

AUTORITA' DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI | E
Protocollo N.00002103/2019 del 01/03/2019

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”

Gruppo di Lavoro TPL SU GOMMA

SEZIONE TRASPORTI E LOGISTICA

Premessa

L’Autorità di Regolazione dei Trasporti ha avviato una consultazione pubblica per la “Revisione della delibera n. 49/2015 concernente “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”.

L’Autorità ha attivato il processo di revisione e aggiornamento delle misure regolatorie in materia alla luce di tre essenziali motivazioni:

- 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.

Nello specifico 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 enti affidatari interessati un adeguato riferimento in materia e accrescere l’efficacia delle procedure di affidamento.

Analoghe esigenze sono emerse in merito al contenuto (c.d.minimo) dei contratti di servizio, ove gli enti affidanti hanno fatto emergere l’opportunità che siano adeguatamente approfonditi dall’Autorità gli schemi di contratto già presenti nella delibera 49/2015. Gli esiti di tale attività di monitoraggio hanno quindi evidenziato la necessità di fornire agli enti affidanti un quadro regolatorio più chiaro ed esaustivo all’interno del quale risultati consentito procedere alle fasi operative di affidamento con una ragionevole aspettativa di non incorrere in profili di incoerenza (e quindi in lunghe procedure di contenzioso).

Il documento di revisione prevede quindi una serie di regole dettate per la predisposizione dei bandi di gara e dei contratti di servizio destinati all’affidamento in esclusiva dei servizi di TPL.

La sezione “Trasporti e Logistica” di Unindustria, che associa numerose imprese che esercitano servizio di trasporto pubblico locale su gomma nei Comuni del Lazio, ha analizzato la documentazione prodotta nell’ambito di un apposito gruppo di lavoro e ha formulato una serie di considerazioni emerse delle analisi.

Con il presente documento Unindustria non intende inviare osservazioni specifiche sull’articolato proposto, quanto contribuire alla consultazione dell’Autorità con

considerazione 3emerse alla luce dell'esperienza vissuta negli ultimi anni nei territori dove operano i nostri associati in merito alle difficoltà riscontrate dai Comuni a procedere nell'affidamento dei servizi senza incorrere in contensiosi.

Osservazioni di carattere generale

In primo luogo, nel valutare molto positivamente lo schema di regolamentazione proposto e apprezzando le spiegazioni in merito alle scelte effettuate e la volontà della più piena condivisione con gli stakeholder.

E' di fondamentale importanza definire un quadro regolatorio certo in un settore complesso e frammentato quale quello del trasporto pubblico locale, al fine di tutelare pienamente, ovviamente oltre ai passeggeri, sia gli operatori del settore che gli investitori ed azionisti, affinché questi possano assumere scelte consapevoli sulla base di un valore certo del mercato.

Pienamente condivisa è quindi la necessità perseguita dall'Autorità di assicurare correttezza, omogeneità e comparabilità alle procedure affidamento dei servizi di TPL su gomma a livello nazionale.

Le regole sugli affidamenti insieme alla individuazione dei bacini, alla definizione della governance e dei fabbisogni standard sono tra gli elementi essenziali in grado di favorire in un'ottica di medio/lungo periodo investimenti nel settore, efficienza dei servizi e solidità del tessuto imprenditoriale.

L'adeguamento degli strumenti per gli Enti affidatari, utili per costruire il bando alla luce della intervenuta modifica della normativa di settore, diventa quindi un supporto assolutamente importante in un quadro come quello attuale dove soprattutto nelle piccole realtà si registra una forte inadeguatezza dell'apparato burocratico preposto all'espletamento delle procedure che portano alla definizione di un contratto di servizio di trasporto pubblico locale.

Nel settore del trasporto su strada sono state già avviate in alcuni bacini e piccoli comuni le procedure di gara, destinate ad aumentare in numero significativo nel corso del prossimo biennio per scadenza degli affidamenti derivanti da termini contrattuali, di conseguenza questo comporta la necessità di avere un quadro certo e chiaro delle regole di settore.

