nel caso dei rotabili su gomma, autobus per servizi urbani e extraurbani, potrebbe essere certamente percorribile la metodologia di indagini sui prezzi di rivendita dei rotabili rinvenibili sul mercato dell'usato. Tuttavia ciò appare troppo aleatorio rispetto all'esigenza del gestore uscente di veder remunerati gli investimenti effettuati, soprattutto fino a che non si sviluppa un mercato maturo nei servizi di trasporto pubblico locale (che potrà realizzarsi solo a valle dello svolgimento di una pluralità di gare), oltre che nel mercato dell'usato e del leasing, peraltro con rischi di manipolazione dei dati sui prezzi non facilmente controllabili. Si è ritenuto, pertanto, di far riferimento a metodi deduttivi di ricostruzione del valore di mercato, come precisati di seguito.

In consultazione si era proposto un metodo semplificato che stabiliva, sulla base delle osservazioni raccolte, un metodo di calcolo del valore di mercato di tipo "nozionale", in parte sovrapponibile alle discipline regionali (o ad atti normativi secondari) e adottato in procedure di gara in essere o già espletate per il servizio di trasporto su gomma, ma con alcune differenze volte a contenere il valore che risulterebbe dalla sua applicazione. Tale metodo approssimava il valore di mercato con il criterio del costo storico (valore contabile di libro) rivalutato o attualizzato (in base a un indice dei prezzi) come base dalla quale sottrarre il

deprezzamento calcolato sulla base di un coefficiente lineare per gli anni di durata efficiente del bene, potendo comunque riconoscere al termine del periodo di ammortamento un valore residuo da definirsi in base ad una percentuale rispetto al costo di acquisizione del mezzo o comunque ad un valore di mercato dello stesso. Vale sottolineare che tale metodo ha una sua specifica valenza in molte delle situazioni di gara in corso ove l'ente affidante si è trovato a dover valorizzare ai fini della gara cespiti distribuiti tra un gran numero di proprietari, , dove diveniva oneroso verificare i criteri contabili applicati.

In ogni caso, il criterio adottato non si applica alle gare in corso, assumendo peraltro a riferimento una prospettiva di mercato di più lungo termine. In tale prospettiva temporale, vi sarà il tempo per le imprese di uniformarsi ai criteri di contabilità regolatoria adottati dall'Autorità nell'esercizio dei poteri di cui al citato articolo 37, comma 3 lett. b), rendendo più facilmente determinabili da parte degli enti affidanti la verifica del valore di mercato determinato secondo le modalità indicate nella misura.

Si è successivamente posto il tema di ricostruire un valore nozionale determinato secondo criteri più accurati e dettagliati di quelli proposti in consultazione, alla luce di evidenze e valutazioni contrastanti circa il valore da assegnare ad alcuni parametri, come la durata degli ammortamenti e, soprattutto, in merito agli effetti economici e competitivi della misura posta in consultazione, qualora adottata negli stessi termini.

È infatti evidente, da un lato, come considerare una durata degli ammortamenti di 15, 12 o 10 anni per gli autobus, o di 20, 25 o 30 anni per il materiale su rotaia, possa avere conseguenze diverse non solo sui bilanci, ma anche sulle politiche di acquisto e rinnovo dei beni. Dall'altro, la non considerazione del valore contabile netto, neppure come termine di confronto, potrebbe sortire effetti asimmetrici sulle condizioni di partecipazione alla gara. Infatti, in caso di rilevante difformità tra i valori contabili e i valori di mercato (anche prescindendo dal metodo di valorizzazione), l'*incumbent* potrebbe incamerare un vantaggio dato dal differenziale fra i valori di cessione ed i valori iscritti a bilancio dei beni all'atto del loro trasferimento. Questi, infatti, presenterà il Piano economico-finanziario (PEF) (di cui alla misura 15) valorizzando i beni al valore di mercato ottenendo una plusvalenza, nel caso in cui non si aggiudichi la gara, ovvero ottenendo un vantaggio da poter riversare in sede di offerta nel caso di aggiudicazione. In ogni caso, successivamente all'aggiudicazione, i valori di ammortamento dovranno essere calcolati sui valori dei beni presentati nel PEF, comportando un aggravio di onere per l'ente affidante. È peraltro sul valore di mercato che va predisposto il PEF simulato per la parte relativa agli investimenti di cui alla misura 12.

Il tema è di grande rilevanza per l'esito delle gare e ai fini di un uso efficiente delle risorse pubbliche e suggerisce di correggere le modalità di determinazione del valore di mercato. La misura adottata prevede di determinare il valore di subentro del materiale rotabile con riferimento al valore più alto tra il valore residuo o netto contabile, determinato in applicazione dei principi contabili nazionali o internazionali adottati dalla società e certificati da un revisore contabile, e quello di mercato. Si ritiene che la differenza tra valori di mercato e valore contabile netto non sia elevata, ma che, ove quest'ultimo sia inferiore al valore di mercato nozionale indicato e, pertanto, al valore "recuperabile", come presumibile in relazione alle pratiche contabili più diffuse anche tra le imprese del settore del trasporto pubblico con autobus, vada salvaguardato il valore del bene e degli investimenti effettuati dal gestore uscente, indipendentemente dalle pratiche contabili adottate negli anni precedenti.

Il valore di mercato è calcolato tenendo conto dei seguenti parametri:

- a) valore iniziale di riferimento, corrispondente al valore di rimpiazzo o di sostituzione;
- b) vita residua;
- c) condizioni d'uso;
- d) stato di conservazione;
- e) attitudini prestazionali;
- f) indicatori di affidabilità e di disponibilità.

Ai fini della determinazione dei parametri da b) a f) secondo criteri oggettivi è stato indicato il riferimento alla norma UNI 11282/2008⁶ e s.m.i. che fornisce adeguate garanzie di oggettività e non distorsione per la

⁶La norma UNI 11282/2008 specifica un *metodo per la valutazione e la valorizzazione delle caratteristiche di fidatezza, funzionalità dell'esercizio e attrattività nei confronti del passeggero, potenzialmente offribili dalla flotta di rotabili su gomma nella durata di vita successiva.*"

determinazione dei valori commerciali degli autobus in caso di loro trasferimento ad un altro soggetto. Il valore residuo calcolato secondo tale norma, appositamente scritta per agevolare i processi competitivi nel settore del trasporto pubblico locale, appare pertanto un riferimento rigoroso e testato per la valutazione, dove gli elementi di valutazione discrezionali sono molto ridotti. Essa ha inoltre il vantaggio di individuare periodi di ammortamento differenziati per diverse tipologie di cespiti e di tener conto del grado di usura effettivo. Si è inoltre stabilito che la valutazione così risultante sia asseverata da un professionista iscritto al Ruolo dei Periti Assicurativi ex decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge n.135 del 7 agosto 2012 che si ritengono disporre delle competenze necessarie per applicare la predetta norma.

Per la determinazione del valore di rimpiazzo si è inoltre indicato a riferimento il valore di acquisizione rivalutato in base all'indice dei prezzi di produzione relativo alla categoria Istat "mezzi di trasporto", così come previsto nella norma UNI. Sui rischi della rivalutazione si sofferma la stessa norma UNI, ma è opportuno qui richiamare l'attenzione degli enti affidanti sul legame sussistente tra modalità di remunerazione degli investimenti del gestore e rivalutazione. Si è così ritenuto corretto al fine di contenere gli oneri di finanza pubblica, di escludere la rivalutazione qualora la compensazione per il servizio prevista nel contratto di servizio comprenda una o più componenti esplicitamente destinate all'ammortamento dei singoli beni e alla copertura degli oneri finanziari e dei rischi relativi agli investimenti sul materiale rotabile.

Lo stesso criterio non è stato possibile applicare nel caso ferroviario, data l'assenza di una norma UNI analoga, anche a motivo delle caratteristiche tecniche e dei vincoli di sicurezza che gravano sul materiale rotabile. Per questa categoria di cespiti si è pertanto utilizzato il criterio del costo contabile netto, anche considerando che il maggior operatore del settore adotta metodologie contabili uniformate ai principi IAS, che sono in grado di rappresentare l'effettiva consistenza del valore degli asset consentendo, tra l'altro, di verificare, attraverso il test di *impairment*, che i beni non esprimano un valore superiore a quello "recuperabile" dall'attività per la quale i beni stessi sono impiegati procedendo, se necessario, ad una riduzione del valore che consente di approssimare il *fair value* del bene. Tale valore è peraltro facilmente certificabili da parte di un soggetto terzo ancor di più se il gestore uscente sottopone il proprio bilancio a revisione e certificazione contabile.

Per quanto riguarda i sistemi tecnologici e di controllo, tenendo conto che il periodo di ammortamento è più breve (generalmente 5 o massimo 8 anni), ma al tempo stesso della più rapida obsolescenza di tali beni, si è proposto in consultazione di applicare il criterio del costo storico rivalutato di cui sopra garantendo un valore residuo più elevato corrispondente al valore più alto tra quello di realizzo e quello di sostituzione. La misura è stata confermata inserendo anche l'opzione di considerare, in alternativa, una percentuale fissa predeterminata rispetto al costo di acquisizione del mezzo, ad esempio del 5%, per venire incontro alle osservazioni che lamentavano una difficoltà a stimare il valore di rimpiazzo citato come unica opzione nella stessa misura.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Alcuni operatori e le associazioni di categoria suggeriscono modifiche del criterio posto in consultazione (magari solo aggiungendo che al valore residuo si applichi, al termine del periodo di ammortamento, una maggiorazione corrispondente al valore più alto tra quello di realizzo e quello di sostituzione o, in alternativa, in base ad una percentuale fissa predeterminata rispetto al costo di acquisizione dei beni medesimi), che tendono ad elevare il valore di subentro, ovvero a riconoscere un valore di mercato o commerciale più elevato di quello di libro. Diversamente, un operatore ferroviario propone di far riferimento seccamente al solo criterio del valore contabile netto, posta l'aderenza della società ai criteri contabili internazionali IAS che garantiscono la salvaguardia del valore investito e posto che nel settore ferroviario è meno agevolmente rinvenibile un prezzo di mercato, a motivo del mancato sviluppo di un mercato secondario.

Alcuni soggetti istituzionali hanno segnalato come il criterio posto in consultazione potrebbe sopravvalutare il valore dei beni rispetto ai valori iscritti a bilancio dei beni, che risulterebbero più bassi, con una duplice conseguenza sia sulla gara, all'atto del loro trasferimento, sia sui concorrenti (che verrebbero a beneficiare di una "marginalità occulta", nel caso di aggiudicazione o di una plusvalenza, nel caso "perdano la gara", con effetti discriminatori sottolineati anche da alcuni operatori che, in proposito

chiedono l'adozione di un criterio di valutazione delle offerte di tipo simmetrico più che una revisione del criterio.⁷

In generale, tuttavia, i soggetti consultati si sono limitati a rimandare alle osservazioni già formulate in risposta al documento di consultazione di cui alla delibera 46/2014. Sul tema dell'ammortamento, numerosi partecipanti avevano sottolineato la necessità di criteri di ammortamento uniformi per categoria di cespiti in tutte le diverse situazioni di gara.

Le associazioni di categoria hanno illustrato in maniera congiunta criteri di valutazione molto puntuali in buona parte accolti, salvo le specificazioni offerte sopra.⁸

Per quanto riguarda la vita utile efficiente del materiale rotabile, le osservazioni sono risultate convergenti su una durata di 15 o 10 anni per gli autobus, mentre nel caso del ferroviario le valutazioni sono risultate variare tra i 20 e i 30 anni.

Posizioni diverse sono state invece espresse in merito alla scelta del parametro per la rivalutazione del costo storico (indice FOI o indice dei prezzi alla produzione dei prodotti industriali).

⁷Poco praticabili appaiono soluzioni volte a eliminare tale asimmetria agendo sui criteri di aggiudicazione. Una prima soluzione potrebbe consistere nel considerare entrambe le offerte al valore commerciale, purché anche l'*incumbent* sia obbligato a costituire una NewCO, con i valori di bilancio risultanti dal PEF presentato o utilizzato per l'offerta. In alternativa, potrebbe penalizzarsi il gestore incumbent in misura equivalente al maggior onere dell'entrante, ovvero neutralizzare il fattore offerta ai fini dell'attribuzione dei punteggi. Tali soluzioni, tuttavia, non esimerebbero l'entrante, nel caso in cui vincesse la gara, dal dover corrispondere quanto richiesto dal gestore incumbent e, pertanto, non potrebbero incidere sulla valutazione della sostenibilità del PEF da parte dell'ente affidante. Al tempo stesso, è necessario vigilare che non si diffondano comportamenti opportunistici volti alla rivalutazione del valore dei cespiti nei bilanci delle imprese.

⁸ I criteri proposti sono illustrati di seguito:

- Beni immobili – Il valore può essere definito con l'ausilio di operazioni peritali giurate che determinano il prezzo all'interno dei valori massimi e minimi pubblicati dall'Agenzia del territorio, decurtando la percentuale di contributi pubblici di cui eventualmente l'azienda ha beneficiato per l'acquisto del cespite;
- Beni mobili – Per quanto riguarda gli autobus, tenendo conto della scarsa affidabilità di perizie giurate, il valore di mercato può essere determinato secondo la metodologia del costo storico rivalutato con la decurtazione degli ammortamenti e della percentuale di contributo pubblico ove esistente, assicurando comunque al termine del periodo di ammortamento un valore residuo da definirsi in base ad una percentuale rispetto al costo di acquisizione del mezzo o comunque ad un valore di mercato dello stesso; per quanto riguarda il materiale rotabile ferroviario, invece, oltre all'utilizzazione della metodologia del costo storico rivaluto simile a quella proposta per gli autobus si potrebbe valutare l'applicazione di un valore di mercato fissato attraverso operazioni peritali, ferma restando ad ogni modo la decurtazione dei contributi pubblici;
- Tecnologie: si potrebbe seguire la stessa metodologia della valutazione degli autobus (costo storico rivalutato) ma garantendo un valore residuo più alto tenuto conto che il periodo di ammortamento è più breve (generalmente 5 anni).

Misura 6 - I criteri per la determinazione dei canoni di locazione

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

Anche con riferimento ai beni da rendere disponibili a titolo di locazione, in caso di subentro, è stato proposto il criterio della stima del valore di mercato come riferimento sul quale calcolare il canone di locazione. Rispetto al metodo esposto nel documento di consultazione, si è espunto il riferimento al valore massimo del 10%, valutando come meno distorto, anche alla luce del parere dell'AGCM, far riferimento a criteri piuttosto che a valori, ancorché massimi. Si è così previsto che il canone di locazione annuo sia quantificato con riferimento al criterio del valore di mercato, determinato ai sensi della misura 5, per le varie tipologie di beni, e che comunque assicurati in ogni caso il ristoro dei costi di ammortamento, comprensivi delle ricapitalizzazioni per l'eventuale manutenzione straordinaria, normalmente a carico del proprietario, dei costi finanziari, degli accantonamenti per manutenzione ciclica e del congruo margine di utile. Si è inoltre confermato che nella computazione del valore del bene si tenga conto anche delle eventuali contribuzioni pubbliche non ancora utilizzate in quanto correlate al piano di ammortamento applicato.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

La grande maggioranza degli interventi suggerisce di prevedere in luogo di una misura massima del 10%, che per talune tipologie di cespiti potrebbe portare ad allinearsi su valori eccessivi, di esplicitare una metodologia di calcolo appositamente costruita per il ristoro dei costi sostenuti dal soggetto proprietario dei beni, in maniera da assicurare l'equilibrio economico finanziario di quest'ultimo. In proposito, i costi da considerare sarebbero quelli di ammortamento (comprensivi delle ricapitalizzazioni per manutenzione straordinaria), i costi finanziari, gli accantonamenti per manutenzione ciclica e del margine di utile. Sono stati accolti i suggerimenti, fermo restando che il tema della locazione e dei criteri per la fissazione del relativo canone rientrano in una più ampia considerazione del ruolo che potrebbero avere le già citate società specializzate di leasing, sul quale l'Autorità sta valutando l'opportunità di una segnalazione al legislatore.

Misura 7- Individuazione dei tempi necessari per l'acquisizione del materiale rotabile

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

L'individuazione di termini congrui per l'acquisizione del materiale rotabile necessario per l'espletamento del servizio oggetto dell'affidamento è una tematica centrale in quanto suscettibile di avere un effetto restrittivo e discriminatorio ai fini della partecipazione alla gara. La centralità di tale questione è ancora maggiore con riferimento al trasporto ferroviario regionale. Per questo comparto il legislatore nazionale, nel decreto legge n. 201/2011, all'articolo 37, comma 2, lettera f), dispone che *"l'Autorità verifica che nei bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali"* specificando che *"la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti"*. La medesima norma individua nel termine di diciotto mesi, decorrente dalla aggiudicazione definitiva, il tempo massimo *"per l'acquisizione del materiale rotabile indispensabile per lo svolgimento del servizio"*.

Relativamente al materiale rotabile ferroviario il legislatore pertanto non si limita a fissare il principio che la disponibilità del materiale debba essere garantita solo al momento dell'avvio del servizio – e pertanto non debba essere richiesta come requisito di partecipazione - ma assegna anche al soggetto risultato aggiudicatario un termine massimo di diciotto mesi per l'approvvigionamento del materiale rotabile funzionale al servizio: la *ratio* della predetta disposizione di legge è rinvenibile nella necessità di evitare che la *lex specialis* di gara possa comportare effetti discriminatori tra i partecipanti nonché garantire l'effettiva competitività delle procedure ad evidenza pubblica che saranno bandite nelle situazioni in cui gli *incumbent* possono godere di notevoli vantaggi.

La problematica assume particolare rilievo nelle procedure di gara disegnate su lotti particolarmente ampi: è evidente, infatti, che lotti di dimensioni ampie comportano l'acquisizione, da parte del soggetto risultato aggiudicatario, di una maggiore quantità di materiale rotabile rispetto a lotti di gara di dimensioni più ridotte, con inevitabili conseguenze sui tempi per l'approvvigionamento.

Premesso quanto precede, l'Autorità, al fine di supportare la valutazione dell'ente circa la congruità dei tempi necessari per l'acquisizione del materiale rotabile, ha originariamente previsto, nella disposizione di cui al punto 1 posta in consultazione, l'obbligo per gli enti affidanti di svolgere un'indagine coinvolgendo i produttori del materiale rotabile.

La disposizione al punto 2 della misura in esame del documento in consultazione specifica che nella determinazione della stima per l'individuazione dei tempi necessari per la fornitura incide l'effettiva capacità di produzione del fornitore del materiale rotabile che, a sua volta, è condizionata dal contemporaneo svolgimento di altre analoghe procedure di gara.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

In relazione allo schema di misura sottoposto a consultazione, gli *stakeholders* intervenuti hanno osservato quanto segue.

La maggioranza dei soggetti istituzionali intervenuti ha evidenziato forti perplessità circa la previsione che attribuisce agli enti affidanti il compito di effettuare l'indagine al fine di determinare tempi congrui per l'acquisizione del materiale rotabile: in particolare non è ritenuta opportuna in quanto, per essere efficace, l'indagine dovrebbe coinvolgere una molteplicità di produttori, con conseguente aggravio di tempo e di costi in capo all'ente; inoltre è stato rappresentato che l'indagine può essere foriera anche di contenzioso tra le parti. La previsione in esame è stata invece accolta con maggior favore da parte degli operatori, i quali hanno ribadito che l'indagine deve interessare un ampio numero di soggetti ma hanno altresì rappresentato l'esigenza che le stime fornite dai produttori nell'ambito di tale indagine non debbano avere natura vincolante. Infine un operatore ha evidenziato che, pur condividendo in linea di principio la finalità di tale disposizione, nella pratica tuttavia tale procedura potrebbe risultare alquanto complessa.

In proposito, alla luce delle osservazioni pervenute, riguardo alla previsione di cui alla misura posta in consultazione che impone all'ente affidante l'obbligo di effettuare un'indagine volta ad acquisire dal mercato elementi utili per la definizione di tempi congrui necessari per la fornitura del materiale, l'Autorità

ha ritenuto opportuno rimettere alla valutazione dell'ente stesso l'opportunità di avviare, o meno, la predetta indagine, tenuto conto delle caratteristiche specifiche ed entità del materiale che sarà richiesto nel bando di gara. Ciò anche al fine di non aggravare l'azione amministrativa di un obbligo procedurale per gare aventi ad oggetto la fornitura di materiale rotabile non particolarmente complesso ovvero in relazione alle quali l'ente abbia cognizione sui tempi necessari per l'acquisizione del relativo materiale rotabile.

Inoltre l'Autorità ha ritenuto opportuno confermare la previsione contenuta nella misura sottoposta a consultazione, secondo la quale le stime risultanti dall'esito delle indagini devono tener conto dell'effettiva capacità produttiva dei fornitori del materiale rotabile e anche dello svolgimento di altre procedure per l'affidamento di analogo servizio nei mercati di riferimento. Inoltre ha ritenuto accoglibile la richiesta di specificare la natura non vincolante delle stime risultanti dalle predette indagini.

Inoltre la maggior parte degli *stakeholders* ha segnalato l'opportunità che sia l'Autorità a definire una tempistica commisurata alla tipologia e alla quantità dei beni, anche mediante la fissazione di un termine minimo e massimo all'interno del quale l'ente affidante può fissare il termine ritenuto più congruo. Un operatore ha proposto di prevedere un termine minimo di sei mesi per l'eventuale acquisizione del materiale in caso di affidamento del servizio di trasporto su strada e di diciotto mesi per il materiale ferroviario.

Al riguardo, fermo restando la disciplina dell'articolo 37, comma 2, lettera f) sopra ricordata, che fissa per il materiale rotabile ferroviario il termine massimo di diciotto mesi, si osserva che l'individuazione di termini congrui per l'acquisizione del materiale rotabile è strettamente legata all'oggetto e specificità di ogni singola gara; inoltre si ribadisce quanto sopra già anticipato cioè che lotti di gara ampi comportano la fornitura di rilevante materiale rotabile, a fronte invece di lotti di gara di dimensioni più ridotte, con conseguente incidenza sui tempi per l'approvvigionamento. E' sulla base di tali convincimenti che l'Autorità, nella misura in esame e sottoposta a consultazione, aveva affidato all'ente affidante il compito di individuare, mediante un'indagine, una tempistica che fosse congrua tenuto conto delle specificità della gara e della dimensione del lotto.

Per le stesse motivazioni non si è ritenuto accoglibile l'ipotesi avanzata da un soggetto istituzionale che ha proposto che sia la stessa Autorità a svolgere la predetta indagine.

Al riguardo si segnala che l'Autorità svolge attività di collaborazione istituzionale con alcuni enti affidanti in relazione a singole procedure di gara già bandite, o in fase di predisposizione, per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico passeggeri su strada e per ferrovia. Tale attività di supporto, svolta nel rispetto delle competenze degli enti territoriali nel settore del trasporto pubblico locale, ha interessato anche specifici aspetti regolatori.

Pertanto, anche relativamente alla definizione di tempi congrui per l'acquisizione del materiale rotabile, sia automobilistico che ferroviario, l'Autorità potrà, se coinvolta dai soggetti interessati, pronunciarsi in merito alla congruità del termine oggetto della presente misura.

Inoltre alcuni operatori hanno segnalato che, nell'individuazione di un termine occorrente per l'acquisizione del materiale rotabile, si dovrebbe tener conto anche dei tempi necessari per l'espletamento di una procedura di gara europea per quei concorrenti che sono tenuti, per legge, applicazione del Codice dei contratti.

Alcuni operatori hanno, inoltre, evidenziato, con particolare riferimento al settore ferroviario, l'opportunità di tener conto dei tempi necessari per l'eventuale acquisizione della certificazione di sicurezza richiesta dalla normativa vigente, per l'omologazione dei nuovi rotabili e per la formazione del personale.

Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto opportuno accogliere la proposta di integrazione della misura in quanto tiene in considerazione la specificità e la complessità, soprattutto procedurali, connesse all'acquisizione di materiale rotabile ferroviario da parte del nuovo soggetto entrante che, inevitabilmente, possono comportare tempi di approvvigionamento più lunghi.

Inoltre, dall'esame dei diversi contributi pervenuti è emerso che la maggior parte degli *stakeholders* ha ritenuto che la congruità del tempo necessario per l'eventuale acquisizione del materiale rotabile, sia esso automobilistico che ferroviario, debba essere individuata dall'ente affidante in funzione anche della dimensione dello stock del materiale rotabile, della tipologia e complessità del materiale necessario per l'espletamento del servizio oggetto dell'affidamento.

L'Autorità ha ritenuto pertanto necessario riaffermare, anche in virtù delle osservazioni pervenute, il principio, di carattere generale, secondo il quale l'ente affidante, nella individuazione di un termine congruo per l'acquisizione del materiale rotabile, debba valutare l'entità, la specificità e complessità del materiale rotabile che il soggetto aggiudicatario è obbligato ad avere nella sua disponibilità per lo svolgimento del servizio.

