

Alberto Pullini

Of Counsel

alberto.pullini@legalebo.com

Tel 339 5960357

Fax 051 0822847

SEDE DI BOLOGNA

Via Santo Stefano, 43

40125 - Bologna

Tel 051 27 50 020

Roma
P.zza dei Santi Apostoli, 66Milano
Viale Bianca Maria, 21Trieste
Via San Nicolò, 19Ravenna
Via Ponte Marino, 10Shanghai – P.R. China
Jing'an China Tower, Unit 1209,
1701 West Beijing rd,
Jing'an DistrictBari
Piazza G. Garibaldi n. 6La Spezia
Via Tommaseo, 25Palermo
Via Principe di Villafranca, 50Parma
Via XXII Luglio, 60Pemba - Moçambique
Rua Jerônimo Romero 74
Cabo DelgadoSpett. Le
Autorità di Regolazione dei TrasportiVia Nizza n. 230
10126 Torino (TO)Inviata tramite Posta Elettronica Certificata (PEC) al seguente
indirizzo:
pec@pec.autorita-trasporti.it

Bologna, lì 1° marzo 2019

OGGETTO: Consultazione pubblica sullo schema di atto di regolazione recante metodologie e criteri per garantire l'efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto ferroviario regionale.**Delibera n. 143/2018 – Procedimento per la revisione della delibera n. 49/2015 del 17 giugno 2015 avviato con la delibera n. 129/2017 – 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. Indizione di consultazione pubblica e proroga del termine di conclusione del procedimento.****Osservazioni.**

1. Premessa

All'esito della lettura dello Schema di atto di Regolazione meglio individuato in oggetto, nell'ambito della relativa procedura di consultazione pubblica da ultimo illustrata nella Delibera n. 143/2018 di Codesta spett. Le Autorità, i sottoscritti formulano, senza alcuna pretesa di esaustività e/o di sistematicità, le seguenti riflessioni, seguendo, a tal fine, in modo pedissequo l'ordine ricavabile dalla struttura dell'atto.

2. Sulla Misura 1 – Oggetto, finalità e ambito di applicazione.

Con specifico riferimento a quanto disposto nella Misura 1, espressamente dedicata all'individuazione dell'oggetto, delle finalità e dell'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nell'atto di regolazione, deve, in primo luogo, segnalarsi la necessità di ulteriori precisazioni in merito alla definizione dell'ambito di applicazione soggettivo delle stesse.

Nella specie, deve tenersi conto che, in relazione a quanto disposto nelle *“Definizioni”* preliminari al testo dell'Atto di Regolazione, l'Ente Affidante è individuato come l' *“Ente pubblico, o soggetto da esso delegato, cui è attribuita la competenza a stipulare un Contratto di Servizio con un'impresa affidataria di servizi di TPL, con compiti di gestione, monitoraggio, verifica e controllo dello stesso”*. Non è, pertanto, astrattamente prevista la necessaria coincidenza tra l'Ente affidante e il soggetto che sarà concretamente deputato allo svolgimento delle funzioni di stazione appaltante (la quale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 del D. Lgs. n. 50/2016, si definisce, invece, come il soggetto tenuto all'osservanza delle disposizioni procedurali del medesimo decreto legislativo in quanto applicabili), dovendosi peraltro, a questo riguardo, tenere conto anche della disciplina dettata, con riferimento all'individuazione dei soggetti cui è attribuita la funzione di svolgere la procedura di affidamento, dalle diverse leggi regionali in materia di trasporto pubblico locale.

Si ritiene, pertanto, che, in tal senso, la definizione dell'ambito di applicazione delle Misure agli *“Enti Affidanti”* debba essere ulteriormente precisata e chiarita.

Si ritiene, inoltre, che meriti ulteriori riflessioni la previsione di cui al punto 5 della Misura in argomento, in base alla quale le disposizioni di cui al Titolo III, relative all'esecuzione dei contratti di servizio, trovano applicazione anche con riferimento ai contratti di servizio già stipulati alla data di entrata in vigore dell'Atto di Regolazione che siano, eventualmente, sottoposti a successiva revisione.

Si segnala, a questo proposito, che trattandosi di disposizioni che incidono in modo specifico e rigoroso sull'attività di revisione contrattuale e sulle sue condizioni (si veda al riguardo, a titolo esemplificativo, il disposto di cui alla Misura 28, la quale elenca e declina puntualmente, anche sul piano tecnico, i presupposti per l'assoggettabilità del contratto a revisione), sarebbe preferