

**Schema di atto di regolazione recante la “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”. Documento di consultazione.**

---

**RELAZIONE ILLUSTRATIVA**

---

## INDICE

<b>1. Presupposti e obiettivi dell'atto di regolazione .....</b>	<b>3</b>
1.1 Primo presupposto: attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015 e analisi del mercato .....	3
1.2 Secondo presupposto: i mutamenti del panorama legislativo e l'ampliamento delle attribuzioni in capo all'Autorità .....	5
1.3 Terzo presupposto: innovazioni del quadro regolatorio .....	10
1.4 Struttura e obiettivi dello schema di atto in consultazione .....	11
<b>2. Oggetto e destinatari dell'atto di regolazione (Misura 1).....</b>	<b>13</b>
2.1 Applicabilità dello schema di atto ai servizi di navigazione interna .....	14
<b>3. Titolo I: Fasi propedeutiche agli affidamenti dei servizi .....</b>	<b>14</b>
<b>Capo I - Misure regolatorie in materia di modalità delle scelte di affidamento e beni strumentali .....</b>	<b>14</b>
3.1 Individuazione delle modalità di affidamento e contenuto minimo obbligatorio del contratto di servizio (Misura 2).....	14
3.2 Disciplina dei beni strumentali (Misure 3 – 10).....	18
3.3 La classificazione dei beni strumentali all'effettuazione del servizio (Misure 3 e 4) .....	19
3.4 Il materiale rotabile (Misura 5).....	19
3.5 La consultazione dei portatori d'interesse (Misura 4) .....	21
3.6 I beni soggetti a finanziamento pubblico (Misura 6).....	22
3.7 Beni essenziali e indispensabili: il subentro dell'IA (Misure 7-10) .....	23
<b>Capo II - Misure regolatorie finalizzate alla trasparenza, efficacia e efficienza degli affidamenti .....</b>	<b>25</b>
3.8 Contabilità regolatoria (Misure 11 e 12) .....	25
3.9 Individuazione e allocazione dei rischi negli affidamenti (Misura 13) .....	26
3.10 Criteri per la redazione del PEF nelle diverse modalità di affidamento (Misure 14 e 15) .....	28
3.11 Obiettivi di efficacia/efficienza e miglioramento delle prestazioni (Misura 16) .....	35
3.12 Determinazione del margine di utile ragionevole (Misura 17) .....	36
<b>4. Titolo II - Disciplina delle fasi di affidamento dei servizi.....</b>	<b>38</b>
4.1 Informazioni da rendere disponibili (Misura 18).....	38
4.2 Requisiti di partecipazione (Misura 19).....	40
4.3 Criteri di aggiudicazione (Misura 20).....	42
4.4 Trasferimento del personale (Misura 21).....	43
4.5 Piano economico-finanziario del contendente (Misura 22).....	46
4.6 Termine per la presentazione delle offerte (Misura 23) .....	47
4.7 Nomina della commissione giudicatrice (Misura 24) .....	48
<b>5. Titolo III – Fase esecutiva del contratto di servizio.....</b>	<b>51</b>
5.1 Monitoraggio del servizio (Misura 25) .....	51
5.2 Verifica dell'equilibrio economico-finanziario (Misura 26) .....	52
5.3 Aggiornamento delle tariffe (Misura 27).....	52
5.4 Modifica del contratto (Misura 28) .....	53
<b>Appendice 1 – Recepimento nello schema di atto regolatorio delle disposizioni del d.l. 50/2017.....</b>	<b>55</b>

In esito al procedimento avviato con delibera dell'Autorità n. 129/2017 del 31 ottobre 2017, è stato predisposto lo schema di atto di regolazione, approvato con delibera dell'Autorità n. 143 del 20 dicembre 2018, che sottopone a consultazione pubblica la "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" (di seguito: Schema di Atto).

Le Misure del predetto schema di atto di regolazione sono definite con riferimento all'art. 37, comma 2, lettere a), b) c) e f), del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (di seguito: d.l. 201/2011), così come modificato dall'art. 48, comma 6, lett. b) del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96 (di seguito: d.l. 50/2017), nonché ai sensi dell'art. 27, comma 12-*quater*, e dell'art. 48, comma 7, del medesimo d.l. 50/2017.

## 1. Presupposti e obiettivi dell'atto di regolazione

La delibera dell'Autorità n. 49/2015 del 17 giugno 2015 (di seguito: delibera 49/2015) ha definito le "Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici". Nel triennio passato la delibera è stato uno degli atti di regolazione dell'Autorità più "diffuso", alla luce dell'ampia platea di soggetti interessati e di contesti applicativi, e ha rappresentato un punto di riferimento univocamente definito per l'operato degli enti affidanti (di seguito: EA), come attesta il relativo recepimento all'interno delle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della delibera, nonché le numerose interlocuzioni avviate con EA e/o altri soggetti interessate in merito ai termini di corretta applicazione della disciplina regolatoria definita dall'Autorità.

Giova evidenziare al riguardo che la predetta delibera 49/2015 è stata richiamata anche nelle procedure di affidamento diretto o *in house*, in virtù della diretta applicazione di alcune specifiche Misure (Misura 13, 14 e 17) alle stesse.

Fermo restando quanto sopra evidenziato, a distanza di 3 anni dall'approvazione della delibera interessata, si è reso necessario avviare un processo di revisione e aggiornamento delle misure regolatorie in materia definite dall'Autorità, di cui allo schema di atto in oggetto, alla luce di tre essenziali motivazioni, nel seguito dettagliatamente approfondite:

- 1) gli esiti delle attività di monitoraggio (ex delibera 49/2015) e, in generale, delle attività di analisi del mercato;
- 2) i mutamenti del quadro normativo euro-unitario e nazionale vigente e ampliamento delle attribuzioni in capo all'Autorità;
- 3) l'innovazione del quadro regolatorio.

### 1.1 Primo presupposto: attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015 e analisi del mercato

L'articolo 1, comma 3, della delibera 49/2015 ha previsto che: "*L'Autorità verifica l'impatto delle misure regolatorie (...) dopo un periodo di osservazione di 36 mesi tramite l'attività di monitoraggio dei nuovi affidamenti e dei contratti di servizio oggetto di revisione*" (di seguito: attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015).

Alla luce di tale disposizione, l'ultimo triennio ha visto l'impegno degli uffici dell'Autorità in un processo di ricognizione dello stato degli affidamenti in essere sia per il settore ferroviario, sia per il settore del trasporto su strada, anche grazie al coinvolgimento da parte degli EA interessati e/o di altri soggetti portatori di interesse. In tali occasioni è stata verificata l'applicazione delle misure regolatorie disposte dalla delibera 49/2015 nell'ambito delle specifiche procedure di affidamento tramite gara o con modalità dirette e *in house*,

analizzando i relativi atti adottati o in fase di adozione, acquisiti d'ufficio o a seguito di segnalazioni degli stessi enti o delle imprese partecipanti alle predette procedure.

Gli esiti del monitoraggio hanno confermato il permanere delle **condizioni di contesto già individuate** prima dell'adozione della delibera 49/2015 e convalidate dall'ampia consultazione degli *stakeholder* che l'ha preceduta, rispetto alle quali la stessa delibera ha inteso incidere perseguiendo obiettivi di:

- contendibilità delle procedure di affidamento;
- efficienza;
- efficacia.

Con riferimento all'oggetto della delibera 49/2015 che, come detto, si rivolge sia agli affidamenti diretti che a quelli con gara, ai fini della valutazione dei suoi effetti, è opportuno distinguere tra servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia, che costituiscono l'ambito oggettivo dello Schema di Atto.

Nel settore del trasporto su strada sono state già avviate in alcuni bacini le procedure di gara, destinate ad aumentare in numero significativo nel corso del prossimo biennio per scadenza degli affidamenti derivanti da termini contrattuali e di legge, mentre i servizi ferroviari regionali monitorati nel corso dell'ultimo triennio, con l'eccezione di un unico CdS, sono stati affidati con modalità dirette (e 18 CdS saranno affidati con la medesima modalità nei prossimi anni).

Rispetto a tale quadro, oggetto di monitoraggio da parte dell'Ufficio, è emerso che:

- la contendibilità delle gare sinora espletate (ancorché limitate in numero) parrebbe aumentata per entrambi i settori: il numero dei partecipanti è in tutti casi superiore a 1<sup>1</sup> vedendo la partecipazione anche di nuovi entranti (mentre alcune rilevazioni, nella fase precedente mostravano la partecipazione di un solo operatore coincidente con l'*incumbent*);
- nel settore su strada il contenzioso legato alle procedure di gara rimane diffuso, anche se connesso a elementi molto specifici (es. disponibilità del materiale rotabile, clausola sociale, requisiti di partecipazione, aspetti economico-finanziari);
- l'ampio riferimento alla delibera 49/2015 in tutti gli atti relativi agli affidamenti, inclusi quelli diretti nel settore ferroviario, che trova una significativa eccezione nel caso delle gare in alcune aree territorialmente delimitate, dove la qualificazione del contratto come "appalto" ha avuto l'effetto di sottrarre la procedura all'ambito applicativo della delibera 49/2015.

Gli esiti di tale attività di monitoraggio hanno portato a cogliere l'opportunità di aggiornare alcuni aspetti già oggetto di trattazione nella delibera originaria, al fine di offrire agli EA interessati un adeguato riferimento in materia e accrescere l'efficacia delle Misure, con particolare riferimento alla regolazione dei seguenti aspetti:

- a) procedure da seguire, in caso di affidamento diretto dei servizi ferroviari regionali, qualora pervenga una pluralità di manifestazioni d'interesse da parte delle imprese di TPL<sup>2</sup>;
- b) schemi dettagliati dei CdS da prevedere nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento, con riferimento sia al trasporto su strada, sia al trasporto ferroviario, oggetto anche delle nuove disposizioni legislative;

<sup>1</sup> Cfr. Indagine conoscitiva AGCM, IC47: Condizioni concorrenziali nei mercati del Trasporto Pubblico Locale, §3.2, nonché, a titolo d'esempio, le procedure di affidamento svolte a cura della Regione autonoma Valle d'Aosta (procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico ferroviario), Provincia di Padova (gara europea a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di TPL automobilistico e tranviario urbano ed extraurbano del bacino territoriale della Provincia di Padova) e Agenzia della mobilità del bacino provinciale di Parma (gara per l'affidamento dei servizi di TPL nel bacino provinciale di Parma - ambito TARO).

<sup>2</sup> Tema oggetto di specifica trattazione all'interno della segnalazione congiunta AGCM-ANAC-ART del 25 ottobre 2017 avente ad oggetto le "procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale" (di seguito: segnalazione congiunta AGCM-ANAC-ART), come nel seguito richiamato.

- c) beni essenziali/indispensabili oggetto di finanziamento pubblico, o modalità di trasferimento dei beni finanziati con risorse pubbliche e specificazione circa la destinazione e gli eventuali vincoli gravanti sugli stessi al termine del periodo di affidamento;
- d) soggetti responsabili dell'asseverazione del valore di mercato ai fini del subentro dei beni indispensabili;
- e) tipologie di rischio e criteri di allocazione tra EA e IA, sulla base di un'apposita "matrice dei rischi";
- f) contenuti e modalità di redazione del piano economico-finanziario (di seguito: PEF) nelle varie fasi della procedura di affidamento, con particolare riferimento al PEF di gara da prevedere in caso di affidamento in concessione, nonché all'utilizzo del PEF negli affidamenti diretti di servizi ferroviari;
- g) criteri da adottare, e i relativi valori di riferimento, per la determinazione della congrua remunerazione del capitale da riconoscere all'IA;
- h) informazioni da rendere disponibili a terzi (e relative modalità di pubblicazione), con particolare riferimento ai dati relativi ai beni strumentali oggetto di subentro (e.g. officine, materiale rotabile) e alle modalità di accesso al dato e di gestione delle informazioni ritenute commercialmente "sensibili", sia nei casi di affidamento con gara, sia nei casi di affidamento diretto o *in house*<sup>3</sup>;
- i) contenuti della consultazione pubblica che precede la pubblicazione degli atti di affidamento;
- j) i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione che gli EA definiscono per la selezione dei partecipanti alle procedure di affidamento con gara (oggetto anche delle disposizioni legislative di cui al successivo);
- k) limiti e condizioni per possibili estensioni/proroghe dei Cds;
- l) la clausola sociale e le modalità di trasferimento del personale dal GU all'IA.

## **1.2 Secondo presupposto: i mutamenti del panorama legislativo e l'ampliamento delle attribuzioni in capo all'Autorità**

Il secondo presupposto alla base dell'avvio del procedimento di revisione della delibera 49/2015 è correlato ai significativi mutamenti dell'assetto normativo euro-unitario e nazionale in materia di procedure di affidamento dei servizi di TPL, sintetizzabili in particolare in:

- a) entrata in vigore (in data 27/12/2017) del regolamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2016 (di seguito: regolamento (UE) 2338/2016), che ha modificato il precedente regolamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 (di seguito regolamento (CE) 1370/2007);<sup>4</sup>
- b) emanazione del citato d.l. 50/2017, che ha ampiamente modificato il citato d.lgs. 422/1997, oltre a incidere sulla sfera di competenza dell'Autorità, attribuendo alla stessa nuove funzioni regolatorie in materia di affidamenti dei servizi di TPL;
- c) approvazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito: d.lgs. 50/2016) e s.m.i., che ha segnato l'entrata in vigore del nuovo "Codice dei contratti pubblici" (di seguito: Codice), recependo le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).

L'assetto normativo risultante dall'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi sopra citati configura un articolato panorama di riferimento che, per quel che concerne il tema dell'affidamento dei servizi di TPL, si diversifica a seconda della natura del contratto oggetto di aggiudicazione ("concessione" versus "appalto"), secondo la seguente casistica:

- 1) i contratti di concessione di trasporto pubblico di passeggeri (su strada e per ferrovia), in virtù del disposto di cui all'art. 10, comma 3 della direttiva 2014/23/UE, sono disciplinati unicamente dal vigente regolamento (CE) 1370/2007, come del resto ribadito dall'art. 18, comma 1, lett. a), del citato d.lgs. 50/2016.

<sup>3</sup> Anche questo argomento è stato oggetto di trattazione nella citata segnalazione congiunta AGCM-ANAC-ART.

<sup>4</sup> Con riferimento in particolare a: obblighi di servizio pubblico, contenuti dei contratti di servizio e informazioni da rendere disponibili ai partecipanti alle procedure di affidamento, modalità di svolgimento delle procedure di aggiudicazione diretta e relativi requisiti di prestazione e accesso al materiale rotabile.

- 2) i contratti di appalto di servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia (e metropolitana) sono disciplinati dal medesimo regolamento (CE) 1370/2007, ai sensi di quanto disposto dall'art. 5, paragrafo 1 (1° parte) dello stesso regolamento.
- 3) i contratti di servizi di trasporto con autobus e tram sono, invece, diversamente disciplinati a seconda della natura del contratto oggetto di affidamento, come disposto dal medesimo art. 5, paragrafo 1 (2° parte), del regolamento (CE) 1370/2007:
  - (i) in caso di aggiudicazione di contratto di concessione si applica integralmente il regolamento (CE) 1370/2007;
  - (ii) l'aggiudicazione di contratti di appalto avviene secondo le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (oggi sostituite rispettivamente dalle direttive 2014/25/UE e 2014/25/UE) e in questo caso non si applicano le disposizioni di cui all'art. 5, par. da 2 a 6, del regolamento (CE) 1370/2007, ferma restando l'applicabilità delle restanti disposizioni del regolamento.

Sul tema di cui sopra, anche alla luce di recenti e controverse interpretazioni giuridico-normative della natura dei contratti di aggiudicazione dei servizi di TPL, si ritiene opportuno sviluppare alcuni approfondimenti strettamente pertinenti all'oggetto dello schema di atto.

Come noto, la distinzione sul piano concettuale ed astratto tra contratto di appalto di servizi e contratto di concessione è chiara: nel contratto di appalto per la fornitura del servizio il corrispettivo è predeterminato *ex ante*, in genere in maniera unitaria, ed è posto in capo alla parte pubblica del rapporto; nel contratto di concessione, invece, il corrispettivo consiste nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio (o i lavori realizzati)<sup>5</sup>.

La correlazione tra gestione e contratto di concessione, già contenuta nell'abrogato codice dei contratti pubblici, è stata oggetto di una rinnovata attenzione da parte del nuovo Codice, ove – e per la prima volta – viene definito normativamente il concetto di rischio. Prima della direttiva 2014/23/UE era stata la Corte di Giustizia a delinearne i contorni. Si è affermato che il rischio di gestione – in cui va ravvisato, come detto, il corrispettivo per il concessionario<sup>6</sup> – può consistere nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda ed offerta di servizi, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, ovvero ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato alla carenza del servizio. Questi principi elaborati dalla Corte di Giustizia sono stati poi trasfusi sul piano normativo.

A tale riguardo, va evidenziato che l'art. 165, comma 1 del Codice stabilisce che i contratti di concessione comportano il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica. La previsione normativa prosegue affermando che si considera che il concessionario assuma su di sé il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali<sup>7</sup>, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione. Il Codice in sostanza definisce il concetto

<sup>5</sup> Sul piano applicativo però come noto le cose sono andate diversamente: si cfr. il Considerando n. 18 della direttiva 2014/23/UE ove è affermato che: *“Le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di contratto di concessione e di appalto pubblico, hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ne consegue che è necessario precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di rischio operativo...”*

<sup>6</sup> Cfr. art. 3, lett. vv) del Codice dei contratti pubblici laddove è definita la concessione di servizi come “ ... un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione dei servizi [...] riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”.

<sup>7</sup> Con la formula normativa “condizioni operative normali” si è inteso scongiurare il pericolo che il concessionario si accolli il rischio finanziario sistematico e, come tale, legato a fattori eccezionali su cui l'operatore privato non ha capacità di incidenza.

di rischio operativo in termini economici, quale rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi<sup>8</sup>.

La qualifica di concessione (o appalto) si riannoda pertanto a una più generale riflessione in merito all'entità di rischio che deve essere trasferito al concessionario.

Sul punto la direttiva 2014/23/UE non offre soluzioni univoche. Essa, da un lato, ammette che il rischio possa essere mitigato mediante l'attribuzione di un prezzo<sup>9</sup>, ancorché debba essere sempre salva *"la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti [...] anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore."* (Considerando 18 della Direttiva); dall'altro, non determina con chiarezza l'entità del rischio trasferito al concessionario, sicché appare ancora attuale il criterio individuato dalla Corte di Giustizia Europea, basato su un parametro empirico ed ove si ammette persino che il rischio possa essere anche molto ridotto<sup>10</sup>.

Del resto, la dottrina, sulla scorta in particolare proprio delle pronunce della Corte di Giustizia Europea, ha delineato quattro fattispecie in cui il rischio può essere limitato senza che venga meno la natura concessoria del rapporto oggetto di affidamento e precisamente: la prima è che la tariffa pagata dagli utenti sia regolamentata, inferiore, pertanto, a quella che sarebbe praticata sul mercato, con la compensazione da parte dell'amministrazione per la differenza; la seconda è che la compensazione prevista nel contratto sia solo parziale, quindi non tale da eliminare la componente di rischio a carico del privato, fattispecie che appare coerente con il sistema di finanziamento nazionale del TPL<sup>11</sup>; la terza è che venga risarcita la cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione o per cause di forza maggiore; la quarta ed ultima situazione riguarda il caso in cui la concessione abbia durata più breve di quella necessaria per recuperare gli investimenti.

Correlato al concetto di rischio ed alla necessità che la gestione del servizio garantisca un utile di impresa è il tema dell'equilibrio economico-finanziario che, non a caso, nel vigente Codice riceve una puntuale disciplina (cfr. art. 165, comma 2) basata sull'utilizzo dello strumento del PEF, al fine di conoscere i dati economici iniziali e le prospettive reddituali attese dalla gestione del servizio. Per tali ragioni la disciplina normativa stabilisce che:

- a) il PEF deve essere posto a base della gara qualora la stessa abbia ad oggetto l'affidamento di un contratto di concessione<sup>12</sup>;
- b) la scelta dell'affidatario deve essere preceduta da adeguata istruttoria con riferimento, tra l'altro, alla sostenibilità economica – finanziaria dell'operazione<sup>13</sup>.

Entrambi questi aspetti saranno successivamente ripresi nel corso della trattazione delle relative misure regolatorie interessate.

Il medesimo art. 165 del Codice, tuttavia, pone all'attenzione un terzo aspetto rilevante (e distinguente) della concessione, ove si afferma che nel contratto di concessione *"la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato"* (comma 1), nonché *"l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può superare il limite del quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"* (comma 2).

<sup>8</sup> Cfr. art. 3, comma 1, lett. zz) del Codice.

<sup>9</sup> Cfr. Considerando n. 11 in cui si afferma che: *"Tali contratti hanno ad oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".*

<sup>10</sup> Cfr. Corte di Giustizia Europea, 10 marzo 2011, causa C- 274/09, Stadler (punto 33 in diritto).

<sup>11</sup> Cfr. Corte di Giustizia Europea, sez. II, 10 novembre 2011, n. 348.

<sup>12</sup> Cfr. art. 180, 2 comma del Codice, norma che si ritiene applicabile anche al contratto di concessione, anche allorquando quest'ultimo abbia ad oggetto la fornitura di servizi (cfr. art. 179, 3 comma del Codice).

<sup>13</sup> Cfr. art. 181, 3 comma del Codice.

Con riferimento agli aspetti di specialità propri dei contratti di servizio (di seguito: CdS), nel settore del TPL è ben noto che tali contratti sono caratterizzati da cospicui contributi pubblici (a titolo di compensazione degli obblighi di servizio pubblico imposti dall'EA), che sovente esorbitano i predetti limiti.

L'applicazione *tout court* della menzionata disposizione al settore del TPL introduce pertanto la questione se sia effettivamente possibile l'affidamento di un contratto in concessione di tali servizi, con la conseguenza che potrebbe escludersi la stessa ammissibilità nel nostro ordinamento di un contratto di concessione avente ad oggetto servizi di trasporto pubblico di passeggeri di TPL.

La questione, inoltre, andrebbe valutata anche alla luce dell'errata interpretazione che alcuni EA hanno recentemente fatto del regolamento (CE) 1370/2007, affermando che in caso di contratto di appalto relativo a servizi di TPL su strada non si applica tale regolamento, ma esclusivamente la disciplina derivante dalle c.d. direttive "appalti" 2014/24/UE e 2014/25/UE<sup>14</sup>.

Gli orientamenti sopra espressi porterebbero alla conclusione, non condivisibile, che, stante l'attuale struttura di finanziamento dei CdS, nell'ordinamento italiano il regolamento (CE) 1370/2007 non sia applicabile alle procedure di affidamento dei servizi di TPL su gomma, creando un vero paradosso rispetto all'ordinamento euro-unitario.

Si rendono pertanto necessarie alcune precisazioni sul tema, al fine di un corretto indirizzo regolatorio, osservando in particolare che:

1. il limite quantitativo introdotto dal legislatore nazionale, di cui alla citata previsione dell'art. 165 del Codice, non trova analoga specificazione nell'ordinamento europeo;
2. l'art. 18 del d.lgs. 50/2016 esclude l'applicazione del Codice *"alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007"*, come peraltro già disposto dall'art. 10, paragrafo 3, della direttiva 2014/23/UE<sup>15</sup>;
3. *"in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007, ai fini dell'aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, soltanto le disposizioni di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, del medesimo regolamento non trovano applicazione, mentre le altre disposizioni di tale regolamento restano applicabili"*<sup>16</sup>.

Si ritiene quindi che la qualificazione della natura del contratto di affidamento dei servizi di TPL (concessione *versus* appalto) debba avvenire esclusivamente in funzione dell'effettiva entità del rischio trasferito all'impresa aggiudicataria (di seguito: IA), nel rispetto di quanto sopra ampiamente approfondito.

Del resto, il riconoscimento della cittadinanza nell'ordinamento (anche interno) della figura del contratto di concessione – come alternativa al contratto di appalto – per l'affidamento dei servizi di TPL appare giustificata in un'ottica di miglioramento del servizio, di efficientamento delle gestioni e di contenimento della spesa pubblica nel trasporto pubblico locale in generale, che rientrano tra gli obiettivi di carattere generale dello schema di atto proposto in consultazione.

È noto, infatti, come solo con i contratti di concessione le imprese sono sollecitate ad agire sulle diverse leve che influiscono sui ricavi e sui costi, tra cui a titolo d'esempio:

- a) le tariffe, ove l'affidamento lo consenta; sebbene, infatti, i CdS siano caratterizzati da tariffe "esogene" (predeterminate e imposte dall'EA o da altro soggetto competente), possono sussistere – come riscontrabile – previsioni contrattuali che consentono all'IA di definire discrezionalmente opzioni tariffarie diverse, nel limite di determinati livelli/tetti massimi prestabiliti;
- b) la qualità del servizio, fermo restando il rispetto delle condizioni minime di cui all'art. 37, comma 2, lettera d) del d. l. n. 201/2011, sul cui presupposto è stata approvata, per i servizi ferroviari regionali, la

<sup>14</sup> Tale affermazione si pone in netta contrapposizione con quanto nel merito ripetutamente sostenuto dalla Corte di Giustizia Europea, da ultimo con Sentenza del 20/09/2018 sulla causa C-518/17.

<sup>15</sup> Il rinvio operato da tali disposizioni al regolamento (CE) 1370/2007 implica, seppur implicitamente, il riconoscimento della figura della concessione di servizi nel settore del trasporto passeggeri su ferro e gomma.

<sup>16</sup> Cfr. citata Sentenza del 20/09/2018 della Corte di Giustizia Europea Corte (punto 46).

delibera dell'Autorità n.16/2018 del 8/02/2018 (di seguito: *delibera 16/2018*), quale leva per aumentare il numero di passeggeri paganti e i conseguenti ricavi;

- c) l'adozione di misure atte a contrastare l'evasione e l'elusione tariffaria;
- d) l'organizzazione della produzione del servizio (gestione del personale, turnazione, politiche di manutenzione, ecc.) volta a perseguire obiettivi di recupero di efficienza sui costi e di efficacia, come disciplinati in questo schema di atto proposto in consultazione.

Le suddette leve aziendali rientrano nella discrezionalità delle IA, che ne sopportano i relativi rischi (operativo di domanda e offerta, gestionale, incluse relazioni industriali e socio-ambientale), ancorché in funzione della tipologia di CdS affidato, se in regime di *net cost* (in cui gli introiti tariffari sono incamerati dall'affidatario) o in regime di *gross cost* (in cui gli introiti tariffari sono incamerati dall'EA e le oscillazioni della domanda di servizio sono per l'impresa indifferenti). Si noti che anche in un contratto *gross cost*, che responsabilizza l'IA su fattori di efficienza operativa e produttiva, oltre che sulla qualità del servizio, si generano effetti sui ricavi, anche se di questi rimane titolare l'EA. Infatti, l'efficienza produttiva, anche nell'ambito dei processi di manutenzione ordinaria dei mezzi può portare a ridurre significativamente i guasti durante le corse, aumentando le prestazioni di qualità misurate (ad esempio, gli indicatori di regolarità, in quanto si riducono i casi di corse soppresse) e di fatto riducendo i costi di gestione dell'emergenza; inoltre, nella misura in cui la qualità del servizio incide sull'attitudine dei passeggeri al suo utilizzo, ne risultano incrementati anche i ricavi. Tutto ciò è esaltato nel caso di adozione all'interno dei CdS di sistemi incentivanti basati sulla promozione della qualità del servizio o sulla riduzione dei costi.

Inoltre, in tale contesto di mutamento normativo rileva, ai fini del processo di revisione della *delibera 49/2015*, l'ampliamento del perimetro dei poteri dell'Autorità in materia di regolazione delle procedure di affidamento dei servizi di TPL, con riferimento al vigente art. 37, comma 2, lettere a), b) c) e f), del d.l. 201/2011 come modificato dall'art. 27, comma 12-quater, dall'art. 48, comma 6/lett. b) e comma 7, del d.l. 50/2017.

Al fine di una pronta identificazione delle conseguenze indotte dall'entrata in vigore del predetto decreto<sup>17</sup>, le disposizioni di interesse dell'Autorità sono riportate in dettaglio nella tabella di cui all'Appendice 1 alla presente Relazione, e sono di seguito sintetizzate:

- a) definizione degli schemi dei contratti di servizio per i servizi esercitati da società *in house* e per quelli affidati direttamente (cfr. art. 48, comma 6, lettera b), primo periodo del decreto);
- b) determinazione sia per i contratti affidati mediante gara sia per via diretta o *in house*, della tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza che l'IA deve rispettare e degli obiettivi di equilibrio finanziario, prevedendo l'obbligo di separazione contabile tra le attività svolte in regime di servizio pubblico e le altre attività (cfr. art. 48, comma 6, lettera b), secondo e terzo periodo);
- c) individuazione delle regole generali in materia di affidamento dei servizi di trasporto pubblico, con particolare riferimento alla disciplina dei seguenti aspetti (cfr. art. 48, comma 7, lettere da a) ad e):
  - (i) il regime di introitazione dei ricavi tariffari da prevedere nei contratti di servizio, con privilegio della riscossione diretta dei proventi da parte dei vettori affidatari (*net cost*), ferma restando la possibilità di *gross cost* in caso di servizi caratterizzati da integrazione tariffaria tra più gestori e suddivisi tra più lotti di gara;
  - (ii) i requisiti di idoneità economica e finanziaria dei vettori interessati a partecipare alle procedure di gara;
  - (iii) l'accesso dei partecipanti ai beni immobili e strumentali indispensabili all'effettuazione del servizio, con particolare riferimento ai beni soggetti a finanziamento pubblico e alla possibilità per il gestore

<sup>17</sup> Con particolare riferimento alle nuove disposizioni che hanno comportato la modifica dell'articolo 37, comma 2 – lettera f), del citato d.l. 201/2011, incidendo specificatamente sulle misure regolatorie di cui alla *delibera 49/2015*, adottata ai sensi del medesimo articolo.

- uscente (di seguito: GU) di cedere in caso di servizi ferroviari i beni strumentali a soggetti societari specializzati presenti sul mercato, sul modello delle *rolling stock company* britanniche (*ro.s.co.*);
- (iv) l'inserimento nel bando di gara di specifiche previsioni sul trasferimento del personale, garantendo la continuità d'impiego da parte dell'IA di tutto il personale dipendente del GU, con l'esclusione dei dirigenti;
  - (v) la separazione tra funzioni di regolazione/controllo e di gestione dei servizi di TPL, con riferimento agli obblighi dell'EA di valersi di stazione appaltante "indipendente" dal GU e/o da altri vettori interessati.

### **1.3 Terzo presupposto: innovazioni del quadro regolatorio**

Oltre ai presupposti in precedenza illustrati, si evidenzia che il procedimento di revisione della delibera 49/2015 si colloca in un articolato contesto regolatorio, basato su precedenti provvedimenti ART conclusi (o avviati) incidenti sul settore del TPL, con i quali è stato garantito un adeguato coordinamento e condivisione dei principi e dei criteri di riferimento. In particolare, il contesto regolatorio si compone dei seguenti procedimenti:

- a) la delibera ART n. 48/2017 del 30 marzo 2017 (di seguito: *delibera 48/2017*), *recante la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento*, che prevede "a monte" della definizione della procedura di affidamento, l'effettuazione da parte dell'EA di un'analisi della "domanda potenziale" del bacino di mobilità di interesse, finalizzata ad individuare un adeguato ambito di servizi di trasporto (per modalità e tipologie), tali da garantire la massima efficacia dell'offerta e in relazione ai quali lo stesso EA stabilisce l'appropriato dimensionamento dei lotti di affidamento;
- b) la delibera ART n. 16/2018 del 8 febbraio 2018 (di seguito: *delibera 16/2018*), che disciplina le "*Condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico*", i cui contenuti rilevano in particolare con riferimento agli obiettivi contrattuali e ai correlati criteri di aggiudicazione, al monitoraggio del servizio e al sistema incentivante;
- c) la delibera ART n. 120/2018 del 29 novembre 2018 (di seguito: *delibera 120/2018*), che definisce "*Metodologie e criteri per garantire l'efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto ferroviario regionale*", i cui contenuti rilevano in particolare con riferimento alle misure aventi contenuto "economico" che disciplinano, tra gli altri, l'obbligo di contabilità regolatoria, i criteri di determinazione delle compensazioni e il sistema incentivante;
- d) il procedimento avviato con delibera ART n. 4/2016 del 28 gennaio 2016 (oggetto di consultazione pubblica avviata con delibera ART n. 89/2018 del 27 settembre 2018), volto all'adozione di "*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 (...)*", con il quale per simmetria e coerenza di metodo sono stati condivisi numerosi indirizzi regolatori delle procedure di affidamento tramite gara, pur nel rispetto delle peculiarità dei settori interessati, con particolare riferimento al perseguitamento degli obiettivi contrattuali di efficienza ed efficacia nell'effettuazione dei servizi e al sistema incentivante, all'allocatione dei rischi in caso di concessione, alle modalità di definizione del margine di utile ragionevole, ai requisiti di partecipazione dei potenziali contendenti, alla clausola sociale, ai criteri di nomina della commissione giudicatrice e alle modalità di verifica dell'equilibrio economico-finanziario nell'affidamento in concessione.

In coerenza con l'impostazione metodologica delle predette delibere, lo schema di atto in oggetto contiene previsioni specifiche per il settore del trasporto su strada, mutuando i criteri e i principi di regolazione già adottati nell'ottica di promuoverne l'efficienza e le condizioni di qualità erogata e percepita, anche con riferimento alle informazioni (minime) che a tale scopo devono essere previste dal CdS e agli indicatori che l'EA adotta per monitorare le prestazioni dell'IA in caso di affidamento diretto/*in house*.

Inoltre, rileva la segnalazione congiunta ART, AGCM e ANAC in materia di affidamenti diretti dei servizi ferroviari, che richiama obblighi di monitoraggio/verifica delle prestazioni, nonché obblighi di natura informativa e motivazionale previsti dalla normativa europea e nazionale.

Il quadro regolatorio relativo al settore del trasporto ferroviario si è arricchito con provvedimenti, relativi all'accesso alle infrastrutture e ai servizi nonché ai diritti degli utenti dei servizi gravati da OSP, di seguito riportati:

- la delibera n. 96/2015 del 13 novembre 2015 *"Principi e criteri per la determinazione dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria"* e la correlata delibera n. 121/2018 del 6 dicembre 2018 *"Accesso all'infrastruttura ferroviaria regionale umbra e determinazione dei relativi canoni di accesso"*;
- la delibera n. 98/2018 del 11 ottobre 2018, recante *"Misure concernenti l'accesso agli impianti di servizio e ai servizi ferroviari. Avvio del procedimento"*;
- la delibera n. 106/2018 del 25 ottobre 2018, recante *"Misure concernenti il contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti dei servizi di trasporto per ferrovia connotati da oneri di servizio pubblico possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture ferroviarie"*.
- Inoltre è stato avviato, con la delibera n. 98/2018 dell'11 ottobre 2018, un procedimento recante *"Misure concernenti l'accesso agli impianti di servizio e ai servizi ferroviari"*.

#### **1.4 Struttura e obiettivi dello schema di atto in consultazione**

Lo schema di atto in oggetto si pone l'obiettivo fondamentale di recepire i presupposti di revisione della delibera 49/2015, descritti nei paragrafi precedenti, modificando e integrando le misure regolatorie originarie.

L'intervento di revisione sopra descritto ha portato alla proposizione di complessive 28 misure regolatorie, suddivise in 3 Titoli e corredate da un elenco delle definizioni applicabili e da n. 7 annessi, recanti informazioni tecniche di dettaglio, richiamati all'interno delle rispettive Misure interessate, parte integrante dello schema di atto in oggetto.

La struttura dello schema di atto di regolazione ricalca le fasi di cui si compongono le procedure di affidamento in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia (Titoli I e II), per poi soffermarsi sulla fase esecutiva del CdS (Titolo III) e sui suoi contenuti regolatori. In particolare, il Titolo I è dedicato alle fasi propedeutiche all'affidamento dei servizi, il Titolo II contiene misure regolatorie finalizzate a realizzare una partecipazione paritaria e non discriminatoria alle procedure di affidamento di tutte le imprese potenzialmente interessate (*level playing field*), oltre che a garantire la trasparenza della procedura, anche grazie a misure di contabilità regolatoria che trovano applicazione immediata in quanto propedeutiche agli affidamenti successivi, il Titolo III riguarda la fase di esecuzione del CdS, con particolare focus sugli aspetti relativi all'equilibrio economico-finanziario degli stessi.

Il Titolo I è suddiviso in due sezioni: il Capo I contiene misure regolatorie in materia di beni strumentali, mentre nel Capo II sono trattati aspetti economici relativi alla trasparenza, efficacia e efficienza degli affidamenti.

Le Misure non sono distinte per modalità di trasporto, trattano tutte le tipologie di affidamento (con gara, incluso l'affidamento del servizio congiunto alla selezione del socio privato<sup>18</sup>, 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, come riportato nell'Annesso 1 allo schema di atto che costituisce il quadro sinottico delle Misure e rappresenta, in forma sintetica, il prospetto-guida all'applicazione delle disposizioni previste, in funzione della procedura di affidamento e della natura contrattuale adottata dall'EA.

---

<sup>18</sup> Si parla comunemente in proposito di gara "a doppio oggetto".

Si offre nel seguito una breve presentazione del complesso di Misure costituenti il provvedimento proposto, rimandando ai paragrafi successivi la trattazione di dettaglio di alcune disposizioni regolatorie.

La Misura 1 dello schema di atto in oggetto è finalizzata a disciplinare l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del provvedimento, affrontando uno dei temi oggetto di successivo approfondimento, mentre le misure regolatorie successive riportano le disposizioni definite dall'Autorità in materia di:

- a) criteri che l'EA deve adottare per l'individuazione delle più appropriate modalità di svolgimento della relativa procedura, una volta definito il lotto da affidare, e schemi dei CdS da allegare alla documentazione di affidamento (Misura 2 e Annesso 2);
- b) beni strumentali necessari per l'effettuazione del servizio (Misure 3 – 10), con particolare riferimento a quelli essenziali/indispensabili, le azioni in capo all'EA per favorirne la disponibilità e i relativi valori di subentro;
- c) contabilità regolatoria cui le imprese operanti nel settore del TPL (affidatarie di CdS) sono sottoposte (Misure 11 e 12 e relativo schema di cui all'Annesso 3), con riferimento allo svolgimento sia di servizi ferroviari sia di servizi su strada;
- d) modalità di individuazione e allocazione dei rischi tra EA e impresa affidataria (di seguito: IA) in funzione delle caratteristiche dei servizi oggetto di affidamento (Misura 13 e Annesso 4);
- e) modalità di predisposizione del PEF simulato da parte dell'EA, in caso di procedure di gara o affidamenti diretti/*in house*, applicando un ragionevole margine di utile a beneficio dell'impresa affidataria (Misure 14, 15 e 17 e schemi di cui all'Annesso 5);
- f) obiettivi che l'EA individua “a monte” della procedura di affidamento diretto o *in house* e che l'IA è tenuto a perseguire nel corso di tutta la durata contrattuale, al fine del miglioramento progressivo dell'efficacia del servizio e dell'efficienza della gestione (Misura 16 e Annesso 7);
- g) informazioni minime che l'EA deve mettere a disposizione di tutti i vettori (potenzialmente) interessati, in relazione alla modalità di affidamento scelta, quindi anche in caso di procedura non competitiva (Misura 18 e Annesso 6);
- h) criteri pro-concorrenziali e di trasparenza che l'EA deve adottare per la definizione della disciplina di gara, in termini di requisiti minimi dei partecipanti, obiettivi e criteri di aggiudicazione, trasferimento del personale, strutturazione del PEF del contendente e definizione della commissione giudicatrice (Misure 19 – 24);
- i) informazioni/dati che l'IA deve periodicamente mettere a disposizione dell'EA ai fini del monitoraggio del servizio (Misura 25), superando le asimmetrie informative che caratterizzato il rapporto tra le parti contrattuali, oltre che in un'ottica di “rendicontazione pubblica”;
- j) verifica periodica dell'equilibrio economico-finanziario del CdS, da attuare al termine di ogni periodo regolatorio definito dall'EA aggiornando le previsioni del PEF (Misura 26);
- k) meccanismo di aggiornamento delle tariffe vigenti, volto a promuovere il miglioramento della qualità erogata e percepita del servizio, salvaguardando i sistemi di integrazione tariffaria e dei servizi (Misura 27);
- l) criteri e modalità di revisione e modifica dei CdS (Misura 28).

Lo schema è corredata da un elenco delle definizioni applicabili e da n. 7 annessi recanti informazioni tecniche di dettaglio, richiamati all'interno delle rispettive Misure interessate, parte integrante dello schema di atto.

La struttura dello schema di atto sopra descritta è analoga, salvo quanto di seguito specificato, a quanto già previsto dall'originaria delibera 49/2015, offrendo un modello cronologico di lettura/applicazione delle disposizioni delle misure regolatorie interessate, finalizzato a supportare l'EA nello svolgimento, anche in un'appropriata sequenza temporale, delle funzioni atte a definire le scelte propedeutiche all'avvio della gara, sia di natura programmatica, sia di natura documentale (di cui alle Misure del Titolo I dell'atto e allo schema di CdS), all'individuazione dei contenuti del bando e/o di altra documentazione atta a disciplinare la gara (Titolo II) e, infine, alla fase esecutiva del CdS (Titolo III), comprensivo di tutti gli allegati tecnici necessari a garantire un'adeguata gestione, monitoraggio e controllo del servizio oggetto di affidamento.

Tuttavia, le Misure predisposte all'interno dello schema di atto in oggetto offrono una seconda opportunità di "lettura trasversale" delle disposizioni, aderente alle 3 seguenti finalità regolatorie della disciplina proposta:

- disposizioni volte a definire e promuovere criteri pro-concorrenziali e di trasparenza che l'EA deve adottare per la definizione della procedura di affidamento, incluse le misure di contabilità regolatoria e di separazione contabile, a garanzia di condizioni non discriminanti di partecipazione dei potenziali contendenti alla gara, anche al fine della stipula e della successiva gestione del CdS;
- disposizioni volte a perseguire il miglioramento progressivo delle prestazioni contrattuali, con particolare riferimento a predefiniti obiettivi di efficacia ed efficienza (in aderenza alle nuove funzioni attribuite ad ART dal d.l. 50/2017), anche in termini di qualità erogata, sulla base delle offerte di gara ricevute, anche attraverso il superamento delle asimmetrie informative che caratterizzano i rapporti tra le parti contrattuali;
- disposizioni di natura "economica", finalizzate a garantire l'adozione del PEF quale strumento univoco di verifica e monitoraggio dell'obiettivo di equilibrio economico-finanziario dei CdS, anche alla luce dell'allocazione di rischi tra le parti.

## 2. Oggetto e destinatari dell'atto di regolazione (Misura 1)

All'interno della "*cornice di regolazione*"<sup>19</sup> complessiva sviluppata dall'Autorità nell'ambito delle proprie attribuzioni, gli EA esercitano le rispettive competenze definite dal panorama legislativo vigente, ferma restando la facoltà di ogni singolo ente di introdurre norme aggiuntive o integrative, purché compatibili con le Misure definite dall'Autorità, nonché assumere ogni iniziativa, nel riparto delle competenze di legge, al fine di assicurare la piena implementazione della predetta cornice regolatoria.

La Misura 1 dello schema di atto posto in consultazione identifica pertanto i principali destinatari della regolazione negli EA interessati all'avvio di procedure di affidamento dei servizi di TPL o alla revisione di CdS. Preme rilevare che l'EA può non coincidere con l'ente titolare dei compiti e funzioni relativi al servizio di TPL interessato<sup>20</sup>; in tale occorrenza, il rapporto tra i due soggetti dovrà essere regolato da apposita convenzione (ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e s.m.i.) che ne disciplini compiti, ruoli e ripartizione delle responsabilità. Nella convenzione andranno disciplinati gli aspetti connessi alla quantità del servizio messo a gara e relativi aspetti economici, la pianificazione del servizio, le tariffe, gli standard richiesti, il tipo e la quantità dei controlli, gli investimenti, la reportistica di base, ecc. (Cfr. *Definizioni*).

Ulteriori soggetti destinatari dalle misure regolatorie in oggetto sono, di conseguenza, il GU e l'IA, in quanto rispettivamente *incumbent* del servizio oggetto di affidamento e *new comer* subentrante nella gestione. All'interno delle singole misure regolatorie (analizzate in dettaglio nei successivi paragrafi) sono specificate modalità, responsabilità e tempistiche in capo ai singoli soggetti interessati, come individuato dalle disposizioni poste in consultazione.

La predetta Misura riporta anche le diverse tempistiche di applicazione delle disposizioni regolatorie contenute nello schema di atto in oggetto.

In ordine all'ambito oggettivo dello schema di atto, le misure regolatorie proposte disciplinano le modalità di affidamento in esclusiva dei servizi di TPL svolti su strada e per ferrovia, di cui al regolamento (CE) 1370/2007 e al d.lgs. 422/1997, ed è volto a disciplinare sia l'aggiudicazione dei contratti di appalto di servizi sia l'aggiudicazione dei contratti di concessione, stante l'attuale assetto normativo già oggetto di precedente approfondita analisi, cui si rimanda per ogni dettaglio in merito.

<sup>19</sup> Di cui alla Sentenza n. 41/2013 della Corte Costituzionale.

<sup>20</sup> Come individuati dal d.lgs. 422/1997 in relazione al riparto di competenze tra Regioni ed Enti Locali (cfr. art. 5 e segg.).

## 2.1 Applicabilità dello schema di atto ai servizi di navigazione interna

Rimane nell'ambito della discrezionalità dell'EA la scelta di estendere anche al “*trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna*” i principi delle Misure di cui allo schema di atto in oggetto, nel rispetto della normativa di riferimento nel seguito sintetizzata.

Con riferimento alla normativa europea, il regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, 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*” è stato abrogato dal citato regolamento (CE) 1370/2007, che con riferimento all'applicabilità della disciplina dettata dal regolamento alla navigazione interna prevede:

- considerando 10): “*non si reputa opportuno disciplinare, nel presente regolamento, l'affidamento di contratti di servizio pubblico in questo specifico settore. L'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna (...) resta quindi soggetta all'osservanza dei principi generali del trattato, a meno che gli Stati membri non decidano di applicare il presente regolamento a tali specifici settori. Le disposizioni del presente regolamento non impediscono di integrare i servizi per via navigabile interna e per acque marine nazionali in una più vasta rete urbana, suburbana o regionale di trasporto pubblico di passeggeri*”;
- articolo 1, par. 2: “*Gli Stati membri possono applicare il presente regolamento anche al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna*”;
- Comunicazione della Commissione n. 2014/C 92/01 del 29 marzo 2014 “*sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 (...)*” (di seguito: Comunicazione 2014/C 92/01), § 2.1.2: “*è opportuno che la decisione degli Stati membri di applicare il regolamento (CE) n. 1370/2007 al trasporto pubblico di passeggeri per vie navigabili interne sia adottata in modo trasparente mediante un atto giuridicamente vincolante. Applicare il regolamento (CE) n. 1370/2007 ai servizi per il trasporto pubblico di passeggeri per vie navigabili interne può essere particolarmente utile ove tali servizi siano integrati entro una rete urbana, suburbana o regionale più estesa. 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)*”.

Con riferimento al quadro legislativo vigente in materia, i servizi pubblici sui grandi laghi (Garda, Maggiore e Como) sono oggetto di gestione diretta da parte del Ministero per mezzo di un soggetto gestore (Gestione Navigazione Laghi), ai sensi della legge 18 luglio 1957, n. 614, mentre i restanti servizi di navigazione interna rientrano nelle competenze delle Regioni e degli Enti Locali delegati ai sensi del d.lgs. 422/1997; in particolare, l'art. 11 del predette decreto disciplina la gestione dei “*Servizi lacuali e lagunari*”, specificando *inter alia* che “*i servizi di trasporto pubblico di persone e cose, effettuate all'interno della laguna veneta sono autorizzati e regolati in conformità alle norme emanate dagli enti locali competenti in materia di trasporto pubblico locale*”.

## 3. Titolo I: Fasi propedeutiche agli affidamenti dei servizi

### Capo I - Misure regolatorie in materia di modalità delle scelte di affidamento e beni strumentali

#### 3.1 Individuazione delle modalità di affidamento e contenuto minimo obbligatorio del contratto di servizio (Misura 2)

Nel rispetto del quadro normativo vigente e dei presupposti regolatori enunciati, lo schema di atto in consultazione dispone che la scelta della modalità e della forma di affidamento da adottare venga effettuata

da parte dell'EA dopo aver completato il processo di dimensionamento del lotto di servizi di TPL da affidare, determinandone i corrispondenti OSP e le relative modalità di finanziamento.

Con riferimento a tale fase, propedeutica alla definizione della procedura di affidamento da adottare, la misura regolatoria rimanda direttamente alle disposizioni di cui rispettivamente alle Misure 4 e 6 dell'Allegato alla delibera 48/2017.

Preme con l'occasione rilevare che tale delibera disciplina, *inter alia*, i criteri che l'EA deve adottare per l'identificazione dei lotti di gara dei servizi di trasporto, ferroviario e su strada, da affidare in regime di esclusiva, subordinando il procedimento ad una fase preliminare di analisi della "domanda potenziale" del bacino di mobilità, finalizzata ad individuare i servizi (intese come tutte le modalità e tipologie), che garantiscono la massima efficacia dell'offerta (c.d. ambito di servizio), in relazione ai quali l'EA stabilisce i lotti di gara di propria competenza, nel rispetto della dimensione "ottima minima" di produzione e contendibilità sul mercato, al fine di massimizzare il numero di potenziali concorrenti interessati alla procedura di affidamento.

Si osserva come i contenuti della delibera (seppur antecedente) si pongano su un piano di coerenza con la disciplina definita dal citato d.l. 50/2017, con particolare riferimento all'art. 48, comma 4.

In materia di scelta della "modalità" di affidamento, sia in ambito nazionale, sia (soprattutto) in ambito euro-unitario sono previste soluzioni alternative cui possono ricorrere gli EA, a fronte di specifici presupposti e condizioni, mediante procedure non competitive ad evidenza pubblica (di seguito, per brevità: procedure di gara): affidamento diretto e *in house providing* (o tramite società mista).

L'affidamento diretto prevede che l'EA non svolga una procedura di selezione pubblica dell'IA, ma che lo identifichi sulla base di requisiti predefiniti dallo stesso ente.

L'affidamento *in house* prevede invece il ricorso da parte dell'EA a una distinta persona giuridica su cui è esercitato un "controllo analogo", ovvero legato all'ente da vincoli talmente serrati da non rendere esistente nella sostanza una duplicità/distinzione di soggetti, come se si trattasse di una gestione diretta dell'ente interessato, venendo pertanto meno l'obbligo di svolgere una procedura a evidenza pubblica.

Ferma restando la discrezionalità dell'EA nella scelta delle procedure di affidamento dei servizi come ammesse dall'ordinamento, le diverse modalità sono tuttavia assoggettate a specifici obblighi di monitoraggio/verifica delle prestazioni, nonché di natura informativa e motivazionale<sup>21</sup>, con riferimento in particolare agli articoli 5 e 7 del regolamento (CE) 1370/2007, come modificato dal regolamento (UE) 2338/2016.

La possibilità di adottare procedure non competitive è in particolare condizionata dalle seguenti limitazioni:

- a) in caso di trasporto passeggeri su strada:
  - i. l'affidamento diretto può essere adottato solo in caso di servizi "sotto-soglia" (ovvero al di sotto di volumi di produzione limitativamente predefiniti) o di specifiche situazioni di emergenza (i.e. interruzione del servizio), laddove tuttavia gli EA possono prevedere in alternativa la proroga dei CdS esistenti<sup>22</sup>;
  - ii. l'affidamento *in house* può essere adottato a condizione che tali servizi soddisfino "*soltanto le esigenze di trasporto di agglomerati urbani o di zone rurali o di entrambi*"<sup>23</sup>;
- b) in caso di trasporto passeggeri per ferrovia, oltre ad applicarsi le specificazioni di cui ai precedenti punti a, sub. i e ii, l'affidamento diretto può essere adottato qualora sussistano circostanze eccezionali (i.e. vigenza di gare pubbliche che potrebbero influenzare le offerte, modifiche di CdS finalizzati al miglioramento delle prestazioni) o in caso di adeguata giustificazione correlata alle caratteristiche strutturali e geografiche del mercato, delle infrastrutture, della domanda (e.g. in caso di isolamento dal punto di vista tecnico e geografico), posto che i nuovi CdS debbano garantire un miglioramento della

<sup>21</sup> Anch'essi oggetto di trattazione nella citata segnalazione congiunta AGCM-ANAC-ART.

<sup>22</sup> Cfr. art. 5, par. 4 e 5, del regolamento (CE) 1370/2007.

<sup>23</sup> Cfr. art. 5, par. 2, del regolamento (CE) 1370/2007; tale disposizione sarà in vigore dal 3 dicembre 2019, ai sensi dell'art. 8, par. 2, punto i) del medesimo regolamento.

qualità, dell'efficienza e il contenimento dei costi. Per ogni ulteriore approfondimento in merito, si rimanda alle disposizioni di cui all'art. 5, par. 3 bis e 4 bis, del regolamento (CE) 1370/2007. A tale modalità di trasporto si applica inoltre il par. 4 ter del richiamato art. 5, nonché il successivo par. 6 che recita *"A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, fatta eccezione per altri modi di trasporto su rotaia quali metropolitana o tram"*<sup>24</sup>.

Indipendentemente dalla modalità di affidamento scelta, la legittimità del ricorso a procedure non competitive richiede da parte dell'EA non solo la verifica della sussistenza dei requisiti legislativi di caso in caso previsti (*supra*), ma anche la dimostrazione che la deroga al principio della concorrenza per il mercato sia giustificata da obiettivi di interesse generale.

A tal fine, l'art. 34 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (di seguito: d.l. 179/2012) prevede che gli enti competenti motivino le proprie decisioni all'interno di un'apposita in cui *"danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio"*<sup>25</sup>. È pertanto necessaria, da parte dell'EA, una specifica valutazione (comparativa) di convenienza nell'ambito di una specifica relazione (di seguito: Relazione ex art. 34), in cui siano esplicitate le (eventuali) ragioni del mancato ricorso al mercato, specificando le caratteristiche del servizio interessato, gli OSP e le relative compensazioni eventualmente previste.

Con riferimento a tale Relazione, anche alla luce degli esiti del citato monitoraggio ex-delibera 49/2015 svolto dagli Uffici, lo schema di atto in oggetto dispone che essa sia integrata, in forma unificata, con gli esiti della procedura di consultazione, di cui al punto 5 della Misura 4, nonché con la descrizione delle opzioni di finanziamento degli OSP e dei fattori di mercato considerati ai fini del dimensionamento dei lotti di affidamento, di cui alla delibera 48/2017.

Tale documento unico, predisposto dall'EA prima di avviare l'affidamento del servizio, è parte integrante della documentazione che disciplina la procedura ed è pubblicata sul sito istituzionale dell'EA, che provvede contestualmente a trasmetterlo all'Autorità, ai fini di svolgimento delle opportune attività di vigilanza.

Indipendentemente dalla procedura di affidamento adottata, la legislazione vigente<sup>26</sup> prevede la stipula di uno specifico contratto vincolante tra EA e IA, che come ampiamente già approfondito può assumere la diversa natura di "concessione" o di "appalto", i cui schemi e contenuti obbligatori sono dettagliati nell'Annesso 2.

Nel CdS sono definite tutte le caratteristiche del modello di gestione adottato (secondo lo schema contrattuale ritenuto più idoneo), anche con riferimento alle modalità di riscossione dei proventi da tariffa, che possono essere in capo all'IA (*net cost*), o, in alternativa, permanere sull'EA (*gross cost*). Ai sensi dell'art. 48, comma 7, lettera a), del d.l. 50/2017, le procedure di affidamento devono prevedere la riscossione diretta dei proventi da traffico da parte dell'affidatario, che se ne assume il rischio di impresa, fatta salva

<sup>24</sup> Disposizione in vigore sino al 24 dicembre 2023, ai sensi del menzionato art. 8, par. 2, punto iii) del medesimo regolamento.

<sup>25</sup> Cfr. art. 3-bis, comma 1-bis, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, che ha integrato la disciplina della relazione ex-art. 34 del d.l. 179/2012, prevedendo inoltre che *"al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti"*. La medesima norma, inoltre, dispone specifici adempimenti a carico dell'EA in caso di ricorso all'affidamento *in house* (aggiuntivi rispetto a quanto sopra riportato), tra cui *"la specificazione [nel predetto piano economico-finanziario] dell'assetto economico-patrimoniale della società [in house], del capitale investito [dall'EA] e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio"*, nonché l'obbligo in capo all'EA ad affidamento avvenuto di *"accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio, nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario in house"*.

<sup>26</sup> Cfr. artt. 3 e 4 del regolamento (CE) 1370/2007 e art. 19 del d.lgs. 422/1997.

l'aggiudicazione di servizi per i quali sia prevista l'integrazione tariffaria tra diversi gestori, facenti parte ad esempio di una rete complessiva di TPL suddivisa in più lotti in affidamento (o da affidare), con il coinvolgimento attuale o potenziali di differenti IA. La scelta del modello di riscossione attuata dall'EA si riflette sul processo di allocazione dei rischi tra lo stesso EA e l'IA, di cui alla Misura 13.

In ottemperanza a quanto disposto dall'art. 37, comma 2 - punto f), del d.l. 201/2011, come modificato dall'art. 48, comma 6 – lettera b (I parte), del d.l. 50/2017, allo scopo di definire una struttura univoca dei CdS, in allegato allo schema di atto sono riportati gli schemi dei CdS, distinti per servizio interessato, redatti sulla base di criteri pro-concorrenziali e di trasparenza, di cui l'EA deve tenere conto nella predisposizione dei CdS di propria competenza.

L'Annesso 2 riporta pertanto due schemi, distinti ma strutturalmente simmetrici, finalizzati a identificare, tenendo conto della normativa vigente (*infra*), i contenuti dei CdS che l'EA stipula con l'IA per l'affidamento dei servizi ferroviari o su strada.

L'esigenza di poter disporre di schemi strutturali univoci, sulla base dei quali ciascun EA provvede a predisporre gli specifici CdS (da allegare alla documentazione che disciplina la procedura di affidamento), è significativamente emersa nel corso delle attività di monitoraggio ex-delibera 49/205 e nelle relative interlocuzioni con gli enti interessati, al fine di garantire adeguate condizioni di uniformità e di trasparenza procedurale.

In tale ambito, l'innovato articolo 37, comma 2 – lettera f), del d.l. 201/2011 attribuisce all'Autorità il compito di definire gli *"gli schemi dei contratti di servizio"* (e delle *"convenzioni"*), sia con riferimento alle procedure competitive (*"da inserire nei capitolati delle medesime gare"*), sia con riferimento agli affidamenti diretti e/o *in house*.

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 IA per l'affidamento della gestione e fornitura di un servizio di TPL connotato da OSP, è oggetto di articolata (e più o meno approfondita) trattazione, sia a livello euro-unitario, sia a livello nazionale, sia a livello di molte delle Regioni competenti. Una lettura contestuale di tali riferimenti è pertanto opportuna, oltre che necessaria, per la corretta definizione di un *"contenuto minimo"* obbligatorio, al fine di definire schemi di riferimento per la redazione dei CdS da applicare caso per caso.

Specificatamente, per la normativa europea, il riferimento fondamentale è costituito dall'art. 4 del regolamento (CE) 1370/2007, che disciplina il contenuto obbligatorio dei CdS, rimandando ad ulteriori articoli del medesimo regolamento in materia di OSP (art. 2 bis), procedure di aggiudicazione (art. 4) e compensazioni (art. 6); inoltre, rilevano i contenuti dei regolamenti (CE) 1371/2007 e (UE) 181/2011, relativi ai diritti e agli obblighi dei passeggeri rispettivamente nel trasporto ferroviario e con autobus.

La normativa nazionale fonda i propri presupposti in materia di CdS sull'articolo 19 del d.lgs. 422/1997 che, rimandando alla regolamentazione euro-unitaria, definisce i contenuti generali dello strumento, evidenziando in particolare la necessità che sia assicurato l'equilibrio economico e la copertura finanziaria nella gestione dei servizi interessati e che il contratto sia stipulato tra EA e IA prima dell'inizio del periodo di validità (commi 1 e 2)<sup>27</sup>.

In particolare, ai sensi del menzionato decreto, il CdS deve definire i seguenti aspetti (cfr. comma 3, lettere a) – l)):

- periodo di validità, condizioni di proroga ed eventuali modalità di modifica del contratto;
- le caratteristiche dei servizi offerti ed il programma di esercizio;
- gli standard qualitativi minimi del servizio;
- struttura tariffaria vigente e criteri di aggiornamento;
- entità e modalità di corresponsione dei contributi dell'EA a titolo di compensazione degli OSP gravanti sui servizi in affidamento e relativi meccanismi di adeguamento/revisione;

<sup>27</sup> Il citato comma 1 precisa peraltro che: *"Per i servizi ferroviari i contratti di servizio sono stipulati sette mesi prima dell'inizio del loro periodo di validità, al fine di consentire la definizione degli orari nazionali"*.

- garanzie che devono essere prestate dall'IA;
- sistema sanzionatorio definito dall'EA in caso di mancata osservanza degli adempimenti contrattuali;
- clausola sociale e rispetto dei sottoscritti contratti collettivi nazionali di settore;
- ridefinizione dei rapporti tra EA e IA in caso di significative modifiche del volume di produzione nel periodo di validità contrattuale, con particolare riferimento ai lavoratori dipendenti e al capitale investito.

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, come integrate dall'art. 1, commi 168-169, della legge 4 agosto 2017, n. 124;
- i decreti legislativi 17 aprile 2014, n. 70, e 4 novembre 2014, n. 169, recanti le discipline sanzionatorie per le violazioni delle disposizioni dei suddetti regolamenti europei relativi 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.

Alla luce di quanto sopra, i menzionati schemi di cui all'Annesso 2 del documento posto in consultazione si basano su una medesima struttura generale, distinguendosi per contenuti con riferimento all'affidamento dei servizi ferroviari (Prospetto 1) e su strada (Prospetto 2).

Ciascun prospetto è strutturato in quattro sezioni, caratterizzate in base alla natura dei contenuti e afferenti ai seguenti macro tipi: tecnico – operativi, economici, qualitativi, clausole generali. A ciascuna delle sezioni individuate attengono diversi aspetti che costituiscono i singoli articoli del CdS, alcuni dei quali sono ulteriormente approfonditi nelle Misure.

Al di là della struttura generale (condivisa) degli schemi e delle relative sezioni in cui essi sono articolati, 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. In tale ambito, l'EA nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa e sulla base della specificità della procedura di affidamento scelta e/o del relativo CdS da stipulare, potrà valutare un'eventuale riorganizzazione e/o integrazione dei contenuti proposti.

### **3.2 Disciplina dei beni strumentali (Misure 3 – 10)**

Lo schema di atto sottoposto a consultazione definisce la disciplina dei beni strumentali in sostanziale coerenza con quanto già disposto dalla delibera 49/2015 (cfr. Misure del Capo I, da 1 a 7), integrando specifici criteri di regolazione alla luce del modificato assetto normativo (*infra*) e delle risultanze del monitoraggio ex-delibera 49/2015, con particolare riferimento a:

- la questione dell'accessibilità del materiale rotabile, di cui alla dedicata Misura 5;
- le modalità di gestione dei beni strumentali acquisiti tramite finanziamento pubblico, di cui alla dedicata Misura 6.

Come ampiamente emerso nel procedimento che ha portato all'adozione della delibera 49/2015, l'accessibilità del materiale rotabile e dei beni strumentali all'effettuazione del servizio costituisce una significativa barriera all'entrata nel settore del TPL, suscettibile di compromettere l'effettiva contendibilità della procedura di affidamento, acuita nel caso del segmento ferroviario, dalla insussistenza di un mercato secondario dei rotabili e da altre condizioni di assetto del mercato. Di qui la costante attenzione del legislatore europeo e nazionale<sup>28</sup> alla rimozione di dette barriere. In particolare, con l'articolo 37, comma 2, lettera f), del d.l. 201/2011, viene attribuita all'Autorità "con riferimento al trasporto ferroviario regionale" la funzione di verificare che "nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che

<sup>28</sup> Cfr. articolo 18, comma 2, lettera a (ultimo paragrafo), del d.lgs. 422/1997 in cui si afferma il principio che "il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per l'effettuazione del servizio, non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti".

*impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificamente che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti". Successivamente, con l'art. 48, comma 7 – lettera c), del d.l. 50/2017, è stato attribuito all'Autorità il compito di definire "regole generali in materia di (...) 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".*

Il predetto quadro legislativo nazionale va inoltre letto alla luce delle disposizioni introdotte dal regolamento (UE) 2338/2016 in materia di "materiale rotabile ferroviario", che ha specificatamente integrato il regolamento (CE) 1370/2007 introducendo il nuovo art. 5 bis che disciplina le misure che le autorità competenti devono adottare *"per assicurare l'accesso effettivo e non discriminatorio a materiale rotabile idoneo"*.

### **3.3 La classificazione dei beni strumentali all'effettuazione del servizio (Misure 3 e 4)**

Alla luce del quadro normativo sopra delineato si è pertanto reso necessario riallineare quanto già disposto nella delibera 49/2015 in esecuzione delle funzioni previste dal decreto istitutivo dell'ART. Pertanto, le misure regolatorie dello Schema, confermando lo schema metodologico già sviluppato nell'originaria delibera 49/2015, sono finalizzate innanzitutto a valutare la natura "essenziale" o "indispensabile" dei beni strumentali come identificati sulla base delle *Definizioni* fornite<sup>29</sup>, sulla base di specifiche condizioni e caratteristiche (Misura 4)<sup>30</sup>. Tale processo si estrinseca nella documentazione predisposta dall'EA che disciplina la procedura di affidamento scelta, ovvero in funzione della modalità adottata il bando di gara o i relativi annessi (disciplinare, capitolato d'oneri) e/o direttamente (in allegato al) contratto di servizio che regola l'affidamento diretto o *in house*.

Per i beni classificati come "essenziali" o "indispensabili", l'EA dovrà rispettivamente fornire garanzie sulla piena accessibilità o disponibilità, sin dal momento dalla stipula del CdS con l'IA, ovvero dall'avvio del servizio interessato, mentre sarà compito dell'IA reperire sul mercato i beni ritenuti "commerciali" finalizzati allo svolgimento del servizio.

Resta fermo il fatto (e pare qui opportuno ribadirlo) che minori sono le dimensioni del lotto da affidare nell'ambito di un Bacino di mobilità<sup>31</sup>, minori sono le potenziali "barriere all'ingresso" di natura economico-finanziaria gravanti sugli operatori interessati a partecipare alla procedura di affidamento, relativamente all'accesso dei beni strumentali all'effettuazione del servizio.

### **3.4 Il materiale rotabile (Misura 5)**

Come anticipato, in riferimento alle tematiche sopra trattate, nonché alla luce di alcune evidenze raccolte nel corso del monitoraggio ex-delibera 49/2015, si è ritenuto opportuno far confluire in un'apposita misura regolatoria la disciplina del materiale rotabile (ferroviario e/o automobilistico) oggetto di diverse Misure del Capo I della delibera 49/2015, inclusa la Misura 7. Posto che il materiale rotabile è di norma da considerarsi un bene commerciale, la Misura 5 in parola definisce la procedura e i criteri di valutazione da parte degli EA interessati, al fine di determinarne l'effettiva "duplicabilità" a condizioni economiche sostenibili (per la collettività) e accettabili (per l'IA); a fronte di tale valutazione, l'EA è legittimato a classificare anche il

<sup>29</sup> Nelle *Definizioni* viene riportato il contenuto della Misura 1 della delibera 49/2015, con riferimento alle tre tipologie di: a) Reti, impianti e infrastrutture; b) Materiale rotabile; c) Altri beni mobili, ferma restando la piena facoltà dell'EA di integrazione o adattamento di ciascuna tipologia, in relazione delle caratteristiche dei servizi oggetto di affidamento.

<sup>30</sup> Per eventuali approfondimenti in merito alle condizioni di identificazione dei beni "essenziali" e "indispensabili" si rimanda alle considerazioni di cui all'Allegato B alla delibera 49/2015 (pagg. 6-9).

<sup>31</sup> Come definito ai sensi della citata delibera 48/2017.

materiale rotabile come bene “indispensabile”, di cui deve pertanto essere assicurata la disponibilità, inserendo nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento le informazioni di cui dispone, secondo quanto specificato nell’apposita sezione della Tabella 3 dell’Annesso 6 dello schema di atto, comprese le condizioni/oneri di subentro dell’IA, ai sensi della Misura 9.

Qualora la procedura di affidamento preveda la necessità da parte dell’IA di approvvigionarsi di quota-parte o della totalità del materiale rotabile necessario allo svolgimento del servizio, in quanto bene commerciale reperibile sul mercato, l’EA dovrà valutare e individuare un congruo tempo, intercorrente tra la data di aggiudicazione del servizio e quella di avvio dello stesso, al fine di consentire l’acquisizione di tale materiale da parte dell’IA, così assicurando condizioni di partecipazione eque e non discriminatorie a beneficio di tutti i potenziali contendenti.

La disponibilità (e l’effettiva reperibilità) sul mercato di veicoli idonei è infatti un fattore potenzialmente condizionante per la partecipazione alla procedura di affidamento degli operatori di mercato, sia nel trasporto ferroviario (*infra*), sia nel trasporto su strada, qualora si configurino condizioni restrittive in funzione dei tempi di approvvigionamento e/o di adeguamento dei veicoli, in relazione alle caratteristiche dei mezzi richiesti.

La disposizione legislativa prima citata con riguardo in materia di disponibilità del materiale rotabile (art. 37, comma 2, lettera f), del d.l. 201/2011) prevede infatti che *“all’impresa aggiudicataria è concesso un tempo massimo di diciotto mesi, decorrenti dall’aggiudicazione definitiva, per l’acquisizione del materiale rotabile indispensabile per lo svolgimento del servizio”*. Tale disciplina di legge è finalizzata a evitare che una *lex specialis* di gara possa comportare effetti discriminatori tra i partecipanti, vanificando l’effettiva competitività della procedura e assegnando al GU indebiti e notevoli vantaggi, in particolare in caso di lotti di affidamento particolarmente ampi (ove la necessità di disporre di una maggiore quantità di materiale rotabile comporta inevitabili conseguenze sui tempi di approvvigionamento).

Alla luce di quanto sopra, la misura regolatoria posta in consultazione individua i criteri di riferimento su cui l’EA deve basarsi per l’individuazione del predetto tempo congruo per l’acquisizione del materiale rotabile, considerando in particolare l’eventuale esigenza di caratteristiche tecniche e/o qualitative<sup>32</sup> o (nel settore ferroviario) i tempi necessari per l’eventuale ottenimento della certificazione di sicurezza richiesta dalla normativa vigente, per l’omologazione dei (nuovi) rotabili e per la formazione del personale<sup>33</sup>. In funzione delle caratteristiche del materiale rotabile richieste dall’EA, l’IA potrà valutare l’opportunità di acquisire parte dello stesso anche mediante acquisto di veicoli usati, qualora disponibili sul mercato.

Uno dei criteri di riferimento previsti (di nuova introduzione rispetto all’originaria delibera 49/2015) è la disponibilità del GU a trasferire all’IA, a titolo oneroso, il materiale rotabile commerciale, qualora le caratteristiche del parco veicolare di proprietà del GU (quota-parte) o di altre IA corrispondano ai requisiti del materiale rotabile previsti nel bando (ipotesi che può verificarsi quando il bando non preveda solo la fornitura di materiale rotabile di nuova immatricolazione).

Con riferimento a quanto sopra, tutte le informazioni utili, sulla base delle intese raggiunte con il GU anche in esito alla procedura di consultazione di cui al punto 5 della Misura 4 (*infra*), saranno incluse dall’EA nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento, specificando in particolare il materiale rotabile (classificato come bene commerciale) messo a disposizione dal GU, le modalità di trasferimento all’IA in forma di cessione o locazione e i relativi oneri previsti.

Indipendentemente dall’esito delle valutazioni di cui sopra, l’EA può imporre al GU l’obbligo di assicurare *pro-tempore* la disponibilità del materiale rotabile ferroviario (e dei connessi impianti adibiti a deposito o a manutenzione) a titolo di locazione, fino all’entrata in esercizio del materiale di proprietà dell’IA strumentale

<sup>32</sup> Ad esempio autobus dotati di sistemi di videosorveglianza, info-mobilità, AVM, sistemi automatizzati contapasseggeri, sistemi di controllo della guida, allestimenti interni (per accessibilità PMR) o classi di emissioni.

<sup>33</sup> Tali procedure possono presentare specifiche complessità, specie in caso di materiale rotabile nuovo e/o di nuova concezione, che, inevitabilmente, possono comportare tempi di approvvigionamento più lunghi.

all'effettuazione del servizio, ove ritenuto necessario per assicurare il tempestivo avvio del servizio e in virtù di un accordo negoziale tra le parti. Si deve intendere che tale imposizione può essere prevista solo nel caso vi sia una previsione normativa o sia stato specificato nel vigente CdS o, infine, sia il frutto di un accordo negoziale tra EA e GU definito nell'ambito della citata procedura di consultazione, oggetto di approfondimento al successivo paragrafo.

### **3.5 La consultazione dei portatori d'interesse (Misura 4)**

Confermando l'impostazione della delibera 49/2015, lo schema di atto in consultazione colloca ampia parte del processo di definizione del disegno di gara sopra descritto nell'ambito di un'apposita consultazione dei soggetti portatori di interesse, che l'EA deve avviare prima (o in concomitanza) con la pubblicazione dell'avviso di cui all'articolo 7, par. 2, del regolamento (CE) 1370/2007 e da concludere in tempo utile per la pubblicazione del bando di gara e/o di altra documentazione che disciplina la procedura di affidamento.

Preme in tale ambito rilevare come, alla luce delle nuove attribuzioni in capo all'Autorità derivanti dall'entrata in vigore del d.l. 50/2017<sup>34</sup>, l'utilizzo dello strumento della consultazione sia stato esteso nello schema di atto posto in consultazione a tutte le modalità di aggiudicazione, competitive (gara) e non competitive (affidamento diretto): in funzione della procedura scelta, rientra nella discrezionalità amministrativa dell'EA individuare gli aspetti che potranno/dovranno essere oggetto di consultazione e, di conseguenza, i portatori di interesse da coinvolgere nelle relative fasi.

Lo svolgimento della predetta consultazione è finalizzato infatti all'acquisizione da parte dell'EA di molteplici elementi e dati, utili alla definizione della procedura di affidamento, che a loro volta dovranno essere riportati all'interno della documentazione che ne disciplina lo svolgimento. Sono in particolare potenzialmente interessati dalla consultazione i seguenti temi:

- l'identificazione e qualificazione dei beni strumentali, già oggetto di precedente approfondimento;
- la definizione delle modalità di messa a disposizione dei beni ritenuti essenziali/indispensabili, in funzione del relativo proprietario, con particolare riferimento ai beni di proprietà del GU per i quali il CdS non prevede clausole di trasferimento (cfr. Misura 7);
- la pubblicazione delle informazioni da rendere disponibili ai soggetti interessati a partecipare alla procedura di affidamento, con particolare riferimento agli aspetti qualitativi del servizio (Misura 18);
- la quantificazione del personale dipendente ritenuta minima necessaria per lo svolgimento dei servizi interessati e le modalità di trasferimento del personale dipendente dal GU all'IA a seguito dell'affidamento dei servizi (Misura 21).

Resta comunque facoltà dell'EA prevedere nell'ambito della consultazione appositi confronti con gli *stakeholders* coinvolti anche in merito ad ulteriori aspetti procedurali, quali ad esempio le caratteristiche del lotto di servizi da affidare (cfr. punto 1 della Misura 2), la ponderazione dei criteri di aggiudicazione dell'offerta tecnica di gara (di cui alla Misura 20) o specifici contenuti da inserire/sviluppare nel CdS (Misura 25).

Allo scopo, l'EA deve prevedere l'opportuno coinvolgimento di tutti i portatori di interesse, consultando *in primis*, in ogni caso, il GU e gli operatori di mercato (vettori) potenzialmente interessati a partecipare alla procedura di affidamento, ma coinvolgendo nel confronto anche (a titolo esemplificativo) le associazioni di viaggiatori, i fornitori di materiale rotabile o altri beni strumentali significativi, nonché gli altri enti locali interessati, specialmente in caso in cui il CdS preveda la costruzione di apposite infrastrutture, al fine di verificare la sussistenza di vincoli urbanistici e/o di pianificazione territoriale.

Un ulteriore scopo della consultazione, opportunamente estesa al massimo numero di *stakeholders*, è ridurre il rischio di contenzioso nelle procedure di affidamento. A tale fine, l'EA deve assicurare il pieno rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza, adottando tutte le misure necessarie al fine di garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione alla consultazione di uno o più contendenti.

<sup>34</sup> Con particolare riferimento al menzionato art. 48, comma 6 – lettera b), che amplia la sfera di competenza dell'Autorità alle modalità di affidamento non competitive.

Sarà pertanto compito dell'EA, al termine della consultazione (o di ogni fase ad essa dedicata con gruppi "omogenei" di *stakeholders*), condividere con gli interessati, specificando in termini chiari e univoci, quali informazioni acquisite potranno essere oggetto di pubblicazione nella documentazione che disciplina la procedura e quali, per contro, dovranno essere trattate nel rispetto degli obblighi di riservatezza in quanto commercialmente "sensibili".

Lo schema di atto in oggetto dispone che l'EA dia adeguata informazione degli esiti della consultazione all'interno della citata Relazione ex art. 34, rendendo conto in particolare delle misure adottate dall'EA per classificare i beni strumentali (compreso il materiale rotabile) e assicurare adeguate e non discriminatorie condizioni di effettiva messa a disposizione/accesso, specificando: l'elenco dei beni individuati come essenziali/indispensabili, le verifiche svolte in merito alle condizioni di non duplicabilità e le modalità di messa a disposizione/accesso nell'ambito della procedura di affidamento interessata (beni mobili, immobili e materiale rotabile), secondo quanto concordato con il GU e/o con gli altri soggetti eventualmente interessati, la descrizione delle caratteristiche tecniche e/o strutturali dei beni e delle condizioni per il subentro.

### **3.6 I beni soggetti a finanziamento pubblico (Misura 6)**

Tra gli elementi di verifica/contraddittorio oggetto della predetta consultazione rivestono particolare rilevanza i beni strumentali acquisiti tramite risorse pubbliche, oggetto di specifica trattazione nello schema di atto.

La particolare natura degli stessi fa sì che, al momento del finanziamento, che sia esso totale o parziale, ma comunque non inferiore al 40 per cento, l'atto stipulato tra le parti (e.g. lo stesso CdS) o la vigenza di specifiche disposizioni di legge stabilisca un vincolo di destinazione d'uso del bene per un periodo allo scopo indicato, con conseguente trasferimento all'IA; nel caso ad esempio di materiale rotabile (treni o autobus), il finanziamento pubblico vincolerà l'utilizzo di tali mezzi esclusivamente sui servizi di TPL (o sulla rete) di competenza dell'EA che ha erogato il finanziamento, sino al superamento di un predefinito periodo di anzianità del veicolo, successivamente al quale sarà possibile la distrazione. Anche in assenza delle disposizioni contrattuali o di legge di cui sopra, non può comunque essere posto rifiuto di messa a disposizione da parte del proprietario e si configura un vincolo di destinazione d'uso "implicito".

Tale vincolo tutela adeguate condizioni di concorrenza, evitando che vettori beneficiari di finanziamenti pubblici possano disporre liberamente, per servizi a mercato o comunque non di interesse dell'ente finanziatore, di una quota significativa dei beni acquisiti (in genere materiale rotabile).

La messa a disposizione all'IA avverrà sulla base di specifici contratti/accordi stipulati con il proprietario del bene e giuridicamente vincolanti e a titolo oneroso, ristorando dei costi sostenuti e tenendo conto delle quote "sospese" di contributo erogato (non portate a diretta riduzione del costo del bene), che costituiscono finanziamento pubblico per l'IA.

Il vincolo di cui sopra vale indipendentemente dalla qualificazione da parte dell'EA dei beni come indispensabili. In generale, l'approccio adottato nella delibera 49/2015 prevede che per tali beni, anche se risultano di proprietà del GU o di altro soggetto pubblico/privato (es. beni immobili/infrastrutture strettamente funzionali al servizio), vale un principio di accesso a/uso da parte di terzi a condizioni eque e non discriminatorie (*third party access*).

È comunque fatta salva la possibilità che nel CdS (o in eventuali atti vincolanti di riferimento) sia consentito il mantenimento dei beni finanziati in capo al GU, a fronte dei relativi oneri, ma senza necessario trasferimento all'IA.

All'interno di un'apposita sezione della relazione illustrativa redatta al termine della consultazione degli *stakeholder*, l'EA specifica le modalità di accesso/subentro ai beni strumentali acquisiti tramite finanziamento pubblico, che caratterizzano la partecipazione dei vettori interessati alla procedura di affidamento. Tali modalità costituiscono condizione vincolante e obbligatoria per il subentro dell'IA, che partecipando alla procedura accetta implicitamente di rilevare e manutenere i beni interessati alle relative condizioni di trasferimento.

### **3.7 Beni essenziali e indispensabili: il subentro dell'IA (Misure 7-10)**

Le successive misure regolatorie sono finalizzate a disciplinare le condizioni per la messa a disposizione all'IA dei beni essenziali/indispensabili allo svolgimento del servizio di TPL oggetto di affidamento, in termini di modalità di assegnazione dei beni e azioni in capo all'EA per favorirne l'acquisizione, nonché procedure per la determinazione del valore di subentro e dei canoni di locazione. La disciplina proposta nelle suddette Misure ricalca sostanzialmente le disposizioni dell'originaria delibera 49/2015 (cfr. Misure da 3 a 6), che anche alla luce del monitoraggio ex-delibera 49/2015 si sono dimostrate un valido (e utilizzato) supporto per gli adempimenti in merito a carico degli EA.

Per i beni interessati, si richiamano gli adempimenti legislativi vigenti (*infra*) e gli strumenti di "messa a disposizione" (per beni mobili, tra cui il materiale rotabile) o di "accesso/uso" (per reti, infrastrutture, impianti o immobili), anche laddove la disponibilità dei predetti beni non sia già direttamente assicurata da un "diritto di accesso/uso" disciplinato da apposita normativa.

In termini generali, è in capo all'EA assicurare adeguato accesso all'IA a impianti e infrastrutture essenziali, nonché il subentro dei beni indispensabili (oggetto di specifica successiva Misura), specificando le modalità individuate nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento. Tali modalità costituiscono condizione vincolante e obbligatoria per il subentro dell'IA, che partecipando alla procedura di affidamento accetta implicitamente di rilevare i beni interessati alle relative condizioni di trasferimento, compresi (eventuali) obblighi di manutenzione.

Il criterio fondamentale su cui si basa l'intera Misura, al fine di garantire all'IA sia l'accesso ai beni essenziali, sia la disponibilità dei beni indispensabili, è l'osservanza dei vincoli giuridici vigenti. Pertanto, ove tali beni siano di proprietà del GU o di un terzo diverso dall'EA, la disciplina regolatoria presuppone a tale fine l'esistenza di un atto normativo o contrattuale, di un vincolo di destinazione o, in assenza di questo, di un atto negoziale tra le parti (in particolare EA e GU), al fine di garantirne la disponibilità all'IA, ed eliminando ogni potenziale barriera all'accesso ai beni e alla partecipazione alla procedura di affidamento da parte di tutti gli operatori interessati, fermi restando gli esiti dell'istruttoria dell'EA in fase di definizione della procedura, tra cui la predetta consultazione pubblica.

A tale scopo, la Misura individua distinte disposizioni in relazione alle caratteristiche di disponibilità e titolarità dei beni, tra cui l'infrastruttura ferroviaria e agli impianti di servizio<sup>35</sup>, le restanti reti, impianti e infrastrutture essenziali, i beni (qualificati come essenziali o indispensabili) di proprietà del GU o di terzi.

Al fine di garantire condizioni di accesso equo e non discriminatorio a tutti gli operatori interessati alle future procedure di affidamento, superando potenziali barriere all'entrata, sono state specificatamente previste in capo all'EA le seguenti disposizioni:

- definire la disciplina di accesso/subentro ai beni essenziali e indispensabili, tenendo conto degli esiti della consultazione pubblica, riportandone le risultanze all'interno della relativa relazione illustrativa;
- inserire nel CdS la disciplina relativa alla destinazione dei beni essenziali e indispensabili al termine dell'affidamento, comprensiva anche di eventuali vincoli e relativi valori di cessione/locazione.

Pare evidente, anche in materia di accesso/messa a disposizione dei beni essenziali/indispensabili il ruolo chiave che assume la consultazione dei portatori d'interesse (tra cui nello specifico il GU e/o altri proprietari di asset strategici), nell'ambito dell'istruttoria propedeutica all'avvio della procedura di affidamento che deve svolgere l'EA. È infatti questo il momento deputato alla verifica in contraddittorio tra EA e GU della messa in disponibilità di un bene che non si presta immediatamente a essere messo a disposizione. Ad esempio, nel

<sup>35</sup> Su tale tema si rimanda, oltre che alla disciplina legislativa definita dall'art.23 del decreto legislativo n. 112 del 15 luglio 2015, agli atti regolatori approvati in materia dall'Autorità, con riferimento in particolare alla delibera n. 70/2014 del 31 ottobre 2014.

caso di immobili o di materiale rotabile, si analizzerà in primo luogo la destinazione d'uso del bene<sup>36</sup>: se il cespote risulta di uso specifico per il servizio oggetto di affidamento, un eventuale rifiuto di messa a disposizione rischia di apparire discriminatorio o di configurare un abuso di posizione dominante, ferme restando le condizioni onerose da stabilire (valore di cessione, prezzi di locazione, garanzie imposte o altre condizioni contrattuali).

Sul medesimo tema, acquistano particolare rilevanza le azioni in capo all'EA finalizzate a favorire il processo di acquisizione dei beni da parte dell'IA, compresi impianti e aree attrezzate per eventuali interventi infrastrutturali previsti nell'ambito del CdS. A tale scopo, lo schema di atto in oggetto ripropone le tre opzioni già disciplinate dall'originaria delibera 49/2015, opportunamente integrate da quanto in materia disposto dal citato regolamento (UE) 2016/2338, che ha modificato il regolamento (CE) 1370/2007 introducendo il nuovo articolo 5 bis.

Le successive misure regolatorie dello schema di atto in oggetto<sup>37</sup> forniscono i criteri per la determinazione del valore di subentro nel caso di trasferimento dei beni strumentali (mobili e immobili), al fine di garantire al GU il riconoscimento degli investimenti non ancora ammortizzati e contestualmente evitare che l'IA sia costretta ad acquisire un bene (non commerciale) a condizioni discriminatorie o eccessivamente onerose rispetto a opportuni confronti di mercato (fermo restando che i beni).

Pare opportuno evidenziare che le predette disposizioni sul calcolo del valore di subentro tutelano anche l'IA, che potrà contare, al termine della validità del CdS, su un valore certo di recupero dell'investimento effettuato, con conseguente necessità che tale condizione (di minor rischio) si rifletta sulla redazione del PEF, ai fini di un effettivo equilibrio economico-finanziario della gestione del servizio per tutta la durata contrattuale.

Come già disposto nella delibera 49/2015, il principio-cardine della disciplina di valorizzazione dei beni da trasferire è costituito dal "valore di mercato", per il quale sono stati sostanzialmente riproposti i criteri differenziati di identificazione per i beni immobili, il materiale rotabile (a sua volta diviso tra servizio su gomma e servizio ferroviario/metro/tram) e i sistemi tecnologici di controllo e rilevamento.

Si osservi in tale ambito che, con riferimento al calcolo del valore di mercato degli autobus, l'originaria disciplina della delibera prevedeva l'asseverazione di un perito assicurativo<sup>38</sup>, mentre il testo proposto in consultazione dispone il ricorso a un professionista iscritto scelto tra quelli iscritti nell'elenco degli esperti del Tribunale competente (Albo dei Consulenti Tecnici d'Ufficio), sulla base del luogo di esecuzione del CdS, soluzione che pare più confacente e professionalmente consona rispetto alla precedente.

Anche con riferimento ai beni da rendere disponibili a titolo di locazione, in caso di subentro, sono stati riproposti nella Misura i criteri già previsti dalla delibera 49/2015 (cfr. originaria Misura 6).

Gli esiti delle valutazioni svolte dall'EA sono riportati nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento dei servizi di TPL interessati; in particolare, all'interno della relazione illustrativa degli esiti della consultazione degli *stakeholders*, l'EA specifica il valore di subentro di ciascun bene essenziale/indispensabile individuato, le modalità di aggiornamento/revisione della valutazione in funzione della data di effettivo inizio dell'affidamento e di stipula del CdS, i canoni di locazione dei beni in locazione, ivi incluso l'obbligo di manutenzione ordinaria e le altre clausole contrattuali relative a ciascun cespote interessato.

Tali disposizioni costituiscono condizione vincolante e obbligatoria per il subentro dell'IA ai fini della partecipazione all'affidamento in oggetto, che pertanto ne accetta implicitamente gli oneri e le condizioni.

<sup>36</sup> Ad esempio, trattandosi di un deposito, se il materiale ospitato è oggetto di utilizzo per i soli servizi posti in affidamento o solo per servizi di TPL, anche in altri ambiti/CdS, se esistono specifici piani industriali approvati dal proprietario, ecc.

<sup>37</sup> La Misura 9, più volte in precedenza richiamata con riferimento alla gestione dei beni strumentali essenziali/indispensabili, e la Misura 10, specificatamente dedicata ai canoni di locazione degli immobili.

<sup>38</sup> Cfr. punto 7 della Misura 5: "La valutazione così risultante deve essere asseverata da un professionista iscritto al Ruolo dei Periti Assicurativi ex decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135".

## Capo II - Misure regolatorie finalizzate alla trasparenza, efficacia e efficienza degli affidamenti

### 3.8 Contabilità regolatoria (Misure 11 e 12)

Le attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015 svolte dall’Autorità nell’ultimo triennio hanno fatto emergere il tema della (limitata) trasparenza dei CdS sui conti economici afferenti ai servizi interessati (e.g. non specificazione dei criteri di allocazione dei costi comuni; scarsa trasparenza in tema di separazione tra attività soggette ad OSP ed altre attività commerciali) e dei riflessi che tale criticità comporta sulla corretta quantificazione dei corrispettivi da prevedere a titolo di compensazione degli OSP in caso di gara o di affidamento non competitivo.

La rilevanza di tale aspetto è stata evidenziata anche dalla normativa euro-unitaria vigente (non solo con riferimento al settore del trasporto passeggeri, ma anche in relazione ad altri servizi economici di interesse generale), prevedendo di conseguenza che “*allo scopo di aumentare la trasparenza e di evitare le sovvenzioni incrociate, quando un operatore di servizio pubblico presta sia servizi compensati soggetti a obblighi di servizio di trasporto pubblico sia altre attività, la contabilità dei suddetti servizi pubblici deve essere tenuta separata*”<sup>39</sup>.

Nel medesimo ambito, l’art. 37, comma 3, lettera b), del d.l. 201/2011 dispone che 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*”.

Sulla base (anche) di tali presupposti l’Autorità, con delibera n. 120/2018 ha definito “*Metodologie e criteri per garantire l’efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto ferroviario regionale*”, nell’ambito del quale sono stati fissati gli “*obblighi di contabilità dei costi e di separazione contabile*” che devono adottare le imprese ferroviarie titolari di CdS.

Si è pertanto ritenuto opportuno inserire nello schema di atto in oggetto una misura regolatoria dedicata (Misura 12), che disciplina anche per i servizi di TPL su strada un’impostazione della materia in simmetria rispetto a quanto contenuto nell’Atto di regolazione di cui alla predetta delibera 120/2018, applicabile ai servizi ferroviari regionali. Si ritiene infatti rilevante, anche per le modalità di servizio su strada, che – in base alla definizione fornita – includono più modalità di trasporto (filobus, tram, funicolari, metropolitana), l’adozione di adeguati strumenti di contabilità regolatoria, nonché di un opportuno grado di separazione contabile.

Questo scenario rappresenta una *conditio sine qua non* per tutti i vettori interessati e, in particolare, per quelli affidatari di più CdS e/o impegnati in attività non connotate da OSP (non SIEG), effettuate in libero mercato o di tipo commerciale (ma non di tipo accessorio, come – ad esempio – la vendita di spazi commerciali sugli autobus o nelle stazioni della metropolitana, i cui costi e ricavi non necessitano invece di contabilità separata); proprio nei casi di cui al punto 2 della Misura 12, infatti, è 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, superando le critiche asimmetrie in materia che condizionano frequentemente un’adeguata gestione del CdS e del relativo finanziamento (con risorse pubbliche).

Per quanto precede, si ritiene quindi che le disposizioni di cui alla predetta Misura debbano trovare immediata e generale applicazione al settore, con riferimento a tutti i vettori affidatari di CdS vigenti alla data di entrata in vigore del presente atto regolatorio (cfr. punto 6 della Misura 1 dello schema di atto in oggetto).

A tal fine, la predetta 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’Autorità) l’accesso alle informazioni funzionali al perseguitamento degli obiettivi di efficienza e trasparenza.

<sup>39</sup> Cfr. punto 5 dell’Allegato al regolamento (CE) 1370/2007, che specifica nel seguito le condizioni di separazione contabile da adottare.

Si evidenzia *in primis* che i predetti formati sono differenziati, prevedendo schemi semplificati che potranno essere utilizzati dalle IA titolari di contratti di minor valore economico; si ritiene che tale valore possa corrispondere al valore complessivo annuo del CdS fino a 1M€.

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

- a) identificazione del singolo CdS e della singola modalità di trasporto disciplinata all'interno di uno stesso CdS quale centro di costo, indipendentemente dall'organizzazione interna dell'IA che gestisce il contratto (o più CdS);
- b) predisposizione dei prospetti economici e patrimoniali (i.e. conto economico e stato patrimoniale) per ciascun CdS e per la totalità delle attività svolte dall'IA, ai fini della riconciliazione (vedi sotto);
- c) riconciliazione con il conto economico e lo stato patrimoniale d'esercizio dell'IA, con separata evidenziazione delle poste che afferiscono alle attività relative al/ai CdS vigenti (servizi OSP) e alle altre attività;
- d) attribuzione a ciascun CdS interessato esclusivamente delle componenti economiche e patrimoniali che, alla luce del criterio di pertinenza, risultano ascrivibili all'ordinario processo produttivo;
- e) allocazione diretta ed esclusiva allo specifico CdS delle componenti economiche e patrimoniali fondata su evidenze documentali;
- f) utilizzazione di *driver* pertinenti e obiettivi nel caso di costi comuni a più CdS, oppure a più attività:
  - (i) scelti in ragione della loro idoneità a misurare i consumi di risorse o la destinazione degli *asset* nell'ambito di uno specifico CdS;
  - (ii) 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 materiale rotabile);
  - (iii) aggiornati annualmente;
- g) attribuzione delle componenti economiche (inclusi i costi indiretti legati alla struttura centrale) e patrimoniali ascrivibili al complesso delle unità organizzative dell'IA, ai vari centri di costo relativi ai CdS in proporzione alle quantità precedentemente allocate in via diretta e pro-quota;
- h) predisposizione di una documentazione di corredo alla contabilità regolatoria, formato da una relazione illustrativa contenente la metodologia impiegata per la redazione della contabilità regolatoria con particolare riferimento all'utilizzazione dei *driver* (di cui al punto 10 della Misura);
- i) completamento delle informazioni economico/finanziarie raccolte con i prospetti di contabilità regolatoria con i dati tecnici afferenti i servizi, per il raggiungimento dei fini sopra illustrati.

### **3.9 Individuazione e allocazione dei rischi negli affidamenti (Misura 13)**

Lo schema di atto in oggetto prevede una misura regolatoria finalizzata a disciplinare le modalità di individuazione dei rischi connessi allo svolgimento dei servizi oggetto di affidamento e di allocazione degli stessi tra EA e IA, nonché alla predisposizione della matrice dei rischi in caso di affidamento in concessione.

L'EA, a monte della scelta della forma di affidamento (concessione *versus* appalto), adotta un processo distinto nelle seguenti 4 fasi: individuazione, valutazione dei rischi (fasi da 1 a 2), allocazione dei rischi attraverso la predetta matrice (fase 3), in caso di concessione.

Con riferimento alle prime 2 fasi sopra esposte, propedeuticamente alla stesura della documentazione che disciplina la procedura di affidamento, l'EA individua i rischi connessi allo svolgimento dei servizi interessati e valuta gli effetti della scelta alternativa della forma di affidamento; nella fase 3:

- in caso di appalto, tutti i rischi individuati restano in capo all'EA;
- in caso di concessione, l'EA alloca i predetti rischi tra le parti contrattuali interessate, attraverso la predisposizione della matrice.

La matrice consente 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.

In seguito, la matrice, per trasparenza allegata al CdS, costituirà per le parti interessate un riferimento costante per la gestione contrattuale, in funzione del verificarsi degli eventi associati ai rischi considerati. In particolare, in corrispondenza del termine di ciascun periodo regolatorio individuato all'interno del periodo di vigenza contrattuale, la matrice permette 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"*<sup>40</sup>, 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 (cfr. Annesso 4), 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'IA. Il modello proposto individua il set minimo di rischi riconducibili alla gestione dei servizi di TPL, in relazione all'allocazione degli stessi tra le parti (EA versus IA), 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.

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 IA, 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 allocazione dei rischi da parte dell'EA tiene inoltre conto delle disposizioni applicabili all'affidamento in concessione di cui alla normativa vigente, in particolare:

- l'allocazione del rischio deve sostanziarsi nel trasferimento all'IA del rischio operativo di cui all'art. 3, comma 1, lettera z) del d.lgs. 50/16, che comporta la possibilità per l'operatore di non recuperare, in condizioni operative normali, gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione;

<sup>40</sup> Cfr. Delibera ANAC n. 318 del 28 marzo 2018.

- ai sensi dell'art. 48, comma 7, lettera a) del d.l. 50/17, in caso di contratti stipulati secondo il modello *net cost*, con riscossione dei ricavi da parte dell'IA, devono essere allocati alla stessa IA tutti i relativi rischi (quali ad esempio: errata stima previsionale, contrazione per inefficienze commerciali, modifiche tariffarie non ordinarie, evasione/elusione).

A tali indicazioni, come richiamato nella Misura in oggetto (cfr. punto 2), si aggiunge quanto disposto dal medesimo articolo/comma sopra citato, che attribuisce in capo all'Autorità il compito di individuare regole generali in materia di *“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”*.

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. Gli strumenti di mitigazione proposti sono costituiti principalmente dalla revisione del PEF e/o dalla razionalizzazione dei servizi, interventi correlati a specifiche soglie predefinite di franchigia oltre le quali l'EA ne prevede l'attivazione.

Le verifiche svolte dall'Autorità nella fase istruttoria dello schema di atto in oggetto hanno fatto emergere come nei CdS dei servizi su strada sia raramente presente una matrice dei rischi, mentre tale strumento è generalmente presente (in forma alquanto semplificata) per i servizi ferroviari. Il modello proposto ha comunque tenuto in adeguato conto quanto disponibile e già applicato nel CdS di riferimento, individuando specifici *driver* di rischio (di natura operativa o altra) riconducibili, ad esempio, alla domanda, all'offerta, alla normativa vigente o alle relazioni industriali, per ciascuno dei quali l'EA procede all'allocazione a una delle parti contrattuali, intendendo in ogni caso un trasferimento in prevalenza a tale parte, ovvero la possibilità per l'EA di riconoscere una percentuale residuale di tale rischio all'altra (anche tramite le predette misure di mitigazione).

Nel corso delle medesime verifiche è inoltre emerso come non sempre la forma di affidamento scelta corrisponda con una corretta allocazione dei rischi, permanendo ad esempio in capo all'IA alcuni rischi anche in caso di appalto o, viceversa, non trasferendo completamente il rischio operativo in capo all'IA in caso di concessione.

### **3.10 Criteri per la redazione del PEF nelle diverse modalità di affidamento (Misure 14 e 15)**

Le successive misure regolatorie dello schema di atto in oggetto sono finalizzate a disciplinare le modalità di predisposizione del PEF simulato da parte dell'EA, finalizzato a verificare l'equilibrio economico-finanziario del CdS per l'intera durata dell'affidamento, tenendo conto tra l'altro del costo operativo efficiente, nonché a consentire (in caso di gara) il confronto con le offerte presentate da ciascun PG.

La disciplina proposta ricalca sostanzialmente quanto già previsto nell'originaria delibera 49/2015. La scelta di riproporre l'attuale impostazione regolatoria deriva dal fatto che, alla luce delle attività di monitoraggio svolte dall'Autorità nel corso dell'ultimo triennio (nel limite delle procedure di gara indette nel periodo), lo strumento del PEF<sup>41</sup> si è confermato una soluzione efficace per consentire all'EA la valutazione della congruità dei valori delle offerte economiche (ammissibili) e valutare "a monte" la sostenibilità degli oneri richiesti ai PG, correlati, ad esempio, all'acquisizione di beni strumentali all'effettuazione del servizio (tra cui in particolare il rinnovo o il *revamping* del materiale rotabile).

---

<sup>41</sup> Che peraltro rappresenta lo strumento tipico di gestione economica dei contratti di concessione, come esplicitato *inter alia* dall'art. 165 del d.lgs. 50/2016.

Le misure regolatorie si sviluppano dunque in piena coerenza con la normativa euro-unitaria vigente in materia<sup>42</sup>, che nel caso del trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e strada prevede in particolare le seguenti condizioni fondamentali:

- a) le compensazioni erogate dall'EA devono rispettare i criteri formulati dalla Corte di Giustizia nella c.d. "Sentenza Altmark" (Causa C-80-00), con una differenziazione a seconda che trattasi di gare o di affidamenti diretti/*in house*; in tal caso le compensazioni sono ritenute compatibili con il mercato interno e non sono soggette all'obbligo di notifica preventiva di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE;
- b) le compensazioni devono *"conseguire gli obiettivi della politica del trasporto pubblico in modo efficiente in termini di costi"*;
- c) i parametri in base ai quali l'EA calcola le compensazioni devono essere stabiliti *"in anticipo, in modo obiettivo e trasparente"*.

Nel rispetto delle predette condizioni fondamentali, la normativa euro-unitaria diversifica la propria disciplina in funzione della procedura di affidamento adottata dall'EA, evidenziando in particolare che:

- a) lo svolgimento di una procedura di gara (*"trasparente e non discriminatoria"*)<sup>43</sup> permette di ridurre al minimo la compensazione degli OSP, evitando in tal modo oneri eccessivi a carico dell'EA;
- b) l'affidamento diretto o *in house* di un CdS non garantisce invece che il livello di compensazione sia ridotto al minimo, in quanto non deriva da un confronto competitivo di mercato, ma da forme (più o meno articolate) di negoziazione tra EA e IA.

Nel caso sub b), la definizione delle compensazioni deve pertanto essere soggetta a regole di natura diversa, allo scopo specificate nell'Allegato al citato regolamento (CE) 1370/2007, che prevedono in particolare lo svolgimento da parte dell'EA di controlli periodici nel corso del periodo di validità contrattuale, finalizzati a verificare *ex-post* l'effettivo equilibrio economico-finanziario del CdS, evitando in particolare compensazioni eccessive a carico dell'ente, ovvero eccedenti il costo netto di esercizio del servizio affidato (c.d. "*effetto finanziario netto*" dell'OSP)<sup>44</sup>.

In coerenza con le disposizioni normative sopra citate, le Misure poste in consultazione propongono una disciplina che, tenuto conto delle differenze che intercorrono tra le modalità di affidamento, definisce criteri di riferimento differenti in funzione della procedura scelta dall'EA (competitiva/Misura 14 *versus* non competitiva/Misura 15).

Sul tema in oggetto, rilevano alcuni riferimenti per la redazione dei PEF da parte dell'EA, presenti nel d.l. 50/207, riassumibili in:

- a) l'art. 27, comma 11-ter dispone che i CdS stipulati successivamente al 31 dicembre 2017 prevedano l'utilizzo in linea di materiale rotabile dotato di sistemi elettronici per il conteggio dei passeggeri, o di altre tecnologie utili per la rilevazione della domanda, e di sistemi satellitari per il monitoraggio elettronico del servizio, tenendo conto nel relativo PEF della copertura delle quote di ammortamento degli investimenti necessari;
- b) similmente l'art. 27, comma 11-quinquies, del medesimo decreto dispone che le IA assumano nel CdS l'onere per il mantenimento e per il rinnovo del materiale rotabile e degli impianti, e in particolare che il PEF, tenendo anche conto del materiale rotabile acquisito con fondi pubblici, dimostri un impiego di risorse per il rinnovo del materiale rotabile e per investimenti in nuove tecnologie non inferiore al 10 per cento del corrispettivo contrattuale; inoltre lo stesso articolo dispone l'adozione a carico dell'IA,

<sup>42</sup> Oltre ai riferimenti specificatamente richiamati nel seguito, rileva particolarmente sul tema il § 2.4 della Comunicazione 2014/C 92/01.

<sup>43</sup> Cfr. art. 5, par. 3. del regolamento (CE) 1370/2007.

<sup>44</sup> Sul tema si vedano in particolare gli approfondimenti di cui alla citata Comunicazione 2014/C 92/01, §§ 2.4.1 e 2.4.2.

assicurando nel relativo PEF la copertura delle quote di ammortamento degli investimenti necessari, di sistemi di bigliettazione elettronica da attivare sui mezzi immatricolati<sup>45</sup>;

- c) l'articolo 27, comma 8-bis prevede, *inter alia*, che “*I costi standard determinati in applicazione del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'articolo 1, comma 84, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e gli indicatori programmati 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*”.

All'innovato panorama legislativo che disciplina il tema in oggetto si aggiunge inoltre l'intervento regolatorio in materia di efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto ferroviario regionale, adottato con la citata delibera 120/2018; in tale ambito, sono stati forniti elementi di riferimento metodologico che l'IA deve adottare per la redazione del PEF (cfr. Misura 2 dell'Allegato A alla delibera). In tale atto, al fine di evidenziare i KPI che l'IA è tenuta a rispettare, tra i quali, *in primis*, l'indicatore di efficienza del costo operativo per treno-km, come stimato dall'Autorità, è stato previsto un documento denominato Piano Raggiungimento Obiettivi regolatori (di seguito: PRO). Il PRO è un “documento di programmazione annesso al PEF, predisposto da EA e concordato con l'IF, in caso di affidamento diretto/*in house*, nel quale vengono definiti gli obiettivi di efficacia ed efficienza (indicatori, livelli-obiettivo (target) e correlate prestazioni attese, orizzonti temporali di riferimento per il monitoraggio e verifica dei livelli obiettivo, e fattori di contesto) e le azioni per il miglioramento della performance della IF”, secondo quanto previsto nella medesima delibera 120/2018 (cfr. Definizioni di cui all'Allegato A).

Diversamente, nello schema di atto in oggetto non si è ritenuto di prevedere un PRO per il settore del trasporto su strada, per meglio distinguere le previsioni di questo settore da quello ferroviario, oltre che per esigenze di semplificazione. D'altra parte, considerando che il PRO non è altri che una specificazione della parte descrittiva del PEF, l'EA è comunque tenuto anche nel caso del trasporto su strada a determinare gli obiettivi di efficacia e di efficienza da raggiungere nei diversi periodi regolatori, anche se con maggiore discrezionalità rispetto al caso dei servizi ferroviari regionali.

Entrando nello specifico delle misure regolatorie interessate, la disciplina regolatoria proposta è schematizzabile come riportato nella Tabella 1 e dettagliata nei seguenti passi essenziali.

<sup>45</sup> Sul tema del rinnovo del materiale rotabile si ritiene opportuno richiamare anche il comma 11 del medesimo art. 27 del d.l. 50/2017, che prevede che: “*le aziende affidatarie di servizi di trasporto pubblico locale, anche di natura non pubblicistica, possono accedere agli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dalle centrali di acquisto nazionale, ferma restando la destinazione dei mezzi acquistati ai predetti servizi*”. Sul medesimo tema rileva anche citare il “*fondo per migliorare l'offerta di servizi di trasporto pubblico locale nelle aree metropolitane*”, di cui all'articolo 1, comma 88, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, come modificato dall'articolo 1, comma 1085, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, che ha previsto un recente riparto tra le Amministrazioni interessate ai sensi del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 2 marzo 2018.

Tabella 1 – Quadro sinottico: modalità di affidamento del servizio vs. schemi di PEF

N.	Tipo di PEF	Misura All. A	Affidamento		Onere redazione	Schemi PEF (1 - 5)					Finalità		
			tipo	modalità		1 - Cer	2 - SPr	3 - COMP	4 - PFRs	5 - RF	Relazioni	per l'EA	per il PG
<b>1</b>	<b>PEF simulato</b>	<b>14</b>	concessione; appalto *	gara	EA	X	X	X	X	X	Relaz. ex art. 34	- verificare l'equilibrio economico-finanziario del CdS.	
												- definire i requisiti di solidità finanziaria in caso di realizzazione di investimenti.	
<b>2</b>	<b>PEF simulato</b>	<b>15</b>	concessione; appalto *	in house/diretto	EA	X	X	X	X	X	Relaz. ex art. 34 **	- verificare l'equilibrio economico-finanziario del CdS.	
												- definire i requisiti di solidità finanziaria in caso di realizzazione di investimenti.	
												- programmare un piano di raggiungimento di obiettivi di efficacia e efficienza della gestione.	
<b>3</b>	<b>PEF di gara</b>	<b>22</b>	concessione	gara	PG	X	X	X	X	X	RI	- dimostrare la congruità dell'offerta.	
												- dimostrare la sostenibilità economico-finanziaria dell'offerta.	
												- dimostrare la solidità finanziaria in caso di realizzazione di investimenti.	

Note: \* facoltà EA di estensione all'appalto. \*\* nel caso di affidamento in house/diretti di servizi ferroviari regionali, si fa riferimento al PRO di cui alla Misura 2.3 della delibera 120/2018

PG: partecipanti alla gara

Cer: Conto Economico regolatorio

SPr: Stato Patrimoniale regolatorio

COMP: calcolo della Compensazione

PFRs: Piano Finanziario Regolatorio simulato

RF: Rendiconto Finanziario

R = parte descrittiva che confluisce nella "Relazione ex art. 34", come richiamata anche al punto 3 della Misura 14 e al punto 2 della Misura 15.

RI = Relazione Illustrativa di cui al punto 4, Misura 22.

Gli schemi di PEF previsti nello schema di atto in oggetto sono definiti e modulati in relazione alle caratteristiche dell'affidamento, ovvero sia alla forma (concessione o appalto), sia alla modalità di affidamento (*in house*, diretto, gara). In tutte le modalità di affidamento, è prevista la predisposizione da parte dell'EA di un "PEF simulato" corredata di schemi contabili e, in tutti i casi, di una parte descrittiva che confluiscce nella Relazione ex art. 34 più volte citata in precedenza.

In particolare, in caso di gara:

- 1) l'EA redige il PEF simulato e, nell'ambito della Relazione ex-art. 34, descrive la metodologia e i criteri adottati sulla base degli schemi di PEF di cui ai numeri 1-4 dell'Annesso 5 (cfr. Misura 14);
- 2) ogni partecipante alla gara (di seguito: PG) predisponde il proprio PEF di gara, a dimostrazione della congruità dell'offerta proposta, corredata da apposita relazione illustrativa (cfr. Misura 22 e schemi PEF di cui ai punti 1-5 dell'Annesso 5).
- 3) il PEF di gara dell'IA diventa parte integrante del CdS ed è soggetto a verifica al termine di ciascun periodo regolatorio.

Nel caso di affidamento diretto o *in house*:

- 1) l'EA predispone il PEF simulato, secondo gli schemi di cui ai numeri 1-4 dell'Annesso 5, ove specifica gli obiettivi che l'IA è tenuto a perseguire, ai fini di un miglioramento progressivo dell'efficacia del servizio e dell'efficienza della gestione nel corso dell'intera durata del contratto (cfr. Misura 15);
- 2) il PEF simulato, allegato al CdS, è soggetto a verifica al termine di ciascun periodo regolatorio.

Il PEF è costituito da un insieme modulare di schemi, legati tra loro, comprendenti:

1. un "Conto Economico Regolatorio" (schema 1) riportante la stima dei costi, dei ricavi, degli ammortamenti/svalutazioni e della gestione finanziaria;
2. uno "Stato Patrimoniale Regolatorio" (schema 2), riportante la stima delle voci di attivo e di passivo;
3. uno schema di "calcolo della Compensazione" (schema 3), individuato sulla base del ragionevole margine di utile;
4. il "Piano Finanziario Regolatorio" (schema 4); e
5. il "Rendiconto Finanziario"<sup>46</sup> (schema 5), che fornisce elementi di valutazione dell'evoluzione della situazione finanziaria (liquidità e solvibilità) dell'operatore nel periodo di validità del CdS.

Il PEF simulato, di cui ai numeri 1 e 2 della Tabella 1, comprende gli schemi di cui ai numeri 1-4 dell'Annesso 5 dello schema di atto in oggetto, mentre il PEF di gara (numero 3 della citata Tabella) prevede gli schemi da 1 a 5 dello stesso Annesso 5 (è, in altri termini, previsto un ulteriore schema, il n. 5).

In via generale, lo strumento degli schemi di PEF, utilizzato per la verifica dell'equilibrio economico-finanziario del CdS, declinati nelle differenti tipologie (PEF simulato e PEF di gara), tiene conto:

- della struttura e proiezioni delle voci di costi, ricavi e flussi finanziari riferibili al perimetro dei servizi oggetto di affidamento e per l'intera durata del CdS, inclusivi degli oneri derivanti dal rispetto della legislazione vigente, con riferimento, per i servizi di trasporto ferroviario, al costo operativo efficiente di cui alla delibera 120/2018;
- della determinazione della congrua compensazione e del margine di utile ragionevole;
- delle disposizioni di cui all'articolo 1, comma 84, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147;
- dei ricavi correlati alle previsioni di domanda e al sistema tariffario vigente;
- dell'inflazione programmata per gli anni di durata dell'affidamento, come desumibile dal "Documento di Economia e Finanza" ultimo disponibile.
- degli oneri derivanti dagli investimenti previsti dal CdS, nel rispetto della legislazione vigente, per il mantenimento e il rinnovo del materiale rotabile e degli impianti, l'adeguamento tecnologico del materiale rotabile (sistemi elettronici per il conteggio dei passeggeri o altre tecnologie utili per la

<sup>46</sup> Tale schema costituisce, a partire dall'esercizio 2016, un elemento del bilancio d'esercizio societario ai sensi 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.

rilevazione della domanda, sistemi AVM), l'adozione di sistemi di bigliettazione elettronica, eventuali ulteriori investimenti e/o altre componenti di costo di gestione del servizio (e.g. canoni, agevolazioni e esenzioni tariffarie);

- di eventuali meccanismi incentivanti finalizzati al perseguitamento di obiettivi di efficacia ed efficienza attraverso il miglioramento delle prestazioni offerte;
- dell'allocazione dei rischi ed eventuali misure di mitigazione degli stessi; e
- della durata dell'affidamento del servizio.

In relazione al contenuto dei singoli schemi si dettaglia quanto segue.

Il “Conto Economico Regolatorio” (schema 1) contiene, per l’intera durata dell’affidamento, le macro-categorie di voci di conto economico ammissibili ai fini della compensazione degli OSP, distinte per le categorie di servizi, di cui al formulario standard per la pre-informazione ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (CE) 1370/2007. In relazione agli schemi di PEF di gara, è facoltà dell’EA richiedere al PG, in relazione a voci di conto economico di specifico interesse, un maggior livello di disaggregazione, tenendo tuttavia conto delle difficoltà di quantificare *ex ante*/in via previsionale tali voci, quali costi e ricavi.

Lo “Stato Patrimoniale Regolatorio” (schema 2), le cui poste concorrono a definire il capitale investito netto, base sul quale applicare il tasso di remunerazione per il calcolo del margine di utile ragionevole, è costituito da stime di voci di attivo e di passivo.

Sulla base della normativa di cui *supra*, in relazione all’individuazione delle voci ammissibili, rilevano soltanto le voci di costo e ricavo determinati dagli adempimenti degli OSP direttamente connesse alla prestazione dello specifico servizio, oltre a quota parte di costi comuni ad altri servizi in OSP. Le voci sono riconducibili alle voci della nomenclatura degli schemi di bilancio del Codice Civile di cui al:

- conto economico, previste dall’articolo 2425 del Codice Civile: *i)* lettera A) n. 1 e 4; *ii)* lettera B) nn. dal B6 al B9, B11 e B14, per la determinazione dei costi operativi (o equipollenti voci in caso di utilizzo dei principi contabili internazionali *International Accounting Standards/International Financial Reporting Standards – IAS/IFRS*);
- stato patrimoniale, previste dall’articolo 2424 del Codice Civile: *i)* lettera B) punti I e II; *ii)* lettera C) punti I e II-1 e II-5quater; e *iii)* lettera D) punti 7 e 14.

Pertanto, per la determinazione dei costi operativi e del capitale investito sono considerate solo le voci riconducibili alla gestione caratteristica o tipica. Ai fini del calcolo dei costi operativi, sono esclusi gli accantonamenti ai fondi di cui all’articolo 2425 del Codice Civile, lettera B) nn. 12 e 13, mentre sono rilevanti gli utilizzi di tali fondi, qualora pertinenti alle attività oggetto di OSP (ad esempio, il fondo manutenzioni cicliche).

Lo schema di “Calcolo della Compensazione” (schema 3) tiene conto della necessità di “*promuovere il mantenimento o lo sviluppo: di una gestione efficace da parte dell’operatore di servizio pubblico, che possa essere oggetto di valutazione obiettiva, e della fornitura di servizi di trasporto di passeggeri di livello sufficientemente elevato*” (cfr. punto 7, Allegato del regolamento (CE) 1370/2007). Pertanto lo schema è utile a definire l’effetto finanziario netto dell’OSP, positivo o negativo, sui costi sostenuti e ricavi originati dall’assolvimento dello stesso, tenendo conto altresì degli effetti finanziari positivi<sup>47</sup>, nonché di un utile ragionevole e impedendo una compensazione eccessiva; così calcolato, l’effetto finanziario netto è compensato dall’EA all’operatore di servizio pubblico per l’assolvimento degli OSP. In relazione al margine di ragionevole utile, ulteriormente dettagliato in seguito, è opportuno evidenziare che include oneri finanziari e imposte che sono esclusi ai fini del calcolo dei costi operativi.

<sup>47</sup> Gli effetti finanziari positivi si riferiscono ai vantaggi economici, traducibili in maggiori introiti, che non potrebbero conseguirsi se non si gestissero i servizi oggetto a OSP. Tali vantaggi sono da ritenersi già largamente computati nella stima dei ricavi da traffico, nella misura in cui queste tengono conto degli “effetti di rete” per calcolare i passeggeri trasportati e delle altre tipologie di ricavo (es. ricavi da pubblicità, se ammessi dalle regole di gara).

Sebbene la modalità di calcolo della compensazione di cui al citato schema 3 seguono le indicazioni fornite nell’Allegato del regolamento (CE) 1370/2007, che si applicano alle sole modalità di affidamento diretto o *in house*, lo schema 3 può tuttavia essere utilizzato anche per il calcolo della base d’asta nelle procedure di gara.

Il “Piano Finanziario Regolatorio” (schema 4) permette di verificare la convenienza economica del corrispettivo posto a base d’asta, risultante dal Conto Economico Regolatorio (schema 1), in relazione al rispetto delle condizioni di equilibrio economico, riconducibili a: *i*) l’equivalenza finanziaria tra il flusso dei ricavi attesi e dei costi attesi, attualizzati utilizzando il *WACC* (*infra*); conseguentemente, il valore attuale netto (VAN) delle voci di ricavo deve risultare pari al VAN delle voci di costo; *ii*) il VAN delle poste figurative deve risultare pari a zero; e *iii*) il tasso di congrua remunerazione del capitale investito netto (CIN) corrisponde, in fase di elaborazione del piano, con il tasso interno di rendimento (TIR) dei flussi operativi pre-tax ( $WACC=TIR$ ).

È peraltro 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 sia l’EA sia il PG può disporre per la redazione degli schemi di PEF (rispettivamente nella fase propedeutica alla gara e nella fase di offerta).

Nel rispetto di quanto sopra esposto, gli schemi 1-4 dell’Annesso 5 dell’atto in oggetto (descritti sinteticamente in Tabella 1) garantiscono l’equilibrio economico-finanziario del contratto, tenuto conto, come peraltro già ricordato, dell’allocazione dei rischi e nell’ottica di perseguire l’efficienza delle gestioni e la riduzione della spesa pubblica. I richiamati schemi (1-4) sono utilizzati anche da parte dei PG al fine di dimostrare la congruità della propria offerta, in aggiunta alla redazione del “Rendiconto Finanziario” (schema 5) oggetto di successiva trattazione.

In relazione alle citate Misure, seguono ulteriori dettagli evidenziati in funzione della modalità di affidamento.

Con riferimento alle gare, la disciplina proposta ricalca l’impostazione originaria della delibera 49/2015, disponendo in particolare l’obbligo per l’EA di redigere un apposito “PEF simulato”, nel rispetto dei principi di cui all’articolo 4, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (CE) 1370/2007, come modificato dal regolamento (UE) 2016/2338, e agli articoli 17 e 19 del d.lgs. 422/1997 (come modificato dall’art. 27, comma 8 ter, del d.l. 50/2017).

Al fine di poter disporre di un modello univoco ed efficace di strutturazione del PEF, in allegato al documento posto in consultazione (Annesso 5) sono proposti gli schemi di riferimento per la redazione del piano da parte dell’EA.

Gli schemi di PEF simulato sono corredati di una parte descrittiva che confluisce nella più volte citata Relazione ex art. 34, a cura dell’EA e allegata alla documentazione di gara, in relazione alla metodologia e criteri utilizzati per definire il PEF.

Il PEF di gara proposto dall’IA (annesso al CdS) costituisce la base per l’EA per una corretta gestione contrattuale per tutto il periodo di affidamento, permettendogli di verificare l’impatto di eventuali variazioni di esercizio (orari, percorrenze, percorsi, materiale rotabile, ecc.) o di altri eventi imprevisti, da valutare alla luce della relativa allocazione dei rischi in matrice.

Per le procedure di affidamento diretto o *in house*, la disciplina regolatoria prevede l’adozione della medesima metodologia proposta per la predisposizione del PEF simulato, su cui agiscono opportune varianti finalizzate a sostenerne l’effettiva convenienza della scelta dell’EA (di adottare procedure di aggiudicazione non competitivo), in particolare attraverso la strutturazione di un processo di verifica *ex-post* delle condizioni effettive di equilibrio economico-finanziario del CdS, come richiesto dalla normativa vigente (*supra*).

In tale ambito, le compensazioni a copertura degli OSP sono determinate nel rispetto dei principi di cui all’articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), ed al citato Allegato del regolamento (CE) 1370/2007, come modificato dal Regolamento (UE) 2016/2338, nonché degli articoli 17 e 19 del d.lgs. 422/1997 (come modificato dall’art. 27, comma 8 ter, del d.l. 50/2017), sulla base di un apposito “PEF simulato” predisposto dall’EA e articolato per tutti gli anni di durata dell’affidamento, secondo gli schemi di cui ai numeri 1-4 del

citato Annesso 5 del documento posto in consultazione (utilizzati anche dall'EA per la predisposizione del "PEF simulato" in caso di gara). A tale PEF è correlata una parte descrittiva che individua le tipologie, gli obiettivi e le modalità di gestione degli indicatori di efficienza ed efficacia da adottare in ciascun periodo regolatorio previsto dal CdS, al fine di assicurare, anche in caso di affidamenti non competitivi, la promozione dell'efficienza nella gestione dei servizi interessati e, conseguentemente, il contenimento dei costi e degli oneri a proprio carico. In particolare, per il settore ferroviario regionale, tale componente del PEF è enucleata all'interno del Piano di Raggiungimento degli Obiettivi regolatori, allegato al CdS unitamente allo stesso PEF, come disposto dall'Autorità con delibera n. 120/2018 (cfr. punto 4 della Misura 2) nonché in materia di qualità del servizio erogato, le condizioni minime di qualità dell'Allegato A alla delibera dell'Autorità n. 16/2018 dell'8 febbraio 2018). Per il trasporto su strada rilevano gli indicatori di cui all'Annesso 7.

### **3.11 Obiettivi di efficacia/efficienza e miglioramento delle prestazioni (Misura 16)**

Lo schema di atto in oggetto, come anticipato, si caratterizza per alcuni *fil rouge* metodologici che legano trasversalmente le misure regolatorie proposte, tra i quali merita particolare attenzione il processo logico-procedurale finalizzato a perseguire il miglioramento progressivo delle prestazioni contrattuali offerte dall'IA, distinto nello schema di atto in oggetto in relazione alla modalità di affidamento scelta dall'EA: mediante gara o per via diretta/*in house*.

Uno dei primi passi che l'EA deve compiere propedeuticamente allo sviluppo della procedura di affidamento è la definizione degli obiettivi di efficacia ed efficienza che intende perseguire, al fine del soddisfacimento delle esigenze di interesse pubblico e del miglioramento progressivo delle prestazioni dell'IA.

Le predette disposizioni trovano fondamento nel citato art. 48, comma 6, lettera b), del d.l. 50/2017, che recita: *"Sia per i bandi di gara che per i (...) 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"*.

A tale scopo, lo schema di atto in oggetto dedica una misura regolatoria (Misura 16) a disciplinare i criteri che l'EA deve adottare per l'individuazione di tali obiettivi, da perseguire nel corso dell'intera durata del CdS.

Il processo metodologico di miglioramento delle prestazioni contrattuali proposta dallo schema di atto in oggetto è riassumibile, per le due distinte modalità di affidamento, come segue:

#### *a. Procedure di gara*

L'EA individua (e specifica nella documentazione di gara) gli obiettivi che intende perseguire, al fine del soddisfacimento delle esigenze di interesse pubblico, in termini di miglioramento progressivo dell'efficacia del servizio e dell'efficienza della gestione nel corso della durata del contratto, correlando tali obiettivi ai criteri di aggiudicazione su cui si basa la valutazione delle offerte, in modo da assicurarne la pertinenza con natura, oggetto e peculiarità del servizio (cfr. Misura 20); le tipologie di obiettivi afferiscono ad aspetti di efficacia, efficienza e qualità del servizio offerto, con riferimento ad esempio all'incremento del numero di passeggeri e/o del *load factor*, alla riduzione di sovrapposizioni/frammentazioni dei servizi (attuabile solo in caso di gara "flessibile", ovvero quando sono consentiti al PG specifici margini di offerta anche con riferimento ai servizi da erogare e ai relativi programmi di esercizio), al contenimento dei costi di produzione e al miglioramento delle condizioni minime di qualità.

Gli obiettivi contrattuali sono misurati tramite indicatori quali-quantitativi, disciplinati dall'EA nel CdS, corrispondenti almeno al set di cui all'Annesso 7 per i servizi di trasporto su strada e ai KPI definiti dall'Autorità ai sensi della delibera ART n. 120/2018 per i servizi ferroviari.

Sulla base dei predetti obiettivi e tenendo conto dei criteri oggetto di aggiudicazione della gara, l'EA definisce nel CdS un adeguato sistema di monitoraggio degli aspetti di natura economica, tecnico-

gestionale e qualitativa del servizio, specificando responsabilità, modalità, strumenti e tempi di rilevazione, rendicontazione e trasmissione dei dati, di cui alla Misura 25.

*b. Procedura di affidamento diretto/in house*

Al fine del miglioramento progressivo dell'efficacia e dell'efficienza l'EA nella fase propedeutica all'affidamento, individua gli obiettivi che l'IA è tenuto a perseguire nell'ambito del PEF simulato: per ciascun obiettivo, l'EA individua i relativi indicatori quali-quantitativi e i *target* annuali da raggiungere, fermi restando i riferimenti sopra menzionati e riportati in dettaglio nella citata Misura 16.

Resta fermo il fatto che l'EA, nel determinare i valori dei predetti indicatori di efficacia ed efficienza, dovrà tenere esclusivamente conto dei fattori che influiscono sulla variazione degli stessi riconducibili alle sole prestazioni gestionali dell'IA, evitando di considerare eventuali cause/effetti di natura esogena all'operato dell'IA.

### **3.12 Determinazione del margine di utile ragionevole (Misura 17)**

L'equilibrio economico di un CdS, più volte sopra richiamato e alla base della predisposizione del relativo PEF, si fonda sul concetto di "margine di utile ragionevole"<sup>48</sup>, strettamente correlato alla terza condizione della citata "Sentenza Altmark", che dispone 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) e che l'EA "*deve stabilire i criteri per il calcolo di tale utile*" (punto 57, del paragrafo 3.4).

In analogia con le scelte effettuate dall'Autorità in relazione alla regolazione relativa ad altre modalità di trasporto (aeroportuale, ferroviario, autostradale, marittimo) e all'applicazione risultante da altri settori regolati (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'IA ed appare conforme ai principi di obiettività e trasparenza fissati dal diritto comunitario.

A tale fine, la Misura 17 dello schema di atto in oggetto stabilisce che ai fini della predisposizione del PEF di cui sopra, e in caso di sua revisione o aggiornamento, l'EA prenda a riferimento il valore del tasso di remunerazione del capitale investito netto (CIN), come definito annualmente dall'Autorità, pubblicato sul proprio sito web istituzionale e aggiornato periodicamente.

Nel caso di contratti di appalto, tale valore è assunto dall'EA come soglia massima di riferimento, in quanto – non gravando rischi sull'IA nella forma dell'appalto – il valore sarà necessariamente inferiore.

Come anticipato, il tasso di remunerazione è determinato dall'Autorità secondo il metodo *WACC*, la cui formula, 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 ( $\beta$ ) e l'*equity risk premium* (*erp*).

<sup>48</sup> Nel testo vigente del regolamento (CE) 1370/2007 rinvenibile come "profitto ragionevole" (cfr. art. 4, par. 1, lett. b) e/o "ragionevole utile" (cfr. Allegato), definito come "*tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, in un determinato Stato membro, che tiene conto dell'esistenza o della mancanza di rischio assunto dall'operatore di servizio pubblico a seguito dell'intervento dell'autorità pubblica*".

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

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

dove:

- $\bar{P}$  = 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 valore del *gearing* è calcolato quale media dei valori degli ultimi cinque anni, rilevato dai dati di bilancio di un campione di imprese di 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 adottata dall'Autorità, si è scelto di calcolare il *rfr* come media aritmetica dei rendimenti lordi del BTP decennale rilevati dalla Banca d'Italia, con riferimento agli ultimi 12 mesi disponibili<sup>49</sup>. 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, il valore del *dp* è determinato sulla base del rapporto tra oneri finanziari e debiti finanziari di un *panel* di imprese di 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.
- $\beta_e$  (*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%.

Per ogni modalità di trasporto è determinato il parametro *beta equity* attraverso un'analisi per confronto dei coefficienti *beta* di aziende quotate appartenenti al settore del trasporto pubblico locale o a settori comparabili (*comparables*). A tal fine si considerano dati relativi a imprese nazionali e, eventualmente, a imprese internazionali in paesi con *rating* elevato. Nel campione, potranno essere considerati anche ulteriori imprese con rischiosità comparabile che svolgono altre attività regolate diverse da quello del trasporto pubblico locale. La scelta dei *comparables* potrà essere differenziata in relazione alla modalità di affidamento scelta dall'EA.

Una volta individuati i *beta equity*, al fine di tener conto di una struttura finanziaria efficiente si procede a derivare gli *asset beta* ( $\beta_a$ ) di ciascuna società considerata, depurando i primi della leva finanziaria specifica

<sup>49</sup> L'ultimo dato disponibile Banca d'Italia alla data di chiusura della presente *Relazione* è riferito ad ottobre 2018 e fornisce un valore di 2,38% (fonte Banca d'Italia).

a favore di una leva nozionale, attraverso l'applicazione della metodologia standard di *delevering* di cui alla formula seguente:

$$\beta_a = \frac{\beta_e}{(1 + (1 - t) D_s / E_s)}$$

dove:

- $\beta_a$  *asset beta*, determinato dalla media aritmetica degli *asset beta* delle singole società del campione di riferimento;
- $\beta_e$  *beta equity*;
- $t$  aliquota IRES che rappresenta lo *scudo fiscale*;
- $D_s / E_s$  leva finanziaria specifica.

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

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

I valori del WACC sono utilizzati, come precisato nella Misura 17, punto 1 ai fini della predisposizione del PEF nelle diverse modalità di affidamento. In caso di affidamento competitivo, ai PG è reso noto il corrispettivo a base d'asta e il margine di utile applicato, ferma restando la possibilità per ciascun contendente di proporre valori inferiori a quelli indicati dall'EA.

#### **4. Titolo II - Disciplina delle fasi di affidamento dei servizi**

La seconda parte dello schema di atto posto in consultazione è finalizzata ad individuare e regolamentare alcuni essenziali criteri pro-concorrenziali e di trasparenza che l'EA deve adottare per la definizione della disciplina di gara (e, ove specificato, anche in caso di affidamento diretto), con particolare riferimento alle informazioni da mettere a disposizione ai requisiti minimi che devono possedere i PG, ai criteri di aggiudicazione che l'EA definisce a monte della procedura per valutare le offerte tecnica ed economica dei contendenti, le modalità da seguire per procedere al trasferimento del personale dal GU all'IA (c.d. clausola sociale), le modalità di strutturazione del PEF di gara da parte di ciascun PG e gli aspetti relativi alla definizione della commissione giudicatrice.

I predetti elementi saranno nel seguito oggetto di separata illustrazione.

##### **4.1 Informazioni da rendere disponibili (Misura 18)**

La problematica delle asimmetrie informative che condizionano la gestione dei servizi di TPL nel suo complesso riveste per tutte le modalità di affidamento un rilievo centrale.

La necessità di superare tale criticità vale indipendentemente dal fatto che l'EA scelga di avviare una gara o proceda per affidamento diretto (o *in house*); anche in questo secondo caso, infatti, sono in capo all'ente specifici obblighi informativi, già oggetto di trattazione nell'ambito della segnalazione congiunta AGCM-ANAC-ART, cui si rimanda per ogni ulteriore approfondimento in merito<sup>50</sup>. Non può d'altra parte negarsi che la sostenibilità di un PEF e/o l'effettiva possibilità di raggiungere obiettivi quali-quantitativi e/o di efficientamento del servizio (temi disciplinati in successive Misure dell'atto di regolazione) dipendano anche dall'affidabilità e dall'accuratezza dei dati e informazioni di cui ogni contendente può disporre in fase di

<sup>50</sup> Cfr. in particolare i capitoli nn. 2 ("Gli obblighi informativi posti in capo agli enti affidanti") e 5 ("Le informazioni accessibili da parte dei soggetti terzi nell'ambito della procedura di confronto competitivo").

offerta (o manifestazione di interesse). La costruzione di un set informativo “minimo” da mettere a disposizione degli operatori (potenzialmente) interessati a partecipare alla procedura di assegnazione dei servizi di TPL costituisce quindi un presupposto irrinunciabile ai fini di un corretto svolgimento dell'affidamento.

Allo stesso tempo, l'efficacia del controllo e monitoraggio degli EA sui CdS affidati dipende dall'effettiva titolarità di tutte le informazioni riguardanti la domanda servita, le modalità di erogazione dei servizi forniti, le risorse e gli asset utilizzati, i costi e i ricavi sottostanti.

Con specifico riferimento alla gara, in allegato allo schema di atto posto in consultazione (Annesso 6) sono state riportate 3 distinte tabelle che costituiscono il “pacchetto minimo” di riferimento per l'EA nel corso dello svolgimento della procedura, suddiviso nelle previste fasi di:

- a) pre-informazione – Tabella 1 (*infra*),
- b) bando o lettera d'invito – Tabella 2,
- c) disciplinare di gara o *data room* – Tabella 3.

I contenuti proposti ricalcano sostanzialmente quanto in precedenza già definito nel Prospetto 1 della delibera 49/2015 e per ogni ulteriore approfondimento in merito si rimanda pertanto all'illustrazione già sviluppata nell'Allegato B alla delibera 49/2015<sup>51</sup>.

Tuttavia, come anticipato, non solo in caso di gara ricorrono specifici obblighi informativi in capo all'EA, ma anche in caso di affidamento diretto o *in house* l'EA è comunque tenuto all'assolvimento delle disposizioni di cui all'art. 7, par. 2, 3 e 4 del regolamento (CE) 1370/2007e dell'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012.

Con riferimento al menzionato Annesso 6 allo schema di atto posto in consultazione, l'EA dovrà pertanto porre particolare attenzione a quanto previsto dalla Tabella 1 anche in caso di procedure di affidamento non competitive, fatta salva la propria discrezionalità amministrativa, in attuazione dei principi generali di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, di estendere a tali procedure la messa a disposizione delle informazioni delle restanti Tabelle 2 e 3, per quanto di pertinenza.

Il principio fondamentale della disciplina regolatoria proposta è che, indipendentemente dalla procedura di affidamento adottata dall'EA, le informazioni rese disponibili devono 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.

In tale contesto, resta ferma la necessità che siano contestualmente garantiti:

- a) gli adempimenti legislativi vigenti, con riferimento, particolarmente in caso di affidamento diretto o *in house*, agli obblighi derivanti dall'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 7, par. 2, 3 e 4 del regolamento (CE) 1370/2007 e dell'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012, nonché “*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità*” di cui all'art. 4 del d.lgs. 50/2016; tra i predetti adempimenti rileva in particolare il c.d. obbligo di “pre-informazione” di cui all'art. 7, par. 2, del citato regolamento, su cui la Commissione è ripetutamente intervenuta, predisponendo in particolare un apposito “Formulario standard” da utilizzare per la pubblicazione della pre-informazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (GUUE), che prevede la compilazione di campi obbligatori e facoltativi, in funzione del carattere delle informazioni interessate<sup>52</sup>;
- b) la protezione delle informazioni e dei dati riferibili al GU ritenuti commercialmente sensibili e/o comunque soggetti a clausole di riservatezza, per le quali è in capo all'EA il compito di definire le condizioni di ammissione e trasparenza, le modalità di gestione delle richieste, di acquisizione delle informazioni e di messa a disposizione dei dati (tempistiche e procedure), gli impegni di riservatezza da parte dei soggetti interessati, e comunque ogni altra eventuale restrizione di accesso all'informazione ritenuta opportuna al fine di tutelare profili “commercialmente sensibili” dei dati e di concorrenza tra gli operatori.

<sup>51</sup> Cfr. in particolare pagg. 33 e 34.

<sup>52</sup> Cfr. [http://simap.europa.eu/buyer/forms-standard/pdf-forms/t01\\_it.pdf](http://simap.europa.eu/buyer/forms-standard/pdf-forms/t01_it.pdf)

Sul medesimo tema, rileva inoltre il novellato par. 8 dell'art. 4 del Regolamento (EU) 1370/2007 (Introdotto *ex-novo* con il Regolamento (UE) 2338/2016).

Si ritiene infine opportuno un particolare approfondimento in merito al “rapporto” che intercorre tra il Formulario di pre-informazione disposto dalla Commissione e i contenuti di cui alla Tabella 1 dell'Annesso 6 dello schema di atto in oggetto. Si osserverà infatti che alcune delle informazioni riportate nella tabella allegata sono qualificate come “facoltative” nel menzionato Formulario, ma, proprio con riferimento a quanto sopra (vedasi le vigenti disposizioni del regolamento (CE) 1370/2007, citati art. 4 e 7), nonché alla luce degli esiti delle attività di monitoraggio svolte dall'Autorità, si è ritenuto invece che esse siano da inserire nel “pacchetto” informativo obbligatorio, al fine di consentire a tutti i potenziali PG una più approfondita valutazione della gara che l'EA intende avviare, garantendo la possibilità di formulazione di un'adeguata offerta. Quanto sopra riguarda in particolare i seguenti aspetti:

- volume dei servizi oggetto di affidamento, da esprimere in termini di veicolo\*km (strada) e/o treno\*km (ferrovia), anche stimato ove non disponibile la quantificazione (cfr. Sezione II.2 del Formulario);
- quantificazione delle compensazioni connesse con il soddisfacimento degli OSP, alla luce delle disposizioni normative e regolatorie in materia (cfr. Sezione III.1.1 del Formulario);
- eventuali accordi disponibili, sottoscritti con le parti sociali, contenenti le modalità di trasferimento del personale (cfr. Sezione III.1.4 del Formulario);
- documenti e atti di pianificazione della mobilità, logistica, urbanistica e di sviluppo territoriale, mediante opportuno rinvio a quanto già pubblicato e rilevante ai fini della gara;
- modalità di messa a disposizione da parte dell'EA o di subentro al GU di beni strumentali (materiale rotabile e dei beni immobili quali depositi, rimesse, centri manutenzione), anche alla luce degli esiti della procedura di consultazione dei portatori di interesse.

In tale ambito, resta comunque ferma la possibilità per l'EA di estendere il campo di azione della predetta consultazione, coinvolgendo i portatori di interesse anche nell'individuazione delle informazioni qualitative e quantitative del servizio da affidare, che saranno successivamente rese disponibili ai partecipanti alla procedura.

È opportuno rilevare come l'effettiva disponibilità di alcuni dei dati/informazioni riportati all'interno del proposto Annesso 6 debba necessariamente essere messa in relazione con il (progressivo) processo di imposizione da parte dell'EA di appositi obblighi di rendicontazione nell'ambito dei CdS stipulati con le IA.

#### **4.2 Requisiti di partecipazione (Misura 19)**

L'EA individua i requisiti che i PG devono possedere e che costituiscono parte integrante del bando di gara. A tale fine, l'obiettivo della disciplina regolatoria proposta è identificare i criteri che l'EA deve adottare al fine di garantire condizioni di partecipazione eque e non discriminatorie a beneficio di tutti gli operatori potenzialmente interessati, nel rispetto del quadro legislativo vigente in materia, disciplinato da:

- a) l'art. 18, comma 2, del citato d.lgs. 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 d.lgs. 50/2016 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), 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;
- c) l'art. 48, comma 7 - lettera b), del citato d.l. n. 50/17 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.

Oltre ai requisiti previsti dalla normativa vigente, l'EA può introdurre ulteriori qualificazioni discrezionalmente individuate, da valutare in correlazione alle peculiarità della gara, evitando tuttavia che l'introduzione di requisiti "ultronei" abbia ricadute negative sulla concorrenza, ovvero restringa in maniera immotivata il numero dei partecipanti alle procedure di gara, a potenziale detimento dell'efficienza e della qualità del servizio offerto.

La Misura individua a tale scopo i seguenti criteri generali:

- 1) attinenza e proporzionalità, ovvero la necessità che i predetti requisiti siano definiti dall'EA in ragione delle caratteristiche tecnico-qualitative e del valore dell'importo dei servizi posti a gara, come disposto dal comma 2 del citato art. 83 del d.lgs. 50/2016;
- 2) reciprocità e non discriminazione, garantendo parità di trattamento in presenza di parità di condizioni sostanziali, a tutela di tutti i potenziali concorrenti, nel rispetto delle disposizioni del regolamento (CE) 1370/2007.

La finalità dei predetti criteri è promuovere la concorrenza tra tutti gli operatori potenzialmente interessati, evitando ingiustificate barriere all'ingresso a danno di 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, nonché ponderare il riflesso delle proprie scelte sulle condizioni di partecipazione di operatori plurisoggettivi (consorzi, associazioni temporanee o raggruppamenti di imprese, altre forme di aggregazioni societarie)<sup>53</sup>, evitando che tali raggruppamenti possano comportare un effetto distorto di riduzione in sede di gara del confronto competitivo: l'EA ha infatti la possibilità di introdurre clausole escludenti di imprese "sovabbondanti", ma deve garantire anche un'adeguata armonizzazione dei requisiti di partecipazione, al fine di scongiurare eccessivi oneri in capo ai singoli operatori, facenti parte del raggruppamento (rispetto a quelle che devono essere esibite cumulativamente dal raggruppamento), fatta salva la possibilità di ricorrere all'avvalimento di terzi soggetti nei termini previsti dalla legislazione vigente.

Nel rispetto dei principi generali di non discriminazione e parità di trattamento, nonché del principio di libertà di stabilimento posti a fondamento del TFUE e in particolare dell'art. 49 che ne deriva, l'EA in sede di offerta, prevede l'assunzione dell'impegno dei PG ad ottenere tutti i titoli amministrativi necessari allo svolgimento del servizio, quali licenze e certificati di sicurezza, prima dell'avvio del servizio oggetto di gara, mentre il possesso di tali titoli amministrativi sarà necessario al momento del concreto avvio del servizio oggetto di gara. L'ottenimento dei titoli amministrativi è inoltre soggetto alle tempistiche delineate dalla normativa applicabile, e per questo motivo la richiesta del loro possesso come requisito per poter partecipare alla gara potrebbe penalizzare in particolar modo le imprese che non operano in Italia, naturalmente non possiedono i titoli amministrativi richiesti dalla normativa nazionale. Allo stesso modo il condizionamento all'accesso al *data room* al possesso dei titoli amministrativi, pone un ostacolo alla partecipazione alla gara che mette i PG stessi in una posizione di svantaggio nei confronti dell'*incumbent* che, per definizione, è in possesso delle informazioni rilevanti necessarie ad ottenere tali titoli (ad es. il certificato di sicurezza), ed anzi è già in possesso di essi. Per tale ragione l'EA deve mettere a disposizione tutte le informazioni relative alla documentazione necessaria per l'ottenimento di tali titoli amministrativi, sin dalla pubblicazione dell'avviso di gara e comunque obbligatoriamente al momento dell'aggiudicazione definitiva.

L'EA deve quindi prendere in considerazione, tra gli altri, anche le tempistiche necessarie per il rilascio dei suddetti titoli amministrativi, ferma restando la condizione che la disponibilità di reti, impianti o altri beni ritenuti essenziali allo svolgimento del servizio in affidamento non può costituire un elemento discriminante alla partecipazione di potenziali concorrenti, né, come si vedrà in seguito, per l'esclusione di un'offerta di gara.

<sup>53</sup> Come disciplinati dall'art. 45 del citato d.lgs. 50/2016.

L'esigenza di inserire tali disposizioni regolatorie deriva, *inter alia*, dagli esiti dell'attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015 svolta dall'Autorità sulla procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico ferroviario indetta dalla Regione Valle d'Aosta, nella quale le tematiche in oggetto hanno assunto notevole rilevanza, ai fini della individuazione dei soggetti qualificati a partecipare alla gara.

In ossequio ai principi di trasparenza e pubblicità delle scelte adottate dall'EA, la disciplina regolatoria proposta propone infine che ogni singolo requisito di partecipazione aggiuntivo, rispetto a quelli strettamente previsti dalla normativa, sia puntualmente illustrato, giustificato e motivato nella citata relazione ex-art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012. Obiettivo di tale relazione sarà evidenziare l'attinenza delle previsioni definite dall'EA, la proporzionalità rispetto alle specificità della gara, nonché l'assenza di effetti discriminatori a danno di potenziali concorrenti.

#### **4.3 Criteri di aggiudicazione (Misura 20)**

L'obiettivo della Misura è definire le modalità che l'EA deve adottare per l'individuazione dei criteri di valutazione dei contenuti delle offerte tecniche ed economiche, ai fini dell'aggiudicazione della gara, alla luce degli obiettivi di efficacia ed efficienza di gestione del CdS, fatte salve le disposizioni legislative vigenti in materia, con riferimento:

- a) al citato comma 2 dell'art. 18 del d.lgs. 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;
- b) all'art. 95 del citato d.lgs. 50/2016, nel confermare l'orientamento 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 (...)*<sup>54</sup>”.

La discrezionalità lasciata agli EA dalla legislazione vigente in merito alla scelta dei predetti criteri e al correlato sviluppo della procedura di affidamento dei servizi posti a gara è pertanto assai ampia, purché 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*”;
- 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*”;
- 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*” 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 rileva soffermarsi sulla disposizione prevista dal decreto citato<sup>55</sup> in merito alla definizione della soglia massima di attribuzione del punteggio economico (30%), di cui al precedente punto (iv): tale tetto massimo,

<sup>54</sup> 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 dallo schema di atto in oggetto).

<sup>55</sup> Cfr. art. 95, comma 10-bis, del d.lgs. 50/2016, come modificato dal sopracitato d.lgs. 56/2016.

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, da un lato, l'EA dovrà prestare particolare attenzione all'individuazione di eventuali prestazioni "standardizzate" e/o condizioni stringenti di fornitura (servizi ad elevato grado di omogeneità e/o similarità) per definire il *"tetto massimo per il punteggio economico"*, 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.

Dall'altro è necessario che l'EA distingua oggettivamente, specificandolo nella documentazione di gara, i criteri alla base dell'offerta tecnica di ciascun contendente (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), affinché la definizione di tali criteri assicuri l'assenza di commistione degli elementi, 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. 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 o allo sviluppo del servizio interessato in termini generali, essi dovranno essere, ove possibile, riconducibili a una catalogazione "standard", quali prezzi ufficiali di listino e/o costi/prezzi di mercato e/o sulla base di precedenti procedure aperte, e comunque non dovranno consentire alcuna ricostruzione complessiva o parziale di eventuali elementi di valutazione dell'offerta tecnica, mantenendo condizioni di estraneità e marginalità. A titolo d'esempio, l'ascrizione tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta tecnica del mero investimento in materiale rotabile, non correlato ad alcuna caratteristica qualitativa dei veicoli interessati, rappresenta una palese alterazione dell'equilibrio di gara, mentre potranno essere correttamente previsti criteri legati alla promozione di politiche tariffarie (i.e. agevolazioni/esenzioni), in quanto comunque rispondenti a un miglioramento del servizio, in questo caso in termini di condizioni di utilizzo per determinate categorie di utenti.

Oltre che dalla condivisione delle citate linee-guida ANAC, l'esigenza di inserire tali disposizioni derivano, *inter alia*, dagli esiti dell'attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015 svolta dall'Autorità, con particolare riferimento alla gara per l'affidamento dei servizi di TPL automobilistici bandita dall'Agenzia per la Mobilità Locale del bacino provinciale di Parma, nella quale le tematiche in oggetto hanno assunto notevole rilevanza.

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, da cui derivano consequenzialmente le modalità di allocazione dei rischi tra le parti.

Un'ultima riflessione merita infine la relazione che intercorre tra l'EA, che definisce i criteri di aggiudicazione, e la commissione giudicatrice che sarà incaricata di valutare le offerte. È infatti opportuno che siano definiti dall'EA anche adeguati criteri motivazionali per agevolare l'attribuzione dei pesi e punteggi da parte della commissione, individuando ove possibile appositi 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.

È infatti necessario che l'operato della predetta commissione assolva 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 (Cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 1495 dell'8 marzo 2018).

#### **4.4 Trasferimento del personale (Misura 21)**

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'Unione Europea, Consiglio di Stato e TAR) e di autorità indipendenti (AGCM e ANAC). Nel rispetto di tale articolato contesto normativo si collocano le disposizioni regolatorie proposte nell'ambito dello schema di atto in oggetto, che disciplinano i criteri che l'EA deve adottare al fine di individuare le modalità di trasferimento del personale dal GU all'IA.

Con riferimento alla legislazione vigente, si richiamano 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) gli artt. 4 bis, 4 ter, 5 e 6 del regolamento (CE) 1370/2007, come modificato dal regolamento (UE) 2338/2016, che individuano specifiche disposizioni che l'EA deve adottare nel predisporre la documentazione che disciplina la procedura di affidamento in materia di clausola sociale (anche in applicazione della predetta direttiva 2001/23/CE), diritto sociale e del lavoro parametri (standard) sociali di riferimento;
- c) 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"*;
- d) 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"*;
- e) 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"*;
- f) l'art. 48, comma 7, lettera e) del d.l. 50/2017, che attribuisce all'Autorità il compito di stabilire regole generali in materia di: *"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"*<sup>56</sup>.

L'orientamento legislativo sul tema è pertanto rivolto verso la promozione della stabilità occupazionale e l'adozione dei contratti collettivi, nel rispetto di quanto già applicato dal GU. Tale indirizzo è ribadito, in particolare, 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:

- 1) l'applicabilità a *"tutto"* il personale dipendente del GU (non dirigenziale), nel rispetto delle garanzie minime di cui all'articolo 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE;
- 2) 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 risultano assimilabili a quelli afferenti al CdS in corso, in termini ad esempio di relazioni origine-destinazione della domanda, volume di produzione, condizioni di esecuzione, OSP ad essi correlati.

---

<sup>56</sup> Articolo modificato dalla legge 3 agosto 2017, n. 123, di conversione del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91.

Tale obbligo, tuttavia, incorre 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", ovvero: "*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*".

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'IA di assorbire nel proprio 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, a tale fine, il GU trasmetta all'EA l'elenco del proprio personale, di qualifica non dirigenziale, da trasferire all'IA, fornendo i dati riportati alla sezione "Personale da trasferire" di cui alla Tabella 3 dell'Annesso 6 allo schema di atto in oggetto. Il predetto elenco dovrà essere compilato dal GU in rispondenza ai prospetti di contabilità regolatoria, redatti dallo stesso ai sensi delle Misure 11 e 12, con riferimento all'ultimo anno di esercizio disponibile.

L'introduzione del principio di coerenza tra il personale del GU da trasferire dall'IA e i dati di contabilità regolatoria 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 dall'IA, 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*", 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 contemplata 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*".

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.

Nel rispetto delle disposizioni legislative citate, la Misura prevede che l'applicazione degli obblighi di cui alla Misura 21 in capo all'IA sia obbligatoriamente assicurata dall'IA stessa per un periodo non inferiore ad un anno dalla data di stipula del CdS<sup>57</sup>, oppure, se antecedente, fino alla data di risoluzione o scadenza del contratto collettivo vigente.

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'IA 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'IA 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

<sup>57</sup> Disposizione di cui all'art. 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE.

dei suindicati contratti, sino alla loro sostituzione, nonché anche nel caso in cui non abbia aderito alle associazioni stipulanti o receda da esse.

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’IA 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 PG l’obbligo di accettare espressamente, in sede di offerta, quanto 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, ai sensi dalla Misura 20.

Una volta completata la procedura e individuata l’IA, 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’IA a tali obblighi sottoscritti, durante il periodo di validità contrattuale, deve prevedere apposite e congrue penali e rileva come causa di risoluzione del rapporto.

#### **4.5 Piano economico-finanziario del contendente (Misura 22)**

La disciplina regolatoria proposta nell’ambito dello schema di atto posto in consultazione prevede in capo all’EA il compito di definire nella documentazione di gara le modalità di presentazione, da parte di ciascuno dei partecipanti alla procedura competitiva, di un apposito PEF di gara, contenente la proiezione per tutto il periodo di durata del CdS di costi, ricavi, (eventuali) investimenti e relativi finanziamenti nel rispetto dei criteri di ripartizione dei rischi tra EA e IA, finalizzato a dimostrare la congruità e la sostenibilità economico-finanziaria dell’offerta e tale da garantire la solidità finanziaria del partecipante in caso di realizzazione di investimenti.

Le istruzioni di redazione del PEF possono essere differenti in caso di affidamento pluri-modale di servizi di TPL (treno, autobus, tram o metropolitana) e in caso di diverse tipologie interessate (ambito urbano e/o extraurbano), prevedendo uno schema per ciascuna modalità di servizio di trasporto oggetto di affidamento o, in alternativa, un unico schema con specifiche varianti “modali”. In ogni caso, il PEF è parte integrante dell’offerta presentata dall’operatore interessato nell’ambito della gara.

Al termine della procedura di affidamento, il PEF dell’IA diventa conseguentemente parte integrante del CdS stipulato con l’EA ed è soggetto ad aggiornamento/revisione al termine di ciascun periodo regolatorio, ai fini di verifica dell’equilibrio economico-finanziario del contratto vigente, secondo le modalità di cui alla Misura 26.

Fermo restando quanto sopra, la Misura disciplina che ogni contendente predisponga il proprio PEF di gara secondo gli schemi dell’Annesso 5 del documento posto in consultazione, prevedendo, in aggiunta agli schemi di cui ai punti 1-4 (utili a dimostrare la congruità e la sostenibilità economico-finanziaria dell’offerta), la redazione del “Rendiconto Finanziario” di cui allo schema 5 dello stesso Annesso.

Relativamente al contenuto, modularità degli schemi e modalità di redazione degli stessi di cui ai punti 1-4 dell’Annesso 5, si rimanda a quanto descritto precedentemente; con riferimento al “Rendiconto Finanziario” è opportuno evidenziare che tale schema ha la finalità di fornire elementi di valutazione dell’evoluzione della situazione finanziaria (liquidità e solvibilità) dell’operatore nel periodo di validità del CdS, in particolare laddove si prevede la realizzazione di investimenti. Pertanto, in questi casi, gli schemi di PEF di gara possono essere integrati, su richiesta dell’EA in sede di offerta, da 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), come definiti nello schema di Atto (*Definizioni*).

Tali schemi sono accompagnati da una relazione illustrativa dei dati di *input* (domanda e offerta), delle ipotesi alla base dell'offerta presentata e delle modalità di calcolo dei valori, inclusi i *driver* per l'allocazione dei costi comuni e generali in funzione della ripartizione dei rischi definita dalla matrice annessa alla documentazione che disciplina la gara.

Qualora l'affidamento preveda, oltre allo svolgimento dei servizi di TPL interessati, la realizzazione di investimenti in beni strumentali all'effettuazione del servizio (mobili ed immobili) da parte dell'IA, il PEF dovrà essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966.

In tale ambito, resta ferma la possibilità per l'EA di far valutare il PEF (qualora non soggetto ad asseverazione) da istituti di credito o società specializzate nel settore del TPL.

La redazione del PEF deve tenere conto delle disposizioni legislative vigenti in materia applicabili, con particolare riferimento ai commi 11-ter e 11-quinquies dell'art. 27 del d.l. 50/2017, che prevedono che il PEF predisposto da ogni vettore partecipante, tenendo anche conto del materiale rotabile acquisito con risorse pubbliche, deve dimostrare un impiego complessivo di risorse per il rinnovo del materiale rotabile non inferiore al 10% del corrispettivo contrattuale, mediante nuove acquisizioni, contratti di *leasing* o locazioni a lungo termine, interventi di innovazione tecnologica della flotta (e.g. conta-passeggeri, AVM, info-mobilità, videosorveglianza, sistemi di bigliettazione elettronica).

#### **4.6 Termine per la presentazione delle offerte (Misura 23)**

La definizione da parte dell'EA di un termine congruo per la presentazione delle offerte, decorrente dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio della lettera di invito (in caso di affidamento diretto o procedura ristretta), persegue principalmente i seguenti obiettivi:

- a) la massima partecipazione di contendenti alla procedura, favorendone adeguate condizioni di concorrenza;
- b) la formulazione da parte di ciascun PG di offerte sufficientemente ponderate, secondo il principio generale di adeguatezza dei termini, in relazione alla complessità della gara.

Con riferimento al panorama legislativo vigente, i predetti obiettivi sono contemplati dall'art. 5, par. 3, del regolamento (CE) 1370/2007, nonché specificatamente declinati dalla Commissione europea al § 2.3.2 della citata Comunicazione 2014/C 92/01, che recita: "*le procedure di aggiudicazione degli appalti devono essere definite in modo tale da creare le condizioni di un'effettiva concorrenza*" e "*al fine di garantire ai potenziali offerenti opportunità eque e paritarie, il periodo che intercorre tra l'avvio della procedura di gara e la presentazione delle offerte, nonché il periodo tra l'avvio della procedura di gara e la data a partire dalla quale deve iniziare la prestazione dei servizi di trasporto, sono di durata adeguata e ragionevole*".

Premesso quanto sopra, la disciplina regolatoria proposta nello schema di atto posto in consultazione ricalca sostanzialmente quanto già previsto dall'Autorità nell'originaria delibera 49/2015, concentrandosi in particolare sui criteri che influiscono nella definizione del termine "minimo" per il ricevimento delle offerte, ovvero quali elementi devono essere tenuti in considerazione da parte dell'EA per la definizione di tale scadenza in modo congruo e se si possa pre-identificare, a prescindere, un limite inferiore al fine di garantire la massima partecipazione dei vettori interessati.

A tale scopo, anche alla luce degli esiti delle attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015 svolte dall'Autorità, si è ritenuto opportuno confermare i seguenti criteri di regolazione:

- a) al fine di determinare un congruo termine di scadenza per la presentazione delle offerte, l'EA deve tenere conto della complessità del progetto di mobilità posto a base di gara<sup>58</sup>, nonché della quantità di investimenti da effettuare;
- b) al fine di consentire ai concorrenti l'analisi della documentazione che disciplina la procedura di affidamento, l'effettuazione di sopralluoghi, la proposizione di eventuali quesiti all'EA, la preparazione dei vari documenti che costituiscono l'offerta di gara (anche alla luce di specifici assetti organizzativi interni), il termine di cui al precedente punto a) non deve essere inferiore a 110 giorni dalla pubblicazione del bando di gara o dell'invio della lettera di invito.

Il termine di cui al precedente punto b) conferma la disposizione regolatoria già contenuta nella delibera 49/2015<sup>59</sup>, determinata sulla base del seguente schema procedurale delle attività in carico all'IA ai fini della predisposizione dell'offerta:

Fase	Tempistica minima
data room iniziale	30 giorni
sopralluoghi/verifiche tecniche	25 giorni
quesiti all'EA e acquisizione delle risposte	
attività propedeutiche all'offerta documentazione a supporto dell'offerta (e.g. <i>business plan</i> , matrice dei rischi, fonti di finanziamento e garanzie)	25 giorni
preparazione offerta e approvazione "interna"	30 giorni
	<b>110 giorni</b>

In tale ambito, resta ferma la possibilità per l'EA di prevedere un termine inferiore (per il quale potrebbe considerarsi quanto disposto dall'art. 60, comma 1, del d.lgs. 50/2016 in caso di procedura aperta) in caso di procedura di affidamento caratterizzata da minore complessità e/o particolare specificità (ovvero quando le caratteristiche del servizio non state esplicitamente definite dall'EA e non prevedono margini discrezionali di interventi/proposte in sede di offerta), specificando adeguatamente nella documentazione di gara le motivazioni di tale scelta.

#### 4.7 Nomina della commissione giudicatrice (Misura 24)

Lo schema di atto regolatorio posto in consultazione disciplina 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 delibera 49/2015 (cfr. Misura 21 dell'Allegato A<sup>60</sup>), in riferimento ai quali si è ritenuto opportuno adottare alcuni interventi di revisione e integrazione, che tengono conto sia dell'evoluzione del quadro normativo vigente (*infra*), sia degli esiti delle attività di monitoraggio ex-delibera 49/2015 svolte dall'Autorità.

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

- a) l'art. 42 del d.lgs. 50/2016 regola le ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici;

<sup>58</sup> Comprese le caratteristiche del bacino di mobilità interessato e l'ampiezza del lotto di servizi oggetto di affidamento, come definiti ai sensi della delibera 48/2017.

<sup>59</sup> Per eventuali ulteriori approfondimenti in merito, si rimanda ai contenuti di cui all'Allegato B della delibera 49/2015 (pag. 48).

<sup>60</sup> Nell'originaria delibera 49/2015 è utilizzata la dicitura “*commissioni aggiudicatrici*” di cui all'art. 37, comma 2, lettera f), del d.l. 20/2011, sostituita nello schema di atto in oggetto (e nella presente Relazione illustrativa) da “*commissioni giudicatrici*” in coerenza con la terminologia adottata dal d.lgs. 50/2016 e dalle Linee guida ANAC in materia, come nel seguito richiamato.

- b) l'art. 77 del d.lgs. 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;
- c) il successivo art. 78 del medesimo decreto prevede l'istituzione presso l'ANAC de "l'*Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*", attribuendo alla stessa Autorità il compito di definire i "*requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità*" dei soggetti interessati e delle "*modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici*";
- d) l'art. 27, comma 12-quater, del d.l. 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;
- e) l'articolo 37, comma 2, lettera f), del d.l. 201/2011, attribuisce all'Autorità il compito di "*stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici*".

Con riferimento al precedente punto b), l'ANAC ha disciplinato la materia in oggetto attraverso le Linee guida n. 5, recanti "*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*"<sup>61</sup>, che contengono specifiche disposizioni sugli adempimenti in capo alla stazione appaltante, con particolare riferimento a:

- la composizione della commissione giudicatrice: numero di membri e provenienza dei componenti (interni *versus* esterni), al fine di contemperare le esigenze di contenimento dei tempi/costi di funzionamento della commissione con quelle di imparzialità, qualità del lavoro svolto e prevenzione della corruzione;
- l'esperienza e la professionalità dei commissari di gara, basata sul predetto Albo nazionale, riservato agli esperti di settore e composto da una sezione ordinaria, suddivisa a sua volta in sottosezioni sulla base della normativa ordinistica e della nuova classificazione delle professioni; possono iscriversi all'Albo professionisti iscritti in ordini/collegi (ove obbligatorio), dipendenti pubblici (anche di enti affidanti), professori e ricercatori universitari;
- i requisiti di moralità e compatibilità che devono possedere i commissari ai fini della nomina, a garanzia dell'insussistenza di cause ostantive;
- le modalità di iscrizione, gestione e aggiornamento dell'Albo, nonché le relative sanzioni previste in caso di dichiarazioni mendaci o altre inadempienze;
- le modalità e tempistiche di selezione dei componenti, esterni e interni, attraverso: (i) invio ad ANAC della richiesta di selezione da parte dell'EA, (ii) definizione di una lista dei candidati idonei da parte dell'ANAC, (iii) sorteggio pubblico dei commissari da parte dell'EA, (iv) accettazione dell'incarico da parte dei selezionati, con dichiarazione formale di inesistenza di cause di incompatibilità e/o astensione;
- i compiti attribuiti alla commissione: valutazione delle offerte tecniche ed economiche sulla base dei criteri e delle motivazioni definiti dall'EA ed eventuali ulteriori adempimenti purché siano specificati nella documentazione di gara;
- le modalità di svolgimento e la durata dei lavori, inclusa la possibilità di intervenire "a distanza", le misure atte a salvaguardare la riservatezza delle informazioni e delle comunicazioni, le procedure da adottare per l'avvio (apertura delle buste) e la conclusione dei lavori (proclamazione dell'aggiudicatario).

<sup>61</sup> Approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con deliberazione n. 1190 del 16 novembre 2016, aggiornate ai sensi del d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione n. 4 del 10 gennaio 2018.

In materia di nomina e composizione delle commissioni di gara si ritiene inoltre opportuno richiamare la Sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007, che ha rilevato 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 delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara”, ovvero nel caso *in specie* all’EA, da cui deriva che “non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti”, intendendo con essa le disposizioni di cui a provvedimenti regionali già emanati o che saranno adottati in futuro.

L’attribuzione in capo all’Autorità, di cui al richiamato articolo 37, comma 2, lettera f), del d.l. 201/2011, si colloca quindi in uno scenario legislativo (nazionale e regionale), normativo (ANAC) e giuridico ben definito ed estremamente articolato, focalizzando di conseguenza gli obiettivi di regolazione di cui allo schema di atto in consultazione su elementi integrativi alla disciplina sopra delineata e/o su aspetti di ordine “specialistico”, applicabili in via particolare o esclusiva al settore dei trasporti, ferme restando i principi generali stabiliti dalla citata Sentenza n. 41/2013 della Corte Costituzionale con riferimento alla “cornice di regolazione”.

A integrazione di quanto già disposto dallo scenario vigente in materia, è quindi interesse dell’Autorità individuare criteri di nomina delle commissioni giudicatrici nell’ambito di procedure di affidamento di servizi di TPL su strada e ferrovia finalizzati principalmente a garantire un *level playing field* per i potenziali PG, perseguire il rispetto del principio di trasparenza, rafforzando in particolare la distinzione tra soggetti regolatori (gli EA interessati) e regolati (i potenziali contendenti alla gara, ove soggetti a forme di controllo/partecipazione da parte degli stessi Enti) ed evitando la commissione in capo alle Amministrazioni di ruoli incompatibili per tutta la durata dell'affidamento.

Considerata l’assoluta condivisibilità di tali principi, sarà compito delle Regioni interessate valutare, caso per caso, l’opportunità di adattare ai criteri individuati dall’Autorità, di cui alla Misura in oggetto, la normativa di propria competenza eventualmente difformi.

Alla luce di quanto sopra, la disciplina regolatoria proposta declina i criteri di nomina delle commissioni giudicatrici attraverso due principali parametri: l’individuazione dei requisiti di cui devono essere in possesso i componenti e le condizioni che possono limitare o impedire il conferimento dell’incarico a un commissario. Con riferimento a tali aspetti, ferme restando il rispetto “a monte” delle disposizioni di cui ai richiamati art. 77 e 78 del d.lgs. 50/2016<sup>62</sup>, sono pertanto specificati i requisiti di professionalità e competenza richiesti a ciascun componente selezionato, tra i quali rilevano esperienze non solo di ordine tecnico (in particolare, esperienza in pianificazione delle reti di trasporto e in programmazione, gestione e monitoraggio dei servizi di TPL), ma anche di natura economica legate in particolare alla procedura di valutazione del PEF. Resta fermo, in tale abito, l’iscrizione dei soggetti incaricati al predetto Albo nazionale definito dall’ANAC.

Poiché, al momento attuale, il meccanismo di funzionamento dell’Albo ANAC non consente di selezionare gli esperti in base ai requisiti professionali individuati dalla Misura, è stata avviata una specifica azione di coordinamento con ANAC al fine di concordare la creazione di apposite sottosezioni per l’identificazione e la nomina dei commissari di gara per le procedure di affidamento dei servizi di TPL.

La disciplina regolatoria prevede inoltre 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 aggiudicatrice prescelti.

Particolare attenzione merita infine il rapporto “trilaterale” che sussiste tra EA, IA e componenti della commissione, opportunamente oggetto di disciplina regolatoria che stabilisce che, per un periodo non inferiore ai primi tre anni successivi la stipula del CdS, questi ultimi non possono ricoprire funzioni o incarichi professionali presso l’IA, di qualsiasi tipo o durata, pena l’incorrere in penali per inadempimento contrattuale,

<sup>62</sup> Nonché, pertanto, alla disciplina generale in materia disposta dall’ANAC con le citate Linee guida n. 5.

secondo modalità specificatamente disciplinate dall'EA nel CdS di riferimento, nonché la conseguente esclusione dell'IA dalla possibilità di partecipare a successive procedure di affidamento indette dall'EA. In tale ambito rileva anche quanto previsto dall'art. 42 del d.lgs. 50/2016 in materia di conflitti d'interesse, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento dei soggetti interessati.

L'ultimo aspetto oggetto di regolazione richiama le citate disposizioni dell'art. 27, comma 12-*quater*, del d.l. n. 50/2017, specificando che la disciplina regolatoria sopra descritta vige anche nel caso in cui l'EA si avvalga di una stazione appaltante che svolge la procedura di affidamento in sua vece. I contenuti della Misura in oggetto si applicheranno nel frangente alla stazione appaltante individuata.

## 5. Titolo III – Fase esecutiva del contratto di servizio

La terza e ultima parte dello schema di atto posto in consultazione è interamente dedicata all'esecuzione dei contratti di servizio

In particolare, rispetto a quanto previsto nella delibera 49/2015, sono state inserite 2 nuove Misure dedicate al monitoraggio del servizio e relativa rendicontazione (al fine di rafforzare la trasparenza e l'accessibilità dei dati, in risposta all'analisi del mercato), e alla verifica dell'equilibrio economico (ex-lege).

### 5.1 Monitoraggio del servizio (Misura 25)

Lo schema di atto posto in consultazione disciplina le modalità di monitoraggio del servizio che devono essere adottate dall'EA sulla base della messa a disposizione, da parte dell'IA, di specifiche informazioni, predefinite all'interno del CdS.

L'obiettivo di tale disciplina regolatoria è il superamento delle asimmetrie informative che condizionano oggi la gestione dei servizi di TPL e, in particolare, il rapporto contrattuale tra EA e IA. Come anticipato al precedente Capitolo 10, tali informazioni sono finalizzate a garantire all'EA la possibilità di un'adeguata gestione del CdS nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi di efficacia ed efficienza definiti, nonché della verifica dell'equilibrio economico.

In tale ambito, con riferimento alla legislazione vigente in materia, si ritiene opportuno *inter alia* menzionare quanto previsto dal vigente paragrafo 8 dell'art. 4 del regolamento (CE) 1370/2007 introdotto dal regolamento (UE) 2338/2016, ovvero che "*I contratti di servizio pubblico impongono all'operatore di fornire all'autorità competente le informazioni essenziali per l'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, garantendo nel contempo la legittima protezione delle informazioni commerciali riservate*". La disposizione normativa verte, quindi, su due distinti aspetti: da un lato l'obbligo dell'IA di fornire all'EA "informazioni essenziali", dall'altro la necessaria protezione delle informazioni "riservate".

Nel rispetto di quanto sopra, è pertanto compito dell'EA disciplinare nel CdS le modalità e le tempistiche con cui l'IA deve rendere disponibili le informazioni ritenute rilevanti ai predetti scopi, nonché le relative penali in caso di inadempienza da parte dell'IA, individuando le modalità di gestione dei dati commercialmente sensibili.

A tale scopo lo schema di atto in oggetto individua l'ambito oggettivo (tipologia di da/informazioni, documenti, report, prospetti, indagini), le modalità di trasmissione e le responsabilità/obblighi in capo alle parti.

Rileva in particolare richiamare l'attenzione su un principio, già espresso nella delibera 49/2015, riguardante la titolarità dei dati, da considerarsi sempre e in ogni caso in capo all'EA. Nel rispetto delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, che disciplina il diritto di accesso e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, la Misura contiene inoltre specifici obblighi di "rendicontazione pubblica" relativi a elementi contrattuali che si ritengono meritevoli di diffusione e pubblicizzazione in quanto afferenti alle modalità di uso di risorse pubbliche e di interesse per la collettività. A tale fine, la misura regolatoria specifica che le predette informazioni rientrano nella titolarità

dell'EA e sono rese accessibili/riutilizzabili mediante pubblicazione sul sito *web* dell'EA. Per quanto riguarda il settore del trasporto ferroviario soggetto a OSP, rileva quanto già disposto dalle Misure 3 e 10 della citata delibera 16/2018.

### **5.2 Verifica dell'equilibrio economico-finanziario (Misura 26)**

La Misura è dedicata a disciplinare le modalità di verifica dell'equilibrio economico-finanziario nell'ambito dei CdS stipulati tra EA e IA, sulla base di PEF predisposti (Misure 14 e 15), e costituisce sede di definizione del procedimento di monitoraggio degli obiettivi di efficienza ed efficacia di cui alla Misura 16.

Si è ritenuto opportuno definire un'apposita disciplina di verifica periodica dell'equilibrio economico-finanziario del CdS, in coerenza con quanto previsto dall'art. 165, comma 6, del d.lgs. 50/2016, che dispone 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"*.

Allo scopo, con riferimento alla concessione, l'EA suddivide la vigenza contrattuale in periodi regolatori, di durata massima pari a 5 anni, al termine di ciascuno dei quali si effettua la predetta verifica, disciplinando nel CdS tempi e modi per la predisposizione da parte dell'IA di un PEF aggiornato (sulla base degli schemi di cui all'Annesso 5).

In tale ambito, è opportuno che l'aggiornamento del PEF tenga conto di eventuali fattori esogeni al CdS che possano aver influito sul relativo equilibrio economico, quali ad esempio l'istituzione di servizi soggetti a disciplina autorizzativa e quindi non interessati da compensazione pubblica, meglio definiti come servizi "a mercato", in concorrenza con i servizi OSP interessati.

La disciplina regolatoria proposta nello schema di atto in oggetto riconosce dunque all'EA ampia flessibilità nella definizione delle modalità per recuperare eventuali sovra-compensazioni o sotto-compensazioni e di eventuali meccanismi di incentivazione.

### **5.3 Aggiornamento delle tariffe (Misura 27)**

Lo schema di atto posto in consultazione disciplina le modalità di aggiornamento delle tariffe dei servizi di TPL oggetto di affidamento, attività esercitata dall'ente che detiene la potestà tariffaria relativa ai servizi interessati, quindi non necessariamente l'EA<sup>63</sup>.

La misura regolatoria propone l'adozione, al termine di ciascun periodo regolatorio, del metodo del *price-cap*, in coerenza con quanto nel merito già definito dalla delibera 49/2015 (cfr. originaria Misura 19) ai sensi dell'articolo 37, comma 2 - lettera b), del d.l. 201/2011<sup>64</sup> e, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 18, comma 2, del d.lgs. 422/1997, con riferimento in particolare a:

- la lettera g-bis), che prevede *"relativamente ai servizi di trasporto pubblico ferroviario, la definizione di meccanismi certi e trasparenti di aggiornamento annuale delle tariffe in coerenza con l'incremento dei costi dei servizi, che tenga conto del necessario miglioramento dell'efficienza nella prestazione dei servizi,*

<sup>63</sup> Soprattutto nei servizi su strada, ove spesso la potestà tariffaria è "centralizzata", ovvero di competenza dell'ente territoriale di più vasta estensione (i.e. la Regione), anche per favorire lo sviluppo di sistemi integrati multi-operatore, mentre le procedure di affidamento e i relativi CdS sono gestiti dai singoli enti locali soggetti di delega, quali (ex)Province, Città Metropolitane e Comuni.

<sup>64</sup> Che pone in capo all'Autorità di definire *"i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe (...) tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori"*; preme richiamare su tale materia anche l'art. 27, comma 8-quinquies, del d.l. 50/2017, in base al quale *"i livelli tariffari sono aggiornati sulla base delle misure adottate dall'Autorità"*.

*del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi (...), del tasso di inflazione programmato, nonché del recupero di produttività e della qualità del servizio reso”;*

- la lettera g), che dispone “*la determinazione delle tariffe del servizio in analogia, ove possibile, a quanto previsto dall’articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481*”<sup>65</sup>.

Alla luce di quanto sopra, la disciplina regolatoria proposta definisce una dinamica tariffaria che, fermo restando il tasso di inflazione (ISTAT FOI o altro tasso definito nell’ambito delle normative regionali), si basa sull’applicazione di un tetto (*cap*) alla variazione media di un paniere di tariffe per le singole imprese (c.d. “*tariffa media ponderata*”), che ha una funzione incentivante grazie alla fissazione di un coefficiente di miglioramento della qualità del servizio di TPL affidato, risultante dalla media ponderata di un insieme di indicatori di qualità erogata e percepita, definiti dall’ente che detiene la potestà tariffaria e rilevati annualmente.

Qualora l’ente competente in materia tariffaria coincida con l’EA, il predetto coefficiente si basa sui risultati a consuntivo raggiunti dall’IA in termini di prestazione, fermo restando il rispetto delle condizioni minime di qualità definite dall’Autorità, per i servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico, ai sensi della delibera 16/2018.

La formulazione proposta, pertanto, correla il processo di aggiornamento delle tariffe (ove applicabile in relazione alla potestà dell’EA) al raggiungimento di adeguate prestazioni dell’IA. Alla luce di ciò, l’adozione o meno di un aggiornamento delle tariffe influenzerà il processo di verifica dell’equilibrio economico-finanziario adottato dall’EA ai sensi della Misura 26, con particolare riferimento ai CdS di tipo *net cost*.

#### **5.4 Modifica del contratto (Misura 28)**

Con riferimento alla disciplina delle modifiche contrattuali, nel corso del monitoraggio della delibera 49/2015 si è posta la questione se l’EA debba procedere obbligatoriamente a una nuova procedura di affidamento qualora il CdS vigente sia interessato da modifiche significative, riguardanti ad esempio il volume di servizi da offrire e le relative compensazioni, oppure possa essere revisionato il CdS interessato, previo accordo tra EA e IA, senza procedere a una nuova aggiudicazione.

Sull’argomento rileva citare quanto sostenuto dalla Commissione al § 2.3.6 della menzionata Comunicazione 2014/C 92/01, che assoggetta la questione al rispetto alle regole generali definite dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di modifiche dei contratti aggiudicati con gara<sup>66</sup>, che stabiliscono in sostanza la necessità per l’EA di avviare una nuova procedura di affidamento qualora la modifica contrattuale interessi condizioni che, se inserite nella procedura di affidamento originaria, avrebbero consentito l’ammissione di offerenti diversi o l’accettazione di offerte diverse da quanto al tempo accolto. Tale disciplina pertanto limita la possibilità di procedere a una mera revisione del contratto al solo caso di modifiche non sostanziali e di minore entità, da valutare caso per caso sulla base di criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione<sup>67</sup>.

Nel rispetto di quanto sopra, la misura regolatoria proposta dispone la necessità che l’EA specifichi nel CdS clausole chiare, precise ed inequivocabili in ordine alle circostanze che possano dar luogo alle eventuali modifiche delle condizioni contrattuali, senza alterare la natura generale del contratto, con riferimento sia ad aspetti di natura quantitativa, ovvero attinenti la variazione del programma di esercizio (linee, percorsi, corse e relative frequenze), sia di natura qualitativa, con riferimento alle prestazioni (minime) richieste all’IA, sia di natura economica, aventi cioè un riflesso sul PEF. A titolo d’esempio, dovranno essere individuati dall’EA i limiti quantitativi di variazione (in aumento o diminuzione) del volume di produzione applicabili al

<sup>65</sup> Tale disposizione, come è noto (interpretando in maniera sin troppo ampia il concetto “*ove possibile*”), è rimasta in sostanza disattesa, ovvero molto raramente prevista all’interno dei CdS, salvo i casi in cui normative regionali abbiano previsto specifici criteri applicativi al riguardo.

<sup>66</sup> Cfr. in particolare le cause C-454/06, punto 34, e C-91/08, punti 37-39.

<sup>67</sup> Si evidenzia che tale orientamento è pienamente confermato dalle disposizioni dell’art. 43 della direttiva 23/2014/UE, che disciplina le modifiche dei contratti di concessione ammissibili senza nuova procedura di aggiudicazione.

CdS vigente, nel rispetto di quanto disciplinato in materia di istituzione di servizi aggiuntivi di TPL dall'art. 16 del d.lgs. 422/1997. Rientrano in questo contesto, in senso generale, le modifiche del CdS o di eventuali allegati contrattuali che possono essere affrontati e gestiti tra le parti all'interno del Comitato di gestione previsto nel CdS.

Le predette clausole, nel fissare portata e natura delle eventuali modifiche adottabili, devono tenere necessariamente conto del mantenimento delle condizioni di equilibrio economico-finanziario di gestione del servizio affidato, secondo quanto disposto dalla precedente Misura 26. Devono essere pertanto riportate in dettaglio nel CdS le condizioni al cui verificarsi si rende necessaria una revisione contrattuale e/o rinegoziazione delle clausole vigenti, anche in riferimento agli esiti delle verifiche previste al termine di ogni periodo regolatorio. A titolo d'esempio, dovranno essere individuati dall'EA franchigie percentuali rappresentative (e significative) dei possibili scostamenti del PEF, al superamento delle quali prevedere una revisione contrattuale.

Su questo tema, alla luce dell'ambito di applicazione temporale definito dal punto 5 della Misura 1, si ritiene opportuno approfondire il concetto di "revisione contrattuale" con riferimento ai CdS vigenti alla data di entrata in vigore del presente atto, stante il fatto che tale terminologia, se non ben circoscritta, potrebbe dare adito ad errate interpretazioni e/o difformi applicazioni della disciplina in oggetto.

Indipendentemente da quanto espresso nei CdS interessati, si precisa allo scopo che non siano da considerarsi alla stregua di "revisione" tutti gli aggiornamenti o variazioni di contenuti contrattuali (o di allegati ad esso) le cui modalità sono già disciplinate all'interno del CdS stesso e che quindi non necessitano alcuna rinegoziazione di clausole vigenti. Saranno invece da considerare tutte le revisioni che comportano variazioni economiche sostanziali, ovvero una significativa incidenza sul PEF (*supra*), anche a seguito di rimodulazioni di natura quantitativa (programma di esercizio) o dell'adozione di modifiche qualitative del (prestazioni) servizio interessato, ferma restando la necessità che tali variazioni risultino superiori alle franchigie già previste e definite nel CdS vigente da parte dell'EA.

Diversamente, per eventi non previsti o non prevedibili al momento della sottoscrizione del CdS, essi potranno apportare esclusivamente modifiche dei termini contrattuali non sostanziali e di modesta entità. In tale ambito, è posto in capo all'EA specificare nel CdS le condizioni e le modalità di coinvolgimento dell'utenza in caso di modifica dell'offerta del servizio (intesa come variazione non temporanea e di postata significativa di linee, percorsi, fermate, orari e/o frequenze di esercizio), assicurando, almeno, che l'informazione all'utenza sia resa tempestivamente e attraverso ogni idoneo canale di comunicazione del gestore.

Torino, 20 dicembre 2018

Il Dirigente Ufficio Servizi e Mercati Retail

F.to Dott.ssa Ivana Paniccia

## Appendice 1 – Recepimento nello schema di atto regolatorio delle disposizioni del d.l. 50/2017.

Rif. d.l. n. 50/17	Testo d.l. n. 50/17	rif. schema di atto	Titolo Misura/Argomento
art. 48, comma 7 - lettera c)	<i>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</i>	Misure 3-10	<b>Beni strumentali</b> - essenziali/indispensabili - acquisiti tramite finanziamento pubblico - azioni in capo all'EA - accesso/subentro dell'IA
art. 48, comma 7 - lettera d)	<i>limitatamente all'affidamento di servizi di trasporto pubblico ferroviario, facoltà per l'ente affidante e per il gestore uscente di cedere la proprietà dei beni immobili essenziali e dei beni strumentali a soggetti societari (...)</i>		
art. 48, comma 6 - lettera b) (III parte)	per tutti i contratti di servizio prevede <b>obblighi di separazione contabile</b> tra le attività svolte in regime di servizio pubblico e le altre attività	Misure 11 e 12 Annesso 3	<b>Obblighi di contabilità regolatoria e di separazione contabile</b>
art. 48, comma 6 - lettera b) (II parte)	<i>sia per i bandi di gara che per i predetti contratti di servizio (...) l'Autorità determina la tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza che il gestore deve rispettare</i>	Misura 16	<b>Criteri di determinazione degli obiettivi contrattuali</b>
art. 48, comma 7, lettera a)	<i>l'Autorità di regolazione dei trasporti detta 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.</i>	Misura 13 Annesso 4	<b>Criteri di individuazione e allocazione dei rischi nell'affidamento in concessione</b>
art. 48, comma 6, lettera b), (II parte)	<i>[...] l'Autorità determina (...) gli obiettivi di equilibrio finanziario.</i>	Misura 14 e 15 Annesso 5	<b>Criteri di redazione del PEF simulato negli affidamenti con gara e diretti/in house</b>
		Misura 26 Annesso 5	<b>Verifica dell'equilibrio economico-finanziario</b>

Rif. d.l. n. 50/17	Testo d.l. n. 50/17	rif. schema di atto	Titolo Misura/Argomento
art. 48, comma 7, lettera b)	<i>I'Autorità di regolazione dei trasporti detta regole generali in materia di: [...] b) obbligo, per chi intenda partecipare alle predette procedure, del possesso, quale <b>requisito di idoneità economica e finanziaria</b>, 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.</i>	Misura 19	<b>Requisiti di partecipazione</b>
art. 48, comma 7, lettera e)	<i>I'Autorità detta regole generali in materia di: [...] e) in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara, previsione nei bandi di gara del <b>trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante</b> 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</i>	Misura 21	<b>Trasferimento del personale</b>
art. 27, comma 12-quater	<i>Le funzioni di regolazione, di indirizzo, di organizzazione e di controllo e quelle di gestione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale sono distinte e si esercitano separatamente. L'ente affidante si avvale obbligatoriamente di altra stazione appaltante per lo svolgimento della procedura di affidamento (...) qualora il gestore uscente dei medesimi servizi o uno dei concorrenti sia partecipato o controllato dall'ente affidante ovvero sia affidatario diretto o in house del predetto ente.</i>	Misura 24	<b>Criteri di nomina delle commissioni giudicatrici</b>
art. 48, comma 6 - lettera b) <b>(I parte)</b>	<i>L'autorità definisce anche gli <b>schemi dei contratti di servizio</b> per società in house o (...) per quelli affidati direttamente [n.d.r. analoga attribuzione per gli schemi dei bandi di gara già contenuta nell'originario art. 37, comma 2 - punto f), del d.l. 201/2011]</i>	Annesso 2	<b>Contenuto minimo del contratto/convenzione di servizio</b>