Misura 8 – Trasferimento del personale

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

Il tema dell'adozione di clausole di salvaguardia dei lavoratori nelle procedure di affidamento mediante gara dei servizi di trasporto pubblico locale è di grande rilevanza nel processo di liberalizzazione del mercato. Specificatamente, l'applicazione delle clausole in argomento ha effetto sui costi⁹ del servizio e sulla concorrenza e può compromettere l'apertura dei mercati, scoraggiando potenziali nuovi entranti a causa del profilarsi di costi elevati di manodopera, non determinati dalle proprie scelte imprenditoriali. Allo stesso tempo appare altrettanto rilevante l'implicazione delle clausole in questione in materia di salvaguardia delle professionalità presenti all'interno delle imprese del settore e per evitare il rischio di *dumping* sociale, richiamato nella normativa europea.

In particolare, il diciassettesimo *Considerando* del regolamento (CE) n. 1370/2007 rimette alle autorità competenti la facoltà di stabilire criteri sociali. Nondimeno, la tematica in parola è presa in considerazione pure per gli aspetti regolatori, atteso che il medesimo *Considerando* rammenta che *“Per garantire condizioni di concorrenza trasparenti e comparabili tra operatori ed evitare il rischio di dumping sociale, le autorità competenti dovrebbero poter imporre specifici standard sociali (...)”*. Tuttavia, ciascun Paese membro può definire gli standard sociali in parola attraverso molteplici opzioni, illustrate specificatamente nella Comunicazione della Commissione europea¹⁰.

Per quanto riguarda la normativa nazionale di riferimento, specificatamente l'articolo 18, comma 2, del decreto legislativo 422/97, nel disciplinare il caso della cessazione/trasferimento dell'esercizio fa esplicito riferimento all'articolo 26 dell'Allegato A del Regio Decreto n. 148/1931¹¹, recante il regolamento (Allegato A) contenente disposizioni sullo stato giuridico del personale delle ferrovie, tramvie e linee di navigazione interna in regime di concessione. Si tratta di una normativa speciale che disciplina il rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri. Il comma 2 dell'articolo 1 della legge 270/1988 ha sancito che le disposizioni contenute nell'Allegato A del Regio Decreto n. 148/1931 (comprese le norme di legge modificative, sostitutive o aggiuntive) *“possono essere derogate dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria ed i regolamenti d'azienda non possono derogare ai contratti collettivi”*. L'articolo 7 dell'Accordo nazionale del 14 dicembre 2004 ha esteso la previsione normativa dell'articolo 26 dell'Allegato A del Regio Decreto a qualunque caso di subentro di azienda, da realizzarsi anche attraverso gara, ed ha garantito tra l'altro, ai lavoratori, al

⁹ Il costo del personale rappresenta mediamente una percentuale superiore al cinquanta per cento dei costi totali dei servizi di trasporto pubblico locale.

¹⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, 2014/C 92/01, pubblicata su Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 29 marzo 2014, punto 2.2.8.

La Comunicazione disciplina l'ambito di applicazione della facoltà di azione in materia di protezione del personale riconosciuta alle Autorità competenti, individuando in capo alle stesse le specifiche seguenti possibilità:

“ i) non adottare nessuna misura specifica. In questo caso i diritti dei lavoratori, quali il trasferimento di personale, devono essere garantiti esclusivamente quando sono soddisfatte le condizioni di applicazione della direttiva 2001/23/CE, ad esempio in caso di un trasferimento di beni materiali significativi quali il materiale rotabile;

ii) richiedere il trasferimento del personale precedentemente assunto per fornire i servizi alle condizioni cui avrebbe avuto diritto, a prescindere dalla possibilità o no di applicare la direttiva 2001/23/CE, se vi è stato un trasferimento ai sensi della stessa direttiva. Il considerando 16 del regolamento (CE) n. 1370/2007 spiega che «la suddetta direttiva non osta a che gli Stati membri salvaguardino condizioni di trasferimento dei diritti dei lavoratori diverse da quelle contemplate dalla direttiva 2001/23/CE e tenendo conto in tale contesto, ove appropriato, degli standard sociali fissati dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali o dai contratti collettivi o da accordi conclusi tra le parti sociali;

iii) chiedere all'operatore di trasporto pubblico di rispettare determinati standard sociali per tutti i lavoratori che operano nella fornitura di servizi di trasporto pubblico «per garantire condizioni di concorrenza trasparenti e comparabili tra operatori ed evitare il rischio di dumping sociale» come sancito dal considerando 17 del regolamento (CE) n. 1370/2007. Ad esempio, tali standard potrebbero riferirsi a un contratto collettivo a livello di impresa o a un accordo collettivo concluso per un determinato segmento di mercato;

iv) applicare una combinazione delle opzioni ii) e iii)”.

¹¹ L'articolo 26 del Regio decreto n. 148/1931 dispone che: *“ In caso di cessione di linee ad altra azienda, o fusione di aziende, devono essere osservate le disposizioni stabilite dall'autorità governativa all'atto dell'approvazione della cessione o della fusione per il passaggio del personale di ruolo alla nuova azienda, mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e assicurando i diritti acquisiti.*

In caso di mutamento nei sistemi di esercizio, l'azienda deve utilizzare, in quanto sia dichiarato idoneo dall'autorità governativa, e nei limiti dei posti da questa riconosciuti necessari, il personale addetto ai vari servizi, rispettandone, per quanto è possibile, i diritti acquisiti (...)”.

momento del subentro, l'applicazione dei contratti in essere nell'azienda cedente. Il suddetto articolo 7 prevede altresì che *"Le parti a livello aziendale negozieranno le modalità di armonizzazione in caso di trattamenti differenziati"*. La previsione in questione considera, quindi, l'opportunità di attribuire i necessari spazi operativi, almeno in fase attuativa, anche alle determinazioni dell'impresa subentrante¹².

In caso di trasferimento d'azienda, l'articolo 16 dell'ipotesi d'intesa 30 settembre 2009 sul nuovo CCNL della mobilità prevede che si applichino l'articolo 2112 del codice civile (Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda)¹³ e l'articolo 47 della legge 428/90 recante la disciplina sindacale da seguire in caso di trasferimento d'azienda, e le successive modifiche e integrazioni¹⁴ (nonché l'articolo 26 dell'allegato A del Regio decreto in quanto applicabile). Si ricorda, in proposito, che l'articolo 2112 del codice civile prevede che *"si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità (...). Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal concessionario al momento del suo trasferimento."*, in coerenza con la disciplina in materia dell'Unione Europea (articolo 1, paragrafo b della Direttiva 2001/23/CE), secondo cui *"è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di una entità economica che conserva la propria identità, intesa come un insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria"*.

Per la disciplina del trasferimento del personale dal gestore uscente al subentrante, alcune leggi regionali fanno esplicito rinvio all'articolo 2112 del codice civile; altre hanno a riferimento l'articolo 26 dell'Allegato A del Regio Decreto; altre stabiliscono direttamente il diritto alla conservazione dell'inquadramento contrattuale e del trattamento economico, comprensivo degli eventuali contratti integrativi aziendali. In alcuni casi sono previste delle disposizioni che si occupano della conservazione dei livelli occupazionali esistenti al momento del subentro.

Si ricorda, poi, la norma prevista dall'articolo 3 bis, comma 2 del decreto legge n.138/2011¹⁵, che consentirebbe di prevedere nei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa una quota parte del punteggio finalizzato a premiare maggiormente l'offerente che, nel rispetto della propria capacità organizzativa, riesca a salvaguardare i livelli occupazionali. La presente disposizione lascerebbe, quindi, intendere che il legislatore non preveda necessariamente il passaggio di tutto il personale dal vecchio al nuovo gestore.

Da ultimo, in applicazione dell'articolo 16-bis del decreto legge n. 95/2012 concernente i principi per l'individuazione dei criteri e modalità con cui ripartire e trasferire alle Regioni a statuto ordinario le risorse del Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale (FNT), si segnala il DPCM 11 marzo 2013, che prevede, come verifica del criterio relativo alla *"definizione di livelli occupazionali appropriati"*, il *"mantenimento o l'incremento dei livelli occupazionali di settore, ovvero, se necessario, mediante la riduzione degli stessi attuata con il blocco del turn over per le figure professionali"*

¹² La possibilità di applicazione del regime contrattuale del subentrante al personale trasferito è presente, in fase attuativa, anche nell'articolo 2112 del codice civile, in caso di trasferimento d'azienda o ramo di essa.

In proposito l'orientamento giurisprudenziale indica la necessità di armonizzare l'assorbimento dei lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente con l'organizzazione dell'imprenditore subentrante (Cons. Stato, sez.V, sentenza 16 giugno 2009, n. 3900). La stessa sentenza afferma che *"la c.d. clausola sociale va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante"*.

¹³ L'articolo 2112 del codice civile prevede che: *"In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. (...) Il concessionario e' tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello."*

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per se' motivo di licenziamento (...)".

¹⁴ In particolare, come riformulati dal decreto legislativo 18/2001, in attuazione della Direttiva 98/50/CE.

¹⁵ L'articolo 3 bis, comma 2 del decreto-legge n.138/2011 prevede che: *"In sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta"*.

non necessarie a garantire l'erogazione del servizio e/o con processi di mobilità del personale verso aziende dello stesso o di altri settori ovvero di altre misure equivalenti che potranno essere successivamente definite".

Alla luce di quanto sopra rappresentato, dall'analisi della disciplina nazionale di riferimento, ivi incluse le leggi regionali, emerge un quadro normativo frammentario, complesso e disorganico in materia di clausola sociale. Pertanto, auspicando un intervento volto a rendere chiaro e organico il quadro di riferimento normativo, in coerenza con quanto delineato dalla Comunicazione europea, l'Autorità sta valutando l'opportunità di effettuare una apposita segnalazione in materia al Governo e al Parlamento. Specificatamente, l'auspicato intervento dovrebbe produrre una armonizzazione ed ottimizzazione del complessivo quadro normativo in materia, introducendo strumenti e criteri di gestione del personale ispirati a logiche di efficienza e alla gestione manageriale del servizio nel rispetto del principio della salvaguardia delle professionalità e dei diritti dei lavoratori. Sarebbe auspicabile anche un chiarimento normativo in merito all'applicabilità diretta del trasferimento d'azienda o ramo di essa alla fattispecie in esame e alla disciplina applicabile alla contrattazione aziendale.

Premesso quanto sopra, la misura in argomento definisce alcune regole relative alle modalità e condizioni per il trasferimento all'aggiudicatario del personale in servizio presso il gestore uscente adibito allo svolgimento dei servizi oggetto di affidamento, nonché per la gestione del trattamento di fine rapporto (di seguito, "TFR") del personale da trasferire, nella disponibilità del datore di lavoro.

In presenza nei documenti di gara di clausole di salvaguardia, l'Autorità disciplina nel dettaglio¹⁶ l'obbligo informativo espressamente previsto dal citato regolamento (CE) n. 1370/2007, il quale, all'articolo 4, paragrafi 5 e 6, dispone che, qualora sia imposto a un operatore di servizio pubblico di "conformarsi a taluni standard sociali", questi devono essere inclusi nei documenti di gara, i quali "individuano il personale interessato e ne precisano in modo trasparente i diritti contrattuali e le condizioni alle quali si ritiene che i dipendenti siano vincolati ai servizi". Specificatamente, la misura in questione prevede che, nel rispetto delle vigenti disposizioni normative e contrattuali, gli enti affidanti individuino in modo chiaro e dettagliato il personale da trasferire dal gestore uscente al subentrante adibito allo svolgimento dei servizi oggetto di affidamento. Fatta salva l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda o ramo di essa, il personale da trasferire è individuato in quello assegnato in maniera prevalente alle attività relative ai servizi oggetto di affidamento. A tal fine gli enti affidanti tengono conto dell'allocazione del personale interessato agli specifici centri di costo, indicati nella pertinente documentazione contabile relativa all'ultimo anno di esercizio economico-finanziario utile, che è, di norma, quello approvato, e della disciplina adottata per i beni strumentali all'effettuazione dei servizi oggetto di affidamento. Per l'individuazione del personale da trasferire, gli enti affidanti consultano preliminarmente il gestore uscente, e, laddove lo ritengano opportuno, anche altri soggetti portatori di interesse nell'ambito della procedura di consultazione di cui alla misura 2, punto 5 del documento di consultazione.

Per quanto riguarda il tema della modalità di gestione del TFR, si sottolinea preliminarmente che la questione si pone solo per le somme, nella disponibilità del datore di lavoro, maturate dai lavoratori prima del 1 gennaio 2007, almeno per le imprese con organico superiore a 49 dipendenti¹⁷. Si può trattare, comunque, di un ammontare di liquidità importante per l'operatore.

L'Autorità, con la misura proposta, ha inteso garantire che gli enti affidanti disciplinino nei documenti di gara, con certezza e senza possibilità di alternative, la modalità di gestione del TFR, assicurando parità di condizioni ai partecipanti alla gara.

A riguardo, l'Autorità ritiene che previsioni riguardanti il trasferimento del TFR al gestore subentrante ovvero la liquidazione diretta del TFR maturato ai lavoratori, ove ammissibile secondo la disciplina di settore¹⁸, parrebbero coerenti con tale principio. Invece, il ricorso da parte del gestore uscente alla stipula

¹⁶ Cfr. anche Prospetto n.1, parte relativa a "Personale da trasferire al nuovo gestore".

¹⁷ Il TFR maturato dai lavoratori dal 1° gennaio 2007 è:

- per imprese con almeno 50 dipendenti, versato all'INPS su richiesta esplicita dell'interessato o versato al fondo integrativo di pensione competente;
- per imprese con organico inferiore a 50 dipendenti, è mantenuto nella disponibilità del datore di lavoro su richiesta esplicita dell'interessato o versato al fondo integrativo di pensione competente.

¹⁸ Fermo restando che il diritto del lavoratore al TFR matura progressivamente in ragione dell'accantonamento annuale, mentre l'esigibilità del credito è rinviata al momento della cessazione del rapporto.

di apposite polizze assicurative o fideiussioni a garanzia del TFR, che verrebbe quindi trattenuto dal gestore uscente, potrebbe comportare effetti discriminatori a vantaggio dell'incumbent. Il TFR sarebbe una risorsa rientrante nella disponibilità del gestore solo nel caso di conferma del gestore uscente.

In particolare, poi, nel caso in cui il subentro del nuovo gestore si configurasse come trasferimento d'azienda o di ramo di essa, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, sarebbe opportuno prevedere l'obbligo di una polizza fideiussoria stipulata dal concessionario¹⁹, se diverso dall'incumbent, considerato che il suddetto articolo del codice civile prevede la responsabilità solidale del cedente e del concessionario per tutti i crediti maturati dal lavoratore al tempo del trasferimento.

Tuttavia, anche per il tema della modalità di gestione del TFR, come già sopra rappresentato in merito all'applicazione delle clausole sociali, rientrando l'argomento in questione nell'ambito della specifica materia di lavoro e tutela dei lavoratori, l'Autorità ha ritenuto più opportuno non intervenire con misure regolatorie di merito e sta valutando l'opportunità di sottoporre la problematica emersa al Governo e al Parlamento.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

In relazione allo schema di misura sottoposto a consultazione, gli *stakeholders* intervenuti hanno osservato, tra l'altro, quanto segue.

Alcuni degli intervenuti nella consultazione, soggetti istituzionali, imprese e organizzazioni sindacali, hanno sottolineato l'assenza di un quadro di regole chiare sul trasferimento del personale e sulle clausole sociali da applicare in caso di subentro di nuovo gestore nell'affidamento con gara di servizi di trasporto pubblico locale. Tuttavia, gli stessi intervenuti, nel sollecitare da parte dell'Autorità misure regolatorie più dettagliate, specificatamente riguardo all'entità del personale da trasferire e alla disciplina degli obblighi sulla contrattazione di secondo livello, hanno espresso posizioni in proposito diverse.

In merito, come già rappresentato nella descrizione della misura, l'Autorità ha ritenuto opportuno intervenire disciplinando, in presenza dell'applicazione nei documenti di gara di misure volte alla protezione del personale, nel dettaglio gli obblighi informativi previsti dalla norma europea. Fatta salva l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda²⁰, l'Autorità ha inteso anche introdurre regole che, nel rispetto delle vigenti disposizioni normative e contrattuali, assicurassero la necessaria corrispondenza del personale interessato dal trasferimento alle attività relative ai servizi oggetto di affidamento, in coerenza anche con la disciplina di trasferimento dei beni strumentali allo svolgimento dei servizi adottata dall'ente affidante. Per gli altri profili segnalati dagli osservatori, considerata la specificità della materia in oggetto e la disorganicità del quadro di riferimento normativo, come già sopra rappresentato, l'Autorità sta valutando l'opportunità di effettuare una specifica segnalazione al legislatore per esortare un intervento normativo chiarificatore del quadro di riferimento e in grado di ridurre l'onerosità dell'applicazione della clausola sociale nel processo di efficientamento e liberalizzazione del settore.

Sempre relativamente alla misura in questione, alcuni intervenuti hanno sottolineato l'importanza di considerare anche gli orientamenti giurisprudenziali europei. In particolare, un operatore, facendo riferimento specificatamente alla sentenza 9 dicembre 2004 - C 460/02 della Corte di Giustizia - Sez I²¹, ha sottolineato come la finalità di tutelare i lavoratori vada lasciata all'intesa contrattuale tra le parti

¹⁹ Se soggetto destinatario del TFR trasferito.

²⁰ La fattispecie in argomento presuppone il trasferimento di una entità economica organizzata che conserva la propria identità nel passaggio da un imprenditore all'altro. Anche in assenza di trasferimento di significativi beni patrimoniali, materiali o immateriali, il trasferimento di ramo d'azienda presuppone non il semplice passaggio di un insieme di lavoratori, stabilmente addetti allo svolgimento di una attività, ma il trasferimento di un insieme di conoscenze e di capacità professionali integrate e cristallizzate nell'entità rappresentata dal gruppo di lavoratori, che si configura come una articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata.

²¹ La sentenza è relativa al regime di protezione sociale previsto dall'articolo 14 del decreto legislativo n.18/99 di recepimento della direttiva 96/67 relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità. La censura espressa dalla Corte è relativa all'incompatibilità del regime di protezione sociale previsto dall'articolo 14 del decreto legislativo n.18/99 relativamente alla direttiva 96/67 finalizzata alla liberalizzazione del settore. Specificatamente, la Corte rileva che la protezione sociale prevista normativamente vada oltre l'ambito di applicazione (trasferimento di azienda o di ramo di essa) della direttiva 2001/23 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.

interessate (gestore uscente e subentrante), basata soprattutto sul consenso e disponibilità del gestore uscente²², e non si possa tradurre in un obbligo normativo.

In merito alla problematica rappresentata, l'Autorità sottolinea come il riferimento normativo europeo per la possibile applicazione di standard di protezione sociale per i servizi di trasporto pubblico locale su strada e per ferrovia sia l'articolo 4, paragrafo 5 e 6 del regolamento, nonché i considerando 16 e 17 dello stesso. La già citata Comunicazione europea interpretativa del regolamento disciplina dettagliatamente l'ambito di applicazione della facoltà di azione in materia di protezione del personale riconosciuta alle Autorità competenti, individuando in capo alle stesse le specifiche possibilità di intervento²³.

Pertanto, l'Autorità ritiene che gli enti affidanti debbano esercitare la propria facoltà di applicare clausole sociali nei documenti di gara primariamente facendo riferimento all'ambito di applicazione indicato dalla suddetta Comunicazione²⁴.

In merito, poi, più specificatamente alla misura proposta dall'Autorità, fatta salva l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda o di ramo di essa, sull'individuazione del personale da trasferire addetto *"in maniera prevalente"* alle attività relative ai servizi oggetto di affidamento, un operatore ha suggerito di sostituire il criterio indicato con quello dell' *"equivalente in full time"*. Le Organizzazioni Sindacali hanno richiesto che il passaggio dal gestore uscente al subentrante riguardi tutto il personale *"senza soluzione di continuità"*. Invece, l'AGCM, nel condividere il principio in argomento, ha suggerito di introdurre una maggiore specificazione del concetto di *"prevalenza"* al fine di *"evitarne ambigue interpretazioni"* e consigliando al tempo stesso di far riferimento alla procedura di consultazione prevista nella misura 2, punto 5 del documento di consultazione. In proposito l'AGCM evidenzia anche il rischio che l'efficacia della suddetta regola, individuata dall'Autorità, possa essere compromessa dall'articolo 1 del DPCM 11 marzo 2013²⁵, che impone alle regioni a statuto ordinario il rispetto di uno stringente parametro occupazionale per acquisire parte della quota premiale di ripartizione del Fondo nazionale del trasporto pubblico locale. La stessa AGCM sottolinea come la richiamata previsione normativa *"sia suscettibile di influenzare in modo anticoncorrenziale il disegno delle gare, poiché incentiva gli enti affidanti a prevedere una clausola sociale estesa, ampliando al massimo il perimetro del personale da trasferire"*.

Inoltre, sempre con riferimento al tema dell'individuazione del personale da trasferire, alcuni soggetti istituzionali e imprese hanno evidenziato l'esigenza di una più chiara e appropriata formulazione della parte di testo della misura relativo alla declinazione dello strumento - *"sulla base di apposita rendicontazione contabile"* - indicato per l'individuazione del personale interessato dal trasferimento.

In proposito si ritiene opportuno procedere ad una riformulazione più chiara della parte di testo in questione, facendo, peraltro, meglio emergere il ruolo primario degli enti affidanti nella individuazione del personale da trasferire²⁶. Specificatamente, si conferma il principio dell'assegnazione *"in maniera prevalente"* alle attività relative ai servizi oggetto di affidamento, quale criterio ragionevole e opportunamente flessibile per l'individuazione del perimetro del personale da trasferire, lasciando agli enti affidanti la specifica attuazione del criterio in argomento, in considerazione anche del contesto caratteristico di ogni gara, ma precisando gli elementi che gli stessi enti affidanti debbono considerare per assicurare una coerente applicazione del principio stesso²⁷.

Relativamente all'articolo 1 del DPCM 11 marzo 2013, nel condividere quanto rappresentato dall'AGCM in merito alla norma, si sottolinea, tuttavia, il diverso ambito di incidenza della misura in argomento volta a disciplinare direttamente il disegno di gara rispetto al suddetto DPCM relativo alla valutazione del soddisfacimento degli obiettivi di efficientamento e razionalizzazione fissati dall'articolo 16-bis del decreto legge n. 95/2012 per la ripartizione dei fondi statali per il trasporto pubblico locale tra le regioni a statuto ordinario.

²² Il consenso del gestore uscente, a parere dell'intervenuto, potrebbe superarsi solo in caso di espressa volontà di quest'ultimo di procedere ad un ridimensionamento o cessazione del rapporto di lavoro con il personale in servizio.

²³ Vedi nota n. 10.

²⁴ E nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e contrattuali.

²⁵ Vedi quanto indicato in proposito nella disamina della normativa rappresentata nell'ambito della descrizione della misura.

²⁶ Fatta salva la disciplina del trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda.

²⁷ Cfr. punto 3 della misura in argomento.

Si ritiene, altresì, utile specificare nella misura (al punto 1, comma a) che i documenti di gara disciplinano le modalità e le condizioni economiche e normative del trasferimento *“nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e contrattuali”*, come suggerito anche da un soggetto istituzionale ed una associazione di imprese. Al contrario, non si ritiene possibile fare esplicito riferimento unicamente al Regio Decreto 148/1931, come suggerito da un soggetto istituzionale, pur costituendo lo stesso il riferimento al quale rinvia la normativa di settore (decreto legislativo n. 422/1997), per le motivazioni già sopra rappresentate in merito alla disorganicità del quadro normativo di riferimento.

La riformulazione del testo della parte di misura in questione, secondo quanto sopra rappresentato, permette di superare anche alcune osservazioni ricevute in merito alla richiesta di una maggiore precisazione della finalità della procedura di consultazione, di cui alla misura 2, punto 5 del documento di consultazione, per l'individuazione del personale da trasferire.

In merito al punto 2 della misura in argomento, alcuni intervenuti hanno rilevato come le organizzazioni sindacali andrebbero solo informate e non consultate a norma di legge²⁸. Una associazione di operatori ha poi suggerito l'opportunità di non entrare nel merito delle modalità di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, essendo la disciplina delle relazioni sindacali già regolata dal CCNL di categoria e dalle vigenti disposizioni normative. In proposito, si ritiene opportuno accogliere l'ultima indicazione e non entrare nel merito della disciplina delle relazioni sindacali. Pertanto, si è eliminato dalla misura lo specifico riferimento relativo alla consultazione/informazione delle organizzazioni sindacali.

