



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1016 del 30 ottobre 2018

richiesta di parere in merito allo schema di documento di consultazione recante misure regolatorie per la definizione dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto marittimo di passeggeri da, tra e verso le isole, e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera f), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e successive modificazioni e integrazioni.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

E

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI
Protocollo N.0009445/2018 del 05/11/2018

nell'adunanza del 30 ottobre 2018;

VISTA la nota dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti assunta al protocollo dell'Autorità n. 81658 del 03/10/2018, con la quale, ai sensi degli articoli 1 e 2 del Protocollo d'intesa del 20 novembre 2014, è stato trasmesso lo schema di documento di consultazione indicato in oggetto al fine di acquisire le osservazioni dell'Autorità;

VISTO il Regolamento CEE n. 3577 del 7 dicembre 1992;

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

VISTO il decreto legge n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 21/6/2017;

DELIBERA

di esprimere le seguenti considerazioni in merito allo schema di documento di consultazione trasmesso.

Gli affidamenti dei servizi di trasporto marittimo di passeggeri da, tra e verso le isole sono assoggettati all'applicazione del codice dei contratti pubblici. L'individuazione della normativa applicabile richiede uno sforzo interpretativo finalizzato al coordinamento tra le disposizioni del decreto legislativo 50/2016 e il decreto legge n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 21/6/2017, che attribuisce all'ART il compito di regolare particolari aspetti della disciplina, dettando indicazioni di principio.

Il documento fornisce indicazioni con riferimento sia ai contratti di appalto che alle concessioni, distinguendo le misure che si applicano all'una, all'altra fattispecie o a entrambe. Si ritiene che sarebbe opportuno fornire indicazioni sugli elementi distintivi delle due fattispecie, al fine di agevolare gli enti affidanti nella corretta individuazione dello strumento da utilizzare nel caso concreto. Inoltre, potrebbe essere utile richiamare la Comunicazione della Commissione europea 2014-232 in cui si esprime una

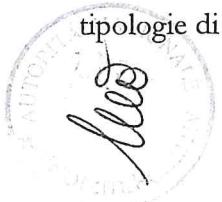
netta preferenza per il modulo concessorio, ritenuto maggiormente idoneo nel caso specifico degli affidamenti di servizi di trasporto marittimo.

Con riferimento alle procedure di aggiudicazione, stante l'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici, sarebbe opportuno richiamare quanto espresso dalla Commissione nella comunicazione 2014-232 in ordine alla preferenza da accordare alle procedure aperte rispetto a quelle ristrette, in considerazione del fatto che l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico rischia di operare una discriminazione tra operatori poiché, di solito, il contratto per una data rotta è aggiudicato a un unico operatore.

Si ritiene opportuno anche fornire indicazioni in merito alla durata dei contratti e, in particolare, per le concessioni ultraquinquennali, richiamare il disposto dell'articolo 168 del codice dei contratti pubblici e, quindi, l'obbligo di individuare una durata che non sia superiore al periodo necessario al recupero degli investimenti, seguendo i criteri descritti nella disposizione citata.

Riguardo alla Misura 2, è stabilito che al fine di valutare la possibilità di ricorrere all'imposizione di obblighi di servizio pubblico applicati con approccio orizzontale a tutti gli armatori, il soggetto competente procede alla pubblicazione di un avviso sul proprio sito web istituzionale per la richiesta di manifestazioni di interesse all'esecuzione del servizio, rendendo disponibile un set minimo di informazioni e fissando un termine congruo per la presentazione delle manifestazioni di interesse. La fattispecie potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 66 del codice dei contratti pubblici in materia di consultazioni preliminari di mercato. Sarebbe quindi utile un richiamo agli articoli 66 e 67 del codice dei contratti pubblici e alle indicazioni contenute nel documento di consultazione predisposto dall'ANAC al fine dell'adozione delle Linee guida recanti «Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato». In particolare, con riferimento alle forme di pubblicità dell'avviso di consultazione è previsto che lo stesso sia pubblicato nel profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente, ferma la possibilità di disporre ulteriori forme di pubblicità, secondo un criterio di proporzionalità. È previsto altresì che le stazioni appaltanti individuino misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente o di un'impresa ad essi collegata alla consultazione preliminare, al fine di evitare che le informazioni, a qualunque titolo e in qualunque forma fornite in consultazione, comportino una lesione ai principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.

Sulla Misura 9, si evidenzia che l'ANAC ha adottato le Linee guida n. 9 recanti Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato da cui è possibile attingere per la specificazione delle misure relative al piano economico finanziario, alla matrice dei rischi e al monitoraggio dell'attività in fase di esecuzione. Con specifico riferimento alla matrice dei rischi, si evidenzia che il prospetto suggerito dall'ANAC risulta maggiormente dettagliato, soprattutto in riferimento ad alcune informazioni ritenute essenziali per la valutazione del rischio quali, ad esempio, la probabilità del verificarsi del rischio; i maggiori costi e/o ritardi associati al verificarsi del rischio; gli strumenti per la mitigazione del rischio; l'indicazione dell'articolo del contratto che identifica il rischio. Sul punto, si suggerisce, quindi, di valutare l'opportunità di implementare lo schema proposto con le informazioni aggiuntive suindicate e di richiamare espressamente le linee guida ANAC anche con riferimento alla descrizione delle varie tipologie di rischio.



Con riferimento alla Misura 13, correttamente, lo schema di documento di consultazione fa salva l'applicazione dell'articolo 77 del codice dei contratti pubblici. La sovrapposizione delle due discipline di settore rende necessario un coordinamento tra la disciplina speciale dettata dall'articolo 37, comma 2, lettera f) del d.l. 201/2011 che attribuisce all'ART il compito di stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e il richiamato articolo 77 del codice dei contratti pubblici secondo cui i commissari sono sorteggiati tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC. In applicazione del citato articolo 37, l'ART ha individuato i requisiti di professionalità e competenza dei commissari di gara nelle procedure di affidamento dei servizi di trasporto marittimo insulare, tra cui rileva la particolare esperienza maturata nella pianificazione delle reti di trasporto e nella programmazione, gestione e monitoraggio dei servizi di trasporto marittimo. Il meccanismo di funzionamento dell'Albo tenuto dall'ANAC non consente, però, di selezionare gli esperti in base ai requisiti suindicati e, quindi, per evitare che le indicazioni dell'ART restino inattuate si suggerisce la necessità di concordare la creazione di apposite sottosezioni per la nomina dei commissari di gara per le procedure di affidamento in argomento.

Le indicazioni contenute al punto 4 della Misura 13, hanno una finalità anti-*pantoufle* che, in astratto, è condivisibile, ma in concreto potrebbe condurre a risultati troppo gravosi, ponendo dubbi in ordine alla proporzionalità della misura. Ciò è tanto più vero se si considera che i commissari in possesso degli specifici requisiti di esperienza e professionalità delineati dall'ART saranno individuabili in un numero ridotto di soggetti e, quindi, si correrebbe il rischio di incontrare difficoltà nel reperire esperti disposti a svolgere l'incarico sopportando i vincoli allo stesso connessi. Inoltre, si consideri che la disposizione prevista dall'ordinamento per i dipendenti pubblici dall'articolo 53, comma 16-ter, del d.lgs. 165/2001 limita il divieto di conferire incarichi ai tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

Con riferimento al punto 5, si segnala l'opportunità di fare espresso riferimento all'applicazione dell'articolo 42 del codice dei contratti pubblici in materia di conflitti di interesse. Tale disposizione introduce una disciplina particolare per le ipotesi di conflitto di interesse nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, considerate particolarmente esposte al rischio di interferenze. In particolare, al primo comma, l'articolo 42 richiede alle stazioni appaltanti la previsione di misure adeguate per contrastare frodi e corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. La funzione della norma è quella di evitare che l'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare, nella scelta del contraente, da considerazioni estranee all'appalto, accordando la preferenza a un concorrente unicamente in ragione di particolari interessi soggettivi. Il contenuto della previsione è sostanzialmente riportato nel punto 5 della misura, tuttavia si ritiene opportuno uno specifico richiamo alla disposizione del codice al fine di individuare correttamente la fonte normativa dell'obbligo previsto nella Misura. Il richiamo sarebbe utile anche a mutuare la definizione di conflitto di interesse contenuta nel comma 2 dell'articolo 42 e riferita allo svolgimento della procedura di gara, ad individuare il contenuto minimo della nozione e il rimedio previsto per il caso in cui si verifichi il rischio di un conflitto di interessi. Si evidenzia, infine, che l'articolo 42 del codice dei contratti pubblici va coordinato con l'articolo 80, comma 5, lett. d) del medesimo codice secondo cui l'operatore economico è escluso dalla gara quando la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, del codice dei

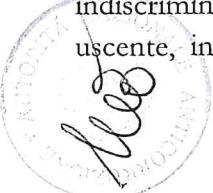


contratti pubblici che non sia diversamente risolvibile. Si segnala che sulla materia l'ANAC sta predisponendo un documento di consultazione finalizzato all'adozione di specifiche linee guida.

Con riferimento alla Misura 14, il d.l. 50/2017 ha attribuito all'ART il compito di disciplinare la clausola sociale nel settore del TPL, incluso il trasporto marittimo, prevedendo che in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara, debba essere previsto nei bandi di gara il trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante con l'esclusione dei dirigenti, applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente, nel rispetto delle garanzie minime disciplinate all'articolo 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001. La disposizione prevede una disciplina molto rigida rispetto alla quale si pongono dubbi di compatibilità con la normativa eurounitaria. Sul punto, la Commissione europea, con la comunicazione 232/2014 ha chiarito che l'imposizione dell'obbligo di rilevare le navi e l'equipaggio dell'operatore precedente, nella maggior parte dei casi, violerebbe il regolamento (CEE) n. 3577/92, in quanto sarebbe discriminatorio. Esso impedirebbe agli armatori dell'Unione di presentare un'offerta che preveda l'uso delle proprie navi e conferirebbe un vantaggio all'operatore già insediato che si candidasse per la propria successione. La Corte di giustizia dell'unione europea ha da sempre sostenuto che le clausole sociali vanno formulate in modo da contemperarne l'applicazione ai principi di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di concorrenza e di libertà di impresa (Corte di giustizia europea, grande sezione, 15 luglio 2015, causa C-271/2008; sez. IX, 18 settembre 2014, causa C-549/13).

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 272/2018 ha evidenziato la necessità di un'interpretazione della clausola sociale orientata ai principi codificati dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. C.G. C-460/2002 e C-386-2003) e da quella nazionale, strettamente ancorata all'art. 41 della Costituzione. In tale senso, il Consiglio di Stato ha ribadito che l'obbligo di assorbimento del personale deve essere – sempre e comunque – armonizzato con l'organizzazione aziendale del soggetto subentrante a prescindere dalla fonte dalla quale derivi: «la clausola sociale, perseguita la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, risulta costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost. In una logica di contemperamento fra valori di rilievo costituzionale la compressione del diritto di libertà economica e di libera organizzazione imprenditoriale non può essere predicata in modo incondizionato, incontrando piuttosto specifici limiti nella compatibilità con le strategie aziendali dell'operatore subentrante e - più in generale - nell'identità di ratio e di oggetto di tutela. L'incondizionata applicabilità della clausola sociale finirebbe per comprimere i valori di cui all'articolo 41, Cost. in modo eccessivo rispetto a quanto ragionevolmente esigibile nei confronti dell'operatore economico il quale finirebbe per dover assumere obblighi sostanzialmente riconducibili alle politiche attive del lavoro e in modo potenzialmente del tutto svincolato dalle peculiarità - e dai vantaggi - connessi all'affidamento del singolo appalto» (così Cons. Stato, Sez. V, 28/8/2017, n. 4079).

Con la sentenza 6 giugno 2018, n. 3471, la Sez. III del Consiglio di Stato ha chiarito, altresì, che le condizioni affinché una clausola sociale che prevede il riassorbimento del personale del gestore uscente, possa essere considerata costituzionalmente e comunitariamente legittima sono il non comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di



concorrenza oltreché di buon andamento, e il consentire invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore.

In questo contesto, l'ANAC – sollecitata dal Consiglio di Stato (cfr. parere n. 361 del 12/01/2018) ad adottare uno specifico atto regolatorio sul tema – ha avviato una consultazione pubblica sottoponendo agli stakeholders le Linee Guida recanti «la disciplina delle clausole sociali», in cui si è conformata alla sentenza del Consiglio di Stato n. 272/2018.

Sulla base delle considerazioni esposte, potrebbe sorgere un dubbio di compatibilità della normativa speciale rispetto ai principi comunitari e nazionali illustrati. Si suggerisce, quindi, un approfondimento della questione al fine di verificare se il settore in esame sia caratterizzato da specificità tali da giustificare la previsione di una disciplina più stringente rispetto a quella delineata a livello comunitario e nazionale per altre fattispecie. In caso negativo, occorrerebbe valutare la possibilità di segnalare la problematica al Governo e al Parlamento o di procedere alla disapplicazione della disposizione contenuta nel D.L. 50/2017.

Sulla misura 17 si evidenzia che nel caso in cui dovesse rendersi necessaria la revisione del PEF di cui agli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici, la stessa non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario, inoltre, gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata devono essere riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa. Diversamente, si altererebbero le condizioni di equilibrio iniziale a vantaggio della parte privata.

Si evidenzia, altresì, l'opportunità, ribadita nelle Linee guida ANAC sul PPP, che il PEF riporti le formule di calcolo utilizzate per le stime in esso contenute, al fine di consentire alle stazioni appaltanti la possibilità di monitorare il contratto in fase di esecuzione e di poter stimare correttamente l'entità della revisione del PEF.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

5 novembre 2018

Il Segretario

Maria Esposito

Maria Esposito

Autorità Nazionale Anticorruzione
IL CONSIGLIO
Si dichiara che la presente copia, composta di
n. 5 fogli è conforme all'originale.
Roma il 5 del 2018

IL SEGRETARIO

Maria Esposito

