



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

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

sullo schema di atto di regolazione recante "Revisione della delibera n.
49/2015" in materia di trasporto pubblico locale

inviato alla

Autorità di Regolazione dei Trasporti

*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

Rif.: S3541

ART - Autorità di Regolazione dei Trasporti
c.a. del Presidente Andrea Camanzi
Via Nizza, 230
10126 Torino
Pec: pec@pec.autorita-trasporti.it

In data 1° febbraio 2019, è pervenuta all'Autorità una richiesta di parere da parte dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito anche ART), ai sensi degli articoli 1 e 2 del Protocollo d'intesa sottoscritto il 27 agosto 2014,¹ sullo schema di atto di regolazione recante *Revisione della delibera n. 49/2015 - misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, nonché per la definizione degli schemi dei contratti di servizio affidati direttamente o esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica.*"

Lo schema di atto di regolazione trae spunto principalmente dalla necessità di adeguare la cornice regolatoria in materia di affidamento di servizi di trasporto pubblico locale alle nuove competenze attribuite all'ART dal decreto-legge n. 50 del 2017, nonché alla luce delle altre modifiche del quadro normativo e tenendo conto altresì degli esiti della verifica triennale prevista all'articolo 1, comma 3, della medesima delibera n. 49/2015².

Dall'adozione della delibera n. 49/2015, infatti, il quadro normativo nazionale³ ed eurounitario⁴ in materia di TPL ha risentito di importanti

¹ La cui stipula è stata disposta con delibera dell'Autorità del 1 agosto 2014.

² In base al quale "l'Autorità verifica l'impatto delle misure regolatorie di cui al punto 1 sul settore di riferimento dopo un periodo di osservazione di 36 mesi tramite l'attività di monitoraggio dei nuovi affidamenti e dei contratti di servizio oggetto di revisione".

³ Innanzitutto vanno considerate le norme introdotte con gli articoli 27 e 48 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. Le norme introdotte con gli

modifiche che hanno reso necessaria l'integrazione e la modifica delle misure originariamente adottate da ART.

La nuova struttura dello schema di atto di regolazione, in parte analoga a quanto già previsto dall'originaria delibera 49/2015, offre un modello finalizzato a supportare l'Ente di governo del TPL nell'esercizio delle funzioni propedeutiche all'avvio della gara (Titolo I, misure 1-17), all'individuazione dei contenuti del bando (Titolo II, misure 18-24) e, infine, alla fase esecutiva del contratto di servizio (Titolo III, misure 25-28). Le Misure non sono distinte per modalità di trasporto, trattano tutte le tipologie di affidamento (con gara, con gara a doppio oggetto per la selezione del socio privato, diretto e *in house providing*) e disciplinano sia l'affidamento dei contratti di appalto sia l'affidamento dei contratti di concessione, specificandone ove opportuno le relative peculiarità applicative.

articoli 27 e 48 del citato decreto-legge, per incentivare e sostenere ulteriormente gli Enti di governo del TPL nell'attività di predisposizione di procedure di gara realmente competitive, affidano all'ART l'ulteriore compito di regolare: i) l'allocazione e la ripartizione del rischio di impresa nell'ambito del contratto di servizio; ii) alcuni requisiti di partecipazione alle gare; iii) l'accesso ai beni immobili e strumentali indispensabili all'effettuazione del servizio; iv) la possibilità, nel settore ferroviario, di costituire società specializzate nell'acquisto e noleggio, a condizioni eque e non discriminatorie, di materiale rotabile; v) la clausola sociale in caso di subentro di un nuovo operatore nella gestione del servizio (Articolo 48, comma 7, lettere a), b), c) d) ed e). La "garanzia" che le amministrazioni si attengano alle misure stabilite dall'ART nella predisposizione delle procedure di gara è prevista dall'art. 27 del decreto legge n. 50/2017 che prevede, tra i criteri di ripartizione del fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, la "riduzione in ciascun anno delle risorse del Fondo da trasferire alle regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti adottate 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, qualora bandite successivamente all'adozione delle predette delibere" (enfasi aggiunta).

All'ART è stato attribuito, inoltre, il potere di definire degli schemi dei contratti di servizio per i servizi affidati direttamente (in house o meno) e di determinare, per qualsiasi tipologia di affidamento, gli obiettivi di efficacia e di efficienza che l'aggiudicatario deve rispettare (art. 48, comma 6). A ciò si aggiungono le riforme contenute nel decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e s.m.i. (recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) e nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. (recante il codice dei contratti pubblici), che incidono trasversalmente sul settore del TPL in quanto questo annovera una significativa presenza di società di gestione dei servizi a partecipazione pubblica totale o parziale e risente inevitabilmente della differente disciplina riservata dal legislatore UE e nazionale al modello di appalto o concessione, quale paradigma di regolazione anche dei rapporti tra Ente di governo del TPL e società di servizi.

⁴ Il Regolamento (CE) n. 1370/2007 è, infatti, stato recentemente modificato dal Regolamento (UE) 2338/2016, e la cui entrata in vigore è prevista per il prossimo 3 dicembre 2019. Senza voler entrare nel dettaglio delle singole norme del Regolamento n. 1370 introdotte e/o modificate, la maggiore innovazione da ascrivere alla nuova disciplina consiste nella previsione della definitiva liberalizzazione del comparto ferroviario (art. 8), anche se ad esito di un lungo periodo transitorio che consente di procrastinare gli affidamenti diretti fino al 2023. Altre importanti modifiche riguardano il rafforzamento della tutela del lavoro, attraverso la previsione della possibilità per gli Stati di accordare maggiori garanzie ai lavoratori transitati dal gestore uscente al nuovo aggiudicatario in caso di subentro (art. 4), la disciplina dell'accesso alle informazioni essenziali per consentire la predisposizione degli atti di gara (art. 4.8), la previsione di misure finalizzate a facilitare la circolazione del materiale rotabile e la costituzione di società specializzate nella vendita e noleggio (art. 5-bis).

Al riguardo, l'Autorità, nella sua adunanza del 7 marzo 2019, ha ritenuto che, nel complesso, le modifiche possono essere valutate positivamente, poiché da un lato migliorano ulteriormente la disciplina dei principali nodi critici delle gare per l'affidamento dei servizi (le problematiche connesse al trasferimento al nuovo gestore sia dei beni strumentali allo svolgimento del servizio sia del personale, nonché i rischi di indebiti vantaggi a beneficio degli *incumbent* connessi con le forti asimmetrie informative esistenti tra questi e i nuovi operatori) e, dall'altro, introducono nuove previsioni volte ad agevolare gli enti competenti nello svolgimento dei compiti propedeutici all'affidamento dei servizi, alla gestione e al monitoraggio dei contratti⁵. Il nuovo atto di regolazione tenta, infatti, di ricondurre a unità la disciplina degli adempimenti in capo agli enti competenti, la cui obbligatorietà è stabilita da norme settoriali nazionali e di matrice eurounitaria e da norme trasversali in materia di servizi pubblici locali e di contratti pubblici. La relazione disciplinata dall'art. 34 del D.L. n. 179/2012, nella ricostruzione fornita dall'ART, diviene uno strumento fondamentale - nel contesto del TPL - di trasparenza e di valutazione della legittimità delle ragioni degli enti competenti rispetto a scelte fondamentali destinate a condizionare l'intera vita utile del contratto di servizio⁶.

Alcune delle nuove misure predisposte dall'ART appaiono ispirate dall'opportunità di conformare la cornice regolatoria del TPL ai principi contenuti nel nuovo codice degli appalti (D.Lgs. n. 50/2016), soprattutto con riferimento alla disciplina degli affidamenti in regime di concessione. In tale solco vanno collocate, ad esempio, le misure finalizzate a stabilire le modalità di individuazione e allocazione dei rischi negli affidamenti, di redazione del PEF e di verifica dell'equilibrio economico-finanziario chiaramente mutate dalle corrispondenti norme del codice (art. 165)⁷.

⁵ In tal senso, anche la nuova struttura dell'atto, che scandisce in modo consequenziale l'iter logico e temporale delle diverse fasi che caratterizzano l'esercizio delle funzioni e i diversi adempimenti in capo agli enti (dalla definizione dei lotti fino alla stipula del contratto di servizio) e i corrispondenti obblighi ricadenti sui gestori uscenti e sulle imprese affidatarie, rappresenta un elemento suscettibile di eliminare incertezze procedurali e contribuire significativamente al perseguimento degli obiettivi di efficacia e di efficienza delle gestioni.

⁶ La circostanza che la relazione rappresenti il "collettore" in cui devono confluire le giustificazioni giuridico-economiche della scelta per un determinato modello di affidamento (diretto o competitivo), gli esiti delle consultazioni aventi ad oggetto l'individuazione dei beni essenziali e indispensabili per lo svolgimento dei servizi (e le soluzioni individuate per garantirne la disponibilità), le modalità adottate per la redazione del PEF simulato e le motivazioni poste a sostegno dell'introduzione di ogni requisito di partecipazione aggiuntivo rispetto a quelli previsti dalla legge, fa sì che tale documento rappresenti la sede ideale di valutazione e verifica della correttezza dell'operato delle amministrazioni preliminare all'affidamento dei servizi.

⁷ Sia che si tratti del PEF simulato predisposto dall'ente ovvero di quello elaborato dai partecipanti alle gare.

Analogamente, la misura relativa alla revisione e alla modifica dei contratti in corso di esecuzione (28.4) richiama il concetto di modifica “non sostanziale” declinato nel nostro ordinamento agli artt. 106 e 175 del codice dei contratti pubblici. Più in generale, tutte le misure dirette a disciplinare la “fase esecutiva” del contratto di servizio pongono opportunamente al centro dell’attenzione un elemento tradizionalmente trascurato nel settore del TPL, ossia l’esigenza di assicurare il rispetto del contratto da parte del gestore nei contratti di lunga durata e ancorare l’eventuale modifica delle condizioni a parametri certi e, soprattutto, predefiniti ex ante⁸.

Ciò nonostante, in relazione a tale ultimo profilo pare opportuno ribadire in linea generale l’esigenza di limitare il più possibile la durata dei contratti di servizio al fine di escludere il rischio di attribuire vantaggi ingiustificati al gestore *incumbent* e massimizzare i potenziali benefici di natura economica e tecnologica riconducibili ad un sistematico confronto concorrenziale per l’affidamento dei servizi.

Il nuovo atto di regolazione ribadisce l’esigenza di garantire al nuovo gestore la disponibilità dei beni strumentali per lo svolgimento dei servizi (in particolare, con le nuove misure n. 4, 5 e 7) ed esplicita il vincolo relativo alla destinazione d’uso e alla reversibilità dei beni acquisiti tramite finanziamento pubblico nel rispetto dei principi in materia di aiuti di Stato di cui agli artt. 106 e ss. del TFUE (misura 6). Viene confermata la centralità della procedura di consultazione per l’individuazione dei beni essenziali e indispensabili nonché per la valutazione di qualsiasi altro elemento ritenuto opportuno sia nel contesto di una procedura di gara che di un affidamento diretto o *in house*. Il nuovo atto di regolazione ribadisce anche l’esigenza di garantire un *set* informativo minimo a cui corrisponde uno speculare obbligo di trasparenza a carico dell’*incumbent* (misura n. 18)⁹.

⁸ L’importanza di regolare la fase esecutiva e di monitoraggio del contratto è stata recentemente ribadita dall’Autorità in occasione della recente proroga dell’affidamento del servizio di TPL ad ATAC, ASI513/Comune di Roma – Proroga dell’affidamento in house del servizio di TPL ad ATAC S.P.A.

⁹ Il tema delle informazioni minime da mettere a disposizione nelle procedure di affidamento e, più in generale, degli acquisisce una rinnovata importanza anche se la specifica misura non ha subito modifiche sostanziali rispetto all’atto di regolazione originario allegato alla delibera n. 49/2015. La misura si arricchisce di nuovi significati considerato che la sostenibilità del PEF simulato, la possibilità per i partecipanti alla gara di predisporre un’offerta per la gestione dei servizi e l’efficacia del controllo e monitoraggio degli enti sui contratti di servizio dipendono dall’effettiva titolarità di un set minimo di informazioni complete ed esaustive.

Tuttavia, in relazione alla scelta di mantenere la tripartizione dei beni strumentali in beni essenziali, indispensabili e commerciali¹⁰, va osservato che, a prescindere dalla tipizzazione del bene come essenziale o indispensabile, è fondamentale fornire ai concorrenti interessati garanzie sulla piena disponibilità dei beni strumentali allo svolgimento del servizio evitando che, al contrario, un bando di gara possa prevedere obblighi ingiustificatamente gravosi di mantenere e rilevare beni che potrebbero non essere strettamente necessari allo svolgimento dei servizi oggetto di gara, disincentivando così la partecipazione di operatori diversi dall'*incumbent*. L'esperienza di quest'Autorità ha infatti dimostrato che la partecipazione alle gare può essere scoraggiata quando a lotti ingiustificatamente ampi si accompagna l'obbligo di acquisto di tutto il materiale rotabile utilizzato dal gestore uscente¹¹.

Per altro profilo, appare utile segnalare possibili criticità concernenti le misure 14 e 15 dell'atto di regolazione finalizzate a disciplinare le modalità di predisposizione del PEF simulato da parte dell'ente competente, rispettivamente nei casi di gara e di affidamenti diretti o *in house*. La disciplina proposta dall'ART infatti, prevede che il PEF debba essere elaborato assumendo a parametro il cd "costo operativo efficiente". Per il settore ferroviario il riferimento al "costo operativo efficiente" è chiaramente quello di cui alla delibera ART 120/2018. Per i servizi automobilistici potrebbe essere opportuno chiarire gli elementi di eventuale contiguità o di raccordo tra i "costi operativi efficienti" e i costi standard di cui al D.M. 157 del 28 marzo 2018. L'art. 27, comma 8-bis del D.L. n. 50/2017, infatti, prevede che i costi standard debbano essere utilizzati dagli enti che affidano i servizi di trasporto pubblico locale e regionale come elemento di riferimento per la quantificazione delle compensazioni economiche e dei corrispettivi da porre a base d'asta¹².

¹⁰ Come già evidenziato dall'Autorità nell'ambito della procedura di consultazione indetta al tempo dall'ART sullo schema di atto di regolazione allegato alla delibera n. 49/2015. Cfr. AS1197 - SCHEMA DI ATTO DI REGOLAZIONE IN MATERIA DI GARE DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE.

¹¹ AS1164/FRIULI - PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TPL AUTOMOBILISTICI E MARINI IN AMBITO REGIONALE E LOCALE

¹² Art. 27, comma 8-bis, del D.L. n. 50/2017: "*i costi standard determinati in applicazione del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti [...] e gli indicatori programmatici ivi definiti con criteri di efficienza ed economicità sono utilizzati dagli enti che affidano i servizi di trasporto pubblico locale e regionale come elemento di riferimento per la quantificazione delle compensazioni economiche e dei corrispettivi da porre a base d'asta, determinati ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e delle normative europee sugli obblighi di servizio pubblico, con le eventuali integrazioni che tengano conto della specificità del servizio e degli obiettivi degli enti locali in termini di programmazione dei servizi e di promozione dell'efficienza del settore*".

Quanto, infine, all'estensione della clausola di riassorbimento del personale non può che valutarsi con favore il tentativo di definirne la portata nella misura in cui tale operazione ermeneutica risulti compatibile con il quadro normativo vigente. Il legislatore ha infatti optato per una clausola sociale particolarmente "forte" nel TPL garantendo in caso di subentro il trasferimento di tutto il personale dipendente (tranne i dirigenti) dal gestore uscente al subentrante, con l'applicazione del CCNL di settore e del contratto di secondo livello applicato dal gestore uscente almeno per un anno dalla data di subentro¹³. Trattandosi di una questione che l'esperienza ha dimostrato essere suscettibile di drammatizzare il tema della partecipazione alle gare (soprattutto quando la clausola sociale particolarmente estesa si accompagna alla previsione di lotti di gara molto ampi e all'obbligo di ingenti investimenti in materiale rotabile), appare quanto mai necessario, dal punto di vista concorrenziale, evitare eccessive rigidità, legando l'obbligo normativo di riassorbimento del personale al "fabbisogno" dell'impresa affidataria, in coerenza con i principi consolidati in materia espressi dalla Corte di Giustizia UE¹⁴.

Sul funzionamento in concreto della clausola sociale suscita qualche perplessità la misura disciplinata al punto 21.6, che sembrerebbe ammettere negoziazioni successive allo svolgimento della gara tra l'impresa aggiudicataria e le rappresentanze sindacali dei lavoratori interessati dal trasferimento per effetto del subentro¹⁵. Pur condividendo l'obiettivo di ridurre le rigidità relative al funzionamento della clausola sociale, sarebbe opportuno chiarire che i margini per tali negoziazioni - a cui potrebbero corrispondere rilevanti risparmi di costi - dovrebbero essere

¹³ Art. 48, comma 7, lettera e), del D.L. n. 50/2017 che richiama la direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese. L'art. 3 co.3 della Direttiva stabilisce che: *"Dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo. Gli Stati membri possono limitare il periodo di mantenimento delle condizioni di lavoro, purché esso non sia inferiore ad un anno"*.

¹⁴ Cfr. *ex multis*, sentenza Commissione c. Repubblica federale di Germania del 14 luglio 2005 C-386/03, nella quale la Corte di Giustizia ha confermato il suo orientamento dichiarando la clausola sociale tedesca di passaggio del personale dipendente dal precedente gestore del servizio al soggetto subentrante in contrasto con le finalità della Direttiva 96/67/CE in quanto incongrue e sproporzionate. Si esclude in sostanza la compatibilità di per sé di clausole che postulano un automatismo in ordine alla assunzione del personale da parte dell'appaltatore succeduto.

¹⁵ La misura contempla - a titolo esemplificativo - possibili negoziazioni *"dirette a regolare eventuali processi di armonizzazione 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'impresa affidataria e le organizzazioni sindacali di categoria"*.

preventivamente palesati a tutti i potenziali concorrenti, preferibilmente nell'ambito della procedura di consultazione prevista alla misura n. 4.

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

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

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