Per quanto riguarda il punto 1, lettera b) relativo al TFR, le osservazioni ricevute sono entrate nel merito della questione (passaggio o meno del TFR maturato al subentrante, previsione di apposite garanzie in caso di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda o ramo di essa per le obbligazioni come il TFR assoggettate a vincolo di solidarietà, ecc.). Si tratta di questioni affrontate nella fase istruttoria da parte dell'Autorità²⁹, per le quali, tuttavia, come già detto, si è ritenuto più opportuno non introdurre misure regolatorie di merito e si sta valutando l'opportunità di effettuare una segnalazione al legislatore per le motivazioni già sopra rappresentate.

Pertanto, la misura regolatoria non entra nel merito della questione ed è finalizzata esclusivamente a garantire parità di trattamento e non discriminazione ai concorrenti ed imporre che gli atti di gara indichino in maniera certa ed univoca la disciplina applicabile. In proposito, si ritiene utile il suggerimento avanzato da un soggetto istituzionale di garantire che la disciplina adottata per il TFR garantisca anche i diritti maturati dai lavoratori. Quindi si è proceduto con l'inserimento alla fine del comma della misura in questione del seguente testo: *“e la garanzia per i lavoratori sul TFR maturato”*.

²⁸ In realtà la legge n. 428/1990 relativa all'informazione e consultazione in caso di trasferimento d'azienda al comma 1 fa riferimento alla sola informazione, ma al comma 2 prevede la possibilità di un esame congiunto/consultazione con le organizzazioni sindacali.

²⁹ Alcune valutazioni in proposito sono espresse nell'ambito della descrizione della misura.

Capo II - Equa e non discriminatoria partecipazione alle gare

Misura 9 - Informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara (Prospetto n. 1)

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La costruzione di un set informativo da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara nell'apposita *Data room* costituisce presupposto irrinunciabile ai fini della riduzione delle asimmetrie informative tra i partecipanti alle gare e per la loro contendibilità.

La sostenibilità economica di un'offerta o di un piano economico-finanziario dipende dalla robustezza delle ipotesi formulate, ma anche dall'affidabilità e accuratezza dei dati sottostanti. Per tali ragioni si è ritenuto di definire in dettaglio il contenuto del "pacchetto" minimo di dati e informazioni che gli enti affidanti dovrebbero porre a disposizione dei diversi partecipanti alla gara, come specificato nel Prospetto n. 1. La misura tiene altresì conto dell'esigenza di tutelare profili "commercialmente sensibili" dei dati, tema sollevato in particolare dalle imprese e dalle loro associazioni, e lascia alla discrezionalità degli enti affidanti l'adozione di modalità di diffusione dei dati che non agevolino o incentivino il coordinamento tra operatori concorrenti, così come raccomandato dall'AGCM.

Si precisa preliminarmente che i dati e le informazioni che l'ente affidante rende disponibile per la gara, sintetizzati nel Prospetto, devono essere contenuti in documenti e fasi di gara diverse (pre-informazione, bando o disciplinare di gara, convenzione/contratto di servizio), come indicato nello stesso.

Il Prospetto contiene, innanzitutto, le informazioni da rendere disponibili nella fase della "pre-informazione"³⁰. Al riguardo si evidenzia che i servizi della Commissione europea hanno predisposto un apposito Formulario standard per la pubblicazione della pre-informazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea³¹. Tale Formulario³² prevede la compilazione di campi obbligatori e facoltativi. I primi si riferiscono alle informazioni riguardanti l'autorità competente (denominazione e indirizzo), l'oggetto dell'affidamento (compresa la durata) e il tipo di procedura; sono invece facoltative le informazioni relative agli aspetti quantitativi e/o al valore del servizio (da esprimere in termini di km di servizio di trasporto pubblico di passeggeri e/o del valore stimato, IVA inclusa), quelle di carattere giuridico, economico, finanziario, tecnico³³ e amministrativo, la descrizione dei criteri di aggiudicazione.

Ciò premesso, al fine di consentire ai potenziali partecipanti una più approfondita valutazione della gara che l'ente intende avviare nonché garantire successivamente la formulazione di un'adeguata offerta per la corretta gestione del servizio, l'Autorità ritiene opportuno che alcune informazioni, qualificate come facoltative nel menzionato *formulario*, siano comunque fornite in via obbligatoria dall'ente affidante, unitamente a quelle concernenti la messa a disposizione del materiale rotabile e dei beni immobili (depositi, rimesse, centri manutenzione) per l'effettuazione dei servizi, eventuali documenti e atti pubblicati di pianificazione della mobilità (servizi e infrastrutture) e della logistica, urbanistica e di sviluppo territoriale, laddove rilevanti per il disegno di gara ed infine eventuali accordi con le parti sociali contenenti

³⁰ regolamento (CE) n. 1370/2007, articolo 7, paragrafo 2: "Ciascuna autorità competente prende i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni:

a) nome e indirizzo dell'autorità competente; b) tipo di aggiudicazione previsto; c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione.

Le autorità competenti possono decidere di non pubblicare queste informazioni qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50 000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri. Qualora dette informazioni cambino successivamente alla loro pubblicazione, l'autorità competente pubblica di conseguenza una rettifica al più presto. Tale rettifica non pregiudica la data di avvio dell'aggiudicazione diretta o del bando di gara.

Il presente paragrafo non si applica all'articolo 5, paragrafo 5".

³¹ Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione europea del 29 marzo 2014 sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, al punto 2.5.2.

³² Cfr. http://simap.europa.eu/buyer/forms-standard/pdf-forms/t01_it.pdf

³³ Parametri di costo per le compensazioni, informazioni sui diritti di esclusiva, ripartizione dei ricavi dalla vendita di biglietti, standard sociali per trasferimento del personale, obblighi di servizio pubblico, requisiti di partecipazione, obiettivi di qualità per contratti di servizi.

le modalità di trasferimento del personale, per consentire alle imprese di valutare con maggior discernimento l'opportunità economica e la convenienza alla partecipazione alla gara.

Specificamente, l'Autorità ritiene necessario che gli enti affidanti forniscano in fase di pre-informazione, utilizzando il Formulário standard predisposto dall'Ufficio Pubblicazioni della Commissione europea, le seguenti ulteriori informazioni relativamente a:

1. quantitativo e/o valore indicativo dei servizi (da esprimere in termini di km di servizio di trasporto pubblico di passeggeri e/o del valore stimato, IVA inclusa),
2. informazioni sui diritti di esclusiva, considerata l'importanza che il legislatore europeo riconosce all'attribuzione di tali diritti, i quali dovrebbero essere resi noti ai potenziali partecipanti già nella fase della pre-informazione³⁴;
3. obblighi di servizio pubblico, atteso che le indicazioni sul perimetro dell'obbligo di servizio pubblico e sulle compensazione costituiscono elementi fondamentali per la valutazione della gara³⁵;
4. rinvio a documenti e atti pubblicati di pianificazione della mobilità (servizi e infrastrutture) e della logistica, urbanistica e di sviluppo territoriale, laddove rilevanti per il disegno di gara;
5. messa a disposizione da parte dell'ente affidante o cessione da parte del soggetto uscente del materiale rotabile e dei beni immobili (depositi, rimesse, centri manutenzione), anche alla luce di quanto evidenziato nell'ambito della consultazione effettuata dall'ente affidante sugli effetti potenzialmente discriminatori, per gli operatori nuovi entranti, connessi alla disponibilità, o meno, del materiale rotabile e dei beni immobili;
6. eventuali accordi sottoscritti con le parti sociali contenenti le modalità di trasferimento del personale, se disponibili.

Riguardo alle criticità rappresentate da alcuni soggetti istituzionali circa la non disponibilità immediata o l'onerosità nella raccolta di alcuni dati, è necessario chiarire che lo schema proposto è una struttura "a tendere", alla quale gradualmente le amministrazioni dovranno conformarsi, imponendo appositi obblighi rendicontazione nell'ambito dei contratti di servizio stipulati con i gestori. Sono infatti fornite per i dati o indicatori di maggior dettaglio, come quelli relativi al traffico, alternative praticabili per consentire anche ai partecipanti alla prima tornata di gara ("prima", rispetto al momento di pubblicazione di questo documento, in quanto successiva a un affidamento non competitiva), di predisporre le offerte. È però necessario che i dati al livello disaggregato richiesto nel Prospetto come prima opzione siano disponibili almeno nella seconda tornata di gara: a tal fine è necessario prevedere specifici obblighi di rendicontazione in fase di predisposizione degli schemi di contratto di servizio o di loro revisione, per i contratti già affidati (con modalità non competitive), oltre che attraverso la previsione di specifiche modalità di rilevazione, come ad esempio, l'adozione delle nuove tecnologie di conteggio automatico dei passeggeri sui mezzi³⁶. Si ritiene, peraltro, che la titolarità dei dati e delle informazioni elencate sia degli enti affidanti o di loro enti strumentali o, comunque, della Pubblica Amministrazione in quanto trattasi, in tutti i casi, di elementi

³⁴ L'articolo 2 del regolamento, nelle "Definizioni", descrive il diritto di esclusiva quale "diritto in virtù del quale un operatore di servizio pubblico presta determinati servizi di trasporto pubblico di passeggeri su una linea o rete o in una zona determinata, con esclusione di qualsiasi altro operatore di servizio pubblico". In proposito la Comunicazione, al punto 2.2.6., dopo aver chiarito che, come previsto dall'articolo 3, paragrafo 1 del regolamento, nel caso in cui un'autorità competente decida di concedere ad un operatore un diritto di esclusiva e/o una compensazione a fronte dell'adempimento di un obbligo di servizio pubblico, deve stipulare un contratto di servizio, precisa che "tale diritto può essere sancito da uno strumento legislativo, normativo o amministrativo." Si ricorda, inoltre, che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), del regolamento, "i contratti di servizio pubblico, e le norme generali, stabiliscono in anticipo, in modo chiaro e trasparente, la natura e la portata degli eventuali diritti di esclusiva concessi".

³⁵ L'articolo 2 del regolamento qualifica l'obbligo di servizio pubblico come "l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso". Relativamente a tale aspetto, la Comunicazione della Commissione europea, al punto 2.2.5., ha specificato che "in generale, ma non in assoluto, gli obblighi di servizio pubblico possono fare riferimento a requisiti specifici prescritti imposti all'operatore di un servizio pubblico per quanto riguarda, ad esempio, la frequenza dei servizi, la qualità dei servizi, la fornitura di servizi, in particolare nelle stazioni intermedie che possono non risultare interessanti dal punto di vista commerciale, e la garanzia di collegamenti ferroviari di prima mattina e a tarda sera". L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), del regolamento stabilisce, inoltre, che "i contratti di servizio pubblico, e le norme generali, definiscono con chiarezza gli obblighi di servizio pubblico che l'operatore del servizio pubblico deve assolvere e le zone geografiche interessate".

³⁶ Si veda l'articolo 8 del decreto legge n. 179/2012 e del successivo decreto attuativo adottato dal Ministero dei trasporti in data 1 febbraio 2013, che rendono tali dispositivi obbligatori.

necessari allo svolgimento delle diverse funzioni esercite di monitoraggio dell'andamento dei servizi, di programmazione e pianificazione, di rendicontazione nei confronti della collettività, oltre che di affidatari di contratti servizi responsabili del controllo degli stessi. Da quanto sopra evidenziato, discende che se per la prima gara non è possibile fornire il dettaglio ottimale dei dati, l'ente affidante inserirà nel contratto obblighi di rendicontazione volti ad acquisire l'insieme dei dati e delle informazioni contenute nel Prospetto ai fini della gara successiva.

Per quanto riguarda i dati relativi alle caratteristiche infrastrutturali, socio-demografiche e di reddito del bacino di mobilità e/o di gara, così come agli atti vigenti di pianificazione della mobilità e della logistica, urbanistica e di sviluppo territoriale, si è confermato, con maggiore precisione, che è sufficiente fare rinvio ai documenti già pubblicati dall'ente competente sul proprio sito istituzionale, fermo restando che sarebbe opportuna nel tempo una uniformazione degli stessi, proprio al fine di evitare una asimmetria informativa tra i vari bacini di mobilità nel cui perimetro si individuano i lotti di gara, oltre che per la funzionalità delle stesse attività di pianificazione degli enti.

Nel Prospetto n. 1 è stato invece semplificato e riformulato l'obbligo informativo relativo ai corrispettivi e alle compensazioni a base d'asta, anche in conseguenza di alcuni refusi presenti nel documento di consultazione. Si ritiene molto rilevante ai fini della mitigazione del rischio in capo ai concorrenti e, pertanto, ai fini di una maggiore contendibilità della gara, fornire indicazioni certe sulle quote di copertura delle voci di costo principali (gestione e investimenti) o di quelli che spesso sono oggetto di contenzioso negli affidamenti in essere in relazione al loro ammontare (il riferimento è ai costi in termini di mancato guadagno, nel caso dei contratti *net cost*, relativi al riconoscimento di agevolazioni e/o esenzioni tariffarie). La quota a copertura dei canoni, ed in particolare di quelli relativi all'uso della rete ferroviaria è determinata in base ai criteri vigenti e non richiede la formulazione di ipotesi di stima da parte dell'ente affidante. La segregazione della quota investimenti è inoltre funzionale alla stipula di operazioni finanziarie da parte dei concorrenti. Questa stessa suddivisione del corrispettivo in più componenti dovrebbe essere seguita nel caso di affidamenti non competitivi.

Con riferimento al tema dell'eventuale contenuto sensibile dei dati richiesti, sollevato soprattutto dalle imprese intervenute nella consultazione o da loro associazioni, si osserva preliminarmente che l'Autorità si riferisce solo a dati e informazioni che si ritiene debbano necessariamente essere nella disponibilità degli enti affidanti, nell'ambito degli obblighi di monitoraggio sulle gestioni esistenti, ai fini dell'esercizio delle loro funzioni istituzionali. È questo il caso, ad esempio, dei dati relativi all'impiego di fattori produttivi (lavoro, energia, carburante, ricambi), che infatti non vengono inclusi nella *data room*, in quanto non funzionali ai fini della predisposizione delle offerte, essendo peraltro espressione del modello di gestione adottato dagli attuali *incumbent*, non necessariamente riproponibile ai fini del nuovo affidamento. Ciò non esclude che gli enti affidanti non debbano provvedere al loro rilevamento nel corso della gestione del contratto affidato, per diverse finalità tra le quali la predisposizione dei documenti di gara e, *in primis*, del Piano Economico Finanziario. A tale scopo essi devono peraltro essere necessariamente rilevati "per linea" dagli enti affidanti, proprio al fine di misurare quegli "effetti di rete" segnalati dai partecipanti alla consultazione sulla delibera n. 46/2014 e richiamati altresì nel diritto comunitario³⁷.

Per altri indicatori, quali la velocità commerciale, non si ravvisa invece un problema di riservatezza in quanto gli stessi dati sono desumibili indirettamente dall'orario delle corse e anche, in termini complementari, dai risultati dei monitoraggi della qualità erogata (relativamente agli indicatori di puntualità del servizio) se riferiti a specifiche linee oltre che a intere reti (per il servizio su gomma): tali informazioni devono essere pubbliche per consentire, rispettivamente, la fruizione del servizio e la rendicontazione al pubblico circa le performance erogate.

Infine, per gli indicatori relativi ai passeggeri trasportati, si ritiene che essi assumano un carattere "essenziale", nel senso prima precisato, ai fini della predisposizione delle offerte. Essi dovrebbero essere resi disponibili per fascia oraria e giorno della settimana (festivo/feriale), stagione (distribuzione temporale) e per singola fermata, per linea/corsa/direttrice (distribuzione spaziale). Qualora non disponibili secondo tale dettaglio in tempo utile per la predisposizione delle offerte, dovrebbero essere forniti, in relazione alla loro distribuzione spaziale, almeno a livello di bacino urbano e extraurbano (nel caso del trasporto su gomma) ovvero almeno a livello di collegamento (relazione o itinerario) O-D (nel caso del trasporto

³⁷Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione europea, al punto 2.4.2.

ferroviario) principale. In assenza di questi dati, si giustifica l'inserimento in *data room* di dati sui ricavi, almeno a livello di bacino urbano e extraurbano (in caso di trasporto su gomma) ovvero almeno a livello di collegamento (relazione o itinerario) O-D principale o di un campione significativo delle stesse (nel caso del trasporto ferroviario).

Per quanto infine riguarda l'intervallo di disponibilità dei dati, per tutte le categorie si ritiene che un periodo congruo sia di almeno tre anni, in quanto adeguato a cogliere tendenze di fondo non influenzate da fattori occasionali o congiunturali. L'ente affidante potrà inserire un periodo inferiore qualora abbia ragionevoli elementi per ritenere che un periodo più breve colga comunque le tendenze normali della grandezza considerata.

Per quanto riguarda i dati sul personale interessato dal trasferimento dal gestore uscente al subentrante, si sottolinea come la previsione negli atti di gara dell'applicazione di clausole sociali comporti l'obbligo da parte degli Enti affidanti di rendere note ai partecipanti alla gara le informazioni che individuano il personale interessato dal trasferimento, precisandone, in modo trasparente, i diritti e le condizioni alle quali il medesimo personale è tenuto a svolgere la propria attività per l'erogazione dei servizi. Tale obbligo informativo è espressamente previsto dal regolamento (CE) n. 1370/2007, il quale, all'articolo 4, paragrafi 5 e 6, dispone che, qualora sia imposto a un operatore di servizio pubblico di conformarsi a taluni standard sociali, i documenti di gara individuano il personale interessato e ne precisano in modo trasparente i diritti contrattuali e le condizioni alle quali si ritiene che i dipendenti siano vincolati ai servizi.

L'Autorità ha disciplinato nel dettaglio il suddetto obbligo e messo in consultazione un Prospetto informativo relativo al contingente di personale interessato al trasferimento, recante l'indicazione delle caratteristiche amministrative, tecniche ed economiche di ogni addetto. Le suddette informazioni devono essere rese note dagli enti affidanti, in forma anonima, in fase di gara.

La misura in esame, al punto 2, prevede la possibilità che gli enti affidanti possano determinare i livelli minimi qualitativi e quantitativi dei servizi oggetto di gara mediante procedure di consultazione che coinvolgano tutti i soggetti portatori di interesse, da avviare almeno sei mesi prima della pubblicazione del bando. Tali consultazioni possono costituire un valido supporto per l'ente affidante per definire insieme ai portatori di interesse, con particolare riferimento alle associazioni rappresentative dei consumatori, i livelli minimi quantitativi e di qualità dei servizi da porre a base della gara.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Sono state proposte alcune semplificazioni delle informazioni richieste e in gran parte accolte. Per quanto, invece, riguarda le obiezioni sulla natura sensibile o riservata dei dati richiesti (dati commercialmente sensibili), reiterate negli stessi termini della prima consultazione da alcuni soggetti interessati (alcune imprese e loro associazioni), si rinvia alla sezione precedente descrittiva della misura.

Relativamente alle informazioni da fornire nella fase della pre-informazione, che risultano essere aggiuntive rispetto a quelle minime e facoltative richieste nel Formulario standard predisposto dall'Ufficio Pubblicazioni della Commissione europea, gli *stakeholder* intervenuti hanno espresso il loro generale apprezzamento e hanno fornito alcuni elementi di precisazione. In particolare l'Autorità nazionale anticorruzione, nel suo parere, ha ribadito la necessità di chiarire che l'ente deve utilizzare l'apposito Formulario, suggerendo la necessità di inserire i dati carenti relativi "ai documenti e agli atti pubblicati di pianificazione della mobilità (servizi e infrastrutture) e della logistica, urbanistica e di sviluppo territoriale" e al "materiale rotabile e ai beni immobili" in altra sezione del formulario da individuarsi, quale ad esempio, la sezione "Informazioni complementari".

L'Autorità non può che condividere i suggerimenti proposti.

Per quanto concerne le informazioni sul personale interessato dal trasferimento dal gestore uscente al subentrante, alcuni soggetti istituzionali ed alcuni operatori hanno evidenziato che le informazioni relative alla "*linea di impiego prevalente*" e al "*deposito/impianto/officina di appartenenza*" non sono conosciute e non sono rilevanti al fine dell'affidamento. In proposito, si sottolinea che i dati informativi in questione sono stati inseriti nel Prospetto per consentire la verifica dell'appartenenza del lavoratore ai servizi oggetto di affidamento. Comunque, poiché l'individuazione del personale da trasferire è effettuata prima

dell'avvio della gara, si ritiene che la presenza dei suddetti elementi informativi negli atti di gara possa non essere più necessaria.

Alcuni intervenuti alla consultazione ritengono eccessivamente dettagliate le informazioni richieste nel Prospetto. In particolare, un'associazione di operatori del settore trasporto su strada suggerisce di limitare le informazioni necessarie ai seguenti elementi: numero di matricola, anzianità contributiva e livello di inquadramento o parametro. Un operatore del settore ferroviario propone di considerare le seguenti informazioni: - numero matricola;- data di nascita;- anzianità contributiva;- data di assunzione; - livello professionale;- figura professionale;- eventuale tipologia di inidoneità;- abilitazioni possedute;- sede amministrativa;- sede di lavoro;- Unità produttiva di appartenenza;- tipologia di contratto e relativa percentuale del tempo di impiego;- trattamento economico come previsto dal CCNL di II livello. In proposito, si ritiene di confermare l'elenco originariamente previsto, con alcuni chiarimenti e precisazioni terminologiche e con l'eliminazione dei dati di "*linea di impiego prevalente*" e "*deposito/impianto/officina di appartenenza*", per le motivazioni sopra rappresentate. Infatti, l'elenco proposto, peraltro in linea di massima corrispondente alle informazioni indicate dal suddetto operatore ferroviario, tiene conto di entrambe le modalità di trasporto, per ferrovia e su strada, e, come già indicato nella descrizione della misura, consente di disciplinare nel dettaglio il preciso obbligo informativo sancito dall'articolo 4, paragrafi 5 e 6 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e di assicurare una equa e non discriminatoria partecipazione alla gara.

Specificatamente, per quanto riguarda "*il trattamento economico*" relativo al singolo dipendente, indicato nel prospetto informativo, si ritiene opportuno mantenere l'originaria previsione di riportare il costo complessivo per addetto. Le varie componenti di costo potranno desumersi sulla base degli altri elementi informativi resi noti.

Una associazione di operatori, convenendo con la proposta dell'Autorità di fornire un'informazione riepilogativa del costo complessivo del personale da trasferire per categoria di attività, ha suggerito di introdurre categorie standard di attività. La proposta appare condivisibile al fine di assicurare uniformità ai prospetti informativi. Specificatamente, si ritiene opportuno introdurre le categorie di attività previste nell'ambito dell'Osservatorio sul trasporto pubblico locale istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

In merito alla nota 4 del Prospetto posto in consultazione³⁸, un operatore sottolinea che il riferimento per il costo complessivo annuo dei lavoratori ai dati del Bilancio consuntivo del gestore uscente potrebbe risultare non coerente con la consistenza del personale da trasferire e non oggettivamente correlabile. In merito si ritiene di non condividere tale osservazione. Infatti, il richiamo ai dati dell'ultimo anno di esercizio economico-finanziario approvato è utile per definire un riferimento certo. Saranno, poi, gli enti affidanti a verificare la coerenza dei dati forniti dal gestore con i dati della relativa Relazione di bilancio sulla base dell'allocazione del personale oggetto di trasferimento agli specifici centri di costo, indicati nella pertinente documentazione contabile. La nota in questione viene, comunque, semplificata facendo riferimento direttamente all'ultimo anno di esercizio economico-finanziario utile, che è, di norma, quello approvato.

Per quanto riguarda l'obbligo di mettere a disposizione in fase di gara i contratti integrativi aziendali solo se applicabili all'aggiudicatario (come indicato nel Prospetto posto in consultazione), un soggetto istituzionale e le Organizzazioni sindacali rilevano l'opportunità che i suddetti contratti costituiscano sempre parte integrante della documentazione di gara. Specificatamente il soggetto istituzionale motiva il suggerimento sulla base "*dei vincoli eventualmente presenti negli accordi aziendali di 2° livello*". In proposito si ritiene condivisibile quanto proposto.

In merito alla previsione, contenuta nel Prospetto, di mettere a disposizione tra i documenti di gara anche gli "*Accordi sottoscritti con le parti sociali contenenti le modalità di trasferimento*", un operatore ha segnalato l'opportunità che i suddetti accordi siano sottoscritti con le organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL di riferimento del gestore uscente. In proposito, si precisa che ci si riferisce agli accordi sottoscritti dagli enti affidanti con le parti sociali eventualmente già disponibili in fase di pre-informazione³⁹.

³⁸ La nota prevede che: "*I dati economici fanno riferimento all'ultimo anno di esercizio economico-finanziario concluso e sono coerenti con i dati della relativa Relazione di Bilancio*".

³⁹ Cfr. Prospetto n. 1 –Pre-informazione.

Relativamente alla disposizione di cui al punto 2 della misura in esame gli stakeholders intervenuti hanno accolto nel complesso positivamente la previsione di avviare, prima della pubblicazione del bando di gara, una consultazione per l'individuazione dei livelli minimi qualitativi e quantitativi. Da precisare che la definizione di livelli minimi qualitativi del servizio è funzionale anche per la determinazione dei punteggi per valutazione dell'offerta tecnica relativamente ai livelli migliorativi che i partecipanti possono proporre nella presentazione delle relative offerte.