Resta però ancora priva di una sua specifica ed effettiva articolazione la materia fondamentale dell'intervento sanzionatorio in caso di violazione delle regole, da parte soprattutto dei Comuni e delle Centrali di Committenza laddove istituite.

Come emerso anche nell'ambito dell'attività di monitoraggio effettuata dall'ART, nel settore su strada il contenzioso legato alle procedure di gara rimane diffuso, e si concentra su elementi come disponibilità del materiale rotabile, la clausola sociale, i requisiti di partecipazione, gli aspetti economico-finanziari nonché la mancanza dell'avviso di pre-informazione.

Sono numerosi i ricorsi portati dinanzi la Magistratura amministrativa per violazioni delle regole già dettate dall'ART. Trattasi di ricorsi che, in molti casi, possono solo tradire la frustrazione di chi aveva partecipato convinto di divenire aggiudicatario, ma che in altrettanti casi sono fondati perché basati su chiare ed inequivocabili violazioni compiute dagli atti di gara che non hanno rispettato le regole impositive dettate dall'Autorità.

In assenza di una decisa, chiara e preclusiva individuazione dei poteri non soltanto sanzionatori, ma da espletarsi preventivamente alla attivazione di una gara irregolare ed illegittima, qualsiasi sforzo compiuto per assicurare il massimo livello di correttezza, regolarità, proporzionalità nella definizione dei requisiti di partecipazione e di massima comparabilità e ragionevolezza nella formazione delle griglie ai fini del punteggio da attribuire alle diverse offerte, è destinato a non assumere quella veste obbligatoria che la predisposizione di regole del genere intende raggiungere, ma resta solo uno strumento di riferimento per le amministrazioni "virtuose", mentre tutte le altre, e purtroppo non sono poche, sono lasciate libere di stabilire a proprio piacimento i requisiti di partecipazione e la comparazione delle offerte, individuando elementi diversi, spesso eccentrici, ma sempre eccedenti quelli previsti dalle regole ordinarie dettate dall'Autorità.

Se si vuole veramente fare delle regole ART la fonte primaria attuativa delle disposizioni di leggi vigenti nel settore, occorre giungere ad attribuire a tali regole valore pregiudiziale, con l'obbligo del preventivo controllo della rispondenza ad esse degli atti di gara e con l'attribuzione del potere di impedire la prosecuzione di gara contenenti elementi difformi o non rispondenti alle regole dettate.

A tal proposito giova ricordare che in sede di presentazione di alcune indicazioni volte ad introdurre modifiche da apportare al codice dei contratti pubblici, la cui consultazione è stata avviata recentemente dal Governo, si è sostenuta la stessa necessità, e si è formulata l'ipotesi di una modifica integrativa - all'articolo 3, comma 5, della legge 13/08/2010 n.136 - avente la funzione di prevedere l'obbligatorietà del controllo preventivo sugli atti di gara ed il rilascio del Codice Identificativo Gara (CIG) solo a seguito dell'avvenuto accertamento della regolarità e correttezza di tali atti, o del riscontro attuativo degli eventuali adempimenti correttivi segnalati

Lasciare il tutto alla scelta discrezionale delle amministrazioni comunali o delle Centrali di committenza, lasciando di fatto alla Magistratura amministrativa il compito di accertare non solo la regolarità delle valutazioni compiute dalle Commissioni di gara nella formazione delle graduatorie, ma addirittura la legittimità e la stessa correttezza degli atti di gara, significa mantenere nel settore ampi spazi di opacità amministrativa a tutto danno della corretta gestione e della capacità di aggiudicazione da parte delle imprese regolari, dal momento che i tempi di giudizio rischiano di concludersi contestualmente alla scadenza dell'affidamento contestato, e che troppo spesso i costi astronomici necessari per la presentazione di ricorsi avverso atti della pubblica amministrazione aventi ad oggetto aggiudicazioni da procedure di gara inducono anche gli aventi diritto, nel caso piccole

imprese, a subire passivamente gli effetti dannosi di tali provvedimenti illegittimi rinunciando alla contestazione non potendo permettersi i costi iniziali a fondo perduto relativi sia al contributo unificato che alle spese di deposito e quelle legali.

