



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287

sullo schema di atto di regolazione in materia di gare
del Trasporto Pubblico Locale

invia al

Presidente dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti

*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

Rif: S2229

00198 Roma

Piazza G. Verdi 6/a - Tel. 06858211

Prof. Andrea Camanzi
Presidente Autorità di Regolazione
dei Trasporti
Via Nizza, 230
10126 Torino
indirizzo PEC: pec@pec.autorita-trasporti.it

In data 20 marzo 2015 è pervenuta all'Autorità una richiesta di parere da parte dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito anche ART) ai sensi degli articoli 1 e 2 del Protocollo d'intesa sottoscritto tra l'Autorità e l'ART il 27 agosto 2014.

La richiesta di parere verte sullo *“Schema di atto di regolazione recante 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”* predisposto dall'ART nell'ambito dei poteri di regolazione in materia di gare previsti dalla legge istitutiva¹.

Lo schema di atto di regolazione sottoposto all'attenzione dell'Autorità si propone di individuare un insieme di misure volte ad agevolare la realizzazione di procedure competitive per l'affidamento dei servizi di TPL, su gomma e/o su ferro. A tal fine l'ART prevede misure che disciplinano il contenuto dei bandi di gara (Titolo I), misure sul contenuto dei contratti di servizio (Titolo II) e misure sui criteri di nomina delle Commissioni aggiudicatrici (Titolo III), integrando, in modo più o meno

¹ Articolo 37, comma 2, lettera f, Decreto Legge n. 201/2011.

estensivo a seconda dei casi, la disciplina comunitaria e nazionale applicabile.

Nel complesso, l'Autorità valuta positivamente il contenuto dell'atto di regolazione, poiché esso affronta i principali nodi critici che hanno sinora ostacolato la realizzazione di procedure di affidamento dei servizi realmente competitive, quali in particolare le problematiche connesse al trasferimento al nuovo gestore sia dei beni strumentali allo svolgimento del servizio sia del personale, nonché i rischi di indebiti vantaggi a beneficio degli *incumbent* connessi con le forti asimmetrie informative esistenti tra questi ed i nuovi operatori².

Tutto ciò premesso, preme rilevare che gli obiettivi di miglioramento delle condizioni concorrenziali nelle gare del TPL, perseguiti dall'atto di regolazione, rischiano di essere vanificati poiché il provvedimento non affronta il tema della **dimensione dei lotti di gara** ed in particolare le criticità concorrenziali connesse con lo svolgimento di gare a lotto unico, soprattutto laddove il lotto è particolarmente ampio poiché coincidente con l'intero bacino regionale. In un'ottica antitrust il tema è di grande rilevanza, poiché l'individuazione di un numero di lotti superiore al bacino di programmazione è condizione necessaria (ovviamente tenendo in debito conto delle caratteristiche del mercato) per garantire la più ampia contendibilità delle gare, che sarebbero altrimenti riservate a pochissimi partecipanti; inoltre lotti eccessivamente ampi tendono ad incentivare fenomeni di aggregazione tra operatori, che coinvolgono gli *incumbent*, finalizzati non alla ricerca di una superiore efficienza realizzata attraverso la crescita dimensionale, bensì al mero mantenimento delle precedenti posizioni. Né d'altro canto si rinvengono sufficienti ragioni di efficienza connesse con la definizione *ex ante* di lotti di dimensioni molto ampie, atteso l'impatto trascurabile delle economie di scala nel TPL su gomma e, in buona misura, anche nel TPL su ferro.

A ben vedere, la dimensione dei lotti incide in modo sostanziale proprio sulle principali criticità delle procedure di gara che l'ART affronta nell'atto di regolazione, come la disponibilità dei beni strumentali per lo

² SI tratta di questione su cui l'Autorità è più volte intervenuta. Cfr. *ex multis* caso AS658 Regione Piemonte, Gare per l'affidamento di servizi ferroviari regionali in Boll. n. 3/2010; caso AS262 Reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale in Boll. n. 26/2003; caso AS453 Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica in Boll. n. 17/2008; AS1117 Regione Umbria-Bandi di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di interesse regionale e locale in Boll. n. 13/2014.

svolgimento del servizio, il trasferimento del personale dal gestore uscente al nuovo gestore, l'accesso alle informazioni rilevanti. La soluzione di simili questioni varia infatti, e diventa sempre più complessa, all'aumentare delle dimensioni del lotto, come emerge con chiara evidenza, ad esempio, con riferimento al tema della disponibilità del materiale rotabile: è evidente che per lotti piccoli è più facile procurarsi in tempi ragionevoli il materiale richiesto e dunque è possibile ampliare la platea dei partecipanti alla gara.

Per tali ragioni, l'Autorità auspica che l'ART riveda lo schema di atto di regolazione nel senso di prendere in considerazione anche la tematica della dimensione dei lotti rispetto ai bacini di programmazione.

Con specifico riferimento alle diverse sezioni dell'atto, in una prospettiva antitrust le misure di maggiore interesse sono quelle contenute nel Titolo I, che detta regole sul contenuto dei bandi, soprattutto nel Capo I e nel Capo II, dedicati ai beni strumentali, al personale ed all'accesso alle informazioni (misure 1-11). Nel loro insieme, l'introduzione di misure regolatorie su tali temi appare condivisibile poiché dirette ad agevolare la più ampia partecipazione alle gare, a prescindere dalla modalità prescelta dall'ente affidante - procedura ad evidenza pubblica o trattativa privata - fermo restando ovviamente il *favor* dell'Autorità per il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica.

Un particolare apprezzamento merita la previsione (misura 2 §5) di una **procedura di consultazione *ad hoc* tra l'ente affidante ed i soggetti portatori di interesse**, da svolgersi a partire dalla pubblicazione dell'avviso sulla GUCE previsto dall'articolo 7 del Regolamento 1370/2007, al fine di accettare la natura dei vari beni strumentali ed il conseguente regime di trasferimento, applicando i criteri individuati dall'ART, nonché per identificare il perimetro del personale da trasferire al gestore subentrante. L'Autorità valuta altresì con favore il fatto che gli enti affidanti siano tenuti a dare conto della procedura di consultazione in una relazione allegata ai documenti di gara (misura 2 §6); il contenuto della relazione, infatti, 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* dell'Autorità (qualora ad esempio emergessero scelte dell'ente affidante volte a favorire ingiustificatamente l'*incumbent* ovvero strategie del gestore corrente finalizzate ad ostacolare la partecipazione alla gara di altri operatori).

Per altro profilo, l'Autorità ritiene opportuno evidenziare alcuni elementi di criticità connessi con la **tripartizione dei beni strumentali** (essenziali, indispensabili, commerciali) adottata dall'ART nel titolo I, Capo I. Infatti, accanto alla categoria dei beni essenziali, per la quale l'ART individua requisiti sostanzialmente analoghi a quelli che caratterizzano nel diritto antitrust le c.d. *essential facility* (in relazione alle quali va garantito un accesso equo e non discriminatorio a tutti gli operatori interessati), l'ART definisce una categoria *ad hoc*, quella dei beni indispensabili. Si tratta di quei beni, mobili ed immobili (materiale rotabile, depositi, officine, ecc.) che, a seconda del contesto in cui si svolge ogni singola gara, possono rivelarsi indispensabili per lo svolgimento del servizio di TPL da parte del gestore pur senza tuttavia risultare strettamente essenziali, dal momento che non sono condivisibili, cioè possono essere utilizzati esclusivamente dal gestore del servizio di TPL dopo la fase competitiva per il mercato rappresentata dalla gara.

A ben vedere, in un'ottica di tutela della concorrenza, a prescindere dalla tipizzazione del bene, come essenziale (è questo il caso delle reti ferroviarie e di altre infrastrutture condivisibili, ad esempio depositi utilizzabili anche per servizi diversi da quelli oggetto della gara, come il trasporto ferroviario nazionale) o indispensabile, è fondamentale fornire ai soggetti interessati a partecipare alla gara garanzie sulla piena disponibilità dei beni strumentali allo svolgimento del servizio - che non possono essere reperiti sul mercato in tempi e a costi ragionevoli - sin dal momento in cui inizia l'affidamento e poi assicurare il subentro del nuovo operatore. Questo obiettivo può essere ovviamente perseguito attraverso la previsione di adeguati obblighi di messa a disposizione per tali beni, siano essi essenziali o indispensabili, circoscrivendo l'obbligo di messa a disposizione ai soli beni qualificati, a ragione, come indispensabili (o invece essenziali), per evitare il rischio che un bando di gara preveda obblighi ingiustificatamente gravosi di manutenere e rilevare beni che potrebbero non essere strettamente necessari allo svolgimento dei servizi oggetto di gara, disincentivando così la partecipazione di operatori diversi dall'*incumbent*.

Tutto ciò considerato, stante la particolare rilevanza concorrenziale del tema, sarebbe opportuno che l'ART, anche per evitare indebite confusioni che potrebbero interferire con l'applicazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90 o dell'articolo 102 TFUE da parte dell'Autorità, chiarisse meglio sia il regime dei beni indispensabili individuato dalla misura 4 che i criteri per la qualificazione di un bene come indispensabile, con particolare riguardo al

requisito della non duplicabilità. In particolare, sarebbe innanzitutto opportuna, nella misura 4, maggiore chiarezza sull'esistenza di un obbligo di messa a disposizione dei beni indispensabili e sulle condizioni richieste per renderlo cogente nelle singole gare, evidenziando in particolare che tale obbligo debba valere anche per quei beni non condivisibili che, pur in teoria duplicabili a costi socialmente sostenibili, risultino comunque "temporaneamente indispensabili". A tal fine, l'ART dovrebbe specificare - nelle varie parti del testo in cui si fa riferimento ai beni indispensabili (mobili ed immobili) - l'importanza della dimensione temporale nelle gare per l'affidamento del servizio di TPL. Molto spesso, infatti, in tali gare sono coinvolti beni e infrastrutture che, ove ci si limitasse ai profili tecnici o economici, sarebbero duplicabili "a costi socialmente sostenibili" ma che, in considerazione dell'orizzonte temporale previsto dallo specifico bando di gara per l'avvio del servizio e/o del contesto in cui si svolge la gara, possono, almeno temporaneamente, essere "indispensabili" perché non immediatamente duplicabili. 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 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 dopo 2 mesi dall'aggiudicazione ma per costruire la nuova area fossero necessari 10 mesi). Inoltre, sarebbe auspicabile che l'ART chiarisse meglio che le modalità di finanziamento dei beni interessati (prevalente finanziamento pubblico o autofinanziamento) non influiscono sull'obbligo di disponibilità del bene stesso se qualificato come "indispensabile" (a tempo determinato o indeterminato). Semmai, le modalità di finanziamento possono assumere, correttamente, rilievo nel definire il regime più appropriato di subentro nel diritto di proprietà (locazione o cessione).

Sempre in relazione al regime di trasferimento dei beni, ad avviso dell'Autorità destà perplessità la fissazione di un tetto ai **canoni di locazione**, pari al 10% del valore del bene (misura 6). Viene infatti introdotto un vincolo al fine di contrastare il rischio che l'operatore *incumbent* tenti di aggirare l'obbligo di messa a disposizione di un bene indispensabile fissando canoni troppo alti. Tuttavia, si può registrare

un'estrema varietà dei canoni di mercato, che dipendono da numerosi elementi, come ad esempio lo stato del bene: in taluni casi, dunque, anche il 10% del valore potrebbe risultare troppo elevato, mentre in altri casi il tetto sarebbe ingiustificatamente penalizzante per l'operatore *incumbent* che ha mantenuto in piena efficienza o rinnovato le proprie infrastrutture. Tale valore andrebbe dunque ancorato a parametri oggettivi relativi allo stato del bene.

Con riguardo alle misure inerenti il **trasferimento del personale** dal gestore uscente a quello entrante (misura 8) l'Autorità ritiene utile ribadire che, in generale, ogni soluzione individuata dovrebbe ridurre al minimo il rischio di vantaggi indebiti per l'*incumbent*. L'Autorità manifesta inoltre il proprio apprezzamento per la previsione contenuta nel § 1, lettera a) 2, secondo cui i documenti di gara disciplinano modalità e condizioni per il trasferimento, avuto riguardo al personale assegnato in maniera prevalente alle attività relative ai servizi oggetto di gara; tale concetto di “prevalenza” andrebbe comunque specificato per evitarne ambigue interpretazioni; a tal fine può soccorrere la procedura di consultazione prevista dall'ART prima di ogni gara (cfr. misura 2 §5).

In questa sede occorre in ogni caso evidenziare il rischio che l'efficacia della regola individuata dall'ART venga compromessa dalle norme che fissano i criteri per l'erogazione dei fondi statali per il TPL alle regioni ed in particolare dall'articolo 1 del DPCM 11 marzo 2013, il quale impone il rispetto di uno stringente parametro occupazionale (aumento o mantenimento dei livelli occupazionali, o, al più, blocco del *turn over* o altre “*misure equivalenti*”), pena la riduzione delle risorse erogate (almeno con riguardo a quel 10% del fondo che al momento è attribuito sulla base del raggiungimento degli obiettivi elencati dall'articolo 16 *bis* del decreto legge n. 95/2012). Una simile previsione normativa è infatti 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. Ciò potrebbe ridurre in modo apprezzabile l'interesse alla partecipazione alle gare da parte di nuovi operatori.

Per quanto concerne specificamente il **trasferimento del TFR** dal vecchio al nuovo gestore, l'Autorità ritiene che, qualunque soluzione sia adottata nel concreto, questa non deve avvantaggiare indebitamente

l'operatore *incumbent* e rendere meno conveniente la partecipazione alla gara da parte di nuovi entranti.

In relazione alle misure relative all'**accesso alle informazioni** (misura 9) l'Autorità vede con particolare favore la previsione di regole volte a disciplinare tale importante aspetto, naturalmente a condizione che le informazioni rilevanti vengano rese disponibili ai partecipanti con modalità che non agevolano o incentivano il coordinamento tra operatori concorrenti. Nel complesso il set di informazioni richiesto appare coerente con la finalità di eliminare le asimmetrie informative che danneggiano i nuovi entranti. Vale in ogni caso ricordare che l'adeguatezza delle informazioni disponibili è comunque correlata allo specifico contesto in cui si svolge la gara ed in particolare alla dimensione dei lotti di gara; infatti, la presenza di un lotto unico di dimensione regionale acuisce inevitabilmente i problemi connessi con la disponibilità delle informazioni ed anche per questo sarebbero auspicabili lotti di minore ampiezza. Per altro profilo, va rilevato che le regole introdotte dall'ART sono senz'altro necessarie ad ampliare la platea dei partecipanti alle gare del TPL, ma potrebbero non essere sufficienti nei casi in cui le informazioni richieste fossero nella disponibilità del vecchio gestore e questi ponesse in essere comportamenti ostruzionistici anche nei confronti dell'ente affidante. In simili circostanze potrebbe dunque esservi spazio per un intervento dell'Autorità ai sensi del diritto antitrust.

Per altro profilo, appaiono utili alcune precisazioni con riferimento alla misura 10, la quale prevede che, qualora tra i requisiti di partecipazione vi sia la **soglia di fatturato**, concorre alla determinazione del fatturato complessivo richiesto anche quello realizzato per la produzione di altri servizi locali di pubblica utilità per una quota non superiore al 70%. A tale proposito l'Autorità, nel ribadire il proprio orientamento in relazione ai requisiti di fatturato, e cioè che essi non dovrebbero mai essere tali da limitare indebitamente il numero di soggetti partecipanti ad una gara, ritiene auspicabile che ove si voglia estendere la possibilità di partecipazione alle imprese non specializzate, tale estensione non sia limitata alle sole imprese *multi-utility*. In altri termini, il principio in base al quale il requisito del fatturato non debba essere soddisfatto prevalentemente da fatturato specifico ai servizi messi a gara dovrebbe valere non solo nel caso in cui il restante fatturato sia realizzato nella produzione di altri servizi pubblici locali ma andrebbe generalizzato ad ogni tipo di attività economica.

L'Autorità vede poi con favore l'introduzione di norme sul **calcolo dei corrispettivi a copertura degli obblighi di servizio pubblico e sulla sostenibilità finanziaria dei contratti di servizio** (misure 12 e 15). Si tratta di misure che operano nella direzione di facilitare il disegno di meccanismi di gara in grado di incentivare l'efficienza dei servizi di TPL. Una corretta definizione dei corrispettivi per gli obblighi di servizio pubblico è particolarmente importante poiché in caso di sovra-compensazione aumenta il rischio di sussidi incrociati a danno della parte di servizi di trasporto che può essere prestata senza corrispettivo (c.d. servizi non onerati o servizi autorizzati).

Con specifico riferimento alle **misure esplicitamente dirette agli affidamenti senza gara** (misure 13 e 14) a parere dell'Autorità sarebbe opportuno che tali misure vengano stralciate dall'atto di regolazione che è, sin dal titolo, dedicato alle misure pertinenti gli affidamenti con gara. Infatti, l'inserimento in un testo siffatto di misure dedicate agli affidamenti diretti potrebbe risultare fuorviante, inducendo a ritenere tale modalità equivalente agli affidamenti con gara; invece, in una prospettiva di tutela della concorrenza, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, gli affidamenti diretti devono costituire una categoria residuale, essendo in linea di principio sempre preferibile il ricorso a procedure concorsuali.

L'Autorità ritiene inoltre utile soffermarsi su una misura contenuta nel Titolo II (misura 18) che: (i) prevede che qualora occorra garantire la continuità del servizio di trasporto ai sensi dell'articolo 5, § 5, del Regolamento n. 1370/2007 “*l'ente affidante individua un periodo circoscritto di estensione della durata del contratto*” (§3); (ii) consente la **concessione di proroghe** come soluzione per promuovere investimenti da parte del gestore del servizio o per stimolare il raggiungimento di determinati livelli di qualità (§4). A tale riguardo l'Autorità sottolinea che il citato art. 5, § 5, del Regolamento comunitario consente alle autorità competenti l'adozione, solo temporanea (non superiore ai due anni) di provvedimenti quali l'aggiudicazione diretta o la proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico, ma solo in circostanze eccezionali ed emergenziali motivate unicamente da circoscritte ed imprevedibili situazioni di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. Infatti, ogni proroga estende la durata di un contratto e dunque ritarda l'avvio di una nuova procedura di gara, per cui è essenziale che in settori caratterizzati da una lunga durata degli affidamenti come quello del TPL lo strumento della

proroga sia confinato a situazioni eccezionali ed imprevedibili non altrimenti gestibili.

In questa prospettiva, l'Autorità ritiene utile che l'ART, al §3 della misura 18, nel fare riferimento all'art. 5, § 5, del citato Regolamento, ribadisca la natura eccezionale del ricorso a tale previsione e solleciti gli enti affidanti ad agire in modo da minimizzare la possibilità che si verifichino le circostanze emergenziali ivi richiamate; in particolare, l'ART dovrebbe richiedere che gli enti affidanti avviano le procedure di affidamento con largo anticipo rispetto alla scadenza dei contratti in essere; inoltre, sarebbe opportuno che l'ART eliminasse dalla misura 8, §4 il riferimento alla concessione di proroghe come soluzione per promuovere investimenti da parte del gestore del servizio o per stimolare il raggiungimento di determinati livelli di qualità. Ciò al fine di non legare la possibilità di proroghe ad incerti miglioramenti dell'offerta che potrebbero essere usati dagli *incumbent* come pretesto per prolungare indebitamente i contratti. Al riguardo, sarebbe preferibile che gli eventuali investimenti da promuovere o il raggiungimento di determinati livelli di qualità fossero già previsti nel bando di gara, evitando in tal modo la concessione di proroghe motivate da tali esigenze.

Quanto alla disciplina presente nell'Atto di regolazione che limita e regola le **modifiche contrattuali ex-post** (misura 20), essa appare improntata al condivisibile obiettivo di trovare un giusto bilanciamento tra l'esigenza di garantire un adattamento efficiente di contratti di medio-lungo periodo, quali quelli del TPL, al mutato contesto e la necessità di evitare che tali modifiche contrattuali stabilite tra ente appaltante e gestore del servizio possano amplificare i rischi di comportamenti opportunistici (tipici nei c.d. contratti incompleti) e possano costituire un forte disincentivo allo svolgimento di procedure competitive.

Infine, con riferimento al Titolo III, che tratta dei **criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici**, l'Autorità ritiene opportuno ribadire il proprio orientamento generale circa l'esigenza di eliminare a monte il rischio di conflitti di interesse tra ente affidante e gestore del servizio - rischio presente soprattutto laddove l'ente affidante è azionista dell'operatore - anche attraverso un percorso adeguato di cessione delle partecipazioni pubbliche. In caso contrario, è inevitabile che ogni misura volta a disciplinare i criteri di nomina delle commissioni possa configurarsi al più come un *second best* e non risultare sufficientemente incisiva.

L'Autorità auspica che le predette osservazioni possano essere di ausilio allo svolgimento dell'attività dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate dall'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella