

Schema di atto di regolazione 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 degli schemi 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. Relazione illustrativa.

Sommario

Misura 1 –	Oggetto, finalità e ambito di applicazione.....	3
Titolo I – FASE PROPEDEUTICA ALLA GARA		9
Misura 2 –	Procedura per la definizione dei lotti di gara e verifica del mercato	9
Misura 3 –	Disponibilità degli approdi.....	12
Misura 4 –	Obblighi di contabilità regolatoria e di separazione contabile per l'IN.....	14
Titolo II – BANDO DI GARA		15
Misura 5 –	Informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara.....	15
Misura 6 –	Requisiti di partecipazione	17
Misura 7 –	Criteri di aggiudicazione	19
Misura 8 –	Criteri di calcolo del corrispettivo a base d'asta e redazione del PEF dell'EA	24
Misura 9 –	Criteri di individuazione e allocazione dei rischi nell'affidamento in concessione	27
Misura 10 –	Determinazione del margine di utile ragionevole.....	29
Misura 11 –	Piano economico-finanziario dei concorrenti	31
Misura 12 –	Termine per la presentazione delle offerte.....	31
Misura 13 –	Criteri di nomina delle commissioni giudicatrici	32
Misura 14 –	Trasferimento del personale	34
Titolo III – SCHEMA DELLE CONVENZIONI		38
Misura 15 –	Schema dei contratti di servizio e contenuto minimo.....	38
Misura 16 –	Monitoraggio delle prestazioni contrattuali.....	45
Misura 17 –	Verifica dell'equilibrio economico-finanziario nell'affidamento in concessione	46
Misura 18 –	Obiettivi di efficacia ed efficienza e sistema incentivante	47

Premessa

Con la delibera dell'Autorità n. 4 del 28 gennaio 2016 (di seguito: delibera n. 4/2016) è stato avviato il procedimento finalizzato all'adozione delle misure regolatorie per la definizione dei bandi relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto marittimo di passeggeri da, tra e verso le isole e degli schemi delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare, ai sensi dell'art. 37, comma 2, lett. f) del decreto legge n. 201 del 6 dicembre 2011 convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (di seguito: d.l. n. 201/2011), con termine di conclusione inizialmente previsto per il 3 giugno 2016 e prorogato al 16 dicembre 2016 con la delibera dell'Autorità n. 64 del 30 maggio 2016.

Successivamente, con la delibera n. 147 del 15 dicembre 2016, il termine è stato ulteriormente prorogato al 31 ottobre 2017. Ancora, con la delibera n. 124 del 19 ottobre 2017, l'oggetto del procedimento è stato ampliato al fine di estenderne i contenuti alle nuove competenze regolatorie dell'Autorità introdotte dal decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 (di seguito: d.l. n. 50/2017), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 96 del 21 giugno 2017, e di prorogare, conseguentemente, il termine di conclusione al 30 aprile 2018. La predetta delibera ha inoltre previsto l'applicazione al procedimento in oggetto della metodologia di analisi di impatto della regolamentazione, di cui alla delibera n. 136 del 24 novembre 2016. Infine, con la delibera n. 34 del 5 aprile 2018, il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 31 dicembre 2018.

Schema dell'Atto

L'Allegato A alla Delibera gg mese anno, n. xx (di seguito: Documento) contiene 18 Misure sottoposte a consultazione, suddivise in 3 Titoli e, nel suo complesso, individua regole, metodologie e criteri relativamente alle fasi del processo di affidamento dei *"servizi regolari da, tra e verso le isole"* di cui all'art. 4 Regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo) (di seguito: Reg. n. 3577/92). Tale processo inizia con la fase propedeutica alla gara, prosegue con la predisposizione del bando di gara fino a pervenire alla stipula delle convenzioni.

La Misura 1 descrive l'ambito di applicazione oggettivo, soggettivo e temporale dell'atto. Il Titolo I, articolato in tre misure, descrive le modalità di svolgimento delle attività propedeutiche alla gara, in primis l'individuazione dei lotti, risultato delle attività programmatiche di analisi della domanda di mobilità, potenziale e debole, e di definizione dell'offerta di servizi adeguata a tale domanda, e le procedure per effettuare la verifica del mercato (Misura 2). Seguono la verifica della disponibilità degli approdi per lo svolgimento del servizio (Misura 3) e gli obblighi di tenuta della contabilità regolatoria e di separazione contabile tra le attività svolte in regime di servizio pubblico e le altre attività, nonché tra le attività afferenti a diversi contratti di servizio (di seguito: CdS) (Misura 4).

Segue il Titolo II, nel quale sono contenute dieci misure relative alla predisposizione del bando di gara: informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara (Misura 5), requisiti di partecipazione (Misura 6), criteri di aggiudicazione (Misura 7), criteri di calcolo del corrispettivo a base d'asta e redazione del piano economico finanziario (di seguito: PEF) da parte dell'Ente Affidante (di seguito: EA) (Misura 8), criteri di individuazione e allocazione dei rischi nell'affidamento in concessione (Misura 9), metodologia per determinare il margine di utile ragionevole (Misura 10), PEF dei concorrenti (Misura 11), termine per la presentazione delle offerte (Misura 12), criteri di nomina delle commissioni giudicatrici (Misura 13) e trasferimento del personale (Misura 14).

Infine, il Titolo III disciplina gli aspetti contenuti nelle convenzioni stipulate tra EA e imprese di navigazione (di seguito: IN) a seguito dell'aggiudicazione di gare per l'affidamento di servizi di cabotaggio marittimo da,

tra e verso le isole. Tale Titolo, che rimanda al Prospetto 5 ove è definito lo schema da adottare per la stesura delle convenzioni, si articola in quattro misure relative allo schema di contratto e ai contenuti minimi (Misura 15), con particolare riferimento a, modalità di monitoraggio delle prestazioni contrattuali (Misura 16), verifica dell'equilibrio economico-finanziario nell'affidamento in concessione (Misura 17) e obiettivi di efficacia ed efficienza e sistema incentivante (Misura 18).

Obiettivi generali

Le scelte effettuate per la definizione del presente atto di regolazione sono orientate al raggiungimento dei seguenti obiettivi:

- i. soddisfacimento delle esigenze di mobilità dei cittadini e di continuità territoriale;
- ii. efficienza delle gestioni e rispetto delle condizioni minime di qualità del servizio;
- iii. contenimento di oneri di finanza pubblica e costi amministrativi in capo all'EA;
- iv. riduzione delle asimmetrie informative tra *incumbent* e nuovi entranti (*level playing field*), e tra EA e affidatari, attraverso una maggiore specificazione dei contratti e criteri oggettivi per l'allocazione dei rischi tra le parti;
- v. miglioramento della qualità dei servizi, con particolare attenzione alle PMR, e promozione dell'innovazione.

Misura 1 – Oggetto, finalità e ambito di applicazione

L'art. 37, comma 2, lettera f), del d.l. n. 201/2011 come modificato dall'art. 48, comma 6, lett. b), secondo periodo, del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96 (di seguito: d.l. n.50/2017) attribuisce all'Autorità la competenza nel "*definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici [...]*".

In base allo stesso art. 37, comma 2, lettera f), con riferimento al trasporto pubblico locale, l'Autorità determina "*gli obiettivi di efficacia ed efficienza che il gestore deve rispettare, nonché gli obiettivi di equilibrio economico-finanziario*" e "*prevede obblighi di separazione contabile tra le attività svolte in regime di servizio pubblico e le altre attività*".

Inoltre, in base all'art. 37, comma 3, lettera b), l'Autorità, nell'ambito delle competenze di cui al comma 2, "*determina i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e può imporre, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate*".

Infine, l'art. 48, comma 7, prevede che l'Autorità detti regole generali in materia di:

- a) *svolgimento di procedure che prevedano la facoltà di procedere alla riscossione diretta dei proventi da traffico da parte dell'affidatario, che se ne assume il rischio di impresa, ferma restando la possibilità di soluzioni diverse con particolare riferimento ai servizi per i quali sia prevista l'integrazione tariffaria tra diversi gestori e che siano suddivisi tra più lotti di gara;*
- b) *obbligo, per chi intenda partecipare alle predette procedure, del possesso, quale requisito di idoneità economica e finanziaria, di un patrimonio netto pari almeno al quindici per cento del corrispettivo annuo posto a base di gara, nonché dei requisiti di cui all'articolo 18 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422;*
- c) *adozione di misure in grado di garantire all'affidatario l'accesso a condizioni eque ai beni immobili e strumentali indispensabili all'effettuazione del servizio, anche relative all'acquisto, alla cessione, alla locazione o al comodato d'uso a carico dell'ente affidante, del gestore uscente e del gestore entrante,*

con specifiche disposizioni per i beni acquistati con finanziamento pubblico e per la determinazione nelle diverse fattispecie dei valori di mercato dei predetti beni;

- e) *in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara, previsione nei bandi di gara del 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. Il trattamento di fine rapporto relativo ai dipendenti del gestore uscente che transitano alle dipendenze del soggetto subentrante è versato all'INPS dal gestore uscente.*

Considerate le competenze attribuite all'Autorità dalla normativa vigente, la Misura 1 definisce l'ambito oggettivo, soggettivo e temporale di applicazione dell'atto, e contiene l'indicazione degli aspetti trattati nell'atto di regolazione per i quali è prevista una disciplina differenziata a seconda della natura del contratto da affidare (appalto o concessione).

In merito all'ambito oggettivo di applicazione, si evidenzia come nel settore marittimo, l'affidamento di CdS comporti il rispetto dell'art. 4, comma 1, Reg. n. 3577/92, in base al quale *“uno Sato membro può concludere contratti di servizio pubblico, o imporre obblighi di servizio pubblico come condizione per la fornitura di servizi di cabotaggio, alle compagnie di navigazione che partecipano ai servizi regolari da, tra e verso le isole”*. Ai sensi del sopracitato art. 4, unicamente i collegamenti con le isole, così come definiti nell'ambito del citato Reg. n. 3577/92 e della Comunicazione sull'interpretazione del Reg. n. 3577/92 del 22 aprile 2014¹ (di seguito: Comunicazione interpretativa), possono essere oggetto di CdS in deroga al principio di libera prestazione del servizio e pertanto a essi è circoscritto l'ambito oggettivo di applicazione del provvedimento. Sono conseguentemente esclusi dall'applicazione dell'atto regolatorio i servizi di trasporto costiero che, non rientrano nelle tipologie per cui è prevista la deroga alla libera prestazione dei servizi di cui all'art. 4 dello stesso regolamento, nonché la navigazione interna, ivi inclusa quella lagunare, effettuata in acque diverse da quelle marittime². La ricognizione normativa effettuata in fase di istruttoria ha inoltre evidenziato come la navigazione interna e la navigazione marittima siano soggette a una disciplina distinta in merito all'intervento pubblico in caso di fallimento di mercato e pertanto non possano rientrare nell'ambito applicativo del procedimento in oggetto³.

Sempre in relazione all'ambito oggettivo, le Misure contenute nell'atto di regolazione predisposto si applicano agli affidamenti dei servizi tramite gara, con o senza esclusiva.

A tale riguardo, si evidenzia che, in fase di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 37, comma 2, lettera f), del d.l. 201/2011 la portata delle Misure era circoscritta all'assegnazione dei soli servizi affidati in esclusiva. Infatti, la lettera della norma, nella formulazione originaria, si limitava ad attribuire all'Autorità la

¹ Comunicazione della Commissione sull'interpretazione del regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi all'interno degli Stati membri (cabotaggio marittimo). COM/2014/0232 definitivo.

² Cfr. art. 2, decreto legislativo n. 22 del 24 febbraio 2009.

³ La navigazione interna è soggetta all'articolo 93 del TFUE (ex artt. 73 TCE e 77 TCEE) che costituisce *lex specialis* rispetto all'art. 106 paragrafo 2 del TFUE con conseguente inapplicabilità, in particolare, delle norme relative agli aiuti di stato. L'articolo 93 è stato interpretato dapprima dal Regolamento (CEE) n. 1191/69, del 26 giugno 1969 (relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile), nel cui ambito di applicazione ricadevano i trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, successivamente abrogato dal Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007 (relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70), la cui applicazione al trasporto per vie navigabili interne è tuttavia a discrezione dei singoli stati membri. In base alla Comunicazione della Commissione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia³ *“in assenza di una decisione di applicazione del regolamento (CE) n. 1370/2007 ai servizi di trasporto di passeggeri per vie navigabili interne, tali servizi sono disciplinati direttamente dall'articolo 93 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)”*.

competenza di *“definire gli schemi dei bandi delle gare per l’assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici [...]”*. Successivamente per effetto dell’entrata in vigore del d.l. n. 50/2017, che ha introdotto disposizioni specifiche in materia di TPL, le competenze attribuite all’Autorità dalla sopra richiamata lettera f) dell’art. 37, comma 2, sono state ampliate includendo la determinazione degli *“obiettivi di efficacia ed efficienza che il gestore deve rispettare, nonché gli obiettivi di equilibrio economico-finanziario”*, senza alcuna distinzione tra affidamenti con o senza esclusiva.

Anche le ulteriori competenze attribuite all’Autorità dall’art. 48, comma 7, del citato d.l. n. 50/2017, esercitate nell’ambito del presente provvedimento, concernono il trasporto pubblico locale senza distinzione in merito all’esclusività o meno dell’affidamento.

Conseguentemente l’oggetto del procedimento è stato ampliato con la delibera n. 124/2017, citata in premessa. Pertanto, attraverso un’interpretazione delle norme che tenga conto dell’ordinamento complessivamente considerato, le Misure oggetto del presente procedimento trovano applicazione nei confronti degli affidamenti tramite gara, con o senza esclusiva, di servizi di interesse nazionale, regionale e locale.

Inoltre, con riguardo al ricorso all’istituto dell’esclusiva, la Comunicazione interpretativa evidenzia da una parte l’efficacia nel ridurre al massimo l’onere a carico della collettività e, dall’altra, il potenziale effetto distorsivo della concorrenza⁴. Pertanto, l’EA opta per l’affidamento in esclusiva solo nel caso in cui risulti l’unico strumento adeguato a soddisfare le esigenze essenziali di mobilità, avendo previamente valutato l’equilibrio tra i principi di riduzione della spesa pubblica e libertà degli scambi nel settore marittimo. È da notare che i CdS attualmente vigenti nel settore marittimo non risultano in alcun caso affidati in esclusiva.

I collegamenti con le isole, che, come spiegato in precedenza, costituiscono l’ambito oggettivo di applicazione del procedimento, includono sia servizi di interesse nazionale (collegamenti con le isole maggiori) sia servizi di interesse regionale e locale. In base al Decreto Legislativo n. 422 del 1997 (di seguito: d.lgs. n. 422/1997) – che individua funzioni e compiti conferiti alle Regioni e agli enti Locali in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati – rimangono di competenza statale i collegamenti di interesse nazionale, mentre rientrano tra le competenze delegate alle Regioni i servizi che si svolgono all’interno di una regione (isole minori) e tra quelle delegate agli enti locali, qualora i servizi non richiedano l’unitario esercizio a livello regionale. I servizi di interesse regionale e locale sono pertanto soggetti anche alla disciplina del sopracitato d.lgs. n. 422/1997, per quanto compatibile con la normativa di settore. In relazione ai servizi di interesse nazionale, è lo Stato il soggetto competente sia nella programmazione dei servizi (di seguito: SC) sia nell’affidamento degli stessi.

In caso di servizi di interesse regionale sia le competenze programmatiche (SC) sia quelle relative all’affidamento del servizio (EA) spettano alla Regione. Qualora si conferissero agli enti locali funzioni e compiti relativi a servizi marittimi che non richiedono l’unitario esercizio a livello regionale verrebbe a mancare la coincidenza tra il soggetto titolare delle competenze programmatiche, che rimarrebbero in capo alla Regione, ed EA, che sarebbe costituito dall’Ente locale a cui tali funzioni e compiti sono conferiti.

L’ambito soggettivo di applicazione del provvedimento è pertanto circoscritto a SC ed EA nonché alle IN affidatarie di CdS relativi ai collegamenti con le isole affidati tramite gara.

Al fine di ridurre gli oneri a carico di EA e IN relativamente all’affidamento di contratti di ridotto valore, è prevista una soglia minima per l’applicazione dei Titoli II e III corrispondente all’importo delle soglie di

⁴ Cfr. Comunicazione interpretativa, par. 5.5.1.

rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35, comma 1, lett. b) e c), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e successive modificazioni (di seguito: d.lgs. n. 50/2016). Per la Misura 4 si prevede invece l'esclusione dall'applicazione per le IN titolari di un unico CdS di valore inferiore all'importo delle predette soglie e che non svolgono servizi a mercato.

In relazione all'aspetto temporale, fatta eccezione per la Misura 4, l'atto si applica in caso di pubblicazione del bando (gare aperte) o invio delle lettere d'invito (procedure ristrette) successivi alla data di entrata in vigore dell'atto regolatorio coincidente con la data di pubblicazione della relativa delibera di approvazione. La Misura 4 in materia di contabilità regolatoria e separazione contabile si applica dalla data di entrata in vigore del presente atto regolatorio, coincidente con la data di pubblicazione della delibera di approvazione dello stesso.

Con riferimento all'applicazione al trasporto marittimo del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia (di seguito: Reg. n. 1370/2007), ai sensi dell'art. 1, comma 4, esso può essere applicato anche al *"trasporto pubblico di passeggeri [...] in acque marine nazionali"*, ferme restando le disposizioni del Reg. n. 3577/92. A tal proposito, la Comunicazione interpretativa, chiarisce che l'applicazione del Reg. n. 1370/2007 ai servizi di trasporto marittimo è consentita solo nei casi in cui:

- 1) lo Stato membro lo renda espressamente applicabile e consulti la Commissione in merito;
- 2) il servizio di trasporto riguardi solo i passeggeri e non le merci;
- 3) le disposizioni del Reg. n. 1370/2007 non pregiudichino l'applicazione del Reg. n. 3577/92 che prevale in caso di conflitto.

L'art. 4, comma 1, del Reg. n. 3577/92 stabilisce inoltre che *"uno Stato membro, se conclude contratti di servizio pubblico o impone obblighi di servizio pubblico, lo fa su base non discriminatoria per tutti gli armatori comunitari"*. A tale riguardo, la Comunicazione interpretativa chiarisce la portata del principio di non discriminazione di cui alla seconda parte dell'art. 4, comma 1, stabilendo che l'aggiudicazione diretta non rispetta tale principio e che pertanto i contratti di servizio pubblico devono essere aggiudicati tramite gara, aperta o ristretta⁵, e nel rispetto della vigente normativa in materia di appalti e concessioni. A tale proposito, i servizi marittimi di trasporto pubblico passeggeri, a differenza di quanto previsto per altre modalità di trasporto, non rientrano nelle esclusioni specifiche di cui agli artt. 17 e 18 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici (di seguito d.lgs. n. 50/2016), e pertanto sono soggetti alle disposizioni in esso contenute. La Comunicazione interpretativa evidenzia che *"in base all'esperienza della Commissione, i contratti di servizio pubblico aggiudicati in applicazione dell'articolo 4 del regolamento sono costituiti per la maggior parte da "concessioni di servizi" ai sensi della legislazione in materia di appalti pubblici."*

Il servizio erogato sulla base di contratti di concessione si caratterizza infatti per il coinvolgimento dell'EA, dell'IN e degli utenti a cui viene erogata la prestazione a fronte del pagamento di una tariffa. Invero, in base alla giurisprudenza consolidata⁶, al di là del *nomen iuris* utilizzato dall'EA, si è in presenza di una concessione quando si configura un tale rapporto trilaterale. In base all'art. 3, comma 1, lettera vv del d.lgs. n. 50/2016, la concessione si caratterizza per il trasferimento all'operatore del *"diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo"* e del *"rischio operativo"*, *"riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano*

⁵ Cfr. anche Comunicazione SIEG, punto 66)

⁶ Cfr. Cass. civ. Sez. VI - 3, Ord., (ud. 11-03-2015) 06-05-2015, n. 9139

sull'equilibrio del piano economico finanziario" (art. 165, comma 1, d.lgs. n. 50/2016). Rispetto all'appalto, che riguarda di regola servizi resi direttamente all'EA su cui grava interamente l'onere del servizio, il ricorso alla concessione riduce il costo a carico dell'EA attraverso il trasferimento all'operatore del rischio e, di norma, della possibilità di sfruttare economicamente il servizio attraverso la riscossione delle tariffe. Per le ragioni sopra esposte, la concessione risulta pertanto strumento utilizzato diffusamente per l'affidamento dei servizi di cabotaggio con le isole, oltrech  adeguato al perseguimento degli obiettivi di efficacia e di efficienza delle gestioni e contenimento dei costi dei soggetti coinvolti di cui all'art. 37, comma 2, lettera a), del d.l. n. 201/2011.

Nelle concessioni, l'eventuale corrispettivo a carico dell'EA   altres  limitato dall'art. 165 del d.lgs. n. 50/2016, in base al quale *"la maggior parte dei ricavi di gestione proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato"* (comma 1) e *"l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non pu  essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"* (comma 2).

Infine, si evidenzia che, ai fini del presente provvedimento, per continuit  territoriale si intende qualsiasi intervento pubblico, consentito dalla normativa vigente, finalizzato a garantire adeguati collegamenti via mare, da, tra e verso le isole, al fine di ridurre gli svantaggi naturali dovuti all'insularit .

Il concetto di continuit  territoriale, pur non essendo riconducibile a una definizione normativa precisa, trova fondamento nella *"necessit  di collegare alle regioni centrali dell'Unione le regioni insulari, prive di sbocchi al mare e periferiche"* di cui all'art. 170 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito: TFUE)⁷ e nel concetto di coesione territoriale, oltre che economica e sociale, di cui all'art. 174 del TFUE⁸.

Riguardo alla realizzazione della continuit  territoriale, esclusivamente con riferimento ai collegamenti da, tra e verso le isole⁹, l'attuale quadro normativo consente la definizione di **obblighi di servizio pubblico** (di seguito: OSP)¹⁰, riferiti a un elenco tassativo di requisiti (regolarit , continuit , frequenza, capacit  di fornitura del servizio, tariffe e equipaggio della nave - Art. 4, comma 2)¹¹, che possono essere imposti attraverso strumenti amministrativi diversi:

⁷ Articolo 170 (TFUE): *"1. Per contribuire al raggiungimento degli obiettivi di cui agli articoli 26 e 174 e per consentire ai cittadini dell'Unione, agli operatori economici e alle collettivit  regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne, l'Unione concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia. 2. Nel quadro di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, l'azione dell'Unione mira a favorire l'interconnessione e l'interoperabilit  delle reti nazionali, nonch  l'accesso a tali reti. Essa tiene conto in particolare della necessit  di collegare alle regioni centrali dell'Unione le regioni insulari, prive di sbocchi al mare e periferiche."*

⁸ Articolo 174 (TFUE): *"Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale. In particolare l'Unione mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite. Tra le regioni interessate, un'attenzione particolare   rivolta alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni pi  settentrionali con bassissima densit  demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna."*

⁹ Art. 4, comma 1 del Reg. n. 3577/92 *"Uno Stato membro pu  concludere contratti di servizio pubblico, o imporre obblighi di servizio pubblico come condizione per la fornitura di servizi di cabotaggio, alle compagnie di navigazione che partecipano ai servizi regolari da, tra e verso le isole."*

¹⁰ *obblighi che un armatore comunitario, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura n  alle stesse condizioni, di cui all'art. 2, punto 4) e art. 4, comma 2 del Reg. n. 3577/92.*

¹¹ La definizione di OSP   sostanzialmente la medesima anche nel settore del trasporto terrestre, dove l'OSP   definito nel Reg. 130/07, art. 2, lettera e) come *"l'obbligo definito o individuato da un'autorit  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"*. Nel Reg. 1370/2007 non sono tuttavia definiti i requisiti tassativi per i quali si fa riferimento al Libro Bianco sui "servizi di interesse economico generale" (SIEG) che, secondo lo stesso atto, sono *"attivit  economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale, che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualit , sicurezza, accessibilit  economica, continuit , parit  di trattamento o accesso universale)"*. Al fornitore incombe un OSP sulla base di un incarico e di

1. **regimi di dichiarazione, sistemi di attribuzione di licenze e di autorizzazione** nei quali fissare, con un provvedimento a carattere generale, OSP a tutti gli armatori operanti su una determinata rotta (**OSP orizzontali**)¹²;
2. **contratti di servizio** (di seguito: CdS), a cui ricorrere nei casi in cui un approccio orizzontale nell'imposizione degli OSP a tutti gli armatori, limitata agli elementi di cui all'art. 4, comma 2 del Reg. n. 3577/92, non sia sufficiente a soddisfare le esigenze di trasporto. Il ricorso al contratto di servizio e alla definizione nello stesso degli OSP è necessario, pertanto, in caso di assenza di armatori disposti ad accettare gli OSP orizzontali, o quando le esigenze di trasporto richiedono la considerazione di elementi ulteriori rispetto all'elenco tassativo di cui al sopracitato art. 4, quali ad esempio le condizioni di qualità del servizio.

In base alla consolidata giurisprudenza europea, una corretta interpretazione del combinato disposto degli artt. 1 e 4 del Reg. n. 3577/92 prevede la possibilità di ricorrere agli strumenti amministrativi di cui al punto 1, che comportano una restrizione della libera prestazione dei servizi, sia in caso di imposizione di OSP, qualora i servizi regolari di trasporto in libero mercato risultino insufficienti e si rilevi un'effettiva esigenza di servizio pubblico da soddisfare, sia per motivi imperativi di ordine generale, ad esempio la garanzia di sicurezza nelle acque portuali, purché nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione.

Completa il quadro degli strumenti di continuità territoriale previsti dalla normativa vigente, la possibilità di erogare aiuti a carattere sociale di cui all'art. 107, comma 2 del TFUE¹³ a condizione che siano accordati senza discriminazioni e che non diano luogo a distorsioni significative della concorrenza. Un esempio di applicazione degli aiuti sociali, in alternativa agli strumenti di cui al Reg. n. 3577/92, è costituito dal sistema in vigore in Spagna per i collegamenti marittimi e aerei con le isole Baleari e Canarie e le città autonome di Ceuta e Melilla¹⁴, consistente nella riduzione del 50% sul prezzo del biglietto dei servizi di trasporto regolari e diretti con il territorio spagnolo, riservato ai residenti di tali aree remote.

un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti" (Commissione europea, COM (2011) 900, F1). Nella delibera ART n. 48/2017, Misura 4, punto 4, *[Per quanto riguarda i servizi di linea,] gli obblighi di servizio pubblico sono definiti in termini di relazioni da servire, frequenze, orari, periodicità e garanzia della disponibilità di posti a sedere per selezionate categorie di utenza.*

¹² In Italia non esistono attualmente esempi di OSP orizzontali, tuttavia un esempio di applicazione di regime di autorizzazione è dato dai servizi autorizzati della Regione Campania disciplinati dal Regolamento regionale 13 ottobre 2016, n. 7 "Regolamento di esecuzione della legge regionale 28 marzo 2002, n. 3 (Riforma del trasporto pubblico locale e sistemi di mobilità della regione Campania) in materia di servizi di trasporto marittimo di linea autorizzati" (di seguito: Reg. n. 7/2016). Sebbene l'oggetto di tale regime sia circoscritto a *"i servizi marittimi, per i quali non sussistono obblighi di servizio"*, in sede di presentazione di istanza di autorizzazione è prevista la dichiarazione di adesione (o non adesione) alle "Linee di regolazione dell'organizzazione del trasporto pubblico locale marittimo" adottate dalla Regione Campania con la d.g.r. n. 1/2016 (di seguito: linee di regolazione). Le linee di regolazione individuano le fasce (orarie) di interesse regionale alle quali sono associati, per ciascuna rotta ivi identificata, requisiti di regolarità, continuità, frequenza e tariffe, oltre a ulteriori specifici aspetti (in particolare qualitativi), da assicurare in caso di adesione. L'adesione alle linee di regolazione, non obbligatoria ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione per la prestazione di servizi in libero mercato, costituisce altresì elemento di valutazione per la risoluzione di eventuali sovrapposizioni di istanze. Il sistema sopra descritto, non si configura come applicazione di OSP orizzontali sia per l'assenza di obbligatorietà nell'adesione alle linee di regolazione sia per effetto della presenza di requisiti ulteriori rispetto a quelli imponibili in regime di OSP elencati tassativamente dall'art. 4 del Reg. n. 3577/92.

¹³ *"Sono compatibili con il mercato interno: [...] gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti.*

¹⁴ Attualmente disciplinato dal Regio Decreto del 30 novembre n. 1316/2001 e s.m.i.

Titolo I – FASE PROPEDEUTICA ALLA GARA

Misura 2 – Procedura per la definizione dei lotti di gara e verifica del mercato

Il SC determina la dimensione del lotto di gara in corrispondenza di una soglia espressa in naviglio per miglia nautiche (naviglio-NM) in grado di assicurare la partecipazione di un numero congruo di potenziali contendenti e pari almeno alla dimensione ottima minima di produzione del servizio come individuata dallo stesso SC.

I lotti posti a gara costituiscono il risultato dell'applicazione della metodologia di cui alla delibera n. 48/2017, articolata nelle seguenti fasi:

- a) analisi della domanda di mobilità marittima, che consiste nel tracciare la distribuzione spazio-temporale e le preferenze dei potenziali utenti dei servizi da, tra, verso le Isole, con particolare riferimento alla motivazione degli spostamenti e alla disponibilità a pagare;
- b) definizione della domanda debole di mobilità marittima ovvero di quella domanda di entità ridotta per volumi o rarefatta nel tempo e nello spazio che, in talune condizioni, non consente di raggiungere un adeguato coefficiente di copertura dei costi;
- c) individuazione del sistema di servizi di trasporto funzionali a soddisfare le esigenze essenziali di mobilità dei cittadini (Ambito/i di servizio pubblico).

Il richiamo alla delibera n. 48/2017 è finalizzato a evidenziare il legame tra l'affidamento dei servizi tramite procedura a evidenza pubblica e le attività effettuate dal SC nell'ambito delle proprie funzioni di pianificazione e programmazione. Infatti, l'applicazione della metodologia di cui alla sopracitata delibera n. 48/2017 ha come risultato l'identificazione dei lotti di gara che costituiscono l'oggetto dell'affidamento.

Nella predetta procedura, l'analisi della domanda di spostamenti è seguita dalla definizione dell'Ambito di servizio pubblico, quale sistema di offerta di trasporto che il SC ritiene adeguato a soddisfare le esigenze di mobilità della domanda del Bacino. Nel definire l'Ambito di servizio pubblico il SC individua una o più relazioni origine-destinazione (O-D) che richiedono l'attivazione di servizi di trasporto marittimo, tenuto conto dell'eventuale presenza di servizi di trasporto aereo di linea¹⁵ effettuati sulla medesima (o medesime) relazione/i. I servizi marittimi così individuati contribuiscono alla definizione di un sistema più ampio, che costituisce l'Ambito e comprende anche i servizi effettuati con altre modalità e relativi alle aree che comprendono i porti O-D.

A tal proposito, si evidenzia che per i territori insulari e, in particolare, per le isole minori, i collegamenti marittimi rappresentano l'unico strumento – fatti salvi eventuali servizi di trasporto aereo insistenti sulle stesse relazioni – per ridurre gli svantaggi naturali derivanti dalla condizione di insularità, garantendo il diritto alla mobilità dei residenti delle isole e la continuità con i territori di riferimento, in risposta a esigenze di mobilità che non possono essere soddisfatte con modalità di trasporto alternative di tipo individuale, contrariamente a quanto avviene per gli utenti che si spostano sulla terraferma.

La particolare valenza delle attività programmatiche relative al cabotaggio con le isole è inoltre accentuata, come detto, dalla necessità di rispondere a esigenze di studio, lavoro e accesso ai servizi essenziali (ad es. servizi sanitari e amministrativi) che non risultano completamente soddisfatte nei territori insulari, in particolare nel caso delle isole gravate da doppia insularità (si pensi alle isole minori di Sardegna e Sicilia).

¹⁵ Cfr. art. 2.16 del Regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008 recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione).

Tali territori si caratterizzano generalmente altresì per la loro vocazione turistica, che determina una specifica domanda di spostamento, prettamente stagionale, sovrapposta alla componente sistematica rappresentata dai residenti.

In generale, fatta eccezione per i servizi nello Stretto di Messina, nel caso di collegamenti tra la penisola e le isole maggiori tale componente sistematica risulta residuale mentre nel caso dei collegamenti con le isole minori la stessa assume maggiore rilevanza in virtù, di norma, della brevità della traversata che consente lo sviluppo di fenomeni di pendolarismo quotidiano. Tali aspetti condizionano la programmazione dei relativi servizi, in termini di stagionalità, frequenza e fasce orarie servite.

Una volta individuati i servizi di cabotaggio marittimo che compongono l'Ambito (o gli Ambiti) di servizio pubblico, il SC procede alla verifica del mercato al fine di appurare, per ciascuno dei collegamenti considerati, la sussistenza di un interesse economico totale o parziale degli operatori di mercato alla fornitura del servizio in assenza di compensazione (o in altre parole, in libero mercato o in presenza di OSP orizzontali), ai sensi di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 2 del Reg. n. 3577/92 e del paragrafo 5.3.1 della Comunicazione interpretativa. In particolare, l'art. 2 del Reg. n. 3577/92 definisce obblighi di servizio pubblico *"gli obblighi che l'armatore comunitario, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni"*. A tale proposito, la Comunicazione interpretativa al paragrafo 5.3.1 precisa che *"gli Stati membri possono imporre obblighi di servizio pubblico e concludere contratti di servizio pubblico solo se hanno appurato, per ognuna delle rotte in questione, che i servizi di trasporto regolare risulterebbero inadeguati (cioè non sarebbero prestati nella misura o alle condizioni definite appropriate dalle autorità pubbliche) qualora la loro fornitura fosse lasciata alle sole forze di mercato. Inoltre, l'obbligo o contratto di servizio pubblico deve essere necessario e proporzionato allo scopo di assicurare la sufficienza dei servizi di trasporto regolare a destinazione ed in provenienza dalle isole. In altre parole, gli Stati membri non possono assoggettare ad obblighi di servizio pubblico e a contratti di servizio pubblico servizi che sono già forniti in maniera soddisfacente e a condizioni, ad esempio in termini di prezzi, continuità e accesso al servizio, compatibili con l'interesse pubblico, quale definito dallo Stato, da parte di imprese che operano in normali condizioni di mercato."*

L'esigenza di verifica del mercato è ribadita inoltre dalla giurisprudenza europea, in particolare la Sentenza della Corte di Giustizia Europea relativa alla Causa C-205/99 (di seguito: Sentenza *Analir*), al punto 34, stabilisce che l'imposizione di OSP *"presuppone che le competenti autorità abbiano anzitutto potuto constatare, per rotte ben determinate, l'insufficienza dei servizi regolari di trasporto nel caso in cui la prestazione di questi ultimi venisse lasciata alle sole forze del mercato"*. Lo stesso Avvocato Generale della Causa *Analir* al punto 30 delle sue conclusioni sottolinea che *"il principio secondo cui si deve far ricorso agli OSP solo qualora le forze di mercato non siano sufficienti a fornire adeguati collegamenti è anche espresso dall'art. 2, punto 4), del regolamento"*, ribadendo il collegamento tra il principio enunciato e lo stesso Reg. n. 3577/92.

A livello nazionale anche il T.A.R. Campania si è pronunciato sul tema con la sentenza non definitiva n. 6949/2014 e la sentenza definitiva n. 390/2015 che annullavano gli atti della Regione Campania relativi all'affidamento dei servizi marittimi nel Golfo di Napoli per difetto di istruttoria e per violazione dell'art. 2 del Rreg. n. 3577/92, considerato che *"l'amministrazione regionale, nel definire il quadro dei servizi minimi, non ha condotto alcuna istruttoria tesa alla verifica del fallimento del mercato per quelle specifiche tratte"* mancando di valutare quali *"esigenze potessero essere soddisfatte dal libero gioco delle forze di mercato, [...]"*.

Inoltre, la Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'UE in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (di seguito: Comunicazione SIEG), riprende la Sentenza *Analir* generalizzando il principio (punto 48): *“non sarebbe opportuno attribuire obblighi specifici di servizio pubblico ad un'attività che è già fornita o che può essere fornita in modo soddisfacente e a condizioni [...] coerenti con il pubblico interesse, quale definito dallo Stato, da imprese operanti secondo le normali regole del mercato”*.

La verifica del mercato di cui al sopracitato art. 2 del Reg. n. 3577/92, rientra nell'esercizio delle attività programmatiche del SC descritte nella Misura: individuato l'insieme di servizi di trasporto adeguati a soddisfare le esigenze essenziali di mobilità dei cittadini, considerata l'offerta esistente e il regime in cui i servizi sono effettuati (libero mercato, OSP orizzontali, CdS), il SC valuta la capacità del libero mercato di assicurare il livello di servizi necessario.

Se la domanda di spostamenti, potenziale e debole, trova totale soddisfacimento nei servizi già offerti in libero mercato, il SC, nel rispetto del principio di libera prestazione dei servizi di trasporto marittimo fra Stati membri di cui all'art. 1 del Reg. n. 3577/92, non può adottare strumenti di limitazione del mercato, stante la capacità del mercato stesso di rispondere alle esigenze della domanda a costi sostenibili. Solamente in caso di fallimento del mercato il SC valuta la possibilità di ricorrere all'imposizione di OSP anche attraverso l'affidamento dei servizi con gara tramite CdS, al fine di soddisfare le esigenze essenziali di mobilità e garantire la continuità territoriale. Nel caso in cui i servizi che compongono l'Ambito, al momento delle analisi e verifiche, siano parzialmente o totalmente eserciti all'interno di un CdS, il SC appura, attraverso la verifica del mercato, l'eventuale disponibilità degli armatori a effettuare i servizi in regime di imposizione di OSP orizzontali, non riconducibili a un CdS, applicati, in assenza di compensazione, a tutti gli armatori che intendono servire una data rotta. Tale verifica si inquadra nella progressiva liberalizzazione del mercato del cabotaggio marittimo auspicata dal Reg. n. 3577/92.

In esito alla verifica del mercato può inoltre risultare che l'offerta di servizi in libero mercato sia inadeguata soltanto in termini di livello o articolazione tariffaria, con particolare riferimento a specifiche categorie di utenti, come ad esempio i residenti delle isole. In questo caso particolare, il SC può valutare di intervenire con compensazioni dirette della domanda. La compensazione è concessa senza discriminazione tra i diversi vettori e deve essere compatibile con la vigente normativa europea sugli aiuti di Stato con particolare riferimento all'art. 107, c. 2 del TFUE e al Regolamento (UE) 2015/1588 del Consiglio del 13 luglio 2015 sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali (codificazione) (di seguito: Reg. n. 2015/1588).

Qualora il ricorso agli strumenti descritti non fosse sufficiente a soddisfare le esigenze di mobilità emerse dall'analisi della domanda, ad esempio perché relative a requisiti qualitativi del servizio che non possono essere stabiliti nell'ambito di un regime di OSP, ai sensi dell'art. 4 punto 2 del reg. n. 3577/92, il SC procede a bandire l'affidamento oneroso tramite gara con stipula del CdS, i cui contenuti sono disciplinati dall'art. 2 punto 3 dello stesso regolamento.

Al fine di verificare la sussistenza di un interesse economico totale o parziale degli operatori di mercato alla fornitura dei servizi che compongono l'Ambito in assenza di compensazione, il SC pubblica un avviso sul proprio sito web istituzionale finalizzato alla richiesta di manifestazioni di interesse. Nell'ambito del predetto avviso il SC rende disponibile un documento, con il quale fornisce agli operatori almeno il set minimo di informazioni, individuate al Prospetto 1 dell'Annesso 1 al Documento. Il SC concede un tempo ritenuto

congruo, di almeno 60 giorni dalla pubblicazione dell'avviso, per la presentazione delle manifestazioni di interesse.

La Misura prevede anche un'apposita consultazione dei soggetti portatori di interesse o *stakeholder*, da avviare prima della pubblicazione del bando di gara e da concludere in tempo utile per la pubblicazione dello stesso bando, in analogia con quanto previsto alla Misura 2, punto 6, della Delibera dell'Autorità n. 49/2015 del 17 giugno 2015 e s.m.i. (di seguito: delibera n. 49/2015). La consultazione deve favorire la massima partecipazione, inclusi i potenziali concorrenti, senza avere peraltro l'effetto di falsare la concorrenza o comportare la violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza. In tal senso è data specifica indicazione nel punto 9 della Misura, in analogia con quanto previsto, in esito a puntuale indicazione di ANAC, nella citata delibera n. 49/2015. Lo strumento consultivo può essere utilizzato dagli EA per coinvolgere tutti i soggetti interessati, prima che l'atto di gara venga approvato nei dettagli, con particolare riferimento agli aspetti qualitativi del servizio di trasporto pubblico che intende affidare. Ai sensi dell'art. 2, comma 461 della l. n. 244/2007, rientrano tra i soggetti portatori di interesse le associazioni dei consumatori consultati in tema di qualità, universalità ed economicità dei servizi di trasporto pubblico locale. L'EA ha facoltà di coinvolgere ulteriori soggetti interessati, quali, ad esempio le Autorità di Sistema Portuale (di seguito: AdSP) e/o le Autorità Marittime (di seguito: AM). Degli esiti della consultazione è previsto sia data informazione in una specifica relazione illustrativa che dia conto in particolare delle modalità adottate e dei soggetti consultati, che garantisca la massima pubblicità delle osservazioni pervenute come previsto alla Misura 2, punti 7 e 8 della delibera n. 49/2015.

Misura 3 – Disponibilità degli approdi

Il tema della disponibilità degli approdi si inserisce nella più ampia tematica dell'accesso alle *essential facilities*, che si caratterizzano per la presenza cumulativa delle seguenti quattro condizioni: a) condivisibilità, b) non sostituibilità, c) non duplicabilità e d) posizione di dominanza da parte del soggetto titolare del bene. Sono invece beni indispensabili per l'effettuazione del servizio di trasporto pubblico locale i beni strumentali per i quali sono verificate cumulativamente le seguenti condizioni: a) non condivisibilità, b) non sostituibilità, c) non duplicabilità a costi socialmente sostenibili.

Rileva su questo tema quanto disposto dall'art. 48, comma 7 – lettera c), che pone in capo all'Autorità il compito di dettare regole generali in materia di "*c) adozione di misure in grado di garantire all'affidatario l'accesso a condizioni eque ai beni immobili e strumentali indispensabili all'effettuazione del servizio, anche relative all'acquisto, alla cessione, alla locazione o al comodato d'uso a carico dell'ente affidante, del gestore uscente e del gestore entrante, con specifiche disposizioni per i beni acquistati con finanziamento pubblico e per la determinazione nelle diverse fattispecie dei valori di mercato dei predetti beni*".

Rispetto ad altre modalità, quali ad esempio il trasporto ferroviario, il problema relativo all'accesso a beni essenziali e strumentali indispensabili all'effettuazione del servizio da parte dell'IN risulta nel trasporto marittimo assumere minor rilievo. Rispetto al materiale rotabile ad esempio, le navi, in relazione all'assetto del settore, sono da considerarsi beni commerciali, già nella disponibilità dell'IN o reperibili sul mercato o duplicabili a costo sostenibile e in tempi ragionevoli, anche attraverso il noleggio.

Costituiscono invece *essential facilities* le banchine di approdo delle navi, rientranti nell'ambito del demanio marittimo e il cui accesso è disciplinato e gestito da Autorità terze, AM e AdSP, rispetto alle parti contrattuali (EA ed IN). L'assegnazione dello spazio fisico e temporale relativo a una specifica corsa da parte dell'AM

consente l'accesso a tutte le infrastrutture necessarie per lo svolgimento del servizio ad una data e in un orario specifici, comprese le aree di accoglienza dei passeggeri e ulteriori aree dedicate a servizi accessori. Ad ogni modo, qualora l'EA individuasse, date le caratteristiche del servizio e delle infrastrutture portuali, ulteriori beni immobili o mobili ritenuti indispensabili all'effettuazione dovrebbe garantirne l'accesso alle IN affidatarie del servizio.

In base alla normativa vigente, rimasta peraltro immutata nel corso degli anni, l'autorizzazione all'approdo è regolamentata dall'art. 62 del Codice della Navigazione (di seguito: c.n.) che disciplina il movimento delle navi nel porto. In base a esso *"il comandante del porto regola e vigila, secondo le disposizioni del regolamento, l'entrata e l'uscita, il movimento, gli ancoraggi e gli ormeggi delle navi, nelle acque del porto"*. Il Regolamento per l'esecuzione della navigazione (marittima), approvato con DPR n. 328/1952, all'art. 59 dispone inoltre che *"il capo del circondario per i porti e per le altre zone demaniali marittime e di mare territoriale della sua circoscrizione, in cui sia ritenuto necessario, regola con propria ordinanza pubblicata nell' albo dell'ufficio [...] i turni di accosto delle navi e dei galleggianti"*.

La disciplina sull'autorizzazione all'approdo nei servizi di linea di trasporto marittimo da, tra e verso le isole è stata tuttavia in più occasioni oggetto di intervento da parte dell'AGCM¹⁶ in quanto potenzialmente distorsiva della concorrenza, proprio in virtù della discrezionalità delle Autorità competenti.

In tale contesto sembrerebbe opportuno rimandare a futuri interventi concernenti l'accesso alle infrastrutture portuali, la disciplina criteri di regolazione attinenti l'autorizzazione all'approdo in modo tale che il rilascio della stessa risulti trasparente e non discriminatorio, consentendo lo svolgimento del traffico marittimo di linea con le isole in modo ordinato, nel rispetto dei principi di sicurezza della navigazione e di libera concorrenza e consentendo ai SC di svolgere le attività programmatiche in conformità con la reale disponibilità di approdi.

Al momento, nella disciplina della navigazione intesa in senso più ampio, è riscontrabile un esempio di regolazione della *slot allocation*, con il recepimento nel c. n. nazionale del Regolamento (CEE) n. 95/93 del Consiglio, del 18 gennaio 1993, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, così come modificato dal Reg. (CE) n. N. 793/04 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, (di seguito Reg. n. 93/95). Sebbene tale disciplina riguardi un settore specifico della navigazione (aereo), è possibile ricorrere all'applicazione analogica al settore del cabotaggio marittimo al fine di integrare il quadro normativo in merito a una fattispecie attinente un altro settore della navigazione, come previsto dallo stesso c.n. all'art. 1, quando sancisce che *"in materia di navigazione marittima, interna ed aerea, si applicano il presente codice, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi ad essa relativi. Ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabili per analogia, si applica il diritto civile"* (sottolineatura aggiunta).

L'Autorità è già intervenuta con misure regolatorie in materia portuale con la delibera 57/2018 del 30 maggio 2018 (di seguito: Delibera ART n. 57/2018), che definisce principi e criteri volti a garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali riferibili alle Autorità di Sistema Portuale istituite ai sensi dell'articolo 6 della legge 28 gennaio 1994, n. 84 (di seguito: l. n. 84/94) , indicate nell'Allegato A alla legge stessa per lo svolgimento delle attività di cui all'art. 16 della l. n. 84/94. La predetta delibera include specifici criteri e principi relativi alla concessione di aree e banchine portuali per l'esercizio delle attività di cui all'art. 16 della l. n. 84/94 e alle relative autorizzazioni, nonché prescrive regole di contabilità regolatoria in caso di *essential facilities*.

¹⁶ Si veda in particolare la segnalazione AS55 – *Autorizzazioni all'approdo per i servizi di linea con le isole* dell'ottobre 1995.

Non rientra invece nelle prime misure di regolazione di cui alla sopracitata Delibera ART n. 57/2018 né il tema dei servizi di interesse generale, né quello dei servizi tecnico-nautici che, rispetto alle attività ex art. 16, sono servizi riconducibili anche alle attività di trasporto passeggeri. Tra le motivazioni di tale scelta, assumono rilievo le novità in materia introdotte dal Regolamento (UE) n. 2017/352 (applicabili a decorrere dal 24 marzo 2019), la cui portata appariva e appare tuttora di difficile valutazione, e dal decreto legislativo “correttivo” del 13 dicembre 2017, n. 232, che ha modificato la legge di settore prevedendo che i servizi di interesse generale non siano più individuati con decreto ministeriale bensì dalle singole AdSP, che affidano gli stessi nel rispetto delle disposizioni del Codice (cfr. art.6, comma 10, l. 84/1994).

Considerato tuttavia che, in accordo all’attuale quadro normativo, il programma di esercizio, così come risultante dall’offerta di gara può essere concretamente realizzato solo se trova riscontro nella disponibilità dei relativi approdi decisa invero dall’AM di concerto, ove presenti, con le AdSP, è necessario che il SC verifichi con le autorità competenti e garantisca la disponibilità di tali approdi agli aggiudicatari del servizio.

Qualora ciò non sia possibile per limiti tecnici di tali infrastrutture, il SC agisce sul programma di esercizio riducendolo di conseguenza.

Con riferimento alla precedenza da accordare ai servizi affidati tramite CdS, la legge 20 novembre n. 166 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, prevedeva all’art. 19-ter, nell’ambito delle procedure di privatizzazione dell’ex Gruppo Tirrenia, *“al fine di garantire la continuità territoriale con le isole e a fronte degli obblighi di servizio pubblico sono riconosciuti alle società oggetto del processo di privatizzazione di cui ai commi da 8 a 15 [Caremar, Saremar e Toremar, ndr] il mantenimento degli accosti già assegnati e la priorità nell’assegnazione di nuovi accosti, nel rispetto delle procedure di competenza delle Autorità portuali e marittime e dei principi sanciti dalla legge 28 gennaio 1994, n. 84, nonché dal codice della navigazione”*.

In base all’art. 9 del Reg. n. 93/95 sopracitato *“[...] uno Stato membro può riservare determinate bande orarie per servizi nazionali di linea: [...] b) su rotte per le quali siano stati imposti oneri di servizio pubblico ai sensi del diritto comunitario”*

A supporto della necessità di un confronto tra SC e autorità competenti sul tema degli accosti, il contributo delle regioni e delle province autonome alla consultazione pubblica dell’Autorità di regolazione dei trasporti sullo schema di atto di regolazione recante le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per mare, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico, sottolinea come *“relativamente alla problematica della qualità dei servizi a terra, nei casi di presenza di enti e soggetti terzi responsabili nella gestione degli accosti, si suggerisce di valutare la possibilità di un loro coinvolgimento da parte dell’EA nella fase precedente l’affidamento con gara dei servizi, per garantire, unitamente alla priorità dell’assegnazione degli accosti per il mantenimento della continuità territoriale con le isole, anche livelli qualitativi minimi nell’offerta al pubblico dei servizi di “stazione”*.

Misura 4 – Obblighi di contabilità regolatoria e di separazione contabile per l’IN

in base all’art. 37, comma 3, lettera b), l’Autorità, *“determina i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e può imporre, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate”*.

La separazione contabile e la contabilità regolatoria risultano strumenti essenziali nei casi di IN incaricate di servizio pubblico titolari di più CdS e/o impegnate in attività diverse da quelle oggetto del CdS, effettuate in libero mercato. In tali casi, risulta necessario delimitare esattamente il perimetro dei costi pertinenti alla produzione dei servizi contrattualizzati con l'EA, ed evitare che sussidi pubblici assorbano costi invece riferibili ad altre attività eventualmente rese in regime concorrenziale.

A tal fine, la presente Misura definisce format di contabilità regolatoria e detta primi criteri e principi per la separazione contabile e la contabilità regolatoria atti a consentire all'EA (e all'ART) l'accesso alle informazioni funzionali al perseguimento degli obiettivi di efficienza e trasparenza.

I principi che hanno guidato la redazione della Misura concernente la contabilità regolatoria e la separazione contabile e, possono essere così sintetizzati:

- identificazione del singolo CdS quale centro di costo, indipendentemente dall'organizzazione interna della IN che gestisce il contratto (o più CdS);
- predisposizione del prospetto di conto economico per linea, Cds e per la totalità delle attività effettuate dall'IN
- predisposizione del un prospetto di Stato Patrimoniale per ciascun CdS e per la totalità delle attività effettuate dall'IN;
- riconciliazione con il Conto Economico e lo Stato Patrimoniale d'esercizio della IN;
- attribuzione al CdS esclusivamente delle componenti economiche e patrimoniali che, alla luce del criterio di pertinenza, risultano ascrivibili all'ordinario processo produttivo;
- allocazione diretta ed esclusiva allo specifico CdS delle componenti economiche e patrimoniali fondata su evidenze documentali;
- utilizzazione di *driver* pertinenti e obiettivi nel caso di costi comuni a più CdS, oppure a più attività:
 - scelti in ragione della loro idoneità a misurare i consumi di risorse o la destinazione degli asset nell'ambito di uno specifico CdS;
 - sufficientemente articolati in modo da riflettere adeguatamente le effettive caratteristiche delle attività fruite nell'ambito di un CdS ma originarie di altro CdS (nel caso, ad esempio, di transazioni interne quali il noleggio del naviglio);
 - aggiornati annualmente;
- attribuzione delle componenti economiche (inclusi i costi indiretti legati alla struttura centrale) e patrimoniali ascrivibili al complesso delle unità organizzative dell'IN, ai vari centri di costo relativi ai contratti di servizio in proporzione alle quantità precedentemente allocate in via diretta e pro-quota;
- predisposizione di una documentazione di corredo alla contabilità regolatoria, formata da:
 - schede tecniche relative ai servizi rientranti nel CdS;
 - relazione illustrativa contenente la metodologia impiegata per la redazione della contabilità regolatoria con particolare riferimento all'utilizzazione dei *driver*;
 - certificazione di conformità rilasciata da soggetto terzo, società di revisione indipendente, scelta dall'IN, con onere a suo carico, sulla base dei criteri individuati al punto 11 della Misura.

Titolo II – BANDO DI GARA

Misura 5– Informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara

Al fine di aumentare la contendibilità delle gare e ridurre le asimmetrie informative tra i partecipanti, è necessario che l'EA, tenuto anche conto di quanto previsto dalla vigente normativa, renda disponibile un set

minimo di informazioni, necessario per l'elaborazione di un'offerta congrua e la predisposizione di un piano economico-finanziario (di seguito: PEF) sostenibile da parte delle IN. È d'altra parte indiscutibile che la sostenibilità di un PEF e/o l'effettiva possibilità di raggiungere obiettivi quali-quantitativi e/o di efficientamento del servizio dipendano anche dall'affidabilità e dall'accuratezza di dati e informazioni che ogni contendente può disporre in fase di offerta (o manifestazione di interesse). Il principio fondamentale sancito dalla disciplina regolatoria proposta comporta che le informazioni rese disponibili debbano essere complete ed esaustive, per quanto nella disponibilità dell'ente, al fine di consentire a ogni operatore potenzialmente interessato di partecipare alla procedura di affidamento.

Tali informazioni sono specificate nel Prospetto 2 dell'Annesso 1 al Documento (di seguito: Prospetto 2) in relazione alla fase di gara (pre-informazione, bando, lettera di invito). Il prospetto è definito in analogia a quanto previsto nell'ambito del trasporto pubblico locale di passeggeri, delibera n. 49/2015, alla Misura 9, che prevede le informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara, dettagliate al Prospetto 1 della stessa delibera.

La raccolta di elementi per completare e arricchire il set minimo di informazioni da fornire ai partecipanti alla gara, dettagliato al Prospetto 2, può essere oggetto della consultazione degli *stakeholder*, prevista al punto 9 della Misura 2 del Documento.

Il predetto prospetto, che costituisce parte integrante del presente schema di atto di regolazione, individua, per ciascuna fase di gara, informazioni minime che l'EA deve rendere disponibili agli operatori interessati quale presupposto irrinunciabile per lo svolgimento della specifica fase dell'affidamento. In particolare, con riferimento alla pre-informazione, rilevano le informazioni generali che consentono agli operatori interessati di valutare l'eventuale partecipazione alla procedura di gara. A tal fine compongono il set minimo informazioni relative al valore indicativo del servizio, in termini di percorrenze annue stimate (anche sulla base del servizio precedentemente reso) espresse in corse e/o in miglia nautiche e di ricavi da tariffa, alle compensazioni, agli OSP, in termini di regolarità, continuità/periodicità e frequenza, capacità di posti, servizi a bordo, caratteristiche del naviglio, livello e articolazione delle tariffe; inoltre, sono forniti i riferimenti ai documenti di pianificazione e agli atti vigenti attinenti alla mobilità o ad altri aspetti connessi (Prospetto 1). Con riferimento alla procedura di gara, le informazioni messe a disposizione dall'EA presentano un livello di dettaglio maggiore, e sono alla base della definizione dell'offerta da parte dell'IN. Compongono il set minimo informazioni di cui al Prospetto 2: corrispettivo posto a base d'asta e quantificazione delle voci di costo inserite nel PEF dell'EA secondo quanto previsto alla Misura 8; struttura tariffaria, comprese le procedure di *clearing* in caso di integrazione tariffaria; infrastrutture portuali, con particolare riferimento agli approdi da utilizzare per il servizio, individuati dal SC alla Misura 4; dati di contesto, riguardo popolazione e domanda di spostamenti, al servizio espresso in percorrenze annue, quadro degli orari di progetto, lunghezza delle tratte e tempi di percorrenza, condizioni minime di qualità, ecc.; dati relativi alla domanda, sia effettiva in caso di servizio già esistente, sia stimata in caso di nuovo servizio; ricavi da traffico; mezzi nautici con relative caratteristiche e dotazioni a bordo. I dati, dove richiesto, sono da fornire in relazione alla singola linea e/o corsa.

È opportuno infine rilevare come l'effettiva disponibilità di alcuni dei dati/informazioni riportati all'interno del proposto Prospetto 2 debba necessariamente essere messa in relazione con il (progressivo) processo di imposizione da parte dell'EA di appositi obblighi di monitoraggio e rendicontazione nell'ambito dei CdS stipulati con l'IN affidataria, oggetto di specifica disciplina ai sensi della successiva Misura 16.

Misura 6 – Requisiti di partecipazione

L'EA individua i requisiti che i partecipanti alla gara devono possedere e che costituiscono parte integrante del bando di gara. L'obiettivo della Misura, nel rispetto delle disposizioni legislative vigenti in materia (*infra*), è individuare i criteri che l'EA deve adottare al fine di garantire, in tale ambito, condizioni eque e non discriminatorie a beneficio di tutti gli operatori potenzialmente interessati.

La disciplina a tale fine proposta, in analogia con l'impostazione già adottata dall'Autorità in occasione di analoghi provvedimenti regolatori in materia¹⁷, prevede che l'EA possa introdurre, oltre ai requisiti soggettivi obbligatori, ulteriori qualificazioni discrezionalmente individuate, ma solo a condizione che siano rispettati i criteri di attinenza, proporzionalità e non discriminazione, da valutare in correlazione alle peculiarità della gara come nel seguito approfondito. Tuttavia, l'esercizio di siffatta facoltà deve essere oggetto di un'attenta valutazione da parte dell'EA per evitare che l'introduzione di requisiti di partecipazione "ulteriori" rispetto a quanto disposto dalla vigente normativa abbia ricadute negative sulla concorrenza, restringendo in maniera immotivata il numero dei partecipanti alle procedure di gara¹⁸. Tale rischio deve essere scongiurato in quanto andrebbe in contrasto con i fondamenti della politica e della normativa euro-unitaria in materia di trasporti¹⁹, che, nel disciplinare le condizioni per lo svolgimento di gare eque e non discriminatorie, ha ripetutamente ribadito che l'introduzione di una concorrenza (regolamentata) tra gli operatori consente di rendere i servizi interessati più appetibili, efficienti, qualitativamente apprezzabili, tecnologicamente innovativi, oltre che meno onerosi in termini di utilizzo di risorse pubbliche. Si evidenzia inoltre che l'Autorità ha già avuto modo di sviluppare opportuni approfondimenti su tale tema, in relazione alla materia della "*contendibilità dei lotti da affidare*" trattata nell'ambito della Relazione illustrativa allegata alla delibera n. 48/2017 (cfr. Misura 6), evidenziando nell'occasione lo stretto rapporto che intercorre tra numero di potenziali concorrenti ed efficienza di servizi offerti, sia in termini economici, sia in termini qualitativi²⁰.

Con riferimento alle disposizioni oggi vigenti in materia, preme rilevare che:

- a) l'art. 18, comma 2, del citato d.lgs. n. 422/1997 prevede requisiti generali di "*idoneità morale, finanziaria e professionale*" per la partecipazione alle gare dei soggetti interessati, connessi al conseguimento dei titoli autorizzativi o abilitativi prescritti per l'esercizio dell'attività di trasporto passeggeri, in relazione al modo di trasporto medesimo;
- b) il citato d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) distingue tra (i) requisiti di ordine generale da prevedere obbligatoriamente in capo al partecipante, attinenti in sintesi all'affidabilità morale dell'operatore economico (cfr. art. 80)²¹, e (ii) requisiti speciali che l'operatore economico deve possedere ai fini della partecipazione ad una determinata procedura di gara, sulla base di quanto previsto dalla *lex specialis* definita dall'EA (cfr. art. 83), di cui al successivo approfondimento;

¹⁷ Cfr. in particolare la Misura 10 di cui all'Allegato A alla citata delibera n. 49/2015.

¹⁸ Tale aspetto è stato oggetto di ampia e ripetuta trattazione anche da parte del Consiglio di Stato (cfr. ad esempio, le sentenze nn. 7448 del 14 dicembre e 426 del 2 febbraio 2010) e dell'ANAC (cfr. da ultimo il parere n. 15 del 25 febbraio 2015).

¹⁹ Sin dal 1992, con l'adozione del "libro bianco sullo sviluppo futuro della politica comune dei trasporti", la Commissione europea sottolineava l'importanza dell'apertura alla concorrenza del mercato dei trasporti negli Stati membri, da cui si sono succeduti numerosi interventi normativi (regolamenti e direttive) ad esso correlati, finalizzati alla regolazione dei singoli settori.

²⁰ Al fine di una maggior tutela della concorrenza, si consideri inoltre il principio della determinazione di un numero di lotti inferiore al numero dei partecipanti più volte ribadito dall'AGCM nella propria pareristica (*ex multis*, AS1517 - CONSIP - Bando di gara per la fornitura di tecnologie server per le pubbliche amministrazioni – seconda edizione; aprile 2018).

²¹ L'obbligatorietà di possedere tali requisiti minimi è da intendersi in senso assoluto ai fini della stipula di qualsiasi tipologia di contratto pubblico: l'operatore economico carente di uno o più dei predetti requisiti di carattere generale è escluso dalla partecipazione alle procedure di gara, né può essere affidatario di subappalti.

- c) l'art. 48, comma 7 - lettera b), del citato d.l. n. 50/2017 introduce l'obbligo del possesso, da parte di chi intenda partecipare alle procedure di affidamento, di un patrimonio netto almeno pari al 15% del corrispettivo annuo posto a base di gara (cfr. punto 2 della Misura).