Se non si trova un preciso correttivo all'attuale situazione che attribuisca all'Autorità regolatrice il potere di bloccare le gare che non siano rispettose delle regole dettate prima che esse si svolgano, l'analisi e l'approfondimento di tutte le condizioni ottimali per la predisposizione di corrette, regolari e concorrenziali procedure di gara continuerà a rappresentare solo una formula orientativa priva di vincolante valore.

Un altro elemento da tenere da conto è la differenziazione a livello di ogni singola Regione di come si organizzano i bacini di pianificazione e i lotti di gara del tpl urbano.

Diventa quindi auspicabile che sia previsto che ogni Regione recepisca le norme attraverso specifiche linee guida, in grado di contestualizzarle e indirizzare la discrezionalità in capo all'Ente Affidatario, fornendo indirizzi e orientamenti interpretativi in relazione all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale da parte dei comuni ed in relazione ai contratti di servizio.

L'assenza di coordinamento tra le varie amministrazioni pubbliche almeno a livello regionale -cui l'ordinamento nazionale conferisce l'assegnazione in esclusiva dei servizi di TPL- nonché l'ampia discrezionalità riconosciuta nell'interpretazione e valutazione delle misure di regolazione proposte, rischiano di accrescere ulteriormente la frammentarietà del settore in commento e l'incertezza in merito alla disciplina applicabile

Osservazioni di carattere specifico

Misura 2 - Individuazione delle modalità di affidamento e contenuto minimo obbligatorio del contratto di servizio

Si sottolinea l'opportunità di pervenire ad una precisa indicazione sulla possibilità di avvalersi della facoltà consentita dall'articolo 5 del Regolamento n. 1370/07 -nel testo modificato ed integrato dal Regolamento n.2338/2016- di procedere ad affidamenti diretti per i cd. servizi minimi, e cioè per i servizi che non raggiungono determinate dimensioni operative. Trattasi di servizi presenti quasi tutti nei piccoli Comuni che normalmente sono gestiti da piccole aziende localizzate da anni sul territorio dei rispettivi Comuni e che, spesso, esercitano soltanto il locale servizio comunale di TPL.

Nei confronti di questa tipologia di servizi, correttamente il legislatore comunitario, fin dall'introduzione del Regolamento n.1370/07 confermato sul punto anche dal recente Regolamento n. 2338/2016, ha previsto una eccezione all'obbligo generalizzato della procedura di gara consentendo l'affidamento diretto.

La scadenza del periodo transitorio consentito prima della definitiva entrata in vigore dei Regolamenti speciali aventi ad oggetto tale materia, aumenta l'interesse ad un definitivo chiarimento sulla portata di tale eccezione e sulla sua immediata applicabilità.

Infatti, la previsione comunitaria secondo la quale tale facoltà si applica in assenza di una prescrizione limitativa da parte della legislazione nazionale, continua a generare incertezza a seconda della interpretazione che le amministrazioni interessate danno alla portata del decreto legislativo n.422/1997 che ha previsto la procedura di gara quale unico strumento di affidamento dei servizi di TPL.