Alla luce di un'analisi più puntuale e al fine di garantire una coerenza della misura in esame con altre disposizioni del presente documento, si ritiene opportuno limitare la procedura di consultazione ai soli aspetti qualitativi del servizio che si intende affidare. Relativamente agli aspetti quantitativi, si fa presente, infatti, che tali informazioni (quantitativo e/o valore indicativo per tipologia di servizi) devono essere rese note già nell'Avviso di pre-informazione, da pubblicare almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara (v. Prospetto n. 1).

Da evidenziare inoltre che il Coordinamento delle Regioni e Province Autonome, unitamente ad altri soggetti istituzionali, hanno tra l'altro evidenziato che la procedura di consultazione debba essere svincolata da tempistiche, tenuto conto che l'affidamento del servizio avviene sulla base di una programmazione già definita e che i Piani regionali del trasporto pubblico locale sono oggetto di una consultazione obbligatoria. Si ritiene pertanto opportuno accogliere la proposta di eliminare il riferimento temporale dei sei mesi.

Misura 10 - Requisiti di partecipazione

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La facoltà degli enti affidanti di introdurre nei documenti di gara requisiti soggettivi obbligatori - ulteriori rispetto a quelli previsti dalla vigente normativa⁴⁰ - potrebbe comportare degli effetti discriminatori e quindi l'esercizio di siffatta facoltà deve essere oggetto di una attenta valutazione.

In proposito, pare utile ricordare come la disciplina europea enfatizzi la necessità che le gare per la selezione del gestore di un servizio di trasporto pubblico di passeggeri su strada e per ferrovia siano, tra l'altro, aperte a tutti gli operatori, nel rispetto del principio di trasparenza e non discriminazione. Tale profilo è specificamente trattato nell'ambito della Comunicazione della Commissione europea⁴¹, laddove si chiarisce, in particolare, che le procedure di aggiudicazione devono essere definite in modo tale da creare le condizioni di un'effettiva concorrenza.

Infatti, oltre ad assicurare la libertà di impresa dei potenziali concorrenti, *“Una procedura di gara aperta, trasparente e non discriminatoria ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, permette di ridurre al minimo la compensazione pubblica che le autorità competenti devono versare al soggetto erogatore dei servizi per ottenere il livello di servizio pubblico previsto dalla gara, evitando in tal modo compensazioni eccessive”*⁴², contribuendo, pertanto, all'efficiente impiego delle risorse pubbliche e al buon andamento dell'amministrazione.

La Commissione rammenta la contrarietà alle disposizioni del menzionato articolo 5, paragrafo 3, di una procedura *“(...) elaborata in modo tale da limitare indebitamente il numero di potenziali offerenti. In questo contesto, le autorità competenti devono prestare particolare attenzione quando vi siano chiare indicazioni che le condizioni di concorrenza non sono efficaci, in particolare, ad esempio, quando viene presentata una sola offerta”*⁴³.

Per quanto precede, l'Autorità ritiene che gli enti affidanti debbano valutare con la massima attenzione l'introduzione di requisiti speciali di partecipazione, attesa la circostanza che ciascun requisito ulteriore è astrattamente idoneo a comprimere l'obiettivo di massima apertura della gara a tutti i concorrenti.

Pertanto, se, da un lato, non si può escludere, allo stato⁴⁴, il permanere di un limitato margine di discrezionalità in capo agli enti nel prevedere requisiti di partecipazione più restrittivi rispetto a quanto disposto dalla vigente normativa, le corrispondenti prescrizioni della *lex specialis* per la gara saranno legittime a condizione che rispettino i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, da valutare in concreto, in correlazione alle peculiarità della gara medesima; ciò, affinché la platea dei potenziali concorrenti non sia limitata oltre lo stretto indispensabile e non si precostituiscano situazioni di privilegio.

A tal fine, la disposizione di cui al punto 1 prevede che l'ente affidante debba indicare, attraverso una apposita relazione da includere nei documenti di gara, le puntuali motivazioni poste a sostegno

⁴⁰ Sul piano del diritto nazionale, l'articolo 18 del decreto legislativo n. 422/1997 prevede requisiti di partecipazione alla gare connessi al conseguimento dei titoli autorizzatori o abilitativi prescritti per l'esercizio dell'attività di trasporto passeggeri, in relazione al modo di trasporto medesimo. Specificamente, il comma 1-bis dispone che *“I servizi di trasporto pubblico ferroviario, qualora debbano essere svolti anche sulla rete infrastrutturale nazionale, sono affidati dalle regioni ai soggetti in possesso del titolo autorizzatorio di cui all' articolo 3, comma 1, lettera r), del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, ovvero della apposita licenza valida in ambito nazionale rilasciata con le procedure previste dal medesimo decreto legislativo n. 188 del 2003”*; mentre, il comma 2, lettera a), secondo periodo, prevede che *“(...) Alle gare possono partecipare i soggetti in possesso dei requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti, ai sensi della normativa vigente, per il conseguimento della prescritta abilitazione all'autotrasporto di viaggiatori su strada (...)”*. In merito ad una rassegna dei principali requisiti generali e speciali applicabili al settore si rinvia al parere formulato dall'ANAC (cfr. Parere ANAC, pag. 6-9).

⁴¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, 2014/C 92/01*, pubblicata su Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 29 marzo 2014, punti 2.3.2 e 2.4.1.

⁴² Così, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, 2014/C 92/01*, cit., punto 2.4.1.

⁴³ Così, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, 2014/C 92/01*, cit., punto 2.4.1. La generale tematica riguardante l'individuazione dei requisiti di partecipazione ad una gara pubblica è stata affrontata più volte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato; cfr., *ex multis*, Segnalazione AS 187 *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, del 17 dicembre 1999, Boll. n. 49/99 e Segnalazione AS 814 *Comune di Reggio Emilia – Bando di gara per l'affidamento del servizio di gestione aree di sosta e del servizio scuolabus*, del 10 marzo 2011, in Boll. n. 9/2011.

⁴⁴ Sul generale aspetto riguardante il regime di gradualità in ordine all'applicazione di tali principio, si rinvia a COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, 2014/C 92/01*, cit., punto 2.6.1.

dell'introduzione di ogni requisito aggiuntivo, dalle quali traspaia con evidenza la ragionevolezza di siffatta previsione e la proporzionalità rispetto alle specificità della gara nonché l'assenza di effetti discriminatori a danno di potenziali concorrenti. Con riguardo alla natura (potenzialmente) discriminante delle condizioni attinenti la sede di stabilimento dell'impresa nello stesso bacino di affidamento o in un bacino contiguo, si segnala come la Corte costituzionale abbia ritenuto illegittimi gli interventi legislativi regionali aventi per effetto una discriminazione nei confronti di un operatore economico fondata sulla sua localizzazione in un determinato territorio⁴⁵; pertanto, la parte finale della disposizione richiama il divieto di discriminazione in parola.

Da ultimo, al fine di promuovere la più ampia apertura alla concorrenza delle gare per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale, la disposizione di cui al punto 2 dello schema sottoposto a consultazione ha previsto che il fatturato rilevante ai fini del soddisfacimento dei requisiti di partecipazione comprendesse anche quello realizzato nella produzione di servizi locali di pubblica utilità, quali, ad esempio, la distribuzione di acqua, di energia elettrica, di gas naturale e la raccolta dei rifiuti urbani. Ciò, con l'obiettivo di imprimere una ulteriore spinta verso la maggiore concorrenzialità del settore, incentivando la partecipazione alle gare di società *multiutilities*.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

In relazione allo schema di misura sottoposto a consultazione, gli *stakeholders* intervenuti hanno osservato, tra l'altro, quanto segue.

Sulla disposizione di cui al punto 1, il contributo offerto dai soggetti istituzionali intervenuti propone l'introduzione di una specifica previsione in ordine alla previa verifica da parte dell'Autorità, unitamente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sulla disciplina dei requisiti di partecipazione proposti da ciascun ente affidante.

Al riguardo, si osserva come un generalizzato obbligo in tal senso rischierebbe di costituire un costo amministrativo eccessivo e non sostenibile, in considerazione, peraltro, della numerosità dei soggetti tenuti ad effettuare procedure ad evidenza pubblica nei diversi modi di trasporto interessati dal provvedimento.

Piuttosto, sul punto, si segnala come l'Autorità abbia già avviato, sin dalla sua entrata in operatività, una proficua attività di collaborazione con diversi enti affidanti in relazione a singole gare già bandite per le quali è stato chiesto l'avviso su specifici aspetti regolatori.

Pertanto, pure la verifica sui requisiti di partecipazione proposta dagli *stakeholders* potrà essere oggetto di puntuali richieste degli enti affidanti che ritengano di usufruire del supporto istituzionale offerto dall'Autorità, ferma restando, ovviamente, l'attività di vigilanza che sarà assicurata dall'Autorità medesima in ordine al pieno rispetto delle misure regolatorie adottate, ivi inclusa quella in parola, che porterà - in caso di segnalazioni o d'ufficio - all'avvio degli opportuni accertamenti.

Infine, un operatore ha segnalato la necessità di evitare che l'obbligo di redigere la relazione possa scoraggiare la fissazione di qualsiasi requisito specifico volto ad assicurare che la gara avvenga fra concorrenti specialisti nel settore.

In proposito, si ribadisce quanto già ampiamente riportato nel precedente paragrafo in merito alla *ratio* della disposizione, attuativa del principio di trasparenza e non discriminazione prescritto dalla menzionata disciplina europea di settore. Invero, la disposizione mira ad salvaguardare la massima apertura della gara ai concorrenti, imponendo agli enti affidanti di dare espressa contezza del bilanciamento operato tra l'eventuale introduzione di requisiti speciali di partecipazione e la necessità di garantire la più ampia partecipazione degli operatori alla procedura di aggiudicazione.

⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 13 novembre 2013, n. 264, in materia di servizio pubblico di trasporto non di linea che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 1, lettera b), della legge della Regione Molise 13 novembre 2012, n. 25 (Norme per il trasporto di persone mediante servizi pubblici non di linea - Istituzione del ruolo dei conducenti di veicoli o natanti di cui alla legge 15 gennaio 1992, n. 21); tale disposizione regionale è stata ritenuta contrastante con l'articolo 117 della Costituzione per violazione dell'art. 49 del TFUE (nonché della direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno), poiché prevede(va) – tra gli altri requisiti richiesti per l'iscrizione all'istituto ruolo provinciale dei conducenti di veicoli o natanti adibiti ad autoservizi pubblici non di linea – alla lettera b), che i soggetti aspiranti all'iscrizione medesima dovessero “*essere residenti in un comune compreso nel territorio della Regione da almeno un anno ed avere la sede legale dell'impresa nel territorio regionale*”.

Per le ragioni che precedono, l'Autorità ha ritenuto di mantenere l'impianto del testo della disposizione di cui al punto 1, così come proposto in sede di consultazione, limitandosi ad una mera modifica del punto relativo all'individuazione del documento destinato ad accogliere l'illustrazione delle puntuali motivazioni poste a sostegno dell'introduzione di ogni requisito aggiuntivo. In particolare, pure al fine di semplificare gli adempimenti a carico degli enti affidanti, si ritiene opportuno prevedere che essa costituisca un apposito allegato supplementare alla relazione di cui all'articolo 34, comma 20, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179.

In relazione alla disposizione di cui al punto 2, i contributi pervenuti, nella quasi loro totalità, propongono una modifica delle soglie di fatturato rilevante, aumentando quella concernente il fatturato realizzato nel settore del trasporto pubblico locale; altri contributi, suggeriscono l'inserimento di un riferimento anche al possesso dei requisiti tecnico professionali (oltre che economico-finanziari) in misura adeguata e proporzionata rispetto all'oggetto della gara corrispondente. Il parere fornito dall'ANAC evidenzia la complessità insita nel declinare il principio in parola, in termini generali e valevoli per ciascuna gara; ad avviso dell'AGCM, una estensione delle soglie di fatturato rilevanti non dovrebbe limitarsi al solo settore delle *multi-utility*⁴⁶, sottolineando come eventuali disposizioni di gara in ordine ai requisiti di fatturato non debbano comportare una indebita limitazione dei potenziali partecipanti alla medesima.

Al riguardo, pure alla luce dei contributi pervenuti, l'Autorità ritiene che siffatta disposizione, contrariamente al fine attribuitole, possa prestarsi ad interpretazioni e applicazioni concrete tese a incentivare l'introduzione di requisiti soggettivi obbligatori, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla vigente normativa.

Pertanto, allo stato, si è ritenuto di eliminare tale disposizione, ribadendo come la previsione di ogni requisito ulteriore rispetto a quelli previsti dalla vigente normativa dovrà essere oggetto di una attenta valutazione e debitamente motivato nell'ambito della relazione di cui al punto 1.

⁴⁶ Cfr. parere AGCM, S2229, pag. 7.

Misura 11 – Criteri di aggiudicazione

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La determinazione dei criteri di aggiudicazione dell’offerta, e la relativa ponderazione, sono rimesse alla valutazione discrezionale dell’ente affidante. Tali criteri devono essere pubblicati unitamente ai documenti di gara: tale principio di carattere generale discende dalla applicazione dei canoni comunitari di trasparenza e non discriminazione richiamati dall’articolo 5, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 ed è stato ribadito dalla Commissione europea nella Comunicazione, paragrafo 2.3.2.47. Inoltre, dall’applicazione dei menzionati canoni comunitari deriva anche il principio secondo il quale i criteri di aggiudicazione devono essere oggettivi e tali da evitare possibili conseguenti effetti discriminatori.

Nell’ottica di favorire l’efficienza e la produttività dei servizi di trasporto pubblico per passeggeri, sia su strada che per ferrovia, la misura, al punto 1, sottoposta in consultazione prevede che, nell’ambito della definizione dei criteri di valutazione, gli enti affidanti tengano conto anche del grado di innovatività dell’offerta in relazione, tra l’altro, a diversi elementi volti a valorizzare le capacità manageriali/operative delle imprese partecipanti alla gara, in particolare consentendo una maggior autonomia nella politica tariffaria nell’ambito delle indicazioni e dei range definiti dai titolari della potestà tariffaria; tenuto conto dell’esigenza di incrementare il volume dei ricavi da traffico, la misura è finalizzata, altresì, ad incentivare, mediante investimenti, l’adozione di misure di efficace contrasto del fenomeno di evasione ed elusione tariffaria alla luce del suo rilevante impatto sui conti economici dei gestori⁴⁸, alla diffusione dei sistemi di ITS (*Intelligent Technology System*), compresi quelli di biglietteria elettronica e di altre tecnologie a bordo che permetterebbero, tra l’altro, anche di acquisire da parte dell’ente affidante una grande quantità di dati sulle caratteristiche della domanda. Infine la misura ha l’intento di valorizzare le offerte che favoriscono una politica di trasporto finalizzata alla tutela dell’ambiente nonché alla tutela dei passeggeri a mobilità ridotta.

L’Autorità ha ritenuto opportuno valorizzare i suddetti criteri di valutazione che integrano quelli che l’ente affidante, nella sua discrezionalità, identifica sulla base della specificità della singola gara e delle esigenze del territorio. La misura posta inizialmente in consultazione non prevedeva, tra i criteri di valutazione delle offerte, quelli che valorizzano gli investimenti sul materiale rotabile (ad es. rinnovo del parco rotabile) e la qualità del servizio offerto in quanto ritenuti *minimi*, cioè imprescindibili per assicurare lo svolgimento di un servizio di trasporto pubblico adeguato. Relativamente al parco rotabile, come è stato da più parti evidenziato, si ricorda che lo stato dei mezzi si deduce, in prima battuta, dall’età media del parco mezzi. Secondo alcuni studi di settore, il parco mezzi su gomma per lo svolgimento del servizio urbano ed extraurbano è caratterizzato in Italia da un’età media molto elevata, pari a 11,6 anni, rispetto ad una media europea di 7 anni⁴⁹. Per quanto attiene il servizio di trasporto pubblico regionale su ferro, è stata inoltre registrata, nel 2012, l’esistenza di un parco treni con un’anzianità media superiore ai 20 anni per i mezzi di trazione e ai 30 anni per il materiale rimorchiato, con punte di oltre 60 anni per le locomotive diesel e di 80 anni per le locomotive elettriche e materiale rimorchiato⁵⁰.

Risulta evidente la necessità di nuovi investimenti per il rinnovo del parco rotabile, sia per il trasporto su strada che per ferrovia, che l’ente affidante deve favorire attraverso i criteri di valutazione delle offerte.

⁴⁷ Richiamando l’applicazione dei principi generali del Trattato, quali i principi di trasparenza e non discriminazione, la Commissione afferma “*che i criteri di valutazione per la selezione delle offerte devono essere pubblicati insieme ai documenti di gara*”

⁴⁸ Camera dei Deputati, XVII Legislatura – IX Commissione “*Documento conclusivo sull’indagine conoscitiva sul trasporto pubblico locale*”, 8 aprile 2014.

⁴⁹ Da evidenziare che a livello nazionale si registrano forti differenze: è il caso della Sardegna e del Friuli Venezia Giulia che hanno un parco rotabile più nuovo sia per il servizio di trasporto urbano (rispettivamente 3,6 e 5,2), sia per quello extraurbano (rispettivamente 7,7 e 7,5), a fronte invece di Regioni che hanno parchi autobus più vecchi della media: per i veicoli urbani è in caso, ad esempio, del Piemonte (14,3) e del Veneto (14,1); per i veicoli extraurbani si citano, a titolo di esempio, il Piemonte (14,9), la Calabria (14,6) e la Sicilia (15,2). (in proposito v. ASSTRA (2012), *Autobus e investimenti. Indagine statistica circa gli autobus adibiti al trasporto pubblico locale delle Aziende associate ad ASSTRA*).

⁵⁰ Idem ASSTRA (2012). Anche in questo caso la situazione del parco rotabile su ferro risulta territorialmente molto differenziata: ad esempio la Valle d’Aosta e la Provincia Autonoma di Bolzano hanno un parco rotabile più recente (rispettivamente di 3 e 12 anni), mentre la Lombardia, la Puglia e la Sardegna possiedono dei treni molto più vecchi, in media pari a 30 anni (i valori si riferiscono al 2008 e la fonte è uno studio della Fondazione Filippo Caracciolo del 2012).

Maggiori investimenti sul parco rotabile si riflettono inevitabilmente sulla qualità del servizio offerto e quindi sui passeggeri.

Il punto 1 della misura in argomento, infine, nella formulazione sottoposta a consultazione, valorizzava le offerte corredate dalla presentazione, qualora facoltativa, di un piano economico finanziario (PEF). Questa disposizione era in coerenza con quanto previsto nella misura 15, punto 2 che prevedeva, nella formulazione originaria, che la presentazione in sede di offerta del PEF potesse essere richiesta facoltativamente dall'ente affidante. Nei casi pertanto in cui l'ente affidante non avesse richiesto obbligatoriamente la presentazione del PEF in sede di presentazione delle offerte, avrebbe potuto introdurre, nell'ambito dei criteri di valutazione, quello che valorizzava le offerte corredate di un PEF.

La disposizione di cui al punto 2, nella formulazione originaria sottoposta in consultazione, prevedeva che gli enti potessero introdurre criteri di valutazione di offerte contenenti proposte di partecipazione di soggetti terzi, pubblici o privati, al finanziamento del costo del servizio a fronte del soddisfacimento di specifiche esigenze di mobilità emerse nel contesto territoriale. La misura era finalizzata ad incentivare forme di partenariato pubblico-privato che avrebbero potuto, in parte, contribuire a finanziare il costo del servizio.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

L'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito ANAC), nel suo parere espresso relativamente alla misura in argomento, per quanto concerne il punto 1, ha suggerito di integrarlo mediante un richiamo espresso ai principi di carattere generale in tema di criteri di aggiudicazione sopra menzionati, compreso il principio secondo il quale i criteri di aggiudicazione non devono lasciare all'ente affidante una libertà di scelta incondizionata; in particolare, al fine di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice e quindi l'imparzialità delle valutazioni, per ciascun criterio di valutazione è possibile prevedere dei sub-criteri e specificare i sub-pesi o sub-punteggi e i relativi criteri motivazionali. Inoltre l'ANAC ha proposto, per completezza, di richiamare anche i criteri già individuati all'articolo 18, comma 2, lettera a) del decreto legislativo n. 442/1997.

L'Autorità ha ritenuto opportuno accogliere le proposte di ANAC e di integrare la disposizione della misura in esame con un espresso richiamo ai principi di carattere generale in materia nonché alla normativa di settore concernente i criteri di aggiudicazione.

Per quanto concerne le misure contenute al punto 1, gli stakeholders intervenuti hanno accolto positivamente, nel complesso, l'introduzione dei criteri di aggiudicazione proposti. Pertanto l'Autorità ha ritenuto opportuno confermarli e di integrarli anche sulla base delle osservazioni pervenute. Da evidenziare, infatti, che numerosi operatori e anche uno stakeholder istituzionale hanno, in maniera univoca, segnalato la necessità di inserire tra i criteri anche quelli che valorizzino la capacità di investimento, con particolare riferimento al rinnovo del parco rotabile; inoltre hanno suggerito di integrare la misura, prevedendo, altresì, il criterio che valorizzi la qualità dei servizi ed eventualmente i servizi aggiuntivi offerti che hanno un impatto diretto rilevante per i passeggeri. Analogamente alcune Organizzazioni sindacali hanno sollecitato l'inserimento nella misura dei criteri di valutazione che valorizzano i programmi di investimento destinati al rinnovo del parco rotabile, con particolare riferimento a quelli con basso impatto ambientale. Da evidenziare che una Associazione di consumatori ha sottolineato che il grado di innovatività dell'offerta va valutata anche tenendo conto di soluzioni che favoriscano l'engagement dei cittadini, la disponibilità a rendere aperti e fruibili i dati (open data) circa l'affluenza dei passeggeri sui mezzi di trasporto pubblico: ciò al fine di consentirne l'utilizzo da parte di altri operatori nel settore della mobilità nonché di organizzazioni del mondo civico per concorrere alla organizzazione o progettazione di combinazioni intermodali di trasporto. Inoltre, a parere dell'Associazione, andrebbero valorizzati criteri di aggiudicazione che incentivino lo sviluppo di intermodalità e multimodalità soprattutto attraverso partenariati, accordi e/o collaborazioni con altri e nuovi soggetti, pubblici e/o privati.

Un'altra Associazione di consumatori ha proposto di integrare i criteri con un esplicito riferimento ai livelli e alle forme di esecuzione degli obblighi in tema di previsione degli indennizzi a favore dei passeggeri, di rapida gestione dei reclami, anche per il tramite di forme di conciliazione paritetica, nonché di coinvolgimento nell'adozione delle condizioni generali del contratto di trasporto delle associazioni di categoria, dei consumatori, dei passeggeri e delle persone a mobilità ridotta.

Premesso quanto precede e alla luce delle osservazioni pervenute, l'Autorità ha ritenuto opportuno ribadire, anche nella fase di individuazione dei criteri di aggiudicazione, l'importanza degli investimenti, con particolare riferimento al rinnovo del materiale rotabile, con un favor per quello a basso impatto ambientale, che ha inevitabilmente ripercussioni positive sui passeggeri. Si è ritenuto, altresì, necessario riaffermare la necessità, in relazione alla proposta formulata dalla predetta Associazione dei consumatori nonché da un operatore, che gli enti affidanti debbano incentivare i concorrenti a presentare offerte volte a migliorare la qualità del servizio erogato e l'utilizzo di strumenti di rendicontazione per le esigenze dell'ente affidante, dei passeggeri e della collettività (*accountability*). In proposito l'Autorità, come segnalato nella *Introduzione*, si è riservata di avviare un'apposita procedura volta ad individuare i livelli minimi di qualità per i servizi di trasporto connotati da oneri di servizio pubblico.

Infine, si è reputato opportuno favorire l'offerta di servizi innovativi e/complementari al servizio posto a base della gara.

Relativamente alla valorizzazione delle offerte innovative da punto di vista della politica tariffaria, il Coordinamento delle regioni e delle province autonome ha evidenziato che le tariffe sono spesso definite a livello di bacino (tariffe integrate) e pertanto lo spazio di progettazione dell'offerta in alcuni casi potrebbe non essere molto rilevante. Da segnalare, inoltre, che alcune Organizzazioni sindacali hanno chiesto l'eliminazione dell'espresso riferimento alla valorizzazione dell'offerta innovativa sotto il profilo della politica tariffaria.

Relativamente a tale tematica l'Autorità, pur apprezzando le osservazioni pervenute, ha ritenuto tuttavia opportuno valorizzare anche le offerte che, nel rispetto delle tariffe fissate dai titolari della potestà tariffaria, possano, ove possibile, introdurre elementi di novità anche sugli aspetti di marketing e commerciali tali da catturare nuovi segmenti di mercato o da ampliare il numero dei passeggeri.

Per quanto attiene la disposizione che valorizza le offerte corredate dalla presentazione del piano economico-finanziario (PEF) a supporto della sostenibilità e della serietà dell'offerta, va precisato che la misura 15, punto 2 del presente documento, riformulata a seguito della consultazione, ha introdotto un obbligo generale di presentazione di un PEF in capo ai partecipanti alla gara; tale obbligo tuttavia non si applica nei casi in cui l'importo posto a base di gara sia inferiore a 10 milioni di euro. Qualora ricorrano tali condizioni, è facoltà dell'ente richiedere, o meno, la presentazione del piano in questione.

Alla luce di quanto precede, la previsione di inserire, tra i criteri di valorizzazione delle offerte, la presentazione del PEF nei casi in cui questa non sia obbligatoria, è risultata essere residuale e pertanto l'Autorità ha ritenuto opportuno eliminarla.

Per quanto attiene il punto 2, la misura proposta è stata oggetto di numerosi rilievi da parte di vari soggetti intervenuti. Innanzitutto l'ANAC, nel parere, ha segnalato che tale disposizione può lasciare spazio a dubbi interpretativi: la norma, infatti, potrebbe essere intesa anche nel senso che l'ente affidante rimette al singolo concorrente la possibilità di elaborare proposte di partecipazione di soggetti terzi, pubblici o privati, al finanziamento del costo del servizio a fronte del soddisfacimento di specifiche esigenze di mobilità, senza che dette esigenze siano state preventivamente individuate dall'amministrazione e quindi poste a base di gara. La norma, secondo l'ANAC, andrebbe intesa nel senso che l'ente affidante può fare proprie le istanze, presentate da soggetti pubblici o privati che hanno specifiche esigenze di mobilità in modo che, laddove ritenute rilevanti, l'Ente possa tenerne conto nella elaborazione del progetto di gara. Ciò al fine di consentire a tutti i partecipanti di formulare offerte contenenti proposte sulle modalità di soddisfacimento di tali esigenze.

Il Coordinamento delle regioni e delle province autonome ha ritenuto che tale misura, per essere efficace, debba prevedere che alla proposta di partecipazione corrisponda uno specifico obbligo, formalmente esigibile e sanzionabile, da parte dell'offerente. Dubbi sulla concreta applicazione della misura in esame sono stati sollevati anche da alcuni operatori: alcuni hanno evidenziato che tale disposizione si configura come attribuzione di un punteggio premiante al concorrente che acquisisce una partnership con un soggetto pubblico solo in virtù dell'impegno di quest'ultimo ad un proprio contributo, evidenziando altresì che la misura non chiarisce in quali termini un cofinanziamento di privati possa essere oggetto di miglior valutazione dell'offerta; infine, un altro operatore propone di sopprimere la disposizione in esame.

Al riguardo l'Autorità, anche alla luce delle osservazioni e delle criticità evidenziate, ritiene che tale disposizione possa prestarsi ad interpretazioni e applicazioni concrete non conformi ai principi di trasparenza e di non discriminazione. Pertanto, allo stato, si è ritenuto opportuno eliminarla.

Capo III - Piano economico-finanziario, incentivazione nel caso di affidamenti con procedure non competitive e termini per la presentazione offerte

Misura 12 - Criteri per la redazione del piano economico-finanziario simulato da parte dell'ente affidante (Prospetti n. 2 e n. 3)

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La misura stabilisce l'obbligo per gli enti affidanti di predisporre un piano economico finanziario (PEF) volto alla valutazione da parte dell'ente affidante della congruità delle offerte economiche in relazione al disegno di gara ed agli obblighi contrattuali previsti. Il PEF può ritenersi lo strumento più efficace per consentire una tale valutazione, in quanto consente di ricostruire i valori a base d'asta ammissibili (congrui) e di valutare anche la sostenibilità degli oneri richiesti ai partecipanti alla gara per il rinnovo del parco rotabile eventualmente richiesto e l'acquisizione di beni strumentali all'effettuazione del servizio, al netto dei finanziamenti pubblici per gli investimenti.

D'altra parte, il PEF è lo strumento tipico di gestione economica dei contratti di concessione nella cui fattispecie possono essere inquadrati quelli aggiudicati con procedura di gara nel trasporto pubblico locale. Infatti, l'articolo 143, comma 7 del decreto legislativo n. 163/2006 prevede che l'offerta ed il contratto debbano contenere un PEF al fine di verificare la copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto.

Una volta espletata la gara, il PEF adottato dal gestore concessionario consente all'ente affidante di gestire la convenzione affidata nelle diverse contingenze future che accompagneranno il periodo di affidamento, permettendogli di verificare l'impatto di eventuali variazioni al programma di esercizio (orario programmato, km di servizio offerti, linee servite, materiale rotabile utilizzato, ecc.) o di altri eventi impreveduti rispetto alla matrice dei rischi previamente identificata (di cui sono forniti esempi nel Prospetto n. 3), con conseguenti minori rischi di contenzioso e relativi costi. Gli unici effetti economici di cui dovrà tener conto saranno riferiti agli aspetti che non ricadono nell'alea del gestore ovvero di cui si è assunto il rischio, mentre minore rilevanza presentano i riflessi sui conti economici del gestore di fattori che rientrano nell'alea imprenditoriale dello stesso.

Nella valutazione del rischio deve tenersi conto dell'effetto di possibili meccanismi di mitigazione ammessi nel contratto e nel disegno di gara complessivo, come le clausole di revisione contrattuale (vedi misura 20) o la possibilità di poter variare l'offerta in funzione della dinamica della domanda.

Per tali ragioni il PEF assurge a strumento di gestione economica dell'affidamento imprescindibile, anche nei casi in cui la gara in corso di avvio segua ad un precedente affidamento competitivo.

La valutazione della congruità dell'offerta presuppone la preliminare definizione, da parte dell'ente, degli intervalli di validità dei parametri di produttività presi a riferimento per la definizione della base d'asta (es.: per il personale: una produttività massima e un costo minimo congruenti con la contrattazione collettiva nazionale) per quanto riguarda i costi interni e di intervalli di validità per quanto riguarda i costi esterni, con riferimento a opportuni dati di *benchmark*, almeno per le voci principali di acquisto (Prospetto n. 2).

Per la stima dei valori congrui del corrispettivo a base d'asta da inserire nello schema di PEF simulato, rispetto alla componente relativa alla compensazione per obbligo di servizio pubblico, occorre adottare una metodologia coerente con i principi che governano il riconoscimento di compensazioni ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera. b), del regolamento (CE) n. 1370/2007 volti ad evitare rischi di sovra o sotto-compensazione. Il combinato disposto della normativa comunitaria e dell'articolo 17 del decreto legislativo n. 422/1997 e s.m.i., che stabilisce il principio che il corrispettivo a base d'asta venga quantificato con riferimento al criterio del costo standard, assicura che la compensazione sia calcolata secondo criteri che gradualmente conducono a costi efficienti. Peraltro la normativa comunitaria prevede che il contratto di servizio, indipendentemente dalla modalità di affidamento, debba stabilire in anticipo, in modo obiettivo e trasparente e, dunque, in fase di indizione della procedura di gara (oltre che di pre-informazione), i parametri in base ai quali deve essere calcolata l'eventuale compensazione. In aggiunta, ai fini della

ricostruzione del corrispettivo a base d'asta a copertura delle compensazioni per la copertura degli obblighi di servizio pubblico, ma anche degli investimenti previsti e delle altre eventuali componenti (canoni, agevolazioni e esenzioni tariffarie), devono richiamarsi principi consolidati nell'ambito della contabilità regolatoria.

Si ritiene altresì che questa metodologia, con opportune varianti, possa essere seguita anche per la modalità di affidamento non competitivo (misura 13), al fine di dimostrare l'effettiva convenienza delle modalità di gestione *in house* e diretta, rispetto alle altre forme di affidamento competitivo, verifica richiesta dalla normativa nazionale ed europea vigente⁵¹. D'altra parte, i corrispettivi riconosciuti ai gestori *incumbent* vanno assunti come termine di confronto per la determinazione del corrispettivo a base d'asta per le nuove gare e costituiscono infatti oggetto della "pre-informazione" di cui alla precedente misura 9 e Prospetto n. 1.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Il principale tema emerso dalla consultazione riguarda l'obbligatorietà del PEF simulato. Il Coordinamento delle regioni e delle province autonome e, segnatamente, una Regione evidenziano l'onerosità e la scarsa significatività in caso di precedente affidamento competitivo (se il servizio messo a gara è già il risultato di procedure competitive già attuate). Sono favorevoli all'obbligatorietà in tutti i casi gli altri enti territoriali intervenuti e loro associazioni, le imprese e le loro associazioni. In particolare, alcune imprese segnalano l'opportunità di emanare linee guida sulle precise modalità di predisposizione del PEF, anche al fine di evitare un'eccessiva frammentarietà tra le discipline applicate nelle varie realtà territoriali.

Per le ragioni prima illustrate relative alla funzionalità del PEF ai fini del controllo dell'affidamento, non si è ritenuto pertanto di modificare il criterio di obbligatorietà dello stesso per gli enti affidanti.

Le associazioni degli operatori si sono espresse invece sulla necessità di coordinare la misura con riferimento al criterio di legge del costo standard come riferimento per la quantificazione della base d'asta e lo stesso Coordinamento delle regioni ha chiesto un chiarimento in proposito, che si ritiene ora di aver fornito raccordando meglio i riferimenti normativi della misura (regolamento 1370 e articolo 17 del decreto legislativo n. 422/1997) che hanno finalità non in contrasto tra loro. Due operatori ferroviari segnalano l'opportunità di individuare ai fini dell'applicazione da parte degli enti affidanti del criterio del WACC o di altro criterio di remunerazione del capitale le seguenti grandezze:

- capitale da remunerare
- tasso di remunerazione del capitale
- *driver* per l'allocazione dei costi comuni.

Gli stessi operatori segnalano come lo schema dovrebbe più opportunamente far riferimento a una riclassificazione per processo/attività redatta in accordo ai sistemi di controllo di gestione dell'impresa.

In effetti, la determinazione delle grandezze di cui sopra in base a criteri e metodologie uniformi, così come di classificazioni dei costi e ricavi più funzionali ai processi produttivi adottati dalle imprese contribuisce a rendere più cogenti le indicazioni dell'Autorità, proprio nell'ambito della comune "cornice di regolazione", evocata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 41/2013. Tali aspetti costituiranno oggetto di apposite misure di regolazione nell'ambito del procedimento in materia di contabilità regolatoria delle imprese.

⁵¹Si veda l'articolo 34, comma 20, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, così come modificato dall'articolo 1, comma 609 della Legge di Stabilità per il 2015.

Misura 13 - Criteri per il calcolo delle compensazioni per gli affidamenti *in house* o diretti (Prospetto n. 4)

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La misura replica la metodologia seguita per la predisposizione del PEF simulato da parte dell'ente affidante di cui alla precedente misura 12, con opportune varianti, al fine di dimostrare l'effettiva convenienza delle modalità di gestione *in house* e diretta, rispetto alle altre forme di affidamento competitivo, verifica richiesta dalla normativa nazionale ed europea vigente⁵². D'altra parte, i corrispettivi riconosciuti ai gestori *incumbent* vanno assunti come termine di confronto per la determinazione del corrispettivo a base d'asta per le nuove gare e costituiscono infatti oggetto della "pre-informazione" di cui alla misura 9.

La metodologia proposta nello Schema per il calcolo della compensazione a copertura degli obblighi di servizio pubblico di cui al Prospetto n.4 nel caso di affidamento con procedura *in house* o diretta è ricognitiva dei principi di cui all'articolo 4, comma 1, lettera b, del regolamento (CE) n. 1370/2007 ed è volta a fornire prime indicazioni sulle modalità di calcolo dell'«effetto finanziario netto», anche con riferimento a principi e criteri propri della contabilità regolatoria, la cui fissazione rientra nei poteri dell'Autorità. Essa è analoga, per quanto possibile, a quella seguita per il calcolo delle compensazioni a base d'asta, di cui alla misura 12 e Prospetto n. 2.

La misura prevede inoltre che al fine di predisporre la Relazione di cui all'articolo 7, paragrafo 1 del regolamento (CE) n. 1370/2007, l'ente affidante effettua il calcolo delle compensazioni separatamente per ciascuna modalità di trasporto e per ciascun ambito del servizio pubblico, tenendo distinti in particolare i servizi di trasporto mediante autobus e i trasporti su rotaia, anche al fine di consentire le successive attività di controllo e valutazione delle prestazioni di servizi, della qualità e del finanziamento della rete dei trasporti pubblici. Con la formulazione adottata, che riprende testualmente la norma comunitaria, si è precisata meglio la finalità della misura posta in consultazione.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Sulla misura vi sono state poche osservazioni, volte prevalentemente a richiedere precisazioni e chiarificazioni. Un operatore sottolinea come sia opportuno specificare che, in ogni caso, gli obblighi di servizio devono essere compensati in misura adeguata a prescindere da eventuali predeterminazioni, così come previsto dal paragrafo 2.4.8 della Comunicazione della Commissione europea.

Le associazioni degli operatori e alcune imprese hanno espresso alcune perplessità in ordine alla misura 13, punto 2. Si ritiene che effettuare il calcolo delle compensazioni per modalità di trasporto rischi di far venire meno quegli "effetti di rete" di cui alla citata Comunicazione della Commissione europea. In proposito si è riformulato il testo della misura per chiarire come la stessa sia meramente ricognitiva dell'obbligo di predisporre la Relazione di cui all'articolo 7, paragrafo 1 del regolamento (CE) n. 1370/2007.

⁵²Si veda l'articolo 34, comma 20, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, così come modificato dall'articolo 1, comma 609 della Legge di Stabilità per il 2015.

Misura 14: Misure di incentivazione nel caso di affidamenti con procedure non competitive

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

Nei casi di affidamento del servizio con procedure non competitive, gli enti affidanti assicurano il miglioramento progressivo delle performance aziendali, individuando e disciplinando gli obiettivi annuali cui sono tenuti i gestori e le relative sanzioni in caso di mancato raggiungimento degli stessi. I contratti di servizio stabiliscono le predette sanzioni, ivi incluse la risoluzione del contratto, nonché, nelle ipotesi di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007, adeguate riduzioni della parte variabile della remunerazione del personale dirigenziale.

Gli obiettivi di cui al punto 1 possono consistere, a titolo esemplificativo e non esaustivo, in:

- riduzione dei costi o aumento della produttività, stabiliti anche con riferimento a *benchmark* di imprese efficienti e comparabili;
- incremento del numero dei passeggeri trasportati e paganti;
- ottimizzazione del coefficiente di riempimento dei mezzi;
- miglioramento dei livelli quali-quantitativi del servizio erogato;
- per i contratti *net cost*, incremento della redditività legata anche al recupero dell'evasione tariffaria e ad altre politiche commerciali in relazione ai fattori controllabili dal gestore;
- ottimizzazione del piano degli investimenti programmati e delle manutenzioni, fermo restando la non derogabilità delle norme e dei regolamenti nazionali e europei in materia di sicurezza dei trasporti.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

La misura ha avuto un generale apprezzamento, con alcuni contributi volti a meglio integrare i riferimenti normativi relativi agli affidamenti *in house* e a specificare i vincoli di sicurezza che gravano sulle operazioni di manutenzione del materiale rotabile.

A parere dell'AGCM sarebbe opportuno stralciare la misura di regolazione in esame, così come la misura 13 dall'atto di regolazione, il quale, sin dal titolo, è dedicato alle misure pertinenti le procedure competitive. Il loro inserimento, a suo avviso, potrebbe infatti risultare fuorviante, *inducendo a ritenere gli affidamenti non competitivi equivalenti a quelli con gara. Invece, in una prospettiva di "tutela della concorrenza", secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, gli affidamenti diretti devono sempre costituire una modalità residuale, essendo in linea di principio sempre preferibile il ricorso a procedure concorsuali.*

Non è intento dell'Autorità legittimare forme di affidamento non concorsuali, ancorché l'ammissibilità delle diverse forme di affidamento nell'ordinamento italiano e europeo, incluse quelle non competitive travalichi le proprie competenze. Date le scelte del legislatore, le misure in argomento sono in effetti tese a diffondere metodologie e pratiche di valutazione e controllo presso gli enti affidanti (è il caso anche della misura 19 in materia di criteri di aggiornamento dei corrispettivi e delle tariffe) compatibili con gli stessi obiettivi cui tendono le gare, anche se di portata diversa. Con la misura 13, come si è detto, si intende offrire uno strumento per la valutazione dell'economicità degli affidamenti *in house* e diretti propedeutica alla valutazione dell'opportunità della gara come modalità in grado di assicurare risultati in termini di maggiore efficienza, contenimento degli oneri di finanza pubblica e miglioramento qualitativo del servizio rispetto a standard prefissati, obiettivi di cui peraltro alla legge n. 481/95, mentre la presente misura è volta ad offrire incentivi ai gestori per il miglioramento delle proprie prestazioni, in maniera tale da rafforzarne le capacità di concorrere in una futura gara.

Misura 15 - Criteri per la redazione del piano economico-finanziario da parte dei concorrenti

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

I documenti di gara (il capitolato) richiedono la presentazione, da parte dei partecipanti al processo competitivo, di un piano economico finanziario (PEF) che contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti coerente con le assunzioni dei rischi commerciali ed industriali. Qualora i documenti di gara prevedano la realizzazione di opere infrastrutturali o di immobili da parte dell'aggiudicatario, il Piano deve indicare anche le modalità di relativo finanziamento, al fine di mostrarne la sostenibilità della spesa.

Il Piano è redatto secondo le istruzioni fornite dall'ente affidante per le diverse modalità in caso di affidamento plurimodale di trasporto urbano e extraurbano (un unico schema con alcune varianti) e ferroviario. Il Piano dovrà essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385/1993 o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 1966/1939, fermo restando la possibilità per gli enti affidanti di prevedere comunque l'obbligo di asseverazione dei PEF nella *lex specialis* di gara. Negli altri casi, è facoltà dell'ente far valutare il piano da Revisori legali ai sensi del decreto legislativo 27 gennaio, n. 39 o da società specializzate nel settore del trasporto pubblico locale.

Tale Piano (PEF di offerta) potrà essere strutturato nei seguenti documenti:

- Conto economico
- Stato patrimoniale
- Indici di redditività, produttività, economico-finanziari e patrimoniali.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Gli *stakeholder* intervenuti sono stati accolti, nel complesso, favorevolmente la misura in esame, anche se hanno sollevato perplessità sul grado di obbligatorietà del PEF e sui presupposti o sul soggetto che dovrebbe fornire l'asseverazione. Viene ribadita da più *stakeholders* l'importanza della presentazione del PEF a supporto della sostenibilità e della serietà dell'offerta. Generalmente si richiede inoltre una migliore specificazione del contenuto del PEF che gli enti affidanti devono chiedere ai concorrenti.

Viene richiesta inoltre una esplicitazione del vincolo di riservatezza sul piano economico-finanziario da parte degli enti affidanti. Un operatore ha proposto di eliminare il riferimento al carattere meramente facoltativo della presentazione del PEF a corredo dell'offerta allorché l'importo complessivo a base d'asta sia superiore ad una determinata soglia.

Il Coordinamento delle Regioni e delle province autonome richiede un chiarimento in merito alla necessità di prevedere l'obbligo di asseverazione del piano economico finanziario e sottolinea come per l'affidamento di un servizio sia possibile anche non ricorrere alla concessione, e quindi non esservi necessità di un PEF, ma è assolutamente inderogabile la chiara identificazione dei rischi e della loro allocazione, osservazioni che si sono ritenute in linea con le finalità dell'intero atto di regolazione e pertanto accolte. Un ente territoriale osserva come le banche non abbiano competenza industriale specifica nella analisi di *business plan* nell'industria trasportistica, ed in particolare nel trasporto pubblico locale, suggerendo pertanto di affidare un tale compito a società specializzate nel settore (non escludendo gli istituti di credito) iscritte in un apposito albo a cura dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, con requisiti severi da definire e monitorare nel tempo.

I suggerimenti sono stati accolti con una lieve riformulazione della misura.

La misura in esame, così come la 12 relativamente alle metodologie di calcolo delle compensazioni e alla verifica della sostenibilità finanziaria dei contratti di servizio, sono viste con favore dall'AGCM in quanto operano nella direzione di facilitare il disegno di meccanismi di gara in grado di incentivare l'efficienza dei servizi di trasporto pubblico locale.

Misura 16 – Termine per la presentazione delle offerte

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La definizione di un termine minimo congruo per la presentazione delle offerte – decorrente dalla pubblicazione del bando di gara o dall’invio della lettera di invito - è rilevante sotto un duplice aspetto: da un lato deve garantire la massima partecipazione e quindi la concorrenza tra più operatori; dall’altro deve consentire la formulazione di offerte sufficientemente ponderate, secondo il principio generale di adeguatezza dei termini, in relazione alla complessità della gara⁵³. Peraltro, la necessità che il periodo che intercorre tra l’avvio della procedura di gara per l’affidamento del servizio di trasporto pubblico di passeggeri su strada e ferrovia e la presentazione delle offerte debba essere “*di durata adeguata e ragionevole*” è stata evidenziata anche dalla Commissione europea nella Comunicazione laddove la definizione dei termini relativi alla gara da parte dell’Ente affidante deve tener conto dell’obiettivo di assicurare ai potenziali offerenti “*opportunità eque e paritarie*”⁵⁴.

Premesso quanto sopra, l’Autorità ha ritenuto opportuno esaminare la questione del termine minimo per il ricevimento delle offerte sotto il duplice aspetto concernente:

- a) la valutazione degli elementi che devono essere tenuti in considerazione per la definizione del termine;
- b) la definizione di un termine congruo per la presentazione delle offerte.

Relativamente al punto a), l’Autorità ritiene che la complessità del progetto di mobilità posto a base di gara nonché la quantità di investimenti da effettuare, anche in relazione all’approvvigionamento dei beni necessari all’esercizio (in particolare il reperimento del materiale rotabile e la disponibilità dei beni immobili), siano fattori rilevanti ai fini della definizione del termine. Si evidenzia che l’ampiezza del bacino può essere un elemento che incide nella complessità del progetto di mobilità.

Per quanto attiene il punto b), l’Autorità ha ritenuto il termine *minimo* di 110 giorni equo e congruo al fine di consentire ai concorrenti un’attenta valutazione della documentazione, l’effettuazione di sopralluoghi e verifiche tecniche, la proposizione di quesiti all’ente affidante, la preparazione di un *business plan* e la valutazione degli investimenti, nonché per ottenere le autorizzazioni interne richieste dai gruppi societari nazionali ed internazionali nell’ambito di procedure standard di controllo di gestione. Indicativamente il periodo necessario, quantificato dall’Autorità in 110 giorni, può essere così di seguito dettagliato:

- valutazione e analisi della *data room*⁵⁵ completa di tutte le informazioni e informatizzata: non inferiore a 30 giorni;
- svolgimento di sopralluoghi, verifiche tecniche, proposizioni di quesiti all’Ente affidante e ricevimento delle relative risposte: non inferiore a 25 giorni;
- valutazione complessiva delle informazioni, preparazione del *business plan* e della matrice dei rischi/opportunità, nonché ricerca delle fonti di finanziamento e per le garanzie dell’offerta: non inferiore a 25 giorni;
- approvazioni interne (in funzione anche dei tempi tecnici di convocazione dei comitati interni e dei consigli di amministrazione): non inferiore a 30 giorni.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Relativamente alla misura in esame, l’ANAC ha ritenuto opportuno che la fissazione del termine sia ancorata alla complessità della prestazione oggetto del contratto e tenga conto del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte. Inoltre l’ANAC ha proposto che la fissazione del termine minimo potrebbe essere modulata in relazione alla pubblicazione dell’avviso di pre-informazione, di cui all’articolo

⁵³ V. AVCP – Parere di Precontenzioso n. 149 del 13.12.2007 – rif. PREC545/07

⁵⁴ Commissione europea, Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE). 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia, al punto 2.3.2.

⁵⁵ V. anche Segnalazione dell’AGCM- AS 1164 Procedure di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale automobilistici e marini in ambito regionale e locale del 18 giugno 2014.

7, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007⁵⁶, non sempre obbligatorio⁵⁷, analogamente a quanto previsto dall'articolo 70 del decreto legislativo n. 163/2006.

Secondo il Coordinamento delle Regioni e Province sarebbe opportuno ridurre il termine proposto di 110 giorni a 80/90 giorni in relazione alla dimensione del servizio e ad altri fattori (es. l'alta disponibilità dei mezzi, infrastrutture e personale oppure una limitata progettazione dei servizi). Analogamente altri soggetti istituzionali hanno ritenuto opportuno ridurre il termine nel caso di messa a disposizione di più del 90% dei mezzi ed infrastrutture e di limitata progettazione dei servizi oppure per procedure di gara in cui il servizio oggetto di affidamento presenti caratteristiche tecnico-economiche non significative.

Diversa la proposta pervenuta da un altro stakeholder istituzionale che, nell'ottica di una riduzione della tempistica definita dall'Autorità nella misura in esame, ha suggerito di far precedere la gara da una manifestazione di interesse che consenta di selezionare i concorrenti non dotati dei requisiti minimi adeguati per partecipare.

Di opposto parere è stato il contributo di un operatore che ha ritenuto opportuno modificare la misura prevedendo un termine di ricevimento delle offerte non inferiore a 150 giorni dalla pubblicazione del bando di gara o dell'invio della lettera di invito, fermo restando l'obbligo per l'ente affidante di prevedere un termine superiore nel caso di procedure particolarmente complesse.

Infine un altro operatore ha condiviso pienamente la misura adottata.

L'Autorità, alla luce dei contributi e delle osservazioni pervenuti, tenuto conto della specificità e complessità delle procedure di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri su strada e ferrovia, ha ritenuto opportuno confermare, per le motivazioni già espresse, la tempistica *minima* prevista nella misura in esame, quantificata in 110 giorni, introducendo, tuttavia, la possibilità per l'ente affidante di stabilire un termine inferiore nel caso di messa a disposizione dei beni immobili e mobili indispensabili per l'effettuazione del servizio di trasporto pubblico locale. E' stato, pertanto, inserito un secondo punto alla misura in esame ove è stata prevista la possibilità in capo all'ente affidante di individuare un termine inferiore qualora ricorra l'ipotesi sopra evidenziata.

⁵⁶ L'articolo 7, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 dispone che " *Ciascuna autorità competente prende i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni: a) nome e indirizzo dell'autorità competente; b) tipo di aggiudicazione previsto; c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione.*

⁵⁷ L'articolo 7, paragrafo 2 del regolamento sopra indicato specifica che " *Le autorità competenti possono decidere di non pubblicare queste informazioni qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50 000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri(...).* Inoltre l'articolo 7, paragrafo 2, ultimo periodo aggiunge che " *Il presente paragrafo non si applica all'articolo 5, paragrafo 5*" che recita " *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. L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di 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*".

Titolo II - Schema delle convenzioni

Capo I - Criteri pro-concorrenziali per la definizione della disciplina contrattuale

Misura 17 – Contenuto minimo delle convenzioni (Prospetto n. 5)

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La misura in argomento individua, rinviando allo specifico Prospetto n. 5, i contenuti minimi dello schema di convenzione o contratto di servizio.

Il contenuto minimo delle convenzioni per l'esercizio di servizi del trasporto pubblico locale su strada e per ferrovia può essere desunto dalla lettura contestuale della relativa normativa europea e nazionale. Specificatamente per la normativa europea si fa riferimento a quanto previsto dall'art. 4 del regolamento (CE) n. 1370/2007, dai regolamenti (CE) n. 1371/2007 e (UE) n. 181/2011 relativi ai diritti e agli obblighi dei passeggeri rispettivamente nel trasporto ferroviario e per il trasporto effettuato con autobus e dalla direttiva 2010/40/UE sul quadro generale per la diffusione dei sistemi di trasporto intelligenti nel settore del trasporto stradale e nelle interfacce con altri modi di trasporto. Per la normativa nazionale, in particolare, si fa riferimento all'articolo 19, comma 3, del decreto legislativo n. 422/97, all'articolo 2, comma 461, della legge 244/2007, ai decreti legislativi n. 70/2014 e n. 169/2014 recanti le discipline sanzionatorie per le violazioni delle disposizioni dei suddetti regolamenti europei relativi ai diritti e agli obblighi dei passeggeri rispettivamente nel trasporto ferroviario e per il trasporto effettuato con autobus e l'articolo 8 "Misure per l'innovazione dei sistemi di trasporto", comma 1, del decreto legislativo 179/2012.

Le leggi regionali hanno, in alcuni casi, precisato tali contenuti ed ampliato l'elenco dei requisiti minimi del contratto.

Alla luce di quanto sopra rappresentato, si precisa che il suddetto Prospetto n. 5, nell'intento dell'Autorità, costituisce solo una elencazione dei temi che debbono essere presenti nei contratti di servizio⁵⁸. Pertanto, per quanto riguarda eventuali aspetti regolatori relativi ai singoli punti elencati nel Prospetto n. 5 si rinvia alle specifiche misure contenute nel presente atto di regolazione o in successivi atti di questa Autorità.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

In relazione allo schema di misura sottoposto a consultazione, gli *stakeholder* intervenuti hanno osservato, tra l'altro, quanto segue.

Un operatore ha sottolineato l'opportunità di precisare che il Prospetto in argomento si riferisca esclusivamente agli affidamenti dei servizi con gara. In proposito, si ritiene che la modalità di affidamento dei servizi si possa considerare indipendente dall'indicazione degli elementi che devono essere presenti nei contratti di servizio, come indicato dallo stesso regolamento (CE) n. 1370/2007⁵⁹ e dal decreto legislativo n. 422/97⁶⁰. Per gli affidamenti assegnati con modalità differenti dalla gara, il contratto di servizio potrebbe richiedere la necessità di definire alcuni temi⁶¹, oggetto del contratto stesso, in maniera specifica in ragione

⁵⁸ Solo in alcuni casi sono presenti alcune indicazioni aggiuntive.

⁵⁹ Cfr. articolo 6, paragrafo 1, del Regolamento 1370/2007, il quale prevede che: "Tutte le compensazioni connesse a una norma generale o a un contratto di servizio pubblico sono conformi alle disposizioni di cui all'articolo 4, indipendentemente dalle modalità di aggiudicazione del contratto". Il regolamento non distingue i contenuti obbligatori dei contratti di servizio, disciplinati all'articolo 4, in funzione delle modalità di affidamento, prevedendo parametri uniformi per il calcolo delle compensazioni e un profitto ragionevole. Quest'ultimo espressamente riferito ai soli casi di affidamento diretto, considerato che nelle gare scaturisce direttamente dalla concorrenza.

⁶⁰ Cfr. articolo 18, comma 1, del decreto legislativo n. 422/97, il quale prevede che: "L'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, e' regolato, a norma dell'articolo 19, mediante contratti di servizio....".

⁶¹ Si pensi, ad esempio, al tema del monitoraggio e vigilanza del contratto oppure, per i contratti "in house" al tema dell'adeguamento funzionale del sistema contrattuale incentivante (premi e penali), che dovrebbe essere rivolto direttamente al

dell'assenza a monte di un processo competitivo, di per sé incentivo di efficientamento e ottimizzazione delle gestioni. Tuttavia, questo non incide sulla misura in questione, per le ragioni già rappresentate.

Inoltre sono pervenute osservazioni relativamente ai singoli punti del Prospetto n. 5, con suggerimenti di integrazione o richieste di chiarimento.

Specificatamente, con riferimento ai punti del Prospetto relativi ai rapporti con gli utenti⁶², alcune associazioni di consumatori hanno espresso numerosi suggerimenti di integrazione dei punti in questione volti ad evidenziare l'importante ruolo degli utenti e dei consumatori e a specificarne le modalità di coinvolgimento, anche attraverso loro associazioni, nel processo di erogazione dei servizi pubblici di trasporto. In particolare, una associazione di consumatori ha lamentato la scarsa rilevanza data nel Prospetto in argomento all'articolo 2, comma 461, della legge n. 244/2007⁶³ in merito al coinvolgimento diretto delle associazioni dei consumatori nella definizione e, poi, nel monitoraggio dei servizi erogati nell'ambito dei contratti di servizio e delle relative carte di qualità. Un soggetto istituzionale ha richiesto poi specificatamente in merito al punto relativo agli obblighi verso le persone a mobilità ridotta⁶⁴, che siano anche ricompresi gli adempimenti derivanti dalle normative europee sui diritti degli utenti.

In proposito si condividono i suggerimenti avanzati, che sono stati recepiti, in considerazione della sinteticità del Prospetto n. 5, specificatamente con riferimento ai singoli punti in questione solo evidenziando il riferimento esplicito alla norma dell'articolo 2, comma 461, della legge n. 244/2007⁶⁵, che precisa i termini e le attività fondamentali da porre in essere in merito a tali fattispecie di problematiche. Analogamente per gli obblighi del contratto per le persone a mobilità ridotta è stata inserita la previsione di ricomprendere anche le pertinenti disposizioni europee sui diritti dei passeggeri.

Con riferimento anche all'ambito dei rapporti con l'utenza, è stato considerato il suggerimento proveniente da una associazione di utenti di introdurre un esplicito riferimento all'introduzione di sistemi tecnologici per il miglioramento del servizio erogato, alla luce anche di quanto previsto dalla direttiva 2010/40/UE sul quadro generale per la diffusione dei sistemi di trasporto intelligenti nel settore del trasporto stradale e nelle interfacce con altri modi di trasporto. Specificatamente, si è ritenuto opportuno ampliare e precisare quanto già presente al punto K) del Prospetto in merito alla previsione contrattuale di individuare *"condizioni e modalità di tariffazione interoperabile (ove previsto il biglietto multimodale)"*, che faceva implicitamente riferimento alla promozione di sistemi per la bigliettazione elettronica interoperabile. Si è, quindi, proceduto ad una più chiara e adeguata esplicitazione del tema, con l'articolazione dello stesso in due distinti punti del Prospetto: uno relativo alla promozione di azioni di innovazione tecnologica (come l'adozione di sistemi per la bigliettazione elettronica interoperabile) e l'altro relativo alle condizioni e modalità di ripartizione tariffaria (per i contratti *net cost*) in presenza di bigliettazione interoperabile per più servizi integrati di trasporto pubblico locale afferenti a diverse modalità di trasporto e/o differenti ambiti territoriali.

Relativamente ai punti del Prospetto relativi alla disciplina tariffaria⁶⁶, una associazione di imprese ha suggerito di specificare, in merito ai canali di distribuzione⁶⁷, la necessità che il contratto preveda oltre una disciplina minima anche le modalità per l'evoluzione ed il miglioramento dei suddetti canali di distribuzione nel corso del contratto e, in merito al contrasto all'evasione tariffaria⁶⁸, l'opportunità di distinguere contrattualmente le responsabilità del gestore da quelle dell'ente affidante. Una associazione di consumatori ha suggerito di prevedere con riferimento alle agevolazioni tariffarie ulteriori categorie di agevolazione non rientranti generalmente tra quelle oggetto di riduzione tariffaria. In proposito ai suggerimenti avanzati si rileva che gli stessi, pur condivisibili, non siano accoglibili, in considerazione del fatto che il Prospetto in argomento presuppone il generale intento di richiamare gli elementi obbligatori del

management e ai dipendenti dell'impresa in considerazione della forte commistione tra concedente ed impresa fornitrice del servizio derivante dalla disciplina del *"controllo analogo"*.

⁶² In particolare ci si riferisce ai punti compresi tra d) ed h) del Prospetto posto in consultazione.

⁶³ Menzionata solo in una nota del Prospetto stesso posto in consultazione.

⁶⁴ Punto e) del Prospetto posto in consultazione.

⁶⁵ La norma in questione, pur in assenza di una esplicita menzione, era già stata considerata per la sua ampia significatività e rilevanza per desumere i punti in argomento.

⁶⁶ In particolare ci si riferisce ai punti compresi tra i) ed l) del Prospetto posto in consultazione.

⁶⁷ Punto i) del Prospetto posto in consultazione.

⁶⁸ Punto l) del Prospetto posto in consultazione.

contratto, rinviando la trattazione degli eventuali aspetti regolatori di dettaglio alle specifiche misure contenute nel presente atto di regolazione o in successivi atti di questa Autorità.

Sempre in merito alle agevolazioni tariffarie, un soggetto istituzionale ha chiesto di introdurre la possibilità che l'ente affidante *"fornisca delle stime in merito alle agevolazioni regionali che vengono valorizzate solo a fine anno"*. La richiesta appare non contraddire quanto attualmente indicato nel Prospetto, ovvero che il contratto preveda: *"indicazione della tipologia delle esenzioni/agevolazioni tariffarie riconosciute, della metodologia utilizzata per la stima/computo del mancato introito e delle modalità e tempi di rimborso del corrispondente corrispettivo al gestore"*. Si ritiene, pertanto, opportuno non modificare la più generale formulazione adottata nel documento per le stesse motivazioni rappresentate sopra.

Con riferimento, poi, ai punti del Prospetto relativi al corrispettivo da riconoscere al gestore a compensazione degli obblighi di servizio pubblico richiesti dall'ente affidante e, più in generale, agli elementi economici caratterizzanti il contratto⁶⁹, si è provveduto alla correzione dell'errore materiale riguardante il tasso d'inflazione programmato per l'adeguamento del corrispettivo. Pertanto, il testo definitivo reca il riferimento al tasso ISTAT FOI o altro tasso definito nell'ambito delle normative regionali per l'adeguamento del corrispettivo. Inoltre sempre relativamente allo stesso punto, alcuni soggetti istituzionali hanno chiesto di poter derogare dalla considerazione della velocità commerciale per l'adeguamento del corrispettivo, in quanto, almeno per il settore gomma, il parametro in argomento dipenderebbe da una molteplicità di fattori solo limitatamente nella disponibilità degli enti affidanti. In proposito si rinvia a quanto argomentato sulla questione nella specifica misura regolatoria n. 19, alla quale, peraltro, conviene fare rinvio anche nel prospetto per assicurare piena coerenza al tema in argomento. Analoga considerazione vale per l'osservazione avanzata da alcuni soggetti istituzionali in merito all'eccessiva ripartizione del corrispettivo presente nella nota n. 8 del Prospetto posto in consultazione, comportante, ad avviso degli intervenuti, un pesante aggravio per l'offerta economica della gara (il ribasso d'asta ed il conseguente punteggio dovrebbe essere formulato per ogni componente del corrispettivo). In merito, si rileva che questa previsione è strettamente legata alla distinzione del corrispettivo nelle varie componenti prevista nel Prospetto n.1 della misura n.9 relativa alle informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara. Quindi, si rinvia a quanto argomentato sulla questione nella misura n. 9 e relativo Prospetto.

Un soggetto istituzionale ha chiesto di chiarire il punto m) del Prospetto relativo a *"altri eventuali ricavi complementari (solo per contratti net cost)"*. In proposito, si è proceduto all'inserimento di una specifica nota esemplificativa.

Relativamente agli altri punti del Prospetto, le osservazioni pervenute riguardano essenzialmente richieste di chiarimento o maggiore precisazione relativamente a quanto sinteticamente indicato. Specificatamente, le suddette richieste hanno riguardato le modalità di gestione delle emergenza⁷⁰, le garanzie definitive⁷¹ e le condizioni e modalità di risoluzione del contratto⁷². Relativamente ai primi due temi si è proceduto ad integrare i relativi punti del Prospetto, mentre non si è ritenuto opportuno accogliere la proposta di una associazione di consumatori di specificare le cause di risoluzione del contratto. In proposito, infatti, si ritiene che la risoluzione contrattuale, la cui disciplina è da prevedersi obbligatoriamente nel contratto, vada più opportunamente articolata con l'individuazione delle specifiche cause nell'ambito del particolare contesto contrattuale.

Relativamente alle varie osservazioni ricevute relativamente ai punti cc) e dd) del Prospetto⁷³, si sottolinea che gli stessi punti traggono origine dalla specifica previsione normativa dell'articolo 19 comma 3 l) ed i), del decreto legislativo n. 422/97.

⁶⁹ In particolare ci si riferisce ai punti compresi tra m) ed q) del Prospetto posto in consultazione.

⁷⁰ Punto u) del Prospetto posto in consultazione.

⁷¹ Punto aa) del Prospetto posto in consultazione.

⁷² Punto x) del Prospetto posto in consultazione.

⁷³ In merito al punto cc) del Prospetto alcuni intervenuti ripropongono il tema dell'applicazione o meno della contrattazione di secondo livello. In proposito si rinvia a quanto rappresentato relativamente alla misura n.8 *"Trasferimento del personale"*. In merito al punto dd) del Prospetto un operatore ne richiede l'eliminazione, ritenendo che la problematica del personale rientri essenzialmente nella competenza del gestore; mentre un altro operatore ritiene che la previsione proposta debba comunque far salvi i casi di discontinuità che comportano la risoluzione del contratto. Un soggetto istituzionale chiede un chiarimento in merito alla previsione di ridefinizione del capitale investito in caso di forti discontinuità nella quantità di servizi richiesti nel periodo di

Infine una associazione di consumatori ha suggerito di integrare lo schema di contratto con la previsione di porre a carico del gestore il rispetto dei parametri di efficienza previsti dall'articolo 16 bis del decreto legge n. 95/2012 e del successivo DPCM 11 marzo 2013, al fine di garantire agli enti affidanti *“il concreto accesso”* al fondo nazionale e assicurare, così, la sostenibilità del servizio. In proposito si sottolinea come il comma 4 dell'articolo 16 bis sopra richiamato già prevede per le regioni a statuto ordinario, a seguito dell'emanazione del DPCM di definizione dei criteri di ripartizione del fondo nazionale, l'adozione di un piano di riprogrammazione dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale e conseguentemente, che *“i contratti di servizio già stipulati da aziende di trasporto, anche ferroviario, con le singole regioni a statuto ordinario, sono oggetto di revisione”*. Si ritiene che la norma in argomento possa trovare applicazione anche per i nuovi contratti. Specificatamente, quindi, il suggerimento ricevuto può trovare recepimento nel Prospetto in argomento con la previsione che il contratto, per le regioni a statuto ordinario, contenga un sistema di incentivazione dell'efficienza che tenga conto almeno dei criteri di ripartizione del fondo nazionale previsti dall'articolo 16 bis del decreto legge n. 95/2012 e successivo DPCM 11 marzo 2013.

validità del contratto. Le organizzazioni sindacali chiedono che l'eventuale ridefinizione dei rapporti di lavoro avvenga mediante contrattazione con le strutture locali dei sindacati maggiormente rappresentativi.

Misura 18 – Durata e proroga dei contratti di servizio

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

La durata degli affidamenti è disciplinata dalla legislazione europea e nazionale (rispettivamente il regolamento (CE) n. 1370/2007, articoli 4, paragrafo 4 e 5 paragrafo 5, e il decreto legislativo n. 422/1997, articolo 18, comma 1) che prevedono, altresì, le condizioni per eventuali proroghe dei contratti e gli oneri procedurali e di comunicazione cui esse sono soggette. Coerentemente agli obiettivi di regolazione economica assegnati all’Autorità, la fissazione del termine di durata del contratto deve fondarsi su una analisi che ne dimostri la coerenza con il piano degli investimenti e le modalità di ammortamento degli stessi. Ove, poi, ricorrano i presupposti per l’estensione di tale termine, occorrerà verificare caso per caso le specifiche e non ricorrenti circostanze che giustificano il protrarsi degli affidamenti e valutare l’adeguatezza del superamento dei limiti posti.

Va osservato, al riguardo, che la Commissione europea nella propria Comunicazione sugli orientamenti interpretativi afferma che la durata e l’eventuale proroga dei contratti di servizio dipendono dalla circostanze specifiche di ciascun caso; come sottolinea il quindicesimo Considerando, *“i contratti di lunga durata possono comportare la chiusura del mercato per un periodo più lungo del necessario, con conseguente riduzione degli effetti positivi della pressione della concorrenza. Per ridurre al minimo le distorsioni di concorrenza e al tempo stesso salvaguardare la qualità dei servizi, è opportuno che i contratti di servizio pubblico abbiano una durata limitata”*⁷⁴.

Seguendo tale impostazione, la misura di cui al punto 18, punto 1 1 prevede che gli elementi che dovranno essere tenuti in considerazione al fine di stabilire durata e eventuali proroghe del contratto di servizio sono l’entità degli investimenti e il periodo necessario a conseguire i relativi ammortamenti.

La misura 18, punto 2 stabilisce espressamente che la possibilità di disporre la proroga sia chiaramente individuata nella documentazione relativa alla gara e circoscritta puntualmente nei suoi termini di efficacia⁷⁵.

La misura 18, punto 3 si propone di disciplinare i casi di proroga nei casi in cui risulti necessario garantire la continuità del servizio alla scadenza del precedente rapporto contrattuale, conformemente a quanto stabilito dall’articolo 5, paragrafo 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007.

La misura 18, punto 4 assegna inoltre la possibilità agli enti affidanti di disporre la proroga del contratto di servizio come soluzione per promuovere investimenti da parte del gestore del servizio o per stimolare il raggiungimento di determinati livelli di qualità dei servizi forniti. In questo caso l’estensione del periodo di validità del contratto sarebbe comunque subordinata a una verifica del raggiungimento di obiettivi predefiniti di performance finanziaria, operativa e qualitativa in capo al gestore del servizio in un determinato periodo intermedio dell’affidamento.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Sulla misura di cui al punto 18, punto 1, un’associazione di operatori dell’autotrasporto viaggiatori, pur condividendo pienamente la necessità di commisurare la durata degli affidamenti agli investimenti e relativi ammortamenti, ritiene, tuttavia, che, entro i termini massimi normativamente previsti, la durata minima dell’affidamento deve essere tale da garantire l’integrale ammortamento degli investimenti occorrenti in base a quanto previsto nei documenti di gara.

⁷⁴ Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione europea del 29 marzo 2014 sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, al punto 2.2.7.

⁷⁵ Secondo quanto peraltro indicato dalla Corte costituzionale in materia di proroga dei contratti di servizio del trasporto pubblico locale. Cfr., al riguardo, Corte cost., sentenza n. 2 del 13 gennaio 2014, che ha disposto l’illegittimità dell’articolo 2 della legge regionale della Toscana n. 64 del 24 novembre 2012 secondo cui *“nelle more dell’espletamento della procedura concorsuale per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma al gestore unico [...] e fino al subentro dello stesso, gli enti locali competenti provvedono, nei limiti degli stanziamenti di bilancio, a garantire la continuità del servizio reiterando, anche oltre il primo biennio, i provvedimenti di emergenza emanati ai sensi del comma 1”*, ossia i provvedimenti emanati nel 2011 ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 5 del regolamento (CE) n. 1370/07. In tale pronuncia, il giudice costituzionale ha stabilito che la norma impugnata, nello stabilire la possibilità, per gli enti locali, di reiterare la proroga dei contratti dei gestori dei servizi di trasporto pubblico locale, senza neppure che vi sia l’indicazione di un termine finale di cessazione delle medesime, *“ha posto in essere una disciplina che opera una distorsione nel concetto di concorrenza ponendosi in contrasto con i principi generali, stabiliti dalla legislazione statale”*.

Al riguardo, si rappresenta che la durata di un affidamento, così come stabilita dall'ente affidante in base ai criteri offerti dal regolamento (CE) n. 1370/2007, deve essere idonea a consentire al gestore del servizio di ammortizzare gli investimenti effettuati nel corso del rapporto contrattuale. In altri termini, nella fissazione del periodo di vigenza del contratto di servizio, ciò che occorre evitare è l'individuazione di una durata maggiore rispetto a quella ritenuta utile al recupero degli investimenti da parte dell'impresa affidataria. Diversamente operando, sarebbe concreto il rischio di determinare rendite di posizione in capo all'impresa affidataria e una chiusura del mercato per un periodo più lungo del necessario.

Quanto appena osservato è stato condiviso altresì dall'AGCM nel parere sullo schema di atto di regolazione. In detto parere l'AGCM ha avuto modo di ribadire i propri dubbi circa gli affidamenti di durata eccessivamente lunga.

Tanto premesso, l'Autorità ritiene che sia, in ogni caso, una prerogativa di Regioni e Comuni, nell'esercizio delle funzioni di programmazione loro garantite dall'Ordinamento, provvedere ad individuare la disciplina dell'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale e, con essa, la durata dei contratti di servizio, basandosi, a tal fine, sulla disciplina europea e nazionale di riferimento.

Per le ragioni su esposte si ritiene di non accogliere quanto proposto dalla predetta associazione e di confermare, pertanto, la versione della misura posta in consultazione.

Sempre la stessa associazione, inoltre, è dell'avviso che la possibilità di disporre la proroga nel contratto di servizio debba essere altresì computata nella quantificazione del valore stimato del contratto di servizio posto a gara.

Con riferimento a quanto da ultimo osservato, si fa presente come tale richiesta esuli dalla *ratio* della misura in commento, che intende, per l'appunto disciplinare unicamente la durata e la proroga dei contratti di servizio. Pertanto, basandosi la misura 18 su un perimetro di norme già predisposto dall'ordinamento europeo e nazionale, si ritiene di non accogliere la previsione proposta.

Con riferimento alla misura 18, punto 2, alcuni operatori del settore ferroviario e su strada hanno evidenziato che oltre alla puntuale indicazione della possibilità di disporre la proroga dell'affidamento, occorre chiarire che la disciplina di gara deve definire preventivamente in modo netto e trasparente le condizioni di proroga.

Sul punto, si fa presente che la misura in esame si pone in coerenza con quanto previsto dal regolamento (CE) n. 1370/2007 ed, in particolare, con l'articolo 4, paragrafo 4. Si consideri poi che la Comunicazione della Commissione europea, al punto 2.2.7, provvede a specificare i termini e le condizioni di esercizio della proroga da parte dell'ente affidante.

Si segnala, inoltre, che il Prospetto n. 5, lettera v) del documento posto in consultazione ("Schema del contenuto minimo delle convenzioni/contratti") prescrive espressamente in capo all'ente affidante di adottare la "disciplina delle eventuali proroghe e il preavviso minimo per esercitare la proroga".

Pertanto, l'Autorità, anche sulla scorta di quanto rilevato dall'ANAC nel parere reso, ha ritenuto di precisare il contenuto applicativo di tale disposizione, chiarendo che la proroga di cui alla misura 18, punto 2 sia disposta dagli enti affidanti conformemente a quanto previsto dall'articolo 4, paragrafo 4 del regolamento (CE) n. 1370/2007.

Inoltre, sia la predetta associazione di operatori dell'autotrasporto viaggiatori che alcuni operatori del trasporto pubblico ritengono che la valutazione della opportunità di proroga del contratto, anche in assenza di chiara indicazione nei documenti di gara, debba essere prevista e consentita, in via eccezionale in corso di contratto, in presenza di revisioni dell'importo contrattuale e dei servizi oggetto del contratto connesse alla riduzione degli stanziamenti disponibili da parte dell'ente affidante. Tali riduzioni, infatti, renderebbero in proporzione più onerosi gli investimenti e gli altri obblighi di servizio previsti dal contratto. A tal riguardo, l'Autorità rappresenta che la misura richiesta fuoriesce dal perimetro regolamentare stabilito dalla richiamata normativa di riferimento. Né, infatti, la disciplina europea né quella nazionale richiamata contemplano, anche in via eccezionale, l'istituto della proroga quale forma di compensazione per l'affidatario conseguente alla riduzione delle risorse disponibili in capo all'ente affidante. L'adozione della misura richiesta risulta pertanto priva di copertura normativa e, pertanto, non è ritenuta accoglibile.

Riguardo alla misura 18, punto 3, alcuni operatori del trasporto pubblico, nonché le associazioni rappresentative degli stessi e un soggetto istituzionale, hanno messo in evidenza che, relativamente alle ipotesi di affidamento di emergenza ex articolo 5, paragrafo 5 del regolamento CE n. 1370/2007, accanto

alla proroga, è prevista altresì la possibilità di un nuovo affidamento, che non vincola l'ente affidante e l'affidatario al rispetto delle condizioni pattuite nel contratto di servizio scaduto.

In proposito, occorre chiarire che la disposizione 18, punto 3 in esame intende prendere a riferimento unicamente la possibilità di proroga e non anche la possibilità di aggiudicazione diretta o di imposizione di un obbligo a fornire determinati servizi pubblici, previsti dal citato articolo 5, paragrafo 5, quali modalità alternative all'adozione della proroga del contratto. Nondimeno, l'Autorità è dell'avviso di recepire le osservazioni fornite al riguardo dagli *stakeholders*, precisando che la misura in parola riguarda esclusivamente l'istituto della proroga e non anche le ulteriori modalità alternative previste dal citato regolamento europeo.

In relazione alla misura 18, punto 4, un operatore del trasporto ferroviario ha osservato come, coerentemente alle fattispecie di proroga contemplate nel regolamento (CE) n. 1370/2007, in quanto direttamente applicabili, sia opportuno rimodularne i contenuti o valutarne l'eliminazione. Analoghe considerazioni su tale misura sono state avanzate dall'ANAC e dall'AGCM. La misura in parola, così come predisposta, risulterebbe priva di copertura normativa e legherebbe la possibilità di proroghe ad incerti miglioramenti dell'offerta che potrebbero essere usati dagli operatori *incumbent* come pretesto per prolungare indebitamente i contratti.

Sul punto, l'Autorità è dell'avviso di condividere i rilievi illustrati. Siffatta disposizione, infatti, contrariamente al fine attribuitole, può prestarsi ad interpretazioni e applicazioni concrete tese a incentivare l'indebito prolungamento della durata dei contratti, al di fuori delle ipotesi specifiche contemplate dalla normativa di riferimento. Pertanto, si è ritenuto di eliminare tale disposizione.

Sono state formulate, inoltre, ulteriori osservazioni non direttamente riferibili alle misure poste in consultazione. A tal riguardo, un operatore del trasporto ferroviario ha evidenziato l'opportunità che nei contratti di servizio pubblico vengano disciplinate le modalità di proseguimento del servizio, nonché siano previste adeguate garanzie per l'impresa affidataria uscente volte ad assicurare la sostenibilità di eventuali proroghe del servizio, per le quali dovranno essere definiti i tempi massimi. Infine, è stata sottolineata la necessità di prevedere nei contratti di servizio, apposite misure per disciplinare la prosecuzione del servizio anche nel caso in cui non pervengano offerte o non vi siano offerte valide tra quelle presentate.

In proposito, si evidenzia che il Prospetto n. 5, lettera v) del documento posto in consultazione ("Schema del contenuto minimo delle convenzioni/contratti") prescrive espressamente in capo all'ente affidante di adottare la *"disciplina delle eventuali proroghe e il preavviso minimo per esercitare la proroga"*. Con riferimento, invece, alle su menzionate garanzie per l'impresa affidataria uscente, si rappresenta che le proroghe del servizio eventualmente disposte dovranno comunque rispettare i termini di durata individuati dalla disciplina europea di riferimento. Con riguardo, poi, alla richiesta di apposite misure per garantire la prosecuzione del servizio, si rinvia alla citata disciplina posta dal citato articolo 5, paragrafo 5 del regolamento (CE) n. 1370 e alla misura 18, punto 3 del documento posto in consultazione.

Da ultimo, un soggetto privato ha proposto di aggiungere alla misura 18 un quinto comma, secondo cui *"Al fine di favorire la concorrenza, di facilitare l'acquisto dei beni essenziali e indispensabili e il reperimento dei necessari finanziamenti, l'ente affidante assicura che, tra la data della stipula del contratto e l'avvio del servizio, intercorra un periodo congruo che, in base alle caratteristiche del servizio, può variare da ... a ... mesi"*. La proposta di inserimento del quinto comma risulterebbe necessaria al fine di consentire all'operatore aggiudicatario di poter provvedere al reperimento di beni e risorse finanziarie indispensabili per lo svolgimento della commessa - favorendo, in tal modo, la partecipazione di operatori economici potenzialmente interessati - nonché sufficiente ad evitare l'introduzione di meccanismi regolatori eccessivamente penalizzanti per gli *incumbent*.

A tal riguardo, si rinvia ai criteri contenuti nella misura 7 dello schema di documento di regolazione posto in consultazione ("Individuazione dei tempi necessari per l'acquisizione del materiale rotabile").

Misura 19 - Criteri di aggiornamento delle tariffe e dei corrispettivi e misure di promozione dell'efficienza

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

Viene proposto agli enti titolari della potestà tariffaria un metodo *price-cap* da accoppiare, considerando la presenza nel trasporto pubblico locale di compensazioni a copertura di oneri di servizio pubblico, con un simmetrico e coordinato metodo di tipo *subsidy-cap*, volto alla definizione *ex ante* dei corrispettivi a copertura delle predette compensazioni.

Come noto, il *price cap* è un metodo di regolazione della dinamica tariffaria che consiste nell'applicazione di un tetto (*cap*) alla variazione media di un paniere di tariffe per le singole imprese, che ha una funzione incentivante grazie alla fissazione di un coefficiente X di recupero di efficienza o di miglioramento della produttività per un "periodo regolatorio" predefinito, in genere non inferiore a tre anni. Tale coefficiente riflette sia miglioramenti del grado di efficienza (miglior uso delle risorse nei diversi processi aziendali), che di produttività o redditività (ad esempio, incremento dei ricavi dovuti alla maggiore efficacia dell'azione di contrasto all'evasione tariffaria o grazie ad una migliore integrazione tariffaria tra i diversi bacini). Applicando il tetto ai corrispettivi o sussidi a copertura delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico, anziché sulle tariffe, si ottiene lo stesso effetto incentivante, posto che le tariffe vengono lasciate variare in funzione del tasso di inflazione, ma sempre entro limiti massimi (non oltre una certa soglia). Occorre però che la dinamica congiunta tra tariffe e corrispettivi assicuri la copertura dei costi totali (efficienti) del servizio.

Il metodo del *price cap* è disciplinato dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, articolo 2, commi 18 e 19 - cui fa esplicito rinvio il decreto legislativo n. 422/1997 - che prevede l'applicazione dei seguenti parametri:

- a) tasso di variazione medio annuo riferito ai dodici mesi precedenti dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (FOI) rilevato dall'ISTAT;
- b) obiettivo di variazione del tasso annuale di produttività, prefissato per un periodo almeno triennale;
- c) recupero di qualità del servizio rispetto a standard prefissati per un periodo almeno triennale.

Come noto, la previsione in parola è rimasta largamente disattesa, come emerge anche dalle osservazioni raccolte presso i partecipanti alla consultazione, salvo i casi in cui le normative regionali abbiano previsto criteri applicativi al riguardo, anche difformi dal contenuto della legge n. 481/1995 (ad es. relativamente all'indice del tasso di indicizzazione da utilizzare).⁷⁶

Nella misura 19 sono considerati tutti i tre parametri della legge n. 481/1995, intendendosi che gli ultimi due siano da commisurarsi agli obiettivi di miglioramento perseguibili in ciascun bacino di affidamento. In caso di affidamento competitivo, l'ente affidante potrà fissare obiettivi minimi annuali di miglioramento dell'efficienza e della qualità per tutta la durata dell'affidamento, sia come valore medi che come valori differenziati per anno, da rendere noti in fase di pubblicazione del bando di gara o di invio della lettera di invito e da disciplinare nei contratti di servizio affidati. In coerenza, lo stesso ente potrà richiedere che le offerte siano formulate in base ad un valore medio nominale per tutta la durata dell'affidamento o che vengano distinte anno per anno. Nella presentazione del PEF previsionale i corrispettivi annuali devono in ogni caso essere evidenti.

In caso di affidamento *in house providing*, invece, l'ente affidante deve prestabilire la curva di efficienza del gestore sulla cui base viene predisposto il PEF (vedi misura 13) e, in tale caso come in quello di affidamento diretto, deve giustificare la convenienza economica dell'affidamento stesso⁷⁷ per un periodo congruo a permettere il raggiungimento dei prefissati obiettivi di efficienza.

⁷⁶ Il riferimento alla metodologia (*price-cap*) ex legge n. 481/1995 consente di ritenere che il parametro di riferimento per l'aggiornamento al costo della vita debba sempre essere l'indice ISTAT FOI dell'anno precedente a quello di vigenza della tariffa, mentre l'utilizzo di altri parametri, come – ad esempio – l'indice di inflazione programmata o l'indice definito nel Documento di Economia e Finanza, costituirebbe una eccezione, ancorché sempre ammissibile quando prevista in una norma regionale.

⁷⁷ Il comma 609 della legge 190/2014 ha integrato il comma 1-bis dell'articolo. 3-bis del decreto legge n. 138/2011, imponendo che le relazioni degli enti di governo ex articolo. 34, comma 20, del decreto legge n. 179/2012, debbano motivare le ragioni della scelta della forma di affidamento "con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio".

Con riguardo al parametro della qualità, deve essere considerato che la curva dei miglioramenti di qualità dei servizi erogati, inclusi quelli del trasporto pubblico locale, presenta, di norma, un andamento fisiologico decrescente all'aumentare del livello standard definito. Ne consegue che in sede di applicazione gli enti affidanti dovrebbero differenziare le percentuali di miglioramento per "cluster" di qualità, individuati in funzione del posizionamento sulla predetta curva di qualità.

Alla formula n. 2, relativa al corrispettivo, potrebbe inoltre essere aggiunto un addendo relativo ai costi non controllabili da parte del gestore (come, ad esempio, i costi di assicurazione in quanto legati a tariffe fissate unilateralmente dal fornitore) e agli investimenti, laddove questi facciano parte dell'oggetto di affidamento. Il riconoscimento di costi non controllabili (si parla, in tal caso, di costi "passanti" o *cost pass through*) deve, tuttavia, essere motivato adeguatamente ed essere coerente con le ipotesi esplicitate di ripartizione dei rischi commerciali, operativi e finanziari assunti a base della predisposizione del PEF da parte dell'ente affidante. Corrisponderebbe, infatti, a una doppia computazione riconoscere al gestore un costo il cui relativo rischio venga considerato già nella remunerazione del capitale. Inoltre, anche nel caso vengano riconosciuti come "passanti" sulla tariffa alcuni costi, andrebbe comunque evitato di deresponsabilizzare il gestore, inserendo anche costi (prezzi di acquisto) palesemente fuori mercato, rendendosi pertanto opportuno richiedere da parte dell'ente affidante di far riferimento a medie di mercato o a costi e prezzi efficienti o standard.

Il meccanismo proposto in sede di consultazione per il recupero di efficienza sui sussidi, nei casi di applicazione al servizio di trasporto di superficie, prevedeva anche l'inserimento di un parametro relativo alla velocità commerciale (V_t) da considerare solo ove l'algoritmo e i meccanismi di controllo utilizzati consentissero di riflettere esclusivamente e in maniera non ambigua le variazioni attribuibili all'adozione di politiche di mobilità dell'ente competente e non influenzabili dal gestore. Tale discrezionalità dell'ente competente viene ora resa più esplicita, in relazione alle complessità che la verifica dell'indicatore comporta, come segnalato anche da diversi partecipanti alla consultazione, espungendo il relativo riferimento dalla formula n. 2, di cui sempre al punto 2. Laddove considerato, l'inserimento di un parametro V_t , definito in termini di variazione nell'intervallo di tempo da t_1 a t_2 , e preceduto dal segno meno, dovrebbe comportare una diminuzione del corrispettivo nel caso in cui la velocità commerciale aumenti e, viceversa, nel caso la velocità commerciale diminuisca. Con tale meccanismo, quando la velocità commerciale aumenta, il gestore incamera un vantaggio dovuto ai minori costi gestionali correlati alla velocità commerciale (come, ad esempio, il costo dei carburanti, il tempo di guida degli autisti e, pertanto, una significativa componente del costo del lavoro aziendale o l'usura dei mezzi), in ciò giustificando una riduzione del corrispettivo, mentre in caso di diminuzione i maggiori costi che dovrà sostenere il gestore sono compensati da un aumento del corrispettivo. Il meccanismo svolge una funzione incentivante per lo stesso ente affidante, in quanto titolare delle politiche di mobilità. Infatti, esso sarebbe premiato da un minore esborso finanziario (riduzione del corrispettivo) per l'efficacia delle politiche di mobilità adottate e, penalizzato, in caso di peggioramento.

Il parametro V_t dovrebbe inoltre essere rilevato secondo metodologie oggettive e verificata dalle parti; esso potrebbe essere definito come un indicatore semplice, pari al rapporto tra vetture-km o treni-km offerti al pubblico e la somma delle ore totali offerte al pubblico, o come indicatore ponderato in base a fasce orarie a diversa intensità di passeggeri trasportati, secondo un algoritmo prestabilito.

Da valutare nei diversi contesti è anche la considerazione di un coefficiente α , compreso tra valori maggiori di 0 e minori di uno, da anteporre al parametro della velocità commerciale volto a stimare la quota della variazione del parametro che è correlata direttamente ai costi del Gestore. Un tale coefficiente non dovrebbe essere superiore al peso dei costi variabili sui costi totali, mediamente pari al 75-80% nelle aziende di trasporto pubblico locale, potendosi in alternativa far corrispondere all'aumento della velocità commerciale, in parte o totalmente, un incremento delle percorrenze ovvero dei livelli quantitativi del servizio fornito (e, dunque, senza riflessi sulla dinamica tariffaria).

Il meccanismo del *subsidy cap* è compatibile con obiettivi di recupero di efficienza (*cost-cap*) e di ottimizzazione dei ricavi attraverso, ad esempio, politiche di riduzione dell'evasione/elusione tariffaria o di aumento del numero di passeggeri paganti. Tali elementi si riflettono nel rapporto di copertura dei ricavi, rappresentato dal rapporto "ricavi da traffico/costi operativi" (*coverage ratio*), ma il recupero di efficienza o di produttività non può essere confuso con tale indicatore che, può essere considerato alla stregua di un indicatore di "economicità". Il *coverage ratio*, infatti, ingloba i miglioramenti di processi gestionali riferibili a

processi aziendali diversi, ma anche a fattori esogeni, non direttamente riconducibili all'*effort* gestionale. L'aumento dei ricavi potrebbe infatti risultare anche da un incremento delle tariffe, del traffico o dei passeggeri paganti. Tutte tali variabili sono influenzate sia da politiche aziendali del Gestore, come quelle di contrasto dell'evasione (in caso di trasferimento del rischio sui ricavi), sia da politiche di gestione della mobilità dell'ente affidante, sia infine da fattori esogeni di ciclo economico.⁷⁸ Di qui l'inadeguatezza di tale indicatore a riflettere l'*effort* aziendale e ad essere pertanto utilizzato nei meccanismi di efficientamento in parola.

Con riguardo all'ambito di applicazione del *price-cap/subsidy cap* proposto, si può ritenere condivisibile in linea generale l'affermazione di alcuni operatori ed esperti di settore che un tale meccanismo sia maggiormente idoneo negli affidamenti "in house" o diretti piuttosto che in quelli risultanti da procedure di gara, dove, nei termini del regolamento (CE) n. 1370/2007, una gara equa e non discriminatoria, dovrebbe assicurare la selezione dell'offerta più efficiente (o efficace), senza necessità di aggiungere ulteriori incentivi al miglioramento.

Una tale affermazione va tuttavia calata nei diversi contesti di gara e situazioni gestionali e territoriali e non appare sufficiente a costituire motivo di automatica inapplicabilità. D'altra parte il Legislatore ha disposto che i corrispettivi a base d'asta siano determinati in base al criterio del costo standard, al fine di evitare che uno degli elementi fondamentali del disegno di gara sia fissato in maniera distorta. Si consideri peraltro che, anche in altri settori regolati, la presenza di affidamenti con gara non esclude il gestore dall'assoggettamento ai meccanismi di regolazione delle tariffe.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

Il criterio del *price cap* congiunto con quello del *subsidy cap* è stato ampiamente apprezzato sin dalla consultazione di cui alla delibera 46/2014, anche se, da parte degli operatori, le osservazioni si erano soffermate maggiormente sui meccanismi di indicizzazione piuttosto che su quelli di promozione dell'efficienza e della qualità del servizio.

Le associazioni delle imprese e le imprese chiedono di esplicitare che il recupero di produttività, catturato dalla variabile X nella formula di *subsidy cap*, non si applichi in caso di gara, manifestandosi, a loro dire, le efficienze di gara già in sede di presentazione delle offerte. Il Coordinamento delle Regioni e delle Province autonome chiede inoltre di chiarire come utilizzare tale variabile nel caso di un gara che preveda che l'efficientamento (o una parte di esso) sia necessario per conseguire la sostenibilità economico-finanziaria dell'affidamento, valutata sull'intero periodo di affidamento. "Possono, infatti, verificarsi casi, peraltro implicitamente previsti nel Prospetto n. 2, nei quali la gestione del servizio sia, all'istante 0, strutturalmente in perdita e tale perdita non possa essere subito recuperata (ad esempio a causa dell'eventuale vincolo della clausola sociale stabilita dalla legge regionale), o per strutturale sovradimensionamento degli organici (che, in presenza di obbligo del trasferimento di tutto il personale, può essere assorbito con il blocco del turn-over solo su un arco temporale medio-lungo)". La risposta è contenuta in quanto affermato sopra, in relazione al rapporto tra l'efficientamento e il *coverage ratio*. Fermo restando che il recupero di efficienza può essere graduale in un affidamento, in relazione ai normali processi di apprendimento o, anche, alla stessa struttura del disegno di gara, il recupero di efficienza va calibrato e, pertanto, essere nullo all'anno zero considerato e positivo negli anni successivi, fermo restando le riserve prima espresse in merito all'utilizzo di un indicatore quale il *coverage ratio* a fini di incentivazione.

Con riguardo all'inclusione del parametro relativo alla velocità commerciale, come si è detto, alcuni soggetti hanno espresso timori circa la sua corretta applicazione. In particolare, il Coordinamento delle Regioni ha segnalato il rischio che possa incentivare contenziosi o che si riveli inapplicabile nei casi in cui, come accade nel trasporto pubblico locale automobilistico, la velocità commerciale dipenda da fattori che sono solo in misura limitata nella disponibilità degli affidatari. Di tali considerazioni si è tenuto conto nella formulazione della misura adottata.

⁷⁸ Inoltre, a seguito dell'approvazione dell'articolo 16-bis del decreto legge n. 95/2012 e s.m.i., e del successivo DPCM 26 giugno 2013, attuativo dello stesso articolo, il *coverage ratio* viene oggi approssimato ai fini della ripartizione dei trasferimenti dal Fondo Nazionale Trasporti, come rapporto tra i ricavi da traffico e, al denominatore, della somma tra corrispettivi e ricavi da traffico, in conseguenza della asserita mancanza di dati sui costi aziendali degli operatori del settore. Ciò comporta che anche un aumento dei corrispettivi da parte dell'ente affidante potrebbe abbassare il valore del rapporto, alimentando la richiesta per un allineamento del corrispettivo allo stesso ente e così creando un effetto circolarità.

Con riguardo ai parametri di qualità, si sono espresse in particolare le associazioni dei consumatori e utenti, una delle quali propone che *le associazioni dei consumatori concorrano alla definizione degli indicatori di qualità erogata e di qualità percepita e che la loro rilevazione non sia delegata unicamente al sistema di monitoraggio aziendale ma preveda l'integrazione con delle forme di monitoraggio civico. È evidente di come la correlazione diretta che c'è nella formula di adeguamento tariffario tra l'incremento tariffario e la valutazione positiva della qualità rende quanto mai necessaria l'attribuzione della valutazione della qualità (erogata e percepita) agli utenti finali, per tramite delle associazioni e non del sistema di monitoraggio aziendale.*

Tali valutazioni, che sono state riportate integralmente, sono del tutto coerenti con la normativa esistente, dove l'articolo 2, comma 461, della legge n. 244/2007 prevede esplicitamente il coinvolgimento degli utenti, anche in forma associata, nelle metodologie e nell'effettuazione dei monitoraggi ed esse, infatti, costituiscono uno dei contenuti minimi delle Convenzioni di cui alla misura 17, che si applica a tutte le modalità di trasporto disciplinate del presente atto e pertanto l'Autorità auspica che esse vengano tenute nella debita considerazione da parte degli enti affidanti.

Un'altra Associazione dei consumatori ritiene utile che la misura regolatoria fornisca ulteriori dettagli sulle modalità di specificazione degli indicatori quali-quantitativi e sui meccanismi di monitoraggio che verranno adottati. In merito si osserva che tali elementi costituiranno oggetto del procedimento dell'Autorità in materia di condizioni minime di qualità dei servizi, menzionato nell'Introduzione di questa Relazione. La stessa Associazione suggerisce inoltre di porre un limite di prezzo all'aggiustamento annuale della tariffa, come infatti esplicitato nella misura che, in ogni caso, in base ai poteri attribuiti all'Autorità, definisce solo un criterio e non valori puntuali delle tariffe.

Con riguardo alla compatibilità tra il meccanismo proposto e l'applicazione di metodi di integrazione tariffaria, che nella misura di cui al punto 3 si richiede di tutelare, Il Coordinamento delle Regioni chiede espressamente "una clausola di salvaguardia per metodologie di aggiornamento delle tariffe definite e disciplinate a livello regionale, anche tenendo conto delle specificità dei diversi territori". Infine, le Regioni suggeriscono di non considerare perentoria la modalità proposta, anche in considerazione del fatto che la stessa, prevedendo, oltre a un criterio, un algoritmo matematico basato su quel criterio, sembra andare oltre la mera definizione dei criteri di fissazione delle tariffe, di cui all'articolo 37 del decreto legge n. 201/2011. Un soggetto istituzionale sottolinea come la misura vada a confliggere con i poteri normativi degli enti locali, mentre un altro soggetto istituzionale si limita ad osservare sull'intera misura come sembri opportuno e necessario definire i criteri del rapporto tra le tariffe, come stabilite dagli enti locali, e le compensazioni del servizio".

Si ritiene che l'attuale riformulazione della misura, unitamente ai dettagli forniti nella Relazione illustrativa chiarisca la portata dell'intervento dell'Autorità nei precisi confini dettati dall'articolo 37 del proprio decreto istitutivo, finalizzato a definire un criterio di aggiornamento delle tariffe collegato a quello di aggiornamento dei corrispettivi conforme ai principi generali della legge n. 481/95. E di criteri occorre parlare anche nel caso si usino algoritmi, che non vincolano a prestabiliti valori. Ne è prova anche la discrezionalità lasciata agli enti competenti circa la considerazione dei parametri relativi alla velocità commerciale, ai costi esterni e agli investimenti.

Con riguardo, invece, alle diverse osservazioni ricevute in merito alla struttura tariffaria (da non confondere con la sua dinamica), ancorché il punto non fosse stato posto in consultazione, si segnala che commenti e suggerimenti potranno trovare adeguata considerazione nell'ambito del procedimento da avviare sui criteri tariffari di cui all'articolo 37, comma 2, lettera b) del decreto istitutivo dell'Autorità, avente peraltro un perimetro applicativo diverso da quello del comma 2, lettera f) dello stesso articolo.

Misura 20 – Modifiche contrattuali

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

In assenza di specifiche disposizioni dettate in materia dal regolamento (CE) n. 1370/2007, una qualsiasi variazione delle condizioni contrattuali è assoggettata alle regole generali poste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di modifiche dei contratti aggiudicati con gara, così come, peraltro, sostenuto dalla Commissione europea nella Comunicazione⁷⁹.

Specificamente, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che *“Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto”*⁸⁰, chiarendo come una modifica apportata ad un contratto in corso di validità possa essere ritenuta sostanziale se introduce condizioni che, se inserite nella procedura di gara originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi da quelli che sono stati accettati o avrebbero permesso di accettare un'offerta diversa da quella che è stata accettata⁸¹.

Pertanto, soltanto in caso di modifiche non sostanziali e di minore entità, da valutare caso per caso, può non essere necessaria una nuova aggiudicazione e può essere sufficiente una semplice modifica del contratto.

Il menzionato orientamento giurisprudenziale è ribadito dall'articolo 43 della direttiva 23/2014/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che disciplina analiticamente le modifiche contrattuali ammesse senza richiedere una nuova procedura di aggiudicazione, prevedendo, tra l'altro, che *“Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche o opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che altererebbero la natura generale della concessione; (...) e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4. (...)”*⁸².

Tanto premesso, la misura in argomento prevede la necessità che gli enti affidanti introducano nei documenti di gara clausole chiare, precise ed inequivocabili in ordine alle circostanze⁸³ che possano dar luogo alle eventuali modifiche delle condizioni contrattuali, senza alterare la natura generale del contratto. Tali clausole fissano la portata e la natura delle eventuali modifiche e le relative modalità applicative, assicurando l'equilibrio economico - finanziario del contratto sulla base della ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario del servizio⁸⁴ e regolando la corrispondente revisione del piano economico-

⁷⁹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007, 2014/C 92/01*, pubblicata su Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 29 marzo 2014, punto 2.3.6, concernente le *“Modifiche dei contratti di servizio pubblico”*.

⁸⁰ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-91/08 Wall AG, punto 37.

⁸¹ Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-454/06 *presse text Nachrichtenagentur*, punto 34 e causa C-91/08 Wall AG, cit., punti 37-39.

⁸² Sui limiti di applicazione della menzionata direttiva si rinvia all'articolo 10, paragrafo 3.

⁸³ Con riguardo alla sopravvenuta insufficienza di fondi pubblici quale presupposto per l'esercizio dello *jus variandi*, si rinvia a quanto deciso dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1799 del 2013, laddove si afferma come in relazione alla disciplina di cui all'articolo 19, commi 2 e 5, del decreto legislativo n. 422/1997, in materia di certezza finanziaria e copertura di bilancio dei contratti di servizio di trasporto pubblico: *“(...) dal punto di vista della contabilità pubblica, non si può nutrire dubbio sul fatto che l'onere economico complessivamente riveniente dai contratti di servizio dia luogo all'iscrizione nello stato di previsione della spesa del bilancio regionale di spese obbligatorie, corrispondenti ad obbligazioni giuridicamente perfette, vale a dire di oneri incompressibili in sede di redazione del bilancio, del tipo di quelli disciplinati a livello di contabilità e finanzia pubblica statale all'art. 21 L. n. 196 del 2009. Per le quali spese, principi giuscontabilistici di prudenza prescrivono la costituzione di fondi di riserva (cfr. art. 26 L. n. 196 citata), dai quali attingere per fronteggiare fenomeni di contrazione delle disponibilità, del tipo di quella verificabile in caso di riduzione dei finanziamenti (...)”* (punto 10.1). Si rammenta che, ai sensi del richiamato articolo 19, comma 2, *“I contratti di servizio per i quali non è assicurata, al momento della loro stipula, la corrispondenza tra gli importi di cui alla lettera e) del comma 3 e le risorse effettivamente disponibili sono nulli”*.

⁸⁴ Si ricorda che nel contratto *net cost* il rischio operativo insieme a quello commerciale sui ricavi è a carico del concessionario.

finanziario, laddove non venga mantenuto l'equilibrio economico del contratto. Diversamente, per eventi non previsti o non prevedibili al momento della sottoscrizione del contratto di servizio, essi potranno apportare modifiche ai termini contrattuali solo non sostanziali e di modesta entità.

In relazione all'ultimo punto della misura proposta, l'Autorità ritiene necessario che gli enti affidanti disciplinino, nei documenti di gara, le condizioni e le modalità di coinvolgimento dell'utenza in caso di modifica dell'offerta del servizio, assicurando, almeno, che l'informazione all'utenza sia resa tempestivamente e attraverso ogni idoneo canale di comunicazione del gestore.

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

In relazione allo schema di misura sottoposto a consultazione, gli stakeholders intervenuti hanno osservato, tra l'altro, quanto segue.

Relativamente al punto 1 della misura, molti degli operatori intervenuti hanno chiesto di precisare che le clausole, contenute nello schema di contratto allegato al bando di gara, disciplinanti le eventuali modifiche contrattuali, debbano essere tali da non alterare l'equilibrio economico del contratto. Specificatamente, poi, una associazione di imprese ha osservato che variazioni in termini di percorrenze e valore economico complessivo superiori al 10%, anche se contrattualmente previste, porrebbero a rischio la sostenibilità del contratto.

In proposito, si rileva come proprio il punto 2 della misura proposta preveda esplicitamente che le suddette clausole contrattuali tengano conto della diversa titolarità dei rischi tra concedente e concessionario e definiscano precise modalità e condizioni, in caso di non mantenimento dell'equilibrio economico del contratto, per la revisione del piano economico-finanziario (di seguito "PEF"), se presente nei documenti di gara ai sensi della misura 15.

Sempre in merito al PEF, una associazione di consumatori suggerisce che la revisione del PEF sia sempre preceduta da una verifica contabile della efficienza della gestione⁸⁵ da parte degli enti affidanti per evitare che eventuali inefficienze del gestore si possano tradurre in una revisione degli investimenti e del programma di esercizio. Nel condividere la preoccupazione espressa, si ritiene tuttavia che quanto segnalato debba essere considerato e valutato proprio dagli enti affidanti nell'ambito della definizione, di propria competenza, della disciplina di dettaglio delle suddette clausole contrattuali.

Relativamente al punto 2, alcuni soggetti istituzionali hanno suggerito di modificare il testo relativo a "*tiene conto di un'equa ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario del servizio*" con "*tiene conto della diversa titolarità dei rischi tra concedente e concessionario del servizio*", ritenendo improprio in caso di affidamento tramite gara il riferimento a "*un'equa distribuzione dei rischi*", che rientra in un rapporto di tipo paritetico. Si condivide quanto sopra rappresentato, in considerazione del fatto che rientra nella competenza del concedente, in qualità di ente affidante il servizio, definire la più efficiente ripartizione dei rischi in funzione del tipo di contratto adottato⁸⁶.

Un soggetto istituzionale ha, poi, suggerito di sostituire la frase "*tiene conto di un'equa ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario del servizio*" con la specifica "*tiene conto di specifici fattori esogeni*", facendo riferimento al Prospetto n.3 del presente documento, comprendente elementi attinenti a condizioni "esogene", che hanno effetto sulle pattuizioni contrattuali. In proposito, si conferma la presenza di costi "esogeni" nel Prospetto n.3. Infatti, tale Prospetto andrebbe opportunamente finalizzato da parte degli enti affidanti, indicando per ciascuna tipologia di rischio l'allocazione tra concedente e concessionario, tenendo conto dei costi non controllabili da parte del gestore. Il riconoscimento al gestore di costi relativi a fattori "esogeni" (non controllabili da parte del gestore) non deve comportare il riconoscimento dei relativi fattori di rischio nella remunerazione del capitale.

Relativamente al punto 3, alcuni degli intervenuti segnalano l'opportunità di inserire un limite percentuale massimo di modifica ammissibile per rendere la misura in argomento più significativa. Specificatamente un operatore suggerisce che si possano considerare modifiche sostanziali le modifiche del programma di esercizio superiori al 10%. In proposito si ritiene che in assenza di uno specifico riferimento normativo non sia possibile individuare una soglia di ammissibilità per l'individuazione di modifiche non sostanziali. Si

⁸⁵ L'osservatore indica anche gli specifici parametri (elementi del PEF) che dovrebbero essere preventivamente verificati.

⁸⁶ Vedi nota n. 84.

ricorda, peraltro, che la già citata Comunicazione della Commissione europea ⁸⁷ prevede specificatamente che: *“Al fine di determinare le modifiche non sostanziali è necessaria una valutazione caso per caso basata su criteri obiettivi”*.

Relativamente al punto 4, un operatore ha suggerito di sostituire il termine *“riprogrammazione”*, più attinente alla programmazione degli enti competenti, con *“variazione del servizio”* o *“modifica del programma di esercizio”*. In proposito sembra più appropriata, rispetto alla formulazione originaria, la terminologia proposta dall'intervenuto.

⁸⁷ Vedi nota n. 79.

Titolo III – Criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici

Capo I - Trasparenza e prevenzione dei conflitti di interesse

Misura 21 – Criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici

Descrizione della misura sottoposta a consultazione

L'articolo 37, comma 2, lettera f), del decreto-legge n. 201/2011, attribuisce all'Autorità il puntuale compito di *“stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici”*.

La funzione assegnata all'Autorità si iscrive all'interno del riparto di attribuzione tra lo Stato e le Regioni in materia di individuazione dei criteri in parola, sul quale la Corte costituzionale si è espressa con la sentenza 23 novembre 2007, n. 401⁸⁸, in relazione alle pertinenti disposizioni contenute nell'articolo 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Specificamente, secondo quanto statuito dalla Corte, gli aspetti connessi alla composizione delle commissioni di gara e alle modalità di scelta dei componenti attengono all'organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Pertanto, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, le disposizioni statali adottate in materia devono avere carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire⁸⁹.

Nondimeno, la definizione dei criteri di nomina delle commissioni di gara nel settore dei trasporti pubblici – finalizzata ad assicurare la professionalità e competenza dei componenti delle commissioni aggiudicatrici e a contrastare le ipotesi di conflitto di interesse – contribuisce a rendere pienamente effettivo il principio di cui all'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007, teso a garantire l'apertura delle gare a tutti gli operatori, nel rispetto del principio di trasparenza e non discriminazione.

Tanto premesso in ordine alla portata applicativa dei criteri adottati dall'Autorità, si osserva preliminarmente come il settore del trasporto pubblico locale sia caratterizzato dalla presenza di numerosi operatori nella cui compagine proprietaria sono rappresentati l'ente o gli enti pubblici territoriali che svolgono, in forma singola o associata, anche funzioni di ente affidante. Pertanto, possono crearsi situazioni nelle quali alle gare indette da un ente affidante, da un suo ente strumentale o da un altro ente delegato, partecipino anche operatori controllati dallo stesso.

Conseguentemente, i criteri in parola sono finalizzati ad evitare la commistione in capo alle medesime amministrazioni di ruoli tra loro incompatibili, introducendo e rafforzando la distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati.

Nondimeno, proprio in ossequio al riparto di funzioni tra Stato ed enti territoriali prima richiamato, la disposizione di cui al punto 1 chiarisce come spetti agli enti affidanti il compito di adottare misure adeguate per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione dei contratti di servizio di trasporto pubblico, per evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti; ciò, nell'ambito dei criteri dettati dall'Autorità e nel rispetto della eventuale disciplina regionale in materia.

In caso di presenza di una normativa regionale difforme a quanto stabilito dai presenti criteri, l'Autorità invita le Regioni ad apportare le conseguenti modifiche, tenendo in debita considerazione la circostanza sopra rilevata che tali criteri sono stabiliti anche in attuazione del richiamato principio di cui all'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007.

La definizione dei criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici deve avvenire attraverso l'individuazione, da un lato, dei requisiti di cui devono essere in possesso i componenti e, dall'altro lato, delle condizioni che ne impediscono il conferimento, per evitare ipotesi di conflitto di interessi.

⁸⁸ Espressamente richiamata dalla sentenza 11 marzo 2013, n. 41, riguardante giustappunto la legittimità costituzionale delle funzioni attribuite all'Autorità dall'articolo 37, comma 2, lettera f), del decreto legge n. 201/2011.

⁸⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 2007, n. 401, punto 13.

In merito al primo aspetto, si osserva come, in conseguenza dell'applicazione del criterio di aggiudicazione fondato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, queste ultime siano chiamate a valutare una pluralità di elementi e ad esercitare una ampia discrezionalità tecnica; la nomina della commissione aggiudicatrice, quindi, deve avvenire in applicazione dei principi generali di trasparenza, responsabilità ed autonomia ed i componenti devono essere selezionati in relazione al possesso di adeguata professionalità e competenza, anche per la valutazione del piano economico finanziario, nonché di una particolare esperienza maturata nella gestione e programmazione dei servizi di trasporto pubblico locale, nel controllo e monitoraggio degli stessi e nella relativa pianificazione delle reti di trasporto.

Fermo restando il rispetto delle richiamate prerogative degli enti affidanti nell'individuare le puntuali professionalità e competenze necessarie in funzione delle specificità di ciascuna gara, la disposizione di cui al punto 2 introduce l'obbligo, in ossequio ai menzionati principi, di disporre la pubblicazione, nell'apposita sezione del sito internet dell'ente concedente dedicata alla gara, dei curriculum e della documentazione relativa ai titoli di studio, alle qualificazioni ed esperienze professionali comprovanti il possesso dei requisiti in parola.

Con riferimento all'individuazione dei casi di inconfiribilità dell'incarico di componente delle commissioni aggiudicatrici, si rileva la circostanza, già precedentemente evocata, insita nella particolare esposizione del settore del trasporto pubblico al rischio di possibili conflitti di interessi, attesa la prevalente presenza di operatori partecipati dagli enti concedenti.

Pertanto, con specifico riguardo alle professionalità interne, ovvero ai dipendenti del medesimo ente affidante, occorre evitare che i componenti della commissione di gara siano scelti tra coloro che, in relazione all'ufficio di assegnazione possano essere maggiormente esposti a tale rischio. Siffatta preoccupazione, d'altra parte, deve essere temperata con contestuali esigenze di economicità, nonché con l'interesse a designare commissari competenti nel settore e che abbiano conoscenza del servizio messo a gara. A questo fine, dovrebbe essere favorito il ricorso a dipendenti pubblici con specifica competenza nel settore ma in servizio presso altre Amministrazioni che operano in ambiti territoriali diversi rispetto all'ente affidante, e scelti secondo criteri di rotazione predefiniti, ovvero presso enti strumentali (ad esempio, le Agenzie per la mobilità) caratterizzati da terzietà rispetto all'ente concedente medesimo e a cui sono attribuite specifiche competenze settoriali (punto 3)⁹⁰.

Per cui, le disposizioni presenti al punto 4 individuano le fattispecie di inconfiribilità dell'incarico di componente delle commissioni aggiudicatrici, da ritenersi in ogni caso aggiuntive rispetto alla vigente disciplina di legge e regolamentare in materia.

Innanzitutto, non possono essere nominati componenti delle commissioni aggiudicatrici coloro che, rispetto alla specifica procedura di affidamento, abbiano interessi propri, di parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, ovvero qualora la suddetta procedura possa coinvolgere gli interessi di persone con le quali abbiano rapporti di frequentazione abituale, di soggetti od organizzazioni con cui loro o il coniuge abbiano causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui siano tutori, curatori, procuratori o agenti, nonché di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui siano amministratori o gerenti o dirigenti (lettera a).

Quindi, sono tipizzate le ipotesi di inconfiribilità riguardano i soggetti che, in relazione all'attività svolta, siano esposti ad un maggior pericolo di versare in una ipotesi di conflitto di interesse.

Fra tali soggetti vi sono, prioritariamente, coloro che operano, o abbiano operato nel precedente triennio, a qualunque titolo, presso le società partecipate dall'ente affidante attive nel settore del trasporto pubblico e loro controllate (lettera b) nonché prestano servizio, o abbiano prestato servizio (sempre nel precedente triennio), presso l'unità organizzativa dell'ente affidante preposta al controllo del servizio e al controllo delle società partecipate attive nel settore del trasporto pubblico (lettera c) o, ancora, abbiano assunto compiti di gestione, pianificazione della rete, programmazione del servizio e consulenza relativamente al servizio oggetto della procedura di gara (lettera d).

All'atto della nomina, ciascun componente rende una apposita dichiarazione in ordine all'insussistenza di alcuna delle ipotesi di conflitto di interesse (punto 6).

⁹⁰ Pur sempre nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge, quali, ad esempio, l'articolo 84, comma 8, del decreto legislativo n. 163/2006 che, in ogni caso, nel settore in discorso ha carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale, la quale ben potrebbe disporre nel senso auspicato dall'Autorità.

Infine, la disciplina in esame deve perseguire l'ulteriore obiettivo di garantire l'assoluta neutralità e terzietà dei componenti, disincentivandoli dal perseguire fini e utilità private nell'esercizio della funzione loro assegnata.

Perciò, nell'ambito della disciplina dei criteri di nomina, si ritiene necessaria l'introduzione di opportune misure dissuasive, disponendo l'espresso divieto per il vincitore della gara di affidare incarichi, di qualunque natura, agli ex componenti della relativa commissione aggiudicatrice, per l'intera durata del contratto (punto 5).

L'*enforcement* di tale divieto deve essere assicurato anche attraverso appositi rimedi di natura contrattuale tramite cui far valere siffatta violazione, di cui sono tenuti a dotarsi gli enti affidanti. Parimenti, gli enti in parola devono includere, espressamente, la violazione del divieto in parola tra le cause di esclusione dalla partecipazione alle future gare (punto 7).

Sintesi delle osservazioni e valutazioni

In relazione allo schema di misura sottoposto a consultazione, gli *stakeholders* intervenuti hanno osservato, tra l'altro, quanto segue.

Con riguardo alla disposizione di cui al punto 1, un'associazione degli operatori del settore ha segnalato l'opportunità che l'Autorità curi direttamente le azioni utili a garantire l'applicazione dei criteri stabiliti nella misura. In proposito, nel ribadire quanto già indicato in premessa in ordine al perimetro e alla portata applicativa dei criteri dettati dell'Autorità, si ritiene di non dover modificare il testo della disposizione proprio in ragione di quanto statuito in materia dalla Corte costituzionale con la richiamata sentenza n. 401 del 2007.

Con riferimento alla disposizione di cui al punto 2, sono pervenuti contributi, esclusivamente, da parte di soggetti pubblici i quali hanno evidenziato la necessità di fugare ogni dubbio interpretativo in ordine alla circostanza che la nomina e la costituzione della commissione aggiudicatrice debbano avvenire successivamente allo spirare del termine di presentazione delle offerte⁹¹. Conseguentemente, sempre a decorrere da tale momento l'ente affidante sarà tenuto ad adempiere all'obbligo di pubblicazione del curriculum e della documentazione relativi ai titoli di studio e alle specifiche qualificazioni ed esperienze professionali dei componenti delle commissioni, introdotto dalla misura. Analoghe considerazioni sono state formulate dall'ANAC⁹².

Inoltre, l'ANAC ha ulteriormente evidenziato l'opportunità di chiarire come la commissione aggiudicatrice debba essere formata da un numero dispari di membri e che il requisito in ordine al possesso delle competenze e conoscenze pertinenti all'oggetto della gara debba essere verificato per tutti i componenti, nel rispetto del principio della collegialità delle competenze tecniche in seno alla commissione medesima. L'Autorità ritiene accoglibili tutte le indicate richieste di precisazione e, pertanto, ha apportato le connesse modifiche al testo finale del punto 2 della misura.

Anche in merito alla disposizione di cui al punto 3 risultano pervenuti contributi da parte dei soli soggetti pubblici, tesi ad evidenziare l'eccessiva severità della misura che sarebbe disallineata a quanto disposto, invece, dall'articolo 84 del decreto legislativo n. 163/2006. In particolare, il comma 3 di tale norma prevede che le commissioni giudicatrici siano presiedute, di norma, da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente; analogo *favor* nei confronti del previo ricorso al personale della medesima stazione appaltante è espresso dal comma 10, relativo alla nomina dei componenti diversi dal presidente della commissione⁹³.

Tuttavia, corre l'obbligo di segnalare come tali disposizioni siano proprio fra quelle per le quali è stato evidenziato dalla Corte costituzionale il carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente

⁹¹ In ossequio al principio generale in materia contenuto nell'articolo 84, comma 10, del decreto legislativo n. 163/2006.

⁹² Cfr. nota ANAC prot. 56057 del 6 maggio 2015, pag. 18, pubblicato sul sito dell'Autorità.

⁹³ Si segnala come un contributo di un soggetto pubblico suggerisce, invece, di escludere tout court la presenza di tutti i dipendenti pubblici, interni o appartenenti ai ruoli di altre amministrazioni, dalla composizione delle commissioni di gara.

normativa regionale⁹⁴; tant'è che alcune regioni hanno normato in materia, assumendo una disciplina differente rispetto a quella recata dall'articolo 84 del decreto legislativo n. 163/2006⁹⁵.

Tanto chiarito, l'Autorità ha ritenuto di mantenere il testo della disposizione presentato in sede di consultazione, il quale costituisce un criterio ispiratore di una eventuale modifica delle norme regionali, nel caso in cui la materia fosse già oggetto di una divergente disciplina presente in tali ambiti legislativi; mentre, ad avviso dell'Autorità, gli enti affidanti possono valutarne il ricorso diretto in caso di assenza di alcuna disciplina regionale in materia, privilegiando siffatto criterio di composizione delle commissioni di gara in luogo di quello dettato dall'articolo 84 del decreto legislativo n. 163/2006, in ragione della specialità del criterio regolatorio rispetto a quest'ultima disposizione, dettata per tutti i contratti pubblici.

Sulla disposizione di cui al punto 4, da un lato, un'associazione di operatori e un'associazione di soggetti pubblici hanno rilevato l'opportunità di limitare le specifiche ipotesi di incompatibilità ed inconfiribilità al solo presidente della commissione; dall'altro lato, due contributi hanno suggerito di eliminare le puntuali fattispecie di cui ai punti c) e d) in quanto eccessivamente ampie.

Tuttavia, tali proposte non risultano accoglibili.

Invero, come sopra evidenziato, i criteri in parola servono ad affrontare la principale criticità presenti nel settore per l'applicazione della disciplina in questione - ossia la presenza di operatori partecipati dagli enti territoriali svolgenti anche funzioni di ente affidante - che può comportare il realizzarsi di ipotesi di conflitto di interesse dovute alla commistione in capo alle medesime amministrazioni di ruoli tra loro incompatibili.

Pertanto, l'Autorità ritiene che una ripermetroazione delle incompatibilità ed inconfiribilità al solo presidente della commissione o, ancor più, una eliminazione delle fattispecie indicate, le quali riguardano la tipizzazioni dei casi di maggiore esposizione al rischio che si intende contrastare, creerebbero un arretramento della soglia di prevenzione, minando lo scopo di dare piena attuazione al principio di cui all'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007.

Infine, in relazione alla disposizione di cui al punto 5, due operatori hanno segnalato come il divieto ivi contemplato per il vincitore della gara di affidare incarichi, di qualunque natura, agli ex componenti della relativa commissione aggiudicatrice, per l'intera durata del contratto, possa risultare eccessivo e tale da indurre a rinunce a prendere parte alla commissioni aggiudicatrici, proponendone una riduzione al successivo triennio dall'affidamento.

Per le ragioni appena indicate, anche siffatta proposta non risulta accoglibile, in quanto una riduzione temporale del divieto depotenzierebbe l'obiettivo perseguito dalla misura di garantire l'assoluta neutralità e terzietà dei componenti.

⁹⁴ Cfr. Corte costituzionale sentenza n. 401 del 2007, cit.

⁹⁵ Cfr. ad esempio, l'articolo 22, comma 8, della L. R. della Regione Lombardia 4 aprile 2012, n. 6, il quale dispone che *"Al fine di garantire i principi di terzietà e parità di trattamento, nel caso in cui gli enti locali aderenti alle agenzie per il trasporto pubblico locale che affidano i servizi possiedano partecipazioni all'interno delle società di gestione dei servizi di trasporto pubblico locale, le agenzie nominano le commissioni aggiudicatrici delle procedure per l'affidamento in modo che la maggioranza dei commissari sia formata da esperti esterni all'agenzia e agli enti locali partecipanti, dotati di requisiti di professionalità, competenza ed indipendenza individuati dalla Regione"*.