Come detto, l'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti speciali in capo all'EA comporta necessariamente che tale potestà sia esercitata garantendo condizioni eque e non discriminatorie, finalizzate a tutelare la piena concorrenza tra gli operatori potenzialmente interessati e, pertanto, l'efficienza e la qualità del servizio; a tale scopo sono individuati i seguenti principi generali:

- 1) *attinenza e proporzionalità*, ovvero la necessità che i predetti requisiti siano definiti dall'EA in ragione dell'oggetto e dell'importo dei servizi posti a gara, come disposto dal comma 2 del citato art. 83 del d.lgs. 50/2016²²;
- 2) *reciprocità e non discriminazione*, ovvero la necessità che sia garantita parità di trattamento di tutte le IN interessate alla gara con sostanziale parità di condizioni di partecipazione, evitando che specifici requisiti possano andare a danno di potenziali concorrenti, così come stabilito dall'art. 4 del Reg n. 3577/92²³.

La finalità dei predetti criteri è promuovere la concorrenza tra tutti gli operatori interessati e, a tal fine, l'EA dovrà avere particolare cura di non creare ingiustificate barriere all'ingresso, imponendo requisiti minimi tali da compromettere, esplicitamente o implicitamente, la possibilità di partecipare alla gara di determinate tipologie di soggetti economici in grado di soddisfare l'offerta dei servizi richiesta, con particolare riferimento alle imprese di piccole e medie dimensioni, nonché ai soggetti di nuova costituzione. A tale scopo, sarà compito dell'EA adottare un'opportuna "flessibilità" nella definizione dei predetti requisiti, individuando ove possibile soluzioni "equivalenti" di attestazione di idoneità/capacità (ad esempio, a livello documentale o procedurale), cui per giustificati motivi possono eventualmente ricorrere gli operatori.

Sotto questo aspetto merita un particolare approfondimento il riflesso che i requisiti definiti dagli EA possono avere sulle condizioni di partecipazione di operatori plurisoggettivi (consorzi, associazioni temporanee o raggruppamenti di imprese, altre forme di aggregazioni societarie), come disciplinati dall'art. 45 del citato d.lgs. 50/2016.

Tale tema deve essere infatti oggetto di particolare attenzione, in virtù del fatto che:

- I. da un lato, è innegabile che il diritto comunitario esprima un chiaro *favor* per la partecipazione alla gare di operatori plurisoggettivi (aggregati), in ragione delle potenziali sinergie funzionali al miglioramento dell'offerta, della funzione antimonopolistica dei raggruppamenti e del conseguente ampliamento del confronto concorrenziale, favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minori dimensioni o di nuova costituzione, nonché il beneficio che tali imprese possono trarre dalla collaborazione con soggetti operanti in maniera stabile e consolidata;
- II. dall'altro, si pone in materia (e in giurisprudenza) la necessità di evitare che tali raggruppamenti possano prestarsi ad un uso distorto, allo scopo di ridurre in sede di gara il confronto competitivo tra più soggetti ugualmente in grado di concorrere per l'affidamento (sia in termini di requisiti che di capacità economico-tecnica).

²² Ove si specifica che i requisiti di partecipazione devono essere "attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione".

²³ Ove si dispone in materia di prestazione dei servizi ai trasporti marittimi che "Uno Stato membro, se conclude contratti di servizio pubblico o impone obblighi di servizio pubblico, lo fa su base non discriminatoria per tutti gli armatori comunitari".

Pertanto, ferma restando la possibilità di escludere dalla partecipazione alla gara eventuali raggruppamenti temporanei di imprese “sovrabbondanti”²⁴, sarà cura dell’EA provvedere, nel rispetto del principio di proporzionalità di cui al precedente punto 1), a un’adeguata e opportuna armonizzazione dei requisiti di partecipazione definiti, al fine di scongiurare situazioni di iniqua attribuzione in capo ai singoli operatori, facenti parte del raggruppamento, di requisiti eccessivamente onerosi, fatta salva la possibilità di ricorrere all’avvalimento di terzi soggetti nei termini previsti dalla legislazione vigente, individuando, quantitativamente e per ciascuno dei requisiti interessati, le condizioni minime che devono essere possedute dal singolo operatore interessato, anche in relazione all’eventuale funzione che riveste nel soggetto aggregato (i.e. impresa mandante vs. mandataria all’interno di un A.T.I.), e quelle che possono essere esibite cumulativamente dal raggruppamento.

Resta fermo, in tale ambito, il divieto in capo all’EA di prevedere tra i requisiti di partecipazione alla gara condizioni discriminatorie legate alla localizzazione in un determinato territorio dell’operatore economico partecipante.

In caso di procedura di gara che preveda la suddivisione dei servizi oggetto di affidamento in più lotti, pare opportuno sviluppare un ulteriore approfondimento, in relazione alla possibilità da parte dell’EA di inserire nella documentazione di gara clausole “limitative” del numero massimo di lotti aggiudicabili da un singolo offerente. Anche in questo caso, infatti, la scelta discrezionale in capo all’EA, seppur lecita, deve essere attentamente ponderata, al fine di evitare effetti sulla concorrenza: da un lato, infatti, tale soluzione favorisce l’interesse a partecipare da parte dei potenziali concorrenti, evitando l’insorgere (o il perpetrarsi) di regimi monopolistici e mono-operatori in un determinato territorio, ma dall’altro dovrà essere ben disciplinata dall’EA in termini di criteri di valutazione delle offerte (alternative) in caso di superamento del numero massimo di lotti aggiudicati da un singolo contendente, composizione dei raggruppamenti in gara nei diversi lotti, eventuali divieti/restrizioni delle condizioni di partecipazione “incrociata” (singoli soggetti in più di un raggruppamento per lotti diversi).

Misura 7 – Criteri di aggiudicazione

In analogia con la disciplina di cui alla precedente Misura 6 (Requisiti di partecipazione), le disposizioni regolatorie di cui alla presente Misura rilevano ai fini della scelta discrezionale in capo all’EA di assegnare i servizi posti a gara sulla base della valutazione di criteri di aggiudicazione allo scopo pre-individuati. L’obiettivo della Misura, nel rispetto delle disposizioni legislative vigenti in materia (*infra*), è disciplinare le modalità che l’EA deve adottare per l’individuazione dei predetti criteri di aggiudicazione, nel rispetto dei principi generali di trasparenza della procedura di affidamento, proporzionalità ed economicità rispetto alle caratteristiche dei servizi in oggetto, parità di trattamento e non discriminazione a beneficio di tutti gli operatori potenzialmente interessati. Valgono in merito considerazioni simili a quelle sviluppate nel paragrafo precedente, ove si è osservato che il margine di discrezionalità operativa (opportunamente) in capo all’EA deve comunque scongiurare ogni eventuale effetto restrittivo della concorrenza, anche al fine di evitare contenziosi tra le parti; pertanto, la determinazione dei criteri di aggiudicazione dell’offerta, e la

²⁴ In caso di contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (e.g. possesso dei requisiti minimi in capo ai singoli operatori interessati) e sostanziale (e.g. concrete potenzialità anticoncorrenziali del raggruppamento in relazione alle caratteristiche del servizio e/o all’assetto del mercato interessato). Per eventuali approfondimenti, si veda al riguardo la copiosa documentazione prodotta, tra cui la Sentenza del Consiglio di Stato n. 560 dell’8 febbraio 2017 e il Comunicato ANAC del 3 settembre 2014 e la Comunicazione AGCM del 23 dicembre 2014.

definizione delle relative modalità di ponderazione, deve essere oggetto di adeguata attenzione da parte dell'EA.

Con riferimento alle disposizioni oggi vigenti in materia, preme rilevare che:

- a) ai sensi del punto 67 della citata Comunicazione SIEG vengono considerati adeguati al soddisfacimento della IV condizione della c.d. "Sentenza *Altmark*"²⁵ sia il criterio di aggiudicazione del "*prezzo più basso*" sia quello della "*offerta economicamente vantaggiosa*"; in quest'ultimo caso, a condizione che i criteri siano "*strettamente collegati con l'oggetto del servizio fornito*" e siano definiti "*in modo tale da consentire una concorrenza effettiva che minimizza il vantaggio per l'offerente selezionato*";
- b) il citato comma 2 dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997 dispone che "*La gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio*", indirizzando chiaramente l'EA a un processo di valutazione non esclusivamente orientato a un risparmio sui costi, ma finalizzato a considerare e valorizzare la qualità e il livello tecnico dei servizi forniti;
- c) l'art. 95 del citato d.lgs. n. 50/2016, nel confermare l'orientamento del d.lgs. di cui al precedente punto b), prevede che l'EA proceda "*all'aggiudicazione degli appalti (...) sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (...)*"²⁶.

Alla luce di tali disposizioni, la Misura disciplina le modalità di valutazione delle offerte da parte dell'EA sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (offerta economicamente più vantaggiosa) e, di conseguenza, in funzione della determinazione e valutazione operata dallo stesso EA di specifici criteri di aggiudicazione. Approfondendo tale tema, la discrezionalità lasciata agli EA dalla legislazione vigente (cfr. in particolare il citato art. 95 del d.lgs. n. 50/2016) in merito alla scelta dei predetti criteri e al correlato sviluppo della procedura di affidamento dei servizi posti a gara è assai ampia, ove si prescrive in particolare che essi siano:

- i. "*pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto*", nonché "*oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto*"²⁷;
- ii. pubblicati, unitamente ai documenti di gara, in applicazione dei principi comunitari di trasparenza e non discriminazione;
- iii. oggetto di specifica ponderazione, prevedendo "*ove necessario sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi*" o indicando, anche in alternativa, "*l'ordine decrescente di importanza dei criteri*", con l'obiettivo di "*individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa*";

²⁵ Sentenza della Corte Europea del 24 luglio 2003 (Causa C-280/00), relativa alla disciplina comunitaria degli aiuti di stato, che ha stabilito le condizioni di riferimento in base alle quali la compensazione per un servizio d'interesse economico generale non dovrebbe essere considerata aiuto di Stato, individuando i seguenti criteri:

- "*in primo luogo, l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro*;
- "*in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente*;
- "*in terzo luogo, la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento*;
- "*in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento*".

²⁶ Per completezza, si evidenzia che la disposizione citata prevede anche la possibilità di aggiudicazione "*sulla base dell'elemento prezzo o del costo*", subordinata alle condizioni di cui al comma 4 e, in particolare, per servizi "*con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*" o "*caratterizzati da elevata ripetitività*" (che non rientrano nelle tipologie di servizi interessati dalla presente regolamentazione).

²⁷ Alcuni esempi di tali criteri sono elencati al comma 6 del citato articolo.

- iv. definiti in modo tale da *“garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici”*, stabilendo a tale fine *“un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento”*;
- v. associati ad eventuali sistemi di premialità aggiuntivi da applicare *“in relazione al maggior rating di legalità e di impresa”*²⁸ dell'offerente, per agevolare la partecipazione imprese di nuova costituzione e/o di piccola-media dimensione, per tutelare l'impatto sulla salute e sull'ambiente.

Opportuni e utili approfondimenti su tali punti si possono riscontrare nelle disposizioni specificatamente emanate dall'ANAC, di cui alle Linee Guida n. 2 del 21 settembre 2016, recanti *“Offerta economicamente più vantaggiosa”*.

Tra essi pare opportuno soffermarsi sulla disposizione previste dal decreto citato²⁹ in merito alla definizione della soglia massima di attribuzione del punteggio economico (30%), di cui al precedente punto (iv). Preme rilevare infatti che tale scelta del legislatore non trova previgente fondamento nella normativa euro-unitaria e/o nazionale. Considerato peraltro che la possibilità di aggiudicare gare secondo il c.d. *“criterio del minor prezzo”*, prevista pur dal comma 4 dell'art. 95 del medesimo decreto, è limitata ad alcuni casi specifici (vd. nota), la disposizione *tout-court* di tale tetto massimo, invece di rappresentare un elemento di corretta perimetrazione del rapporto ponderale tra elementi tecnico-qualitativi ed elementi economici all'interno della disciplina di gara, potrebbe comportare un'ingiustificata ed eccessiva limitazione dell'offerta economica con potenziali riflessi negativi sulla concorrenza tra gli operatori interessati. Pertanto, pur nel rispetto degli adempimenti legislativi (ad oggi) vigenti, come detto oggetto di particolari rilievi da parte degli organi giuridici e delle autorità competenti in materia, si ritiene opportuno richiamare l'attenzione dell'EA sulla modalità di definizione della soglia di punteggio *in specie*, che dovrà tenere opportunamente conto delle caratteristiche specifiche dei servizi interessati definite nella disciplina di gara, con particolare riferimento all'individuazione di eventuali prestazioni *“standardizzate”* e/o condizioni stringenti di fornitura, per le quali cioè la *performance* di natura tecnico-qualitativa di ciascun singolo operatore, alla luce dell'attuale assetto del mercato, presenta un elevato grado di omogeneità e/o similarità, ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico. Si tenga conto, in tale contesto, che un innalzamento del *“tetto massimo per il punteggio economico”* consentirebbe molto probabilmente all'EA di definire più rapidamente le procedure di gara, riducendo la discrezionalità del processo di attribuzione del punteggio dei criteri tecnici e ampliando di conseguenza il perimetro di valutazione delle offerte economiche, a beneficio di effettive condizioni di concorrenza tra gli operatori di mercato potenzialmente interessati.

Fermi restando i riferimenti di cui sopra, nella Misura sono individuate alcune disposizioni regolatorie *“integrative”* (rispetto alla mera disciplina legislativa vigente), finalizzate a garantire che l'operato dell'EA, all'interno del margine discrezionale descritto, tuteli adeguate condizioni di partecipazione alla gara dei potenziali contendenti, di affidamento dei servizi interessati e di gestione del relativo CdS.

In particolare, sono in capo all'EA le seguenti attività, oggetto di successivo approfondimento:

1. individuazione degli obiettivi che intende perseguire al fine del soddisfacimento delle esigenze di interesse pubblico individuate e del miglioramento progressivo della performance dell'IN nel corso della durata del contratto;

²⁸ Di cui rispettivamente all'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) e all'articolo 83, comma 10, del citato d.lgs. 50/2016 (come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56). Con riferimento al *rating* di legalità, si rimanda anche alla disciplina adottata dall'AGCM (<http://www.agcm.it/rating-di-legalita.html>). Con riferimento al *rating* di impresa, si rimanda anche alle Linee guida ANAC *“Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese”* (al momento in attesa di pubblicazione).

²⁹ Cfr. art. 95, comma 10-bis, del d.lgs. 50/2016, come modificato dal sopracitato d.lgs. 56/2017.

2. definizione, sulla base dei predetti obiettivi, dei criteri di aggiudicazione (tecnici ed economici) che saranno applicati alla procedura di gara ai fini della valutazione delle offerte pervenute, sulla base di un adeguato sistema di ponderazione.

Propedeuticamente alla definizione dei criteri di aggiudicazione della gara, l'EA stabilisce nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento gli obiettivi che intende perseguire con riferimento alle seguenti tipologie:

- a) efficacia, con riferimento all'utilizzo del servizio (frequentazioni, *load factor*);
- b) efficienza, con riferimento ai costi operativi del servizio (esercizio, manutenzione) e relativi ricavi e alla produttività (costo del lavoro, anche in funzione delle percorrenze e/o del volume di traffico);
- c) qualità, nel rispetto delle condizioni minime di qualità dall'Autorità in esito al procedimento avviato con delibera n. 37/2016 del 6 aprile 2016 (di seguito: delibera n. 37/2016) e degli altri standard fissati nel contratto di servizio sulla base di indagini sulla qualità rilevata e percepita o in applicazione della "Carta della qualità dei servizi".
- d) gestione del servizio (titoli venduti per tipologia, ecc.);
- e) sostenibilità ambientale e sociale (emissioni inquinanti, consumi energetici, sicurezza a terra/bordo, incidentalità, ecc.);
- f) integrazione dei sistemi di trasporto (intermodalità, tariffe integrate o multioperatori, ecc.).

I predetti obiettivi, con particolare riferimento alle tipologie di cui ai precedenti punti e), f) e g), sono individuati dall'EA in funzione delle caratteristiche del servizio oggetto di affidamento.

In relazione agli obiettivi prescelti, l'EA stabilisce di conseguenza i criteri che saranno utilizzati per la valutazione delle offerte pervenute, specificando e distinguendo nella documentazione di gara i parametri di natura tecnica (che riguardano aspetti qualitativi, ambientali o sociali, strettamente connessi all'oggetto del servizio proposto) da quelli che caratterizzano l'offerta economica (riconducibili esclusivamente al prezzo/costo quantificato), nonché assicurando il rispetto dei principi generali di trasparenza, economicità e proporzionalità, non discriminazione, sopra richiamati.

In tale ambito, si è ritenuto primieramente opportuno porre attenzione al fatto che l'EA, nella definizione di tali criteri, assicuri l'assoluta assenza di commistione degli elementi tecnico-qualitativi da quelli economici, affinché i primi non possano subire condizionamenti, pena l'effettiva alterazione della ponderazione del rapporto comparativo tra le due tipologie di offerte, ovvero il rischio che il tetto massimo effettivo del "*punteggio economico*" superi il limite definito nella procedura di gara (*supra*). A tale scopo, quando l'EA ritiene opportuno prevedere l'inclusione nell'offerta tecnica di singoli parametri di natura economica, ad esempio se costituiscono un supporto necessario agli elementi tecnico-qualitativi oggetto di valutazione, essi dovranno essere, ove possibile, riconducibili a una catalogazione "standard", quali prezzi ufficiali di listino e/o costi/prezzi di mercato e/o a base di precedenti procedure aperte, e comunque non dovranno consentire alcuna ricostruzione complessiva o parziale di eventuali elementi di valutazione dell'offerta tecnica, mantenendone relative condizioni di estraneità e marginalità³⁰.

In aggiunta a quanto sopra, la misura regolatoria dispone l'obbligo in capo all'EA di individuare i criteri in modo pertinente ai servizi oggetto di affidamento, con riferimento alla natura, l'oggetto e le caratteristiche del servizio oggetto di affidamento.

³⁰ Su tale aspetto, per eventuali ulteriori approfondimenti, si rimanda alla Sentenza n. 316/2017 del 16 ottobre 2017 emanata dal TAR per l'Emilia Romagna in relazione alla gara per l'affidamento dei servizi di TPL bandita dall'Agenzia per la Mobilità Locale del bacino provinciale di Parma.

Infine, si è ritenuto opportuno dare rilievo alla stretta correlazione che deve intercorrere tra criteri di aggiudicazione e obiettivi di gestione del servizio definiti “a monte” (*supra*), disponendo che l’EA tenga conto degli obiettivi pre-individuati nella determinazione di criteri di valutazione dell’offerta che coinvolgano, in particolare, le caratteristiche delle navi utilizzate per lo svolgimento dei servizi oggetto di affidamento e/o le peculiarità di svolgimento dei servizi stessi.

A tale fine³¹, la misura regolatoria riporta un elenco di elementi di riferimento che l’EA potrà prendere in esame al fine di stabilire criteri di valutazione idonei; tali indicazioni sono da considerarsi alla stregua di proposte esemplificative e non esaustive, eventualmente e opportunamente da valorizzare da parte dell’EA, nell’esercizio della propria discrezionalità amministrativa, sulla base della specificità della singola gara e delle esigenze del territorio di competenza, con riferimento agli obiettivi di gestione individuati.

Nel contesto dei possibili criteri da determinare, si evidenziano in particolare gli elementi volti a valorizzare le capacità manageriali degli operatori partecipanti alla gara, con riferimento ai margini di autonomia nella politica tariffaria, nei limiti di quanto contrattualmente previsto³², e alla diffusione di sistemi ITS (*Intelligent Technology System*), tra cui ad esempio l’adozione di sistemi di bigliettazione elettronica e l’implementazione di tecnologie automatizzate di monitoraggio a bordo, soluzioni che permetterebbero all’EA di poter disporre di adeguate informazioni sulle caratteristiche della domanda, alla base di una corretta pianificazione dell’offerta dei servizi.

La definizione dei predetti criteri da parte dell’EA deve opportunamente tenere conto della forma di affidamento prescelta, ovvero dell’opzione di propendere verso un “appalto” piuttosto che verso una “concessione” di servizi (cfr. Nota introduttiva dello schema di atto regolatorio), da cui derivano consequenzialmente le modalità di allocazione dei rischi tra le parti, di cui alla Misura 9.

Nella fase di “disegno” della gara, è infatti in capo all’EA il processo di individuazione degli obiettivi ed esigenze di interesse pubblico da soddisfare, in funzione dei servizi interessati, della domanda rilevata e delle caratteristiche territoriali e, in questo ambito, l’EA definirà le caratteristiche tecnico-qualitative che i servizi offerti devono a possedere in maniera differente in relazione alla forma di affidamento scelta.

In particolare, in caso di “appalto”³³ l’EA pre-individua le caratteristiche del servizio ritenute fondamentali e necessarie, circoscrivendo inevitabilmente gli aspetti tecnico-qualitativi del servizio oggetto di offerta da parte delle IN (rispetto a uno scenario di “concessione”). Pertanto, anche la definizione dei criteri di aggiudicazione da parte dell’EA dovrà garantire un adeguato e pre-definito grado di omogeneità (se non, in alcuni casi, addirittura di standardizzazione) delle prestazioni offerte.

Un ulteriore elemento di rilievo costituisce la necessità che il processo di analisi e ponderazione degli elementi tecnici dell’offerta sia supportato dalla definizione di adeguati criteri motivazionali da parte dell’EA, che consenta un’opportuna ricostruzione del percorso logico-valutativo che sarà nel merito adottato dalla commissione giudicatrice (cfr. Misura 13). E’ pertanto compito dell’EA definire nella documentazione di gara non solo i sistemi di attribuzione dei punteggi ai singoli criteri tecnico-qualitativi individuati (ai sensi del menzionato art. 95 del d.lgs. n. 50/2016), ma individuare adeguati criteri motivazionali a supporto del processo da svolgere e, soprattutto, specificare il riflesso “quantitativo” di ciascuna motivazione sul punteggio da attribuire al criterio di aggiudicazione interessato, ovvero l’impatto che la presenza o meno della motivazione può avere sul calcolo del punteggio; sarà utile allo scopo stabilire, ove possibile, appositi

³¹ Anche alla luce della limitata relazionalità dei servizi in oggetto rispetto all’esemplificazione di cui al citato comma 6 dell’art. 95 del d.lgs. 50/2016.

³² Nel rispetto delle indicazioni e degli eventuali *range* definiti dai titolari della potestà tariffaria, se diversi dall’EA interessato.

³³ Ove l’EA mantiene sia la gestione dei servizi oggetto di affidamento, sia i relativi rischi operativi.

algoritmi di calcolo, finalizzati ad assicurare, da un lato, che la commissione giudicatrice operi garantendo condizioni di oggettività dei metodi adottati e, dall'altro, che il percorso logico-valutativo sia agevolmente ricostruibile e documentabile, assicurando in modo trasparente e chiaro l'effettiva rispondenza delle singole offerte tecniche pervenute alla totalità dei criteri/sub-criteri di aggiudicazione previsti.

È infatti necessario che l'operato della predetta commissione assolvere adeguatamente all'onere di congrua e proporzionata motivazione e limiti l'adozione di parametri di valutazione discrezionali e/o arbitrari, non previsti nella documentazione di gara. A tale fine, la Misura dispone che sia l'EA a verificare l'operato della commissione, sulla base dei verbali di gara che saranno allo scopo redatti, al fine di assicurarne la conformità e la coerenza con i criteri di valutazione definiti in modo chiaro e trasparente in sede di gara, con particolare riferimento alla necessità che siano adeguatamente esplicitate le motivazioni alla base delle scelte e delle ponderazioni effettuate, attraverso ad esempio:

- l'elencazione dei criteri motivazionali riscontrati e dei relativi riflessi ponderali sui calcoli dei punteggi;
- la formalizzazione degli elementi comparativi o distintivi delle singole offerte pervenute e della conseguente valorizzazione in termini di assegnazione di punteggio rispetto ai criteri tecnico-qualitativi interessati.

Su tale tema, si ritiene opportuno evidenziare la stretta correlazione esistente tra un'adeguata definizione dei criteri motivazionali e una dettagliata formulazione dei punteggi numerici da assegnare a ciascun criterio/sub criterio, attività entrambe in capo all'EA. In questo ambito rileva, fra le altre, la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 1495 dell'8 marzo 2018, relativa alla gara per l'affidamento dei servizi di passeggeri automobilistici urbani ed extraurbani e dei servizi marittimi di competenza della Regione Friuli Venezia Giulia, ove si specifica che: *"nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici"*³⁴. Sarà pertanto compito dell'EA armonizzare all'interno della documentazione di gara un opportuno bilanciamento tra criteri e (soprattutto) sub-criteri, e relativi punteggi, e criteri motivazionali adottati dalla commissione giudicatrice, laddove i secondi possono essere validamente sostituiti dai primi in presenza di un quadro valutativo sufficientemente dettagliato, in relazione alla necessità di consentire allo stesso EA di verificare la coerenza e correttezza dell'operato della commissione.

Misura 8 – Criteri di calcolo del corrispettivo a base d'asta e redazione del PEF dell'EA

Il Reg. n. 3577/92 non contiene disposizioni relative alla compensazione degli OSP, tuttavia la Comunicazione interpretativa, stante l'applicazione al settore del trasporto marittimo dell'art. 106, paragrafo 2 del TFUE,

³⁴ La stessa sentenza richiama peraltro precedenti pronunciamenti del Consiglio di Stato, tra cui le sentenze nn. 4650/2016, 3911/2016 e 120/2016.

rimanda alle disposizioni in materia di aiuti di Stato per la prestazione di servizi di interesse economico generale (di seguito: Pacchetto SIEG³⁵).

In base alla Comunicazione SIEG, affinché le compensazioni degli OSP non costituiscano aiuti di Stato, devono rispettare le quattro condizioni stabilite dalla Corte di Giustizia nella Sentenza *Altmark* (di seguito: condizioni *Altmark*). In base alla I condizione *Altmark*, *“l’impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell’adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro”*. In secondo luogo, *“i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente”* (II condizione). A tal fine, le Misure prevedono tra le informazioni trasmesse ai potenziali partecipanti di cui al Prospetto 2, il metodo di calcolo del corrispettivo posto a base di gara, oltre all’importo dello stesso.

La III condizione stabilisce che *“la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall’adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole”* (punto 42) al fine di evitare sovra-compensazioni. Possono essere presi in considerazione soltanto i costi netti determinati dagli adempimenti degli OSP direttamente connessi alla prestazione dello specifico servizio, oltre a quota parte di costi comuni a altri servizi in OSP e/o attività effettuate in libero mercato. *“Tutti gli introiti che l’impresa percepisce grazie alla fornitura del servizio di interesse economico generale devono essere invece dedotti”* (punto 56). A tale scopo, il Prospetto 3 dell’Annesso 1 al Documento (di seguito: Prospetto 3) contenente gli schemi di PEF individua le voci del conto economico ammissibili ai fini della compensazione degli OSP, oltre alle poste dello Stato Patrimoniale che concorrono a definire il capitale investito che costituisce la base a cui applicare il tasso di remunerazione per il calcolo del margine di utile ragionevole.

La scelta delle voci ammissibili per la determinazione dei costi operativi e di investimento trova pertanto fondamento *in primis* nella normativa sugli aiuti di Stato nonché conferma nella prassi seguita per i contratti relativi alle ex società del Gruppo Tirrenia esercenti i collegamenti marittimi in regime di servizio pubblico privatizzate ai sensi dell’art. 1, comma 999 della legge 27 dicembre n. 296. Tale prassi si basa sui criteri emananti con la delibera CIPE n. 111/2007 che limita i costi ammessi ai fini della determinazione del rimborso degli oneri di servizio pubblico a voci rispondenti ai criteri di rilevanza ai fini regolatori, pertinenza all’oggetto dei contratti ed economicità.

In tal senso va intesa la scelta relativa all’ammissibilità delle voci del conto economico di cui all’art. 2425 del codice civile (di seguito: c.c.), lettere A) n. 1) e 5), e lettera B) nn. dal 6) al 9), 11 e 14), per la determinazione dei costi operativi, e delle poste dello stato patrimoniale di cui all’art. 2424 c.c., voci B-I e B-II, C-I e C-II 1) e 5-quater) al netto della voce D 7) e 14), per quanto riguarda la definizione del capitale investito regolatorio. Il costo del capitale è dato dalla somma tra costi di rimborso del capitale investito di cui all’art. 2425 c.c. lettera B) n. 10 (ammortamenti) e margine di utile ragionevole calcolato come tasso di remunerazione applicato sul capitale investito netto. Per la determinazione dei costi operativi e del capitale investito sono pertanto considerate solo le voci riconducibili alla gestione o area caratteristica.

³⁵ Il cosiddetto “Pacchetto SIEG” del 2011, che ha sostituito il precedente pacchetto del 2005, è formato dai seguenti strumenti: Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (di seguito: Comunicazione SIEG); Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione, del 25 aprile 2012, relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di importanza minore (“de minimis”) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale (di seguito: Regolamento “de minimis”); Decisione riguardante l’applicazione delle disposizioni dell’articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (di seguito: Decisione SIEG); Comunicazione della Commissione sulla Disciplina dell’Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (di seguito: Disciplina SIEG).

Il margine di utile ragionevole include peraltro oneri finanziari e imposte che sono esclusi ai fini del calcolo dei costi operativi. Sono esclusi dal calcolo dei costi operativi gli accantonamenti ai fondi di cui all'art. 2425 c.c., lettera B) n. 12 e 13, mentre sono rilevanti gli utilizzi di tali fondi, qualora pertinenti alle attività oggetto di OSP (ad esempio il fondo manutenzioni cicliche).

Gli schemi 1-4 di cui al Prospetto 3 consentono all'EA il calcolo del corrispettivo a base di gara sulla base dei criteri sopra descritti. Il corrispettivo è calcolato in modo da garantire l'equilibrio economico-finanziario del contratto, tenuto conto dell'allocazione dei rischi e nell'ottica di perseguire l'efficienza delle gestioni e la riduzione della spesa pubblica. È attraverso la redazione del PEF che l'EA definisce il corrispettivo a base di gara verificando la sostenibilità dello stesso.

L'economicità del corrispettivo posto a base d'asta è inoltre verificata attraverso lo schema 4 del Prospetto 3 con il quale sono verificate le seguenti condizioni di equilibrio economico:

- I. il valore attuale di ricavi e costi ammessi attesi, attualizzati al WACC, sia equivalente e tale tasso corrisponda pertanto al TIR di tali flussi operativi;
- II. il valore delle poste figurative di cui allo Schema 4, applicate in ragione di un corrispettivo costante per tutta la durata di vigenza contrattuale, attualizzato al WACC sia pari a 0.

Il corrispettivo risultante dalla simulazione effettuata tramite il PEF viene reso noto in sede di gara senza fornire gli schemi con il dettaglio delle singole voci che lo compongono, ad eccezione di eventuali macro voci di costo che l'EA ritenga informazioni utili per i partecipanti alla gara.

In base alla IV condizione *Altmark*, una procedura competitiva, che costituisce la norma nel caso dei servizi di cabotaggio marittimo, consente di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività. L'interazione di forze di mercato competitive, tuttavia, può non essere di entità tale da evitare compensazioni eccessive, e pertanto particolare attenzione deve essere riservata alla definizione della compensazione a base d'asta che risulta generalmente calibrata sulle gestioni precedenti spesso riconducibili all'ex monopolista.

In considerazione di ciò, si ritiene di dover fornire alcuni criteri per il calcolo del corrispettivo a base di gara da parte dell'EA, mutuati dai principi definiti per i casi in cui un servizio venga affidato in assenza di procedure competitive. In particolare, è necessario fare riferimento a una remunerazione di mercato generalmente accettata dagli operatori o a un'impresa tipo, efficiente e dotata di tutti i mezzi necessari per l'adempimento degli OSP e devono essere considerati tutti i costi attinenti al servizio, sia diretti che indiretti per la quota attribuibile allo stesso (Comunicazione SIEG, Punto 74). Il concetto di "impresa gestita in modo efficiente" comporta inoltre il rispetto dei principi contabili vigenti a livello nazionale, internazionale o dell'Unione.

In relazione alle competenze attribuite all'ART dall'art. 48, comma 7, lettera a), del d.l. n. 50/2017, l'EA può prevedere, nell'ambito delle procedure di affidamento del servizio, la riscossione diretta dei ricavi da parte dell'IN purché ciò comporti anche il trasferimento del relativo rischio di impresa. È fatta in ogni caso salva la possibilità per l'EA di riscuotere i ricavi in proprio, mantenendo in tal caso il relativo rischio, e tale possibilità assume particolare rilevanza in caso di servizi facenti parti di una rete complessiva di servizi di trasporto pubblico, suddivisa in più lotti in affidamento (o da affidare), per i quali sia prevista integrazione tariffaria, e quindi il coinvolgimento, di attuali o potenziali differenti gestori. In tali casi, infatti, l'eventuale presenza di una pluralità di gestori potrebbe risultare in una maggiore complessità del processo di ripartizione dei ricavi da traffico relativi ai servizi integrati. La scelta del modello di riscossione attuata dall'EA si riflette sul processo di allocazione dei rischi tra lo stesso EA e l'IN di cui alla Misura 9.

Inoltre, sebbene i principi e gli strumenti contenuti nella Misura si applicano ai servizi affidati mediante la forma della concessione, è facoltà degli EA, nell'ambito della loro discrezionalità amministrativa, estendere l'applicazione di tali principi e l'utilizzo del PEF per una corretta definizione delle compensazioni, anche ai servizi affidati tramite appalto al fine di perseguire l'efficienza delle gestioni e la riduzione della spesa pubblica.

Misura 9 – Criteri di individuazione e allocazione dei rischi nell'affidamento in concessione

La Misura 9, relativa ai servizi affidati mediante la forma della concessione, descrive le modalità di individuazione dei rischi inerenti all'esercizio dei servizi oggetto di affidamento e di allocazione degli stessi tra l'EA e l'IN affidataria, attraverso la predisposizione da parte dell'EA dello strumento della matrice dei rischi, ovvero il documento di sintesi dell'analisi del rischio connesso allo svolgimento del servizio oggetto di CdS. Tale matrice viene definita dall'EA a monte della procedura di affidamento e mantiene la propria validità e funzione lungo tutto il periodo di vigenza contrattuale, sulla base di un processo che può essere distinto in 4 fasi: individuazione, valutazione, allocazione e gestione dei rischi.

La predisposizione della matrice, con riferimento alle prime 3 fasi sopra esposte, avviene propedeuticamente alla stesura della documentazione che disciplina la procedura di affidamento, di cui fa parte integrante al fine di garantirne adeguata pubblicità, e consente all'EA di valutare la convenienza del ricorso a strumenti caratterizzati da allocazioni alternative e successivamente di definire il margine di utile ragionevole e determinare le compensazioni tali da consentire il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario del CdS (di cui alle successive Misure 10 e 11).

Inseguito la matrice, per trasparenza allegata al CdS, costituirà per le parti interessate un riferimento costante per la gestione del CdS (IV fase), in funzione del verificarsi degli eventi inerenti ai rischi considerati. In particolare, in corrispondenza del termine di ciascun periodo regolatorio individuato all'interno del periodo di vigenza contrattuale, la matrice permetterà all'EA di apprezzare la permanenza dei rischi in capo alle parti contrattuali, nonché l'eventuale opportunità di provvedere a una revisione dei contenuti.

Sul tema in oggetto, nell'esercizio delle competenze di cui all'art. 181, comma 4, del d.lgs. 50/2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito: ANAC) ha pubblicato le Linee Guida n. 9 recanti *"Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*³⁶, in cui è definito un modello esemplificativo di matrice dei rischi, evidenziando come i rischi specifici da individuare e inserire possano variare in funzione dell'oggetto dell'affidamento e della natura del contratto sottoscritto.

Nel condividere tale impostazione, si è tuttavia ritenuto opportuno proporre in consultazione un modello di matrice (il più possibile) "di dettaglio", allegato allo schema di atto (Prospetto 5 dell'Annesso 1 al Documento), al fine di fornire un utile supporto all'EA nel processo di analisi e individuazione dei rischi, nonché ridurre l'asimmetria informativa tra lo stesso EA e l'IN. Il modello proposto individua il set minimo di rischi riconducibili alla gestione dei servizi di cabotaggio in relazione all'allocazione degli stessi (EA *versus* IN), ferma restando la possibilità per l'EA, in relazione alle specifiche caratteristiche del servizio oggetto di affidamento, di integrare la matrice con ulteriori voci, specificando la relativa allocazione tra le parti contrattuali.

³⁶ Cfr. Delibera ANAC n. 318 del 28 marzo 2018.

I rischi sono individuati dall'EA sulla base di criteri obiettivi e trasparenti, riconducibili alla natura del servizio oggetto di affidamento. A titolo puramente indicativo, l'individuazione e la valutazione dei rischi da parte dell'EA tiene conto almeno dei seguenti criteri generali:

- a) certezza e precisione nell'identificazione della natura e valutazione di probabilità e gravità dei rischi correlati al CdS;
- b) selezione dei rischi connessi all'esercizio dei servizi oggetto di affidamento, considerando sia aspetti controllabili e disciplinati in ambito contrattuale, sia aspetti riconducibili a fattori esterni, non controllabili dalle parti, che possono avere ripercussioni sul CdS;
- c) correlazione tra rischi e potenziali effetti di variazione del corrispettivo.

Analogamente, anche il processo di allocazione dei rischi tra le parti contrattuali da parte dell'EA si basa su appropriati criteri, in funzione delle caratteristiche del servizio oggetto di affidamento, tra i quali, a titolo indicativo e non esaustivo, rilevano:

- a) chiarezza nella suddivisione dei rischi tra EA e IN, anche attraverso la definizione di eventuali soglie (percentuali) oltre le quali prevedere l'attivazione di misure di mitigazione del rischio in capo alla parte interessata (*infra*);
- b) pertinenza nell'allocazione del rischio alla parte contrattuale in grado di sostenerlo a costi inferiori e di gestirlo in maniera efficace, considerate ad esempio le leve finanziarie e/o operative, la capacità effettiva di controllare/monitorare il rischio o l'esistenza di eventuali meccanismi di mitigazione;
- c) variabilità e gradualità nell'allocazione dei rischi nel corso della durata del contratto, attraverso la possibilità di diversificare nel tempo la definizione delle citate soglie di mitigazione.

Il processo di individuazione e allocazione dei rischi da parte dell'EA tiene inoltre conto delle disposizioni applicabili di cui alla normativa vigente, in particolare:

- l'allocazione del rischio in caso di affidamento in concessione deve sostanziarsi nel trasferimento all'IN del rischio operativo di cui all'art. 3, comma 1, lettera z) del d.lgs. 50/2016, che comporta la possibilità per l'operatore di non recuperare, in condizioni operative normali, gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione;
- ai sensi dell'art. 48, comma 7, lettera a) del d.l. 50/2017, in caso di contratti stipulati secondo il modello *net cost*, con riscossione dei ricavi da parte dell'IN, debbano essere allocati alla stessa IN tutti i relativi rischi (quali ad esempio: errata stima previsionale, contrazione per inefficienze commerciali, modifiche tariffarie non ordinarie, evasione/elusione).

Come anticipato, la matrice dei rischi proposta prevede l'individuazione da parte dell'EA di eventuali strumenti di mitigazione, intesi come azioni da adottare nel corso della durata del CdS al fine di limitare l'impatto sulla parte a cui è associato il rischio, a fronte dell'effettivo verificarsi dell'evento associato a uno specifico rischio. Tale processo tiene conto della natura e dell'intensità delle diverse tipologie di rischio individuate, nonché della relativa allocazione in capo a ciascuna delle parti contrattuali.

Le verifiche svolte dall'Autorità nella fase istruttoria dello schema di atto in oggetto hanno fatto emergere come nei CdS dei servizi marittimi non sia generalmente presente una matrice dei rischi, pertanto l'individuazione degli stessi si è basata sulla letteratura disponibile e sul contenuto di CdS relativi ad altre modalità di trasporto, individuando in particolare le seguenti 2 macro-categorie di rischio:

- a) operativo, in cui rientra anche il rischio commerciale di cui sopra, nonché l'ambito normativo-regolamentare;
- b) altri rischi (normativo, finanziario, cause di forza maggiore, gestionale, relazioni industriali).

Ciascuna categoria è composta da una serie di *driver* di rischi riconducibili ad esempio alla domanda, all'offerta, alle relazioni industriali, per ciascuno dei quali l'EA procede all'allocazione a una delle parti contrattuali o a entrambe in relazione alla capacità di gestione del rischio di ciascuna di esse. Nei casi di allocazione a una sola delle parti contrattuali, si intende in ogni caso un trasferimento almeno in prevalenza a tale parte, ferma restando la possibilità per l'EA di riconoscere una percentuale residuale di tale rischio all'altra.

Misura 10 – Determinazione del margine di utile ragionevole

In base alla seconda condizione individuata nell'ambito della Sentenza *Altmark* e ripresa dalla Comunicazione SIEG, al paragrafo 3.1: *"i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente"* mentre la terza condizione stabilisce che *"la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole"* (punto 43). Inoltre, *"l'atto di incarico deve stabilire i criteri per il calcolo di tale utile"* (punto 57, del paragrafo 3.4)

In base al paragrafo 3.5 della predetta Comunicazione SIEG, per margine di utile ragionevole si intende *"il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio"* (punto 61).

In analogia con le scelte effettuate dall'Autorità in relazione alla regolazione relativa ad altre modalità di trasporto (aeroportuale, ferroviario e autostradale) e all'applicazione risultante da altri settori (es. AGCOM, ARERA), si ritiene che una misura appropriata del margine di utile ragionevole possa essere costituita dal costo medio ponderato delle fonti di finanziamento (*Weighted Average Capital Cost: WACC*), comunemente stimato utilizzando la metodologia del *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*. Tale metodo fornisce la remunerazione sul capitale investito netto (di seguito: CIN), da riconoscere all'IN.

La Misura 10 stabilisce che il valore di tale remunerazione è determinato dall'Autorità che fornisce all'EA il relativo valore prima della pubblicazione della documentazione di gara ai fini della predisposizione del PEF e in caso di sua revisione o aggiornamento.

La formula del WACC, al lordo delle imposte, è la seguente:

$$R = g \cdot \frac{R_d \cdot (1 - t)}{1 - T} + (1 - g) \cdot \frac{R_e}{1 - T}$$

Il calcolo di R richiede pertanto la determinazione delle seguenti variabili:

- struttura finanziaria (*g* o *gearing*);
- tasso di rendimento del capitale di debito (R_d), dato dalla somma tra il *risk free rate* (*rfr*) e il premio al debito (*dp*);
- aliquote IRES (*t*) e IRES + IRAP (*T*), attualmente pari rispettivamente a 24% e 4,82%;
- tasso di rendimento del capitale proprio (R_e), dato dalla somma tra il *risk free rate* (*rfr*) e il prodotto tra il coefficiente beta (β) e l'*equity risk premium* (*erp*).