Senza voler entrare in una disquisizione puramente teorica, sulla portata prioritaria della normativa comunitaria rispetto a quella nazionale, con il potenziale effetto abrogativo del decreto legislativo n. 422/1997, o comunque con la sola efficacia residuale delle disposizioni compatibili con la normativa comunitaria ormai prevalente, si tiene a sottolineare che, trattando comunque le due fonti la stessa materia, la prevalenza della norma comunitaria sembra scaturire non solo dall'interpretazione più assoluta, quale quella sopra prospettata, ma anche da una interpretazione più circoscritta e limitata, consistente nella derogazione per effetto della quale la norma speciale posteriore prevale sulla norma generale anteriore per le parti rese incompatibili, cosicché, la formula alternativa prevista dalla norma comunitaria sarebbe realmente preclusiva solo se il legislatore nazionale, dopo l'entrata in vigore del Regolamento comunitario, avesse introdotto una norma anch'essa speciale volta a negare la possibilità degli affidamenti diretti di cui al richiamato articolo 5 del Regolamento comunitario n. 1370/07 e *s.m.i.*. Poiché non risulta che una norma del genere sia stata adottata, ma anzi costantemente il legislatore nazionale ha fatto richiamo al Regolamento comunitario quale fonte normativa primaria per il settore (cfr. articolo 61 legge 23 luglio 2009 n.99), appare corretto sostenere l'applicabilità integrale della disposizione di cui all'articolo 5 del Regolamento comunitario che consente affidamenti diretti per i c.d. servizi minimi.

In attesa che sia lo stesso legislatore a rimuovere qualsiasi perplessità al riguardo, sarebbe interessante che l'Autorità preposta al settore fornisse una propria interpretazione, se non autentica sicuramente autorevole, sulla vigenza di tale facoltà e sulla sottrazione dei servizi minimi comunali all'obbligo di indizione di procedure di gara per la loro riassegnazione alla scadenza degli attuali contratti di servizio.

Misura 4 e 5 - disciplina beni strumentali

Si fa riferimento ai beni essenziali ed indispensabili al servizio di TPL che il gestore uscente dovrebbe mettere obbligatoriamente a disposizione del gestore subentrante.

Sarebbe opportuno che venissero specificatamente indicati i beni essenziali e quelli indispensabili per l'effettuazione del servizio di TPL messo a gara. Quanto poi

all’obbligatorietà del trasferimento di tali beni al nuovo gestore, appare utile procedere ad una serie di distinzioni che potrebbero essere accorpate nella stessa misura.

La prima distinzione dovrebbe riguardare i beni acquistati con contributo pubblico. Ad avviso della scrivente sono questi i soli beni passibili di trasferimento coattivo per tutto il tempo di durata del vincolo di destinazione legato alla dimensione del contributo ricevuto.

Per quanto riguarda tutti gli altri beni, qualunque possa essere la loro definizione, la questione dovrebbe essere affrontata non in base a vincoli normativamente imposti, ma sulla base della dichiarata disponibilità del gestore uscente a metterli a disposizione del gestore eventualmente subentrante. Non bisogna, infatti, trascurare il fatto che la indizione di una gara per l’affidamento del servizio di TPL in esercizio ad una data impresa di regola non riguarda l’intera attività di tale impresa, che può continuare, quindi ad essere esercente di altri servizi di TPL e addirittura di spostare l’interesse gestionale dal settore del trasporto pubblico locale circoscritto ad un mercato ancora vincolato al settore dei servizi liberalizzati, come tali esercitabili sul nuovo mercato aperto senza limiti o vincoli dimensionali e/quantitativi.

Il che significa che l’impresa cessante, anche nel caso perda l’esercizio del servizio messo a gara, conserva le potenzialità imprenditoriali non solo per mantenere la dimensione operativa aziendale, ma addirittura per accrescerla, cosicché qualsiasi obbligo di riduzione dei beni materiali (strumentali, essenziali, indispensabili o commerciali) di proprietà dell’azienda si trasformerebbe in una palese interferenza sull’attività economica esercitata ed in una violazione delle regole di pari opportunità e di pari trattamento che sono alla base della concorrenza introdotta anche in tale settore dalla intervenuta liberalizzazione dell’attività di trasporto persone su strada.

Si chiede una attenta valutazione sulla opportunità di un chiarimento esaustivo avente ad oggetto la portata e la dimensione dell’obbligo di trasferimento di tali beni, così come la stessa esigenza riguarda l’applicazione della c.d. clausola sociale, avente ad oggetto il trasferimento del personale, anche per non estendere una clausola del genere laddove non concernente ipotesi di licenziamento o di riduzione del personale dipendente nonché per adeguarsi all’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia sotto il duplice profilo della incidenza negativa che sul mercato concorrenziale subirebbe tanto il gestore uscente quanto il potenziale subentrante cui verrebbe imposto un costo aggiuntivo in grado di scoraggiare l’ingresso di nuovi operatori (cfr. al riguardo, Corte Giustizia, Sez. I, sentenza 9 dicembre 2004 – Causa C 460/02).

Misura 8 - Investimenti

Le indicazioni volte ad individuare gli impegni economici e finanziari che l’ente affidatario potrebbe assumere in relazione alle caratteristiche della procedura di affidamento, senza nessun chiarimento sulla loro necessità e sulla loro portata, rischia di introdurre condizioni di disparità di trattamento e di distorsione della concorrenza qualora siano tali da facilitare la partecipazione di nuove imprese alle rispettive gare, ponendole in condizioni di vantaggio rispetto al gestore uscente. Sarebbe, quindi, opportuno limitare al massimo interventi del genere da attuarsi solo in caso di effettiva necessità.

Misura 14 - Concessioni o appalti

Nonostante le chiare indicazioni fornite nella Relazione che accompagna lo schema di atto di regolazione in ordine alla distinzione tra concessioni ed appalti, con il richiamo ad alcune sentenze della Corte di Giustizia che definiscono i rischi connessi alla gestione dei servizi di

TPL tali da giustificare la classificazione dei titoli amministrativi di affidamento quali concessioni, si continua a considerare possibile anche l'affidamento dei servizi in appalto.

Si chiede di conoscere il motivo per il quale tale distinzione continua ad essere richiamata in un testo che ha, quale sua esclusiva finalità, quella di dettare le regole per l'affidamento dei servizi di TPL: regole che, essendo identiche per qualsiasi gara debba essere attivata in tale settore, non possono che generare o concessioni o appalti. L'alternativa finora verificatasi è stata solo frutto dell'assenza di disposizioni applicative dei principi generali relativamente alle gare di TPL: si ritiene, invece, che i contenuti della Relazione dovrebbero fare definitiva chiarezza sulla natura di tali affidamenti, che sarebbe opportuno conservare anche nello schema regolatorio, definendo una volta per tutte se trattasi di concessioni o di appalti.

Decisione che diventa ancor più fondamentale in previsione della scadenza del periodo transitorio di cui al Regolamento n.1370 e s.m.i. e del conseguente obbligo generalizzato al rispetto delle sue prescrizioni. Al riguardo si veda anche la **Misura 26** da applicarsi ai servizi affidati *“mediante la forma della concessione”*.

Misure 19 - 22 e 23 - modalità e condizioni di partecipazione

Sono quelle che stabiliscono le modalità e le condizioni di partecipazione, nonché i termini obbligatori che l'Ente Appaltante deve rispettare per consentire la presentazione delle offerte.

Riguardo ai titoli amministrativi necessari allo svolgimento del servizio, si ritiene opportuno distinguere tra quelli strettamente inerenti alle modalità del servizio da svolgere perché dipendenti dalla specificità del servizio stesso, da quelli che, invece, segnalano il livello qualitativo e di sicurezza dell'azienda partecipante.

Se i primi, possono rientrare nella previsione di cui al punto c) del quinto paragrafo della misura 19, per i secondi dovrebbe essere specificato l'obbligo del possesso al momento della presentazione dell'offerta per consentire alla stazione appaltante, e per essa alla Commissione di gara, di valutare gli aspetti comparativi in base all'effettiva realtà e non in base ad indicazioni meramente ipotetiche.