Il tasso R è convertito in termini reali attraverso la *formula di Fisher*:

$$R_{reale} = \frac{1+R}{1+\overline{P}} - 1$$

dove:

\overline{P} = media aritmetica dei tassi di inflazione programmati per le annualità del contratto, risultanti dall'ultimo DEF disponibile.

La quota di indebitamento finanziario g misura il rapporto tra debiti finanziari D (a breve e medio-lungo termine) e il totale delle fonti di finanziamento dato dalla somma tra lo stesso D e il capitale proprio E (Equity). Il *gearing* di settore è calcolato quale media dei valori degli ultimi cinque anni, rilevato dai dati di bilancio di un campione di imprese di navigazione operanti in Italia.

Il costo medio del debito rappresenta le condizioni di mercato per il finanziamento dell'impresa considerata. Tale indicatore è costituito da due componenti, il *risk free rate* e il premio sul debito. Per calcolare il *risk free rate*, che rappresenta il rendimento di un'attività priva di rischio, è possibile utilizzare come *proxy* i titoli di Stato. In coerenza con la prassi regolatoria si è scelto di calcolare *rfr* come media aritmetica dei rendimenti lordi del BTP decennale rilevati dalla Banca d'Italia, con riferimento agli ultimi 12 mesi disponibili³⁷. Il premio al debito dp rappresenta le condizioni di mercato per accesso al credito da parte dell'impresa ed è pertanto influenzato dalla solidità creditizia della stessa. In continuità con la prassi regolatoria dell'Autorità, dp è determinato sulla base del rapporto tra oneri finanziari e debiti finanziari di un *panel* di imprese di navigazione operanti in Italia rilevato dai dati di bilancio degli ultimi cinque anni. Gli oneri finanziari sono considerati al netto delle partite infragruppo e dei rapporti con i soci. In analogia con quanto determinato dall'Autorità relativamente alle altre modalità di trasporto, tale valore si assume in ogni caso non superiore al 2%.

Il tasso nominale di rendimento ammesso sul capitale proprio è determinato secondo la seguente relazione:

$$R_e = rfr + \beta_e \cdot erp$$

dove:

erp (*equity risk premium*) = premio sul capitale proprio, inteso come rendimento di mercato maggiorato rispetto al tasso privo di rischio.

β_e (*beta equity*) = misura del rischio sistematico e non diversificabile cui è soggetta l'impresa nel mercato considerato.

L'*equity risk premium* è valutato come differenza tra il rendimento complessivo del mercato azionario e il rendimento delle attività finanziarie prive di rischio.

Il valore dell' erp è determinato, secondo la prassi dell'Autorità, dal confronto con le stime Dimson, Marsh e Staunton (DMS), su dati storici e medie aritmetiche e geometriche per Italia nel periodo 1900 - 2016 e benchmark con altri regolatori italiani (AGCOM e ARERA). I più recenti atti regolatori dell'Autorità hanno assunto tale valore pari a 5,5%.

L'Autorità determina il parametro *beta equity* attraverso un'analisi per confronto dei coefficienti *beta* di aziende quotate appartenenti allo stesso settore o a settori comparabili (*comparables*). A tal fine considera dati relativi a imprese nazionali ed eventualmente, a imprese operanti nell'area euro in paesi con *rating* elevato. Nel campione, l'Autorità può considerare anche ulteriori imprese con rischiosità comparabile che svolgano altre attività regolate diverse da quello del trasporto marittimo. L'Autorità, individuati i *beta equity*, al fine di tener conto di una struttura finanziaria efficiente procede a derivare gli *asset beta* (β_a) di ciascuna società considerata, depurando i primi della leva finanziaria specifica a favore di una leva nozionale, attraverso l'applicazione della metodologia standard di *delevering* di cui alla formula seguente:

$$\beta_a = \frac{\beta_e}{(1 + (1 - t) D^s / E^s)}$$

³⁷ Il valore medio dei rendimenti giornalieri dei BTP decennali nel mercato secondario per il 2017 è pari a 2,11 (fonte Banca d'Italia).

dove:

β_a *asset beta*, determinato dalla media aritmetica degli *asset beta* delle singole società del campione di riferimento;

β_e *beta equity*;

t aliquota IRES che rappresenta lo *scudo fiscale*;

Ds/E_s leva finanziaria specifica.

Al fine di applicare la leva nozionale l'Autorità procede al *relevering* degli *asset beta* sopra individuati, così da ricavare il *beta equity* da attribuire al settore marittimo. Il *relevering* è effettuato, considerando il rapporto D/E, definito con i parametri nozionali di cui sopra, attraverso l'applicazione della seguente formula:

$$\beta_e = \beta_a * [1 + (1 - t) * \left(\frac{D}{E}\right)]$$

In caso di affidamento mediante la forma dell'appalto, per la determinazione dei parametri del margine di utile ragionevole a essi correlati, l'Autorità tiene conto dei minori rischi trasferiti in capo all'IN.

Le modalità sopra descritte di determinazione del WACC rispettano i principi di obiettività e trasparenza fissati dal diritto comunitario.

Misura 11 – Piano economico-finanziario dei concorrenti

Gli schemi di PEF utilizzati dall'EA per la definizione del corrispettivo a base di gara sono resi disponibili ai partecipanti alla gara per il calcolo dell'offerta economica. Ciò al fine di valutare la sostenibilità delle offerte presentate e il confronto tra le stesse. Il PEF contiene la proiezione, per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei flussi finanziari e, nel caso della concessione, coerentemente con la matrice dei rischi definita dall'EA. Le voci contenute negli schemi sono individuate sulla base dei criteri definiti nella Misura 9.

In aggiunta agli schemi 1-4 di cui al Prospetto 3 utilizzati per la definizione del corrispettivo posto a base di gara, i partecipanti dovranno presentare il rendiconto finanziario secondo lo schema fornito nello schema 5 di cui al Prospetto 3.

Il rendiconto finanziario costituisce, a partire dall'esercizio 2016, elemento del bilancio d'esercizio in virtù del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 139 di attuazione della direttiva 2013/34/UE che ha novellato l'art. 2423 del codice civile e introdotto l'art. 2425-ter. Il Rendiconto fornisce informazioni per la valutazione dell'evoluzione della situazione finanziaria (in particolare liquidità e solvibilità) nel periodo di vigenza del contratto.

Nel caso degli affidamenti in concessione, oltre che in sede di presentazione dell'offerta di gara gli stessi schemi di PEF dovranno essere utilizzati al termine di ciascun periodo regolatorio per la verifica dell'equilibrio economico-finanziario.

In caso di servizi per i quali è prevista la presentazione di un piano di investimenti in sede di offerta l'EA può prevedere ulteriori schemi di PEF finalizzati a valutare la sostenibilità finanziaria di tali investimenti, anche attraverso il calcolo di specifici indicatori quali, a titolo esemplificativo non esaustivo, il *Debt Service Coverage Ratio* (DSCR) e il *Loan Life Coverage Ratio* (LLCR) (Cfr. Definizioni).

Misura 12 – Termine per la presentazione delle offerte

Il termine per la presentazione delle offerte ha impatto principalmente su due aspetti: la necessità di garantire la massima partecipazione alla gara, favorendo la concorrenza, e la possibilità per i partecipanti di formulare offerte ben ponderate. In tal senso, si ritiene di individuare in un periodo non inferiore a 110 giorni

un termine minimo equo e congruo per la presentazione delle offerte. Tale periodo decorre dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio della lettera di invito.

Si è 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), gli elementi da tenere in considerazione per la definizione del termine minimo sono individuati nella complessità del programma di esercizio posto a base di gara e nella necessità di valutare gli eventuali investimenti, quali quelli relativi all'acquisizione di beni per l'effettuazione del servizio come, ad esempio, le navi. Si evidenzia che l'ampiezza dei lotti di gara può essere un elemento che incide nella complessità del programma di esercizio. Per quanto attiene il punto b), si ritiene 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 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 (nel caso di concessione), 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.

Con il punto 2 della Misura si introduce la possibilità per l'EA di stabilire un termine inferiore rispetto a quello di 110 giorni, previsto al punto 1, nel caso in cui il naviglio indispensabile per l'effettuazione del servizio di trasporto marittimo sia messo a disposizione dei partecipanti alla gara dall'EA stesso.

Misura 13 – Criteri di nomina delle commissioni giudicatrici

Le disposizioni regolatorie di cui alla presente Misura disciplinano i criteri che l'EA deve adottare al fine di individuare e nominare i componenti della commissione giudicatrice che, nel rispetto delle disposizioni legislative vigenti in materia, è designata a valutare le offerte pervenute nell'ambito della procedura di gara, dal punto di vista tecnico ed economico.

Tali criteri sono strettamente connessi con le disposizioni in merito già previste dalla citata delibera n. 49/2015 (cfr. Misura 21 dell'Allegato A), in riferimento ai quali si è ritenuto opportuno adottare alcuni interventi di revisione e integrazione, che tengono conto sia dell'evoluzione del quadro legislativo vigente (*infra*), sia degli esiti delle attività di "*monitoraggio dei nuovi affidamenti e dei contratti di servizio oggetto di revisione*" svoltesi dal 2015 a oggi ai sensi dell'art. 1, comma 3, della medesima delibera.

Con riferimento alle disposizioni oggi vigenti in materia, preme rilevare che:

- a) l'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 disciplina il procedimento di nomina delle commissioni giudicatrici che l'EA deve adottare nell'ambito delle procedure di gara aggiudicate con il criterio dell'offerta

- economicamente più vantaggiosa (l'unico applicabile per l'affidamento dei servizi in oggetto), definendo la composizione della commissione, le modalità di scelta dei componenti, i requisiti di limitazione e le cause di esclusione, nonché gli adempimenti in capo ai commissari designati;
- b) l'art. 27, comma 12-quater, del d.l. n. 50/2017 reca disposizioni per l'attribuzione, al ricorrere di determinati presupposti, delle funzioni di stazione appaltante nelle procedure di affidamento dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale; in particolare, al fine di separare le funzioni di regolazione/controllo dei servizi da quelle di gestione degli stessi, la disciplina prevede l'obbligo in capo all'EA di avvalersi di una stazione appaltante "esterna" (che svolga la procedura di affidamento) nel caso in cui il gestore uscente o uno dei concorrenti alla gara sia soggetto al controllo dell'EA o sia affidatario diretto (o *in house*) dell'Ente;
 - c) l'articolo 37, comma 2, lettera f), del d.l. n. 201/2011, attribuisce all'Autorità il compito di *"stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici"*.

In relazione all'attribuzione dell'Autorità di cui al precedente punto c), si ritiene opportuno evidenziare le seguenti ulteriori considerazioni:

- i. tale funzione si colloca all'interno del riparto di competenze tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali in materia di servizi pubblici, sul quale la Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2013 del 15 marzo 2013 si è espressa specificando che il *"compito dell'Autorità dei trasporti è, infatti, dettare una cornice di regolazione economica"* all'interno della quale i suddetti Organi *"sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito"* (cfr. punto 6);
- ii. con specifico riferimento alla nomina delle commissioni giudicatrici delle offerte di gara, la medesima Corte costituzionale, nella precedente sentenza n. 401/2007 del 23 novembre 2007, ha stabilito che *"gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara"*, ovvero nel caso *in specie* all'EA, derivando da ciò che *"non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti"*.

Alla luce di quanto sopra si configura in materia un preciso scenario di riparto di competenze in cui l'Autorità, con la Misura in oggetto, definisce la cornice regolatoria nel rispetto delle disposizioni statali sopra citate, che tuttavia sono da considerarsi subordinate ad eventuali riferimenti normativi regionali, già disposti o adottati in futuro.

A integrazione di quanto già disposto dal quadro legislativo nazionale vigente, è pertanto interesse dell'Autorità individuare criteri di nomina delle commissioni finalizzati principalmente a garantire l'apertura delle gare a tutti gli operatori, evitando situazioni di distorsione della concorrenza, conflitti di interesse o discriminazioni di singoli operatori, nonché perseguire il rispetto del principio di trasparenza, rafforzando in particolare la distinzione tra soggetti regolatori (gli EA interessati) e soggetti regolati (i potenziali contendenti alla gara, ove soggetti a forme di controllo/partecipazione da parte degli stessi Enti) ed evitando la commistione in capo alle Amministrazioni di ruoli incompatibili. Sarà compito delle Regioni interessate valutare caso per caso l'opportunità di adattare ai criteri individuati dall'Autorità la normativa di propria competenza eventualmente difforme.

Alla luce di quanto sopra, la disciplina regolatoria proposta declina i criteri di nomina delle commissioni giudicatrici attraverso due principali parametri di definizione: (i) l'individuazione dei requisiti di cui devono

essere in possesso i componenti e (ii) le condizioni che possono limitare o impedire il conferimento dell'incarico a un commissario.

Con riferimento a tali aspetti, fermo restando il rispetto "a monte" delle disposizioni di cui all'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016, sono specificati (punto 2 della Misura) i requisiti di professionalità e competenza richiesti a ciascun componente selezionato, tra i quali rilevano esperienze non solo di ordine tecnico, ma anche di natura economica legate in particolare alla procedura di valutazione del PEF, nonché di una particolare esperienza maturata nella pianificazione delle reti di trasporto e nella programmazione, gestione e monitoraggio dei servizi di trasporto marittimo.

La disciplina regolatoria prevede inoltre (punto 3) una specifica disposizione a tutela della trasparenza delle scelte effettuate dall'EA, cui compete l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale i *curricula* e la documentazione relativa a titoli di studio, qualificazioni ed esperienze professionali comprovanti i requisiti di competenza e professionalità dei componenti della commissione giudicatrice prescelti.

I punti 4 e 5 della Misura regolano invece il rapporto "trilaterale" che deve essere specificatamente disciplinato tra EA, IN aggiudicataria e componenti della commissione, stabilendo che questi ultimi non possono ricoprire funzioni o incarichi professionali, di qualsiasi tipo o durata, presso l'IN, pena l'incorrere in penali per inadempimento contrattuale, secondo modalità specificatamente disciplinate dall'EA nel CdS di riferimento, nonché la conseguente esclusione dell'IN interessata dalla possibilità di partecipare a successive procedure di affidamento indette dall'EA.

L'ultimo punto della Misura (punto 6) richiama infine le citate disposizioni dell'art. 27, comma 12-quater, del d.l. n. 50/2017, specificando che la disciplina regolatoria sopra descritta si applica anche nel caso in cui l'EA intenda avvalersi di una stazione appaltante "esterna", che svolge la procedura di affidamento in sua vece. Le presenti disposizioni, in tale frangente, sono quindi da intendersi in capo all'ente terzo di cui l'EA si avvale per lo svolgimento della procedura di affidamento.

Misura 14 – Trasferimento del personale

Il tema della "clausola sociale" rappresenta un nodo cruciale nel corretto sviluppo della procedura di affidamento e pertanto è stato nel tempo oggetto di numerosi interventi legislativi, nonché ripetutamente interessato da interpretazioni da parte di organi giurisdizionali (Corte di Giustizia dell'UE, Consiglio di Stato e TAR) e di autorità indipendenti (AGCM e ANAC). Nel rispetto di tale articolato contesto normativo si collocano le disposizioni regolatorie della Misura, che disciplinano i criteri che l'EA deve adottare al fine di individuare le modalità di trasferimento del personale dal gestore uscente (di seguito: GU) all'IN affidataria.

Con riferimento alla legislazione vigente, pare opportuno richiamare le seguenti disposizioni:

- a) la direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, che stabilisce i diritti dei lavoratori a livello euro-unitario, in casi di trasferimento della proprietà dell'impresa, nonché gli obblighi di cedenti e cessionari;
- b) l'art. 18, comma 2, punto e), del citato d.lgs. 422/1997, che prevede che gli EA (*"le regioni e gli enti locali"*) garantiscano *"l'indicazione delle modalità di trasferimento, in caso di cessazione dell'esercizio, dal precedente gestore all'impresa subentrante dei beni essenziali per l'effettuazione del servizio e del personale dipendente con riferimento a quanto disposto all'articolo 26 del regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148"*;
- c) l'art. 19, comma 3, punto l), del medesimo decreto, che prevede inoltre che i CdS definiscono *"l'obbligo dell'applicazione, per le singole tipologie del comparto dei trasporti, dei rispettivi contratti"*

collettivi di lavoro, così come sottoscritti dalle organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative e dalle associazioni datoriali di categoria”;

- d) l'art. 50 del d.lgs. 50/2016, che dispone che *“i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore”.*

Sul tema in oggetto va inoltre, e soprattutto, rilevato che il d.l. 50/2017 ha specificatamente attribuito in capo all'Autorità il compito di disciplinare la clausola sociale nel settore del TPL, incluso il trasporto marittimo, attraverso la disposizione di cui all'art. 48, comma 7, lettera e), che costituisce il fondamento della misura regolatoria e che impone la: *“previsione nei bandi di gara del 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 (...)”*³⁸.

L'orientamento legislativo sul tema è pertanto rivolto, in maniera palese ed incontrovertibile, verso la promozione della stabilità occupazionale³⁹ e l'adozione dei contratti collettivi, nel rispetto di quanto già applicato dal GU. Tale indirizzo è ribadito dalla citata disposizione del d.l. 50/2017, che prevale sulla precedente legislazione in virtù del principio di specialità e che di fatto introduce elementi di maggiore rigidità nella disciplina della clausola sociale, ove se ne afferma:

- a) l'applicabilità a “tutto” il personale dipendente del GU (non dirigenziale);
- b) l'adozione delle condizioni del contratto collettivo nazionale di settore “e” del contratto di secondo livello o territoriale del GU.

Ai sensi della legislazione vigente, l'EA è obbligato a prevedere la disciplina sulla clausola sociale allorquando il contratto oggetto di affidamento è oggettivamente simile a quello vigente, ovvero quando i servizi oggetto di affidamento (in termini ad esempio di relazioni origine-destinazione della domanda, volume di produzione, condizioni di esecuzione, OSP ad essi correlati) risultano assimilabili a quelli afferenti al CdS in corso⁴⁰, nel rispetto dei requisiti di cui a:

Merita in questo ambito evidenziare come tale obbligo incorra in capo all'EA anche nel caso in cui l'entità dei servizi oggetto di affidamento sia inferiore rispetto al CdS vigente: in questo frangente, la disciplina dovrà essere definita tenendo conto dell'effettivo fabbisogno di personale, in coerenza con quanto rilevato dall'ANAC nelle relative Linee guida recanti “La disciplina delle clausole sociali”⁴¹: *“nel caso in cui il nuovo appalto prevede l'utilizzo di un numero inferiore di prestazioni e dunque di risorse lavorative rispetto al contratto in essere, l'obbligo di assorbimento grava nei limiti del nuovo fabbisogno”* (cfr. § 3.2).

Nei predetti casi, l'EA deve prevedere, attraverso specifici riferimenti nella documentazione di gara, misure a tutela dei diritti dei lavoratori e della stabilità occupazionale in caso di subentro di un nuovo operatore nella gestione del CdS, disponendo in particolare l'obbligo in capo all'IN affidataria di assorbire nel proprio

³⁸ Testo vigente, come modificato dalla legge 3 agosto 2017, n. 123, di conversione del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91.

³⁹ Si coglie l'occasione per evidenziare che l'adozione di specifici strumenti di tutela dell'occupazione può essere prevista dall'EA (anche) tra i criteri di valutazione e aggiudicazione dell'offerta di gara, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 3-bis, comma 2, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138.

⁴⁰ Tenendo presente che, nel caso in cui l'entità dei servizi oggetto di affidamento sia inferiore rispetto al CdS vigente, la disciplina della clausola sociale sarà definita tenendo conto dell'effettivo fabbisogno di personale, ai sensi di quanto rilevato dall'ANAC nelle relative Linee guida recanti “La disciplina delle clausole sociali”, cfr. §3.2 *“nel caso in cui il nuovo appalto prevede l'utilizzo di un numero inferiore di prestazioni e dunque di risorse lavorative rispetto al contratto in essere, l'obbligo di assorbimento grava nei limiti del nuovo fabbisogno”.*

⁴¹ Documento in consultazione, pubblicato in data 13 maggio 2018 in applicazione di quanto previsto dall'art. 213, comma 2 del d.lgs. 50/2016.

organico, con preferenza rispetto a soggetti terzi, il personale del GU precedentemente impegnato nello svolgimento dei servizi oggetto di affidamento.

La misura regolatoria prevede che, ai fini del trasferimento del personale dal GU al nuovo affidatario, il GU trasmetta all'EA l'elenco del proprio personale, di qualifica non dirigenziale, da trasferire all'IN affidataria, fornendo i dati riportati alla sezione "Informazioni sul personale" di cui al Prospetto 2a dell'Annesso 1 allo schema di atto posto in consultazione. Il predetto elenco dovrà essere compilato dal GU in rispondenza ai prospetti di contabilità regolatoria redatti dallo stesso ai sensi della Misura 4, secondo gli schemi riportati al Prospetto 6 dell'Annesso 1.

L'introduzione del principio di coerenza tra il personale del GU da trasferire dall'IN affidataria e i dati di contabilità regolatoria (definiti all'interno del presente schema di atto) è finalizzata ad assicurare la pertinenza dell'elenco fornito dal GU ai fini dell'adempimento alla clausola sociale a quanto effettivamente necessario allo svolgimento dei servizi oggetto di affidamento, nell'ottica di garantire adeguati obiettivi di efficacia ed efficienza da parte dell'IN affidataria, senza gravare l'operatore entrante dell'obbligo di rilevare personale non pertinente in numero e funzioni operative.

Si è ritenuto opportuno introdurre questo criterio regolatorio nel rispetto delle disposizioni dell'art. 48, comma 6 – lettera b), che prevede che: *"sia per i bandi di gara che per i [predetti] contratti di servizio esercitati in house o affidati direttamente l'Autorità determina la tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza che il gestore deve rispettare"*⁴², nonché in coerenza con l'ampia giurisprudenza che nel tempo si è espressa in merito al tema della clausola sociale e alla necessità che tale disciplina sia temperata con adeguate forme di salvaguardia della concorrenza, con riferimento ad esempio, da ultima, alla Sentenza del Consiglio di Stato n. 272 del 17 gennaio 2018, ove si afferma che *"la clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza (...), evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente"* e che pertanto *"dev'essere armonizzata con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante"*⁴³.

In tale ambito, resta ferma la possibilità per il GU di mantenere in carico quota-parte del proprio personale originariamente impiegato nei servizi oggetto di affidamento.

Come anticipato, la menzionata legislazione vigente prevede una stretta e indissolubile correlazione tra la clausola sociale e l'applicazione dei contratti collettivi di settore. A tale scopo, l'EA deve definire la disciplina in oggetto nel rispetto delle condizioni previste dal vigente contratto collettivo nazionale (CCNL), con particolare riferimento alle condizioni giuridiche ed economiche del trasferimento del personale dal GU all'IN affidataria e alle relative modalità di gestione del trattamento di fine rapporto, assicurando la parità di trattamento, la non discriminazione, la certezza della disciplina applicabile e la garanzia per i lavoratori interessati sul trattamento di fine rapporto maturato. Specularmente, l'IN affidataria sarà obbligata ad attuare nei confronti dei dipendenti assorbiti le condizioni normative risultanti dal contratto nazionale di settore e dal contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente, assicurandone il rispetto anche dopo la scadenza dei suindicati contratti, sino alla loro sostituzione, nonché anche nel caso in cui non abbia aderito alle associazioni stipulanti o receda da esse.

⁴² Che, come detto, ha introdotto modifiche all'art. 37 del d.l. 201/2011.

⁴³ Sul tema, come detto, rilevano numerose altre pronunce degli organi preposti, tra cui in particolare si richiamano le sentenze della Corte di Cassazione nn. 24972/2016 del 6 dicembre 2016 e 1316/2017 del 19 gennaio 2017.

In tale processo sono comunque fatte salve eventuali negoziazioni tra le parti volte all'armonizzazione delle condizioni in caso di trattamenti differenziati per specifiche qualifiche/mansioni, ipotesi di quiescenza o uscite volontarie dal servizio, sottoscrizione di specifici accordi in deroga tra l'IN affidataria e le organizzazioni sindacali di categoria, fermo restando che tali variazioni dovranno essere comunque soggette ad autorizzazione da parte dell'EA.

Le modalità di trasferimento del personale definite dall'EA nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento, nel rispetto delle disposizioni sopra descritte, rappresentano un vincolo imprescindibile per la partecipazione alla gara, pertanto è in capo ad ogni contendente l'obbligo di accettare espressamente, in sede di offerta, quando disposto in materia dall'EA; in caso contrario, l'offerta interessata non può essere ritenuta ammissibile. Allo stesso tempo, tuttavia, (l'accettazione de) la clausola sociale non può essere considerata dall'EA un criterio di valutazione/ aggiudicazione dell'offerta tecnica, nel rispetto di quanto disciplinato dalla precedente Misura 7.

Una volta completata la procedura e individuata l'IN affidataria, la clausola sociale già prevista nella documentazione di gara è riportata nel CdS, ove sono espressamente formalizzati i diritti e gli obblighi relativi al personale trasferito dal GU. L'eventuale inadempimento da parte dell'IN affidataria a tali obblighi sottoscritti, durante il periodo di validità contrattuale, deve prevedere apposite e congrue penali e rileva come causa di risoluzione del rapporto.

Titolo III – SCHEMA DELLE CONVENZIONI

Misura 15 – Schema dei contratti di servizio e contenuto minimo

La presente Misura è finalizzata, in prima istanza, ad individuare i contenuti minimi del CdS attraverso la predisposizione di uno schema di riferimento, (Prospetto 5 dell'Annesso 1 al Documento, di seguito: Prospetto 5), lasciando alle Misure regolatorie successive (da 16 a 18) la disciplina di alcuni elementi essenziali di cui l'EA deve tenere conto, sulla base di criteri pro-concorrenziali e di trasparenza, nella predisposizione dei CdS di propria competenza.

Come rilevato alla Misura 1, il vigente articolo 37, comma 2–lettera f), del d.l. 201/2011⁴⁴ attribuisce all'Autorità il compito di definire *“gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare [...]”*. Riguardo all'ampiamiento dell'ambito oggettivo del presente atto di regolazione anche all'affidamento dei CdS non in esclusiva si richiamano le argomentazioni contenute in relazione alla Misura 1.

In tale contesto, con riferimento al panorama legislativo vigente, il tema dei CdS, come atto giuridicamente vincolante che formalizza e disciplina l'accordo tra EA e IN per l'affidamento della gestione e fornitura di un servizio di trasporto marittimo connotato da OSP, è oggetto di articolata (e più o meno approfondita) trattazione, sia a livello euro-unitario, sia a livello nazionale, sia, in taluni casi, regionale. Una lettura contestuale di tali riferimenti è, pertanto, opportuna, oltre che necessaria, per la corretta definizione di un *“contenuto minimo”*, al fine di definire schemi di riferimento per la redazione dei CdS da applicare caso per caso.

Specificatamente, la normativa europea di settore (Reg. n. 3577/92), non contiene un dettaglio dei contenuti minimi del CdS, limitandosi all'art. 2, punto 3) circoscrivere il contenuto a:

- servizi di trasporto conformi a determinate norme di continuità, regolarità, capacità e qualità;
- servizi di trasporto complementari;
- servizi di trasporto a determinate tariffe e condizioni, in particolare per talune categorie di passeggeri o per taluni percorsi;
- adeguamenti dei servizi alle reali esigenze.

La stessa Comunicazione interpretativa non aggiunge ulteriori specificazioni limitandosi a chiarire, al paragrafo 5.3, che *“i contratti di servizio pubblico sono lo strumento che in genere viene usato per costituire gli obblighi di servizio pubblico nei casi in cui un approccio orizzontale applicabile a tutti gli armatori che intendono servire una data rotta non sia sufficiente a soddisfare le esigenze essenziali di trasporto, in particolare le condizioni generali relative alla qualità di un dato servizio”*.

Sull'argomento inoltre, il considerando 14 e l'articolo 4 della Decisione SIEG e il paragrafo 3.3 della Comunicazione SIEG specificano come, sebbene la forma dell'atto di incarico con il quale la gestione del servizio di interesse economico generale è affidata all'impresa possa variare da uno Stato membro all'altro, assumendo *“la forma di un atto legislativo o regolamentare o di un contratto”*, debbano essere precisate *“almeno le imprese considerate, l'oggetto e la durata esatti e, se del caso, il territorio interessato dagli obblighi di servizio pubblico, la concessione di diritti esclusivi o speciali, e descrivere il meccanismo della compensazione nonché i parametri per determinarne l'importo e per prevenire e recuperare eventuali sovracompenazioni.”*

⁴⁴ Come novellato dalle disposizioni dell'art. 48, comma 6 – lettera b), del d.l. 50/2017.

Sono altresì di assoluta rilevanza i contenuti del Regolamento (UE) n. 1177/2010 del Consiglio del 7 dicembre 1992 (di seguito: Reg. n. 1177/2010), relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri che viaggiano via mare (oltre che per vie navigabili interne).

La normativa nazionale, con riferimento ai servizi di interesse regionale, fonda i propri presupposti in materia di CdS sull'articolo 19 del d.lgs. 422/1997 che, rimandando alla regolamentazione euro-unitaria, definisce *inter alia* anche i contenuti generali dello strumento (cfr. comma 3, lettera a – l), concentrandosi in particolare sui requisiti di equilibrio economico-finanziario del contratto. Rilevano sul tema, inoltre, le disposizioni di cui all'art. 2, comma 461, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (di seguito: legge 244/2007), relative alla Carta (della qualità) dei servizi in materia di trasporto pubblico, nonché il d.lgs n. 129/2015 recante la disciplina sanzionatoria per le violazioni delle disposizioni del suddetto regolamento europeo relativo ai diritti dei passeggeri.

Numerosi sono, infine, i riferimenti a vigenti leggi regionali che, sulla base e nel rispetto della normativa euro-unitaria e nazionale, hanno definito specifiche precisazioni sui contenuti e i requisiti dei CdS.

Nella Misura si richiama altresì il rispetto delle Misure dall'Autorità che saranno adottate con separato atto alla conclusione del procedimento in materia di condizioni minime di qualità e relativo sistema di penali riferiti ai servizi di trasporto marittimo connotati da OSP, il cui termine è attualmente previsto per il 5 ottobre 2018.

L'architettura del Prospetto 5 prevede, per ogni elemento oggetto di trattazione, la descrizione del contenuto generale del CdS, la sintesi della normativa applicabile, nonché i riferimenti alle Misure dello schema di atto in consultazione.

Il Prospetto 5 è inoltre strutturato in quattro sezioni, caratterizzate in base alla natura dei contenuti e afferenti ai seguenti macro tipi: tecnico – operativi, economici, qualitativi, clausole generali. A tali sezioni è anteposto un capitolo con le premesse al contratto che riporta l'elenco degli atti normativi e regolatori relativi all'iter di affidamento. A ciascuna delle sezioni individuate, attengono diversi aspetti che costituiscono i singoli articoli del CdS, alcuni dei quali sono ulteriormente approfonditi nelle Misure richiamate, come detto, all'interno del prospetto stesso. Inoltre, dove ritenuto opportuno data la consistenza e tipicità di alcune informazioni, sono indicate quali di queste siano oggetto di specifici allegati al CdS che ne costituiscono così parte integrante.

Al di là della struttura generale del Prospetto e delle relative sezioni in cui esso è articolato, oggetto di approfondimento nei prossimi paragrafi, si evidenzia come l'ordine di trattazione dei temi all'interno di ciascuna sezione è da ritenersi puramente indicativo, seguendo un filo logico di presentazione degli elementi essenziali, contenuto minimo per la predisposizione dei CdS.

Contenuti tecnico - operativi

La sezione relativa ai contenuti di natura tecnico - operativa contiene le sottosezioni relative a: oggetto, durata del CdS e condizioni di proroga/rinnovo, OSP, programma di esercizio e modalità di modifica temporanea, o permanente e soppressione del servizio, eventuali servizi sostitutivi, caratteristiche del naviglio e relativa manutenzione, monitoraggio dei servizi e rendicontazione, obblighi del gestore alla scadenza del CdS.

La descrizione sintetica dei servizi oggetto del CdS, e delle attività strumentali a essi connesse, deve prevedere un rimando agli OSP che caratterizzano lo svolgimento del servizio, ad esempio in termini di:

- regolarità, continuità, frequenza, capacità di fornitura del servizio, anche in relazione al programma di esercizio previsto;

- tariffe da applicare e modalità/responsabilità di definizione/aggiornamento (cfr. anche “contenuti economici” di cui al § successivo);
- altri requisiti contrattuali da rispettare e relativi compiti in capo a IN (ed EA).

A tale fine il CdS contiene l’indicazione della portata degli eventuali diritti di esclusiva (esclusione della possibilità per altri operatori di operare sulle linee oggetto del CdS), nonché le modalità di gestione individuate in termini di riscossione degli introiti tariffari (*net cost vs. gross cost*)⁴⁵.

L’individuazione dell’oggetto del CdS deriva dalla definizione dei lotti di affidamento di cui alla Misura 6 della delibera n. 48/2017, al termine di una procedura che comprende le fasi di analisi della domanda potenziale, inclusa quella debole, in relazione alla definizione del bacino di mobilità e di individuazione dell’ambito (o ambiti) di servizio pubblico di cui alle Misure 1, 2 e 3 della medesima delibera citata.

L’oggetto del contratto definisce inoltre le condizioni alle quali l’IN può effettuare eventuali servizi al di fuori del CdS.

Il tema della durata/proroga/rinnovo del CdS, tiene conto dei requisiti definiti dalla normativa euro-unitaria e nazionale e si basa sull’esigenza di salvaguardare contestualmente da un lato le esigenze di tutelare un’opportuna concorrenza tra operatori e dall’altro la possibilità di prevedere adeguati investimenti, necessari per l’esercizio.

Il Reg. n. 3577/92 non definisce una durata massima per i CdS. Tuttavia, in base alla Comunicazione interpretativa, la definizione della durata del CdS deve essere determinata in ottemperanza a due diversi principi: da un lato, limitare al massimo l’effetto distorsivo sulla concorrenza, in applicazione del principio di proporzionalità definito dallo stesso Regolamento, dall’altro non dissuadere gli armatori dall’effettuare investimenti consistenti necessari per l’esercizio. Pertanto, la durata deve essere tale da consentire una verifica periodica del mercato e, contemporaneamente, favorire l’implementazione di innovazioni e miglioramenti qualitativi, consentendo altresì il recupero dei capitali investiti nell’ambito della durata contrattuale, e limitando l’incertezza relativa all’allocazione dei rischi contrattuali. In base ai principi sopraesposti la Commissione ritiene che contratti della durata massima di 12 anni siano giustificabili in presenza di criteri oggettivi (necessità di recupero investimenti, assenza effetti di preclusione del mercato). Il contratto individua altresì la data di inizio del CdS.

Il d.lgs. n. 422/1997 all’art. 18, stabilisce invece, per i servizi di interesse regionale, che i CdS per l’esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, debbano avere durata non superiore a nove anni.

Alla luce del quadro normativo di settore vigente, è pertanto possibile definire una durata massima di 12 anni per i servizi di interesse nazionale (collegamenti con le isole maggiori), e di 9 anni per i servizi di cabotaggio con le isole minori, purché nel rispetto dei principi sopra esposti

Peraltro, in base all’art. 168 del d.lgs. n. 50/2016 la durata massima delle concessioni “*non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario [...]*”.

Con riferimento a eventuali proroghe e/o rinnovi contrattuali, invece, il Reg. n. 3577/92 e la relativa Comunicazione interpretativa non forniscono indicazioni. A tale proposito è necessario fare riferimento alla normativa vigente in materia di appalti e concessioni (si vedano ad es. gli artt. 106 e 175 del d.lgs. n. 50/2016). Nel CdS sono comunque individuate le eventuali casistiche in cui sono ammessi la proroga e il rinnovo e le relative modalità. Gli OSP che possono essere imposti attraverso il CdS si limitano ai requisiti essenziali di cui all’art. 4 del Reg. n. 3577/92:

⁴⁵ Sul tema OSP e diritti di esclusiva si vedano anche le considerazioni della Commissione sviluppate ai §§ 5.3 e 5.5 della Comunicazione interpretativa.

- a) esigenze relative ai porti che devono essere serviti;
- b) regolarità, continuità, frequenza, capacità di fornitura del servizio;
- c) tariffe;
- d) equipaggio della nave.

L'EA individua gli OSP nel rispetto del principio di non discriminazione, come previsto dall'art. 4 del Reg. n. 3577/92, e, sull'argomento, la Comunicazione interpretativa al paragrafo 5.3.2 specifica che gli obblighi imposti non devono essere *"ritagliati su misura per una data compagnia di navigazione e tali da impedire ad altri armatori dell'Unione l'accesso al mercato, né applicare obblighi che avrebbero lo stesso effetto."*

Il SC inoltre definisce gli OSP tenuto conto delle disposizioni di cui alla Misura 4 della delibera n. 48/2017.

È necessario che il CdS riporti la descrizione dettagliata del programma di esercizio, eventualmente oggetto di specifico allegato, con indicazione (almeno) di linee, periodicità, orari di partenza e arrivo ed eventuali fermate, distinzione in servizi feriali e festivi in ogni stagione, produzione di miglia nautiche e capacità offerta, nonché del naviglio utilizzato.

In tale ambito il CdS disciplina anche le modalità di gestione delle interruzioni del servizio, in funzione delle possibili cause (condizioni meteorologiche marine avverse, sciopero, sospensioni per cause di forza maggiore o disposte dalle pubbliche autorità per motivi di ordine e sicurezza), definendo in particolare i tempi di informazione dell'EA e degli utenti, di attivazione del servizio sostitutivo, se pertinente (*infra*), nonché le eventuali penali.

In analogia, devono essere disciplinate anche le variazioni permanenti dell'esercizio, in funzione delle relative casistiche (mutate esigenze della domanda, esigenze tecniche e di pubblica utilità, ecc.), definendo le procedure e i tempi per la richiesta di modifica, le eventuali soglie di variazione in aumento e diminuzione delle percorrenze che non comportano la revisione del PEF (franchigie), nonché i tempi di informazione all'utenza.

Il tema dei servizi sostitutivi ha per i servizi di trasporto marittimo una rilevanza inferiore rispetto ad altre modalità stante l'impossibilità in talune circostanze di attivare servizi effettuati con modalità diverse da quella marittima. In ambito marittimo, servizi sostitutivi costieri possono essere attivati, ad esempio, per collegare, via terra, il porto di origine presso il quale il servizio programmato non è disponibile con un porto di accesso al servizio di trasporto alternativo e viceversa collegare un porto alternativo di egresso dal servizio al porto di destinazione presso il quale il servizio programmato non è disponibile. Inoltre, i servizi marittimi possono essere sostituiti attraverso servizi di trasporto aereo. Nel caso ciò sia possibile, l'IN dovrà elaborare uno specifico "Piano d'intervento", anche oggetto di specifico allegato al CdS, relativo alle azioni da attivare e ai servizi da garantire agli utenti per il raggiungimento del porto di destinazione finale del viaggio in caso di soppressioni, mediante collegamenti con altre modalità all'uopo attivati. Il piano deve in particolare individuare le casistiche e i tempi massimi di attivazione, la relativa procedura adottata, le modalità di determinazione del corrispettivo da riconoscere per l'esercizio del servizio sostitutivo, le condizioni minime quali-quantitative del servizio garantite, con riferimento anche all'organizzazione dei servizi a terra che assicuri un congruo accomodamento dei passeggeri in relazione alla durata dell'attesa, con particolare attenzione ai casi di soppressione delle ultime corse della giornata che possono richiedere un soggiorno di una o più notti dei passeggeri, ed in ottemperanza all'art. 17 del Reg. n. 1177/2010.

Il CdS riporta le caratteristiche generali del naviglio utilizzato per l'effettuazione dei servizi così come risultante dall'offerta di gara, in termini di tipologia, capacità di trasporto passeggeri, veicoli e merci, età, servizi a bordo, accessibilità PMR, ecc. Tale descrizione può essere anche oggetto di uno specifico allegato.

E' disciplinata l'eventuale previsione della disponibilità di navi di riserva per garantire la continuità del servizio in caso di sostituzioni di emergenza con individuazione delle caratteristiche della nave di riserva, e indicazione dei tempi entro cui la nave deve essere disponibile e dei tempi massimi di utilizzo. È inoltre disciplinata la gestione delle sostituzioni del naviglio in caso di manutenzione programmata con individuazione dei periodi dell'anno con minore impatto sulla domanda e caratteristiche delle navi sostitutive.

Il CdS disciplina inoltre gli eventuali obblighi posti in capo all'*incumbent* dall'EA alla scadenza contrattuale, nei confronti dello stesso EA e/o della nuova IN affidataria, definendo tempi e modalità di adempimento di tali obblighi e gli adeguati meccanismi di controllo.

Contenuti economici

La sezione relativa ai contenuti economici è articolata in sottosezioni che descrivono: metodo di calcolo del corrispettivo e del margine di utile ragionevole, modalità e tempi di pagamento, sistema tariffario, matrice dei rischi e relative misure di mitigazione nel caso di concessione, obiettivi di efficacia ed efficienza e sistema incentivante, verifica dell'equilibrio economico-finanziario e rimodulazione del PEF, eventuale politica di investimenti per rinnovo naviglio, innovazione tecnologica, eventuali altri ricavi.

Il metodo di calcolo del corrispettivo, e il margine di utile ragionevole sono definiti, tenendo conto della modalità di affidamento, appalto o concessione e, per quest'ultima, previa allocazione dei rischi tra le parti e delle misure di mitigazione definite dall'EA nella relativa matrice (Misura 9), parte integrante del CdS. Tali aspetti sono già stati oggetto di precedente trattazione, rispettivamente alla Misura 8 e 10, cui si rimanda per eventuali ulteriori approfondimenti. Si ritiene tuttavia opportuno evidenziare che in base al punto 57 della Comunicazione SIEG, il metodo di calcolo del corrispettivo *"deve figurare tra le informazioni trasmesse a tutte le imprese che intendono prendervi parte"* e pertanto deve essere inserito anche nel Prospetto 2, mentre in base al punto 59 della sopracitata Comunicazione i criteri di calcolo del margine di utile ragionevole deve essere contenuto negli atti di gara e pertanto va previsto nel CdS qualora non contenuti nei documenti di gara. Nel CdS è prevista l'indicazione del corrispettivo totale risultante dal PEF presentato in gara dall'IN affidataria, anche con riferimento all'importo unitario (€/naviglio-NM o €/corsa), al fine di consentire la valorizzazione di eventuali variazioni di percorrenze, fatte salve le franchigie applicabili, e di conseguenza il calcolo consuntivo del corrispettivo in base alle percorrenze reali. Modalità, tempi e condizioni di pagamento devono includere i relativi interessi di mora da prevedere in caso di ritardo.

Il sistema tariffario vigente, può essere illustrato eventualmente in un apposito allegato, con riferimento alle modalità di definizione, alle responsabilità in capo all'EA (altri enti preposti), ai limiti di discrezionalità dell'IN nella definizione di tariffe particolari (e.g. agevolazioni, esenzioni), nonché alle modalità di aggiornamento ed eventuale revisione. In presenza di bigliettazione integrata tale sottosezione descrive inoltre le condizioni e le modalità di ripartizione tariffaria nonché la disciplina dei canali di vendita al pubblico dei titoli di viaggio. È disciplinata inoltre la verifica dell'equilibrio economico e degli obiettivi di prestazione raggiunti dall'IN e le modalità di applicazione del relativo sistema incentivante, oggetto rispettivamente delle Misure 17 e 18 del documento in consultazione. In base al punto 58 della Comunicazione SIEG, qualora sia prevista la revisione della compensazione *"l'atto di incarico deve specificare le modalità di revisione e l'eventuale impatto sull'importo totale della compensazione"*. Il CdS in particolare specifica gli obiettivi di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dei servizi che devono essere raggiunti nell'arco di durata del contratto, sulla base dei quali si definisce un relativo sistema di incentivi, ferma restando la verifica dell'equilibrio economico del CdS che deve essere effettuata al termine di ciascun periodo regolatorio definito dall'EA nell'arco di durata contrattuale.

In casi di investimenti finalizzati al rinnovo del naviglio, anche in termini di implementazione di innovazioni tecnologiche, il CdS dà conto della relativa politica.

È inoltre disciplinata la riscossione di eventuali altri ricavi, con riferimento in particolare alla valorizzazione commerciale degli spazi, con eventuali riserve per l'EA (e.g. spazi pubblicitari a bordo dei veicoli, sulle paline negli scali, in porto).

Contenuti qualitativi

La sezione relativa ai contenuti qualitativi è articolata in sottosezioni che descrivono:

- la politica della qualità dei servizi, la relazione che intercorre tra il CdS e la Carta della qualità dei servizi (ex-legge 244/2007, *infra*);
- le Condizioni Minime di Qualità (CMQ), da adottare anche alla luce dell'intervento regolatorio promosso dall'Autorità in materia di condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri via mare, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico, attraverso la delibera n. 37/2016 e il relativo sistema di monitoraggio e di premi e penali da prevedere;
- i diritti minimi degli utenti, con particolare riferimento alla gestione dei reclami e degli indennizzi, nonché agli obblighi dell'IN verso le PMR);
- aspetti relativi al comitato tecnico di gestione del CdS).

Con riferimento a quanto sopra, rileva in particolare l'obbligo che nel CdS siano individuate modalità e cadenze di aggiornamento della Carta della qualità dei servizi, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2, comma 461 - lettera a), della legge 244/2007, che stabilisce peraltro che la predetta Carta è *“da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate”* e deve contenere *“gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza previo confronto con pendolari e associazioni”*. In merito ai contenuti e alla struttura della Carta, costituisce riferimento per enti e aziende del settore trasporti il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 dicembre 1998 (*“Schema generale di riferimento per la predisposizione della Carta dei Servizi”*).

Di analoga rilevanza è la necessità che il CdS individui le condizioni minime di qualità (CMQ) dei servizi oggetto di affidamento, nel rispetto di quanto previsto, per i servizi di interesse regionale, dal citato art. 19 del d.lgs. 422/1997 (cfr. comma 3, lett. c), intese come *“standard qualitativi minimi del servizio, in termini di età, manutenzione, confortevolezza e pulizia dei veicoli, e di regolarità delle corse”*; peraltro, la presenza delle CMQ nel CdS è ribadita dal sopra menzionato art. 2, comma 461, lettera a), della legge 244/2007, che prevede che siano specificati *“standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate”* e che alla successiva lettera c) dispone *“che sia periodicamente verificata, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito.”*

Si evidenzia in merito che l'Autorità, ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera d), del d.l. 201/2011 ha promosso, attraverso la delibera n. 37/2016, un intervento regolatorio, a oggi in fase di seconda consultazione avviata con la delibera n. 55 del 30 maggio 2018 (in seguito: delibera ART n. 55/2018), in materia di condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri via mare, nazionali e locali,

connotati da oneri di servizio pubblico. L'atto posto in consultazione contiene i principi regolatori sulla base dei quali l'EA deve definire le CMQ, inserendole nei rispettivi CdS, con i relativi livelli minimi da raggiungere nel periodo di durata contrattuale. Tali CMQ costituiscono elemento posto a base di gara e possono essere integrati dall'EA, fermo restando che livelli quali-quantitativi superiori, indicatori aggiuntivi e relativi livelli minimi possono costituire oggetto di offerta da parte dei concorrenti, da valutare ai fini dell'aggiudicazione secondo i pertinenti criteri di valutazione indicati nel bando di gara.

Al fine di poter valutare il raggiungimento dei livelli minimi fissati per le CMQ, il CdS deve prevedere uno specifico sistema di monitoraggio e verifica della qualità: il monitoraggio, in linea generale, dovrà essere posto in capo all'IN, mentre la verifica in capo all'EA. Su questo tema rileva citare come l'art. 2, comma 461, lettera d), della legge 244/2007, stabilisce che l'EA debba prevedere in fase di stipula dei CdS *"un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale"*. Inoltre, la predetta legge introduce l'obbligo di coinvolgere le associazioni dei consumatori nella fase di monitoraggio nonché la possibilità per ogni singolo cittadino di far pervenire osservazioni e proposte sia all'EA, sia all'IN, sia alle associazioni dei consumatori.

Al fine di rafforzare il "sistema qualità" sopra descritto, il CdS deve disciplinare un'apposita previsione di premi e penali applicabili, atti a incentivare l'IN nell'effettuare interventi per raggiungere i livelli di qualità e gli obiettivi previsti nel CdS.

Al fine di facilitare la gestione del CdS, l'EA contestualmente alla stipula dello stesso costituisce un apposito Comitato tecnico di gestione (di seguito: Comitato), composto da un numero pari di rappresentanti dell'IN, tra cui un soggetto rappresentante all'uopo individuato e dello stesso EA, con l'obiettivo fondamentale di prevenire e risolvere le eventuali controversie che dovessero insorgere tra le parti.

Le attività del Comitato si esplicano con riferimento particolare ai seguenti adempimenti contrattuali:

- le clausole che implicano obblighi in capo all'IN, tra cui ad esempio pulizia e manutenzione del naviglio, installazione di apparati di bordo, adeguamenti tecnologici;
- il monitoraggio dei dati e degli obiettivi di prestazione definiti, anche con riferimento a quanto stabilito dalla Carta della qualità dei servizi, di cui all'art. 2, comma 461 - lettera a), della legge 244/2007;
- la verifica dell'equilibrio economico-finanziario e la relativa attuazione degli investimenti, ove previsti;
- la quantificazione a saldo e le modalità/tempistiche di corresponsione delle compensazioni economiche;
- la definizione delle eventuali penali applicabili in caso di inadempimento contrattuale da parte dell'IN affidataria, tenendo conto di requisiti, disposizioni e adempimenti previsti e specificati nel CdS.

L'EA disciplina nel CdS le modalità di funzionamento del Comitato, ove necessario predisponendo allo scopo un apposito regolamento di funzionamento, con riferimento in particolare a:

- modalità e tempistiche di convocazione delle riunioni;
- modalità di partecipazione dei rappresentanti e relativi compiti e poteri in seno al Comitato (decisionali e attuativi, diritto di voto, funzione di segreteria, redazione dei verbali), comprensive di eventuale riconoscimento di compensi;
- modalità di condivisione dei verbali del Comitato e tempistiche di attuazione/scadenza delle decisioni assunte in tale sede;

- avvalimento della collaborazione di esperti, con funzioni consultive, nominati di comune accordo tra le parti.

Al fine di consentire la partecipazione delle associazioni dei consumatori al monitoraggio permanente del contratto, possono essere organizzate apposite sedute aperte del Comitato. Con riferimento ai diritti degli utenti, l'EA prevede nel CdS la specificazione di aspetti inerenti la gestione reclami, indennizzi, obblighi verso le persone a mobilità ridotta, in coerenza alle disposizioni normative e di legge vigenti, con particolare riferimento al Reg. n. 1177/2010.

Nella sezione relativa alle clausole generali confluiscono aspetti di varia natura quali il subaffidamento, trasparenza, il "Piano di accesso al dato", le modalità di modifica e quelle di risoluzione del CdS, il recesso, le condizioni di subentro del nuovo gestore, la risoluzione di controversie tra le parti, garanzie, sanzioni per inadempienze contrattuali, nonché ulteriori elementi previsti dalla legislazione europea e nazionale vigente come, per esempio, riservatezza, Codice Etico, ecc.

Misura 16 – Monitoraggio delle prestazioni contrattuali

Il rispetto delle condizioni contrattuali deve essere oggetto di controllo da parte dell'EA attraverso la previsione di un sistema di monitoraggio e verifica di tipo qualitativo e quantitativo, basato anche su appositi indicatori, che garantisca la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, il perseguimento degli obiettivi di efficienza ed efficacia e preveda meccanismi correttivi in caso di prestazioni difformi dal contenuto del CdS.

A tale fine, la Misura 16 dello schema di atto posto in consultazione pone in capo all'EA il compito di individuare nel CdS gli elementi oggetto di monitoraggio e verifica, definendo responsabilità, modalità e tempi di rilevazione e trasmissione dei dati da parte dell'IN affidataria. Il sistema di monitoraggio definito dall'EA, in coerenza con le disposizioni legislative vigenti⁴⁶, deve tenere conto dei relativi aspetti di natura economica, tecnico-gestionale e qualitativa dei servizi oggetto di affidamento, inclusi gli obiettivi di efficacia ed efficienza contrattuali, di cui alla precedente Misura 7.

L'EA pertanto definisce all'interno del CdS:

- a) la tipologia di informazioni che l'IN deve rendere disponibili all'EA specificandone le modalità e le tempistiche di messa a disposizione, anche in forma continua e/o in tempo reale, nonché le relative penali in caso di non ottemperanza;
- b) la tipologia di report/prospetti consuntivi dell'andamento delle prestazioni che l'IN deve trasmettere all'EA, specificandone le modalità e le tempistiche di predisposizione, nonché le relative penali in caso di non ottemperanza;
- c) gli obblighi in capo all'IN relativi all'effettuazione di indagini periodiche sulla domanda e/o sulla qualità del servizio, comprese le modalità di pubblicazione dei relativi esiti e di coinvolgimento degli utenti, nel rispetto di quanto disposto dalla "Carta della qualità dei servizi" di cui al citato art. 2, comma 462, della legge 244/2007;
- d) le modalità di svolgimento delle verifiche di propria competenza, in termini di esecuzione delle ispezioni, eventuali obblighi di comunicazione all'IN, procedure di verifica dei dati/informazioni trasmessi dall'IN ed eventuale contraddittorio tra le parti.

⁴⁶ Si rileva che il vigente art. 37, comma 2 - punto f), del d.l. 201/2011, come modificato dall'art. 48, comma 6 – lettera b), dispone che "Sia per i bandi di gara che per i predetti contratti di servizio [affidamento diretto o in house, nota del redattore], l'Autorità determina la tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza che il gestore deve rispettare, nonché gli obiettivi di equilibrio finanziario".

Le informazioni acquisite rientrano nella titolarità dell'EA, che dovrà definire all'interno del CdS un apposito "Piano di Accesso al dato" al fine di disciplinare le modalità di pubblicazione e di messa a disposizione (anche nell'interesse di eventuali soggetti terzi) di quanto raccolto, al fine di garantire la massima trasparenza nella gestione contrattuale. Tale piano dovrà essere disposto nel rispetto di quanto previsto dall'attuazione della delibera n. 37/2016; in particolare, l'EA dovrà valutare l'ostensibilità dei dati economici (ad esempio, le voci di costo elementare) in relazione alla rispettiva sensibilità commerciale.

Misura 17 – Verifica dell'equilibrio economico-finanziario nell'affidamento in concessione

Il corrispettivo risultante dall'offerta della IN aggiudicataria è determinato sulla base di stime effettuate *ex ante* per l'intero periodo pluriennale di durata del contratto. In base alla IV condizione della Sentenza *Altmark*, la scelta di un operatore del servizio tramite procedura d'appalto dovrebbe garantire la fornitura di tali servizi al costo minore per la collettività. Tuttavia, per garantire che il corrispettivo erogato garantisca l'equilibrio economico-finanziario per tutta la durata contrattuale, e in linea con i principi contenuti nel Pacchetto SIEG, si è ritenuto opportuno prevedere la verifica periodica dell'equilibrio finanziario e un meccanismo di recupero di eventuali sovra-compensazioni.

In base al considerando 16 della sopracitata Decisione SIEG, *"la compensazione in eccesso rispetto a quanto necessario per la copertura dei costi netti sostenuti dall'impresa interessata nel gestire il servizio di interesse economico generale non è necessaria per la gestione di tale servizio e costituisce un aiuto pubblico incompatibile, che deve essere restituito allo Stato"*, così come confermato dall'art. 5, comma 10, in base al quale *"Gli Stati membri devono ingiungere alle imprese interessate di restituire le eventuali sovra-compensazioni ricevute"*.

Il d.lgs. n. 50/2016 prevede inoltre all'art. 165, comma 6 che *"Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto"*

La Comunicazione SIEG prevede inoltre che, *"qualora durante il periodo d'incarico sia prevista una revisione dell'importo della compensazione, l'atto di incarico deve specificare le modalità di revisione e l'eventuale impatto sull'importo totale della compensazione"* (punto 58). Tale informazione è pertanto oggetto di specifico articolo nello schema di contratto di cui al Prospetto 5.

La verifica dell'equilibrio economico-finanziario relativa al primo periodo regolatorio è effettuata mediante confronto tra i valori del corrispettivo risultanti dal PEF adottato all'inizio del periodo regolatorio e dal PEF aggiornato presentato al termine del periodo regolatorio, sulla base dei dati consuntivi per gli anni in cui questi sono disponibili e dei dati previsionali aggiornati sulla base di previsioni aggiornate per i restanti anni del contratto. Con riferimento ai periodi regolatori successivi al primo, la verifica avviene mediante confronto tra il PEF aggiornato a tale periodo e quello relativo al periodo precedente come già esperito al termine del primo periodo regolatorio. Da tale confronto può rilevarsi una sovra-compensazione, nel caso in cui il nuovo valore del corrispettivo risulti inferiore a quello risultante dal PEF precedente, o una sotto-compensazione, qualora viceversa il nuovo valore sia superiore al precedente. Il risultato della verifica dell'equilibrio economico-finanziario ha effetti sia sugli esercizi del periodo regolatorio oggetto di controllo, sia su quelli successivi. In caso di sovra-compensazione, infatti, dovrà essere determinato un nuovo corrispettivo il quale costituirà la compensazione per il periodo regolatorio successivo; allo stesso tempo la differenza tra il

corrispettivo aggiornato e quello precedente dovrà essere recuperata dall'EA, fatte salve le quote relative ai sistemi incentivanti previsti dal CdS, e detratta in concomitanza del primo pagamento utile. In caso di sotto-compensazione dovuta alla variazione di voci del PEF associate a rischi non allocati interamente alla IN, qualora il CdS non preveda l'aumento del corrispettivo, si procederà alla revisione delle tariffe e/o del perimetro dei servizi, per una quota corrispondente alla differenza rilevata, a valere per il periodo regolatorio successivo.

Al fine della predisposizione del PEF dovrà essere tenuta dall'IN una contabilità regolatoria e, in base a quanto stabilito dall'art. 48, comma 6, lettera b) d.l. n. 50/2017, separata rispetto alle attività svolte non in regime di servizio pubblico. L'IN dovrà pertanto allocare a ciascun collegamento componenti patrimoniali ed economiche dirette, comuni e generale, dando conto dei criteri e dei parametri utilizzati nella relazione descrittiva allegata la PEF. L'allocazione di costi comuni dovrà avvenire secondo appositi driver, scelti in ragione della loro idoneità a misurare i consumi di risorse o la destinazione degli asset nell'ambito di uno specifico contratto di servizio.

Misura 18 – Obiettivi di efficacia ed efficienza e sistema incentivante

In base alla IV condizione *Altmark*, la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di OSP nell'ambito di una procedura di gara dovrebbe consentire la selezione del candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività. In linea di principio, il risultato dell'interazione di forze di mercato competitive consente pertanto di evitare compensazioni eccessive.

Ciò posto, il Pacchetto SIEG del 2014⁴⁷ riconosce l'importanza del perseguimento dell'efficienza dei servizi pubblici, con particolare riferimento ai servizi commerciali di larga scala, ivi inclusi i servizi di trasporto, introducendo, rispetto alle versioni precedenti e in aggiunta alla revisione periodica dell'importo della compensazione, meccanismi incentivanti che consentano agli EA di ridurre la spesa per il finanziamento dei servizi e agli operatori di trattenere almeno in parte i risparmi riconducibili all'efficientamento quali utili ragionevoli aggiuntivi. In tal senso agli EA è riconosciuta ampia flessibilità nella definizione di tali meccanismi, seppur nel rispetto del principio in base al quale eventuali incrementi di efficienza *“non possono essere ottenuti a scapito della qualità del servizio prestato”*⁴⁸.

Dalla analisi istruttoria condotta dagli uffici sui CdS attualmente in vigore, è risultato che alcuni di essi prevedono sistemi di incentivazione basati sulla riduzione di alcune voci di costo, individuate preventivamente come associabili all'efficienza, al di sopra di una soglia determinata dall'EA. Al superamento di tale soglia, l'IN riceve una premialità consistente nella possibilità di trattenere una quota degli incrementi di efficienza, variabile in ragione dell'indice di *customer satisfaction* rilevato nel periodo regolatorio.

Pertanto, pur essendo l'atto rivolto anche a servizi affidati tramite gara in esclusiva, e anche alla luce del contenuto dei CdS analizzati, si è ritenuto di prevedere, per gli affidamenti in concessione un meccanismo incentivante basato sul riconoscimento di una premialità all'IN per il miglioramento delle *performance* rilevato attraverso le variazioni di specifiche voci di costo e ricavo, il cui rischio è allocato all'IN, sulla base della matrice dei rischi di cui alla Misura 9.

La previsione, rispetto al contenuto dei CdS sopracitati, delle voci di ricavo in aggiunta a quelle di costo, consente di stimolare l'IN a perseguire l'aumento dei ricavi attraverso azioni volte all'incremento della

⁴⁷ Cfr. Comunicazione SIEG, punti 61 e 72; Decisione SIEG, punto 6; Disciplina SIEG, punti 39-43, 47 e 49.

⁴⁸ Comunicazione SIEG, punto 61.

domanda, anche tramite politiche tariffarie differenziate (al ribasso rispetto ai livelli stabiliti dal SC), previo nulla osta dell'EA.

Tale variazione è misurata al termine di ciascun periodo regolatorio, nel corso della verifica dell'equilibrio economico finanziario di cui alla Misura 17, con il confronto tra i PEF di inizio e fine periodo regolatorio. La rilevazione di eventuali riduzione di costi e aumento di ricavi riconducibili all'IN comporta la necessità da parte dell'EA di recuperare la parte di corrispettivo erogata in eccesso rispetto a quanto dovuto sulla base delle verifiche a consuntivo, oltreché la riduzione del corrispettivo da erogare nel successivo periodo regolatorio. Sulla base dei principi contenuti nel Pacchetto⁴⁹ SIEG, infatti, un'eccedenza risultante da incrementi di efficienza può essere trattenuta come utile ragionevole aggiuntivo purché ciò sia stabilito nell'atto di incarico, nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Pertanto, l'EA può recuperare solo parte di tale eccedenza riconoscendone altresì una quota all'IN quale premialità attraverso la definizione di un meccanismo incentivante. Tale meccanismo prevede l'erogazione della premialità in funzione delle migliori prestazioni raggiunte dall'IN, rispetto a quanto offerto in sede di gara, con riferimento alle condizioni minime di qualità, di cui al procedimento dell'Autorità avviato con delibera n. 37/2016, e a eventuali ulteriori indicatori di qualità predefiniti dallo stesso EA all'interno della documentazione di gara.

Rimane salva la possibilità per l'EA di definire anche nel caso di affidamenti in appalto obiettivi di efficacia ed efficienza nonché adeguati sistemi incentivanti.

Il Dirigente dell'Ufficio Servizi e Mercati Retail
f.to *Ivana Paniccia*

⁴⁹ Cfr. Comunicazione SIEG, punto 61; Disciplina SIEG, punto 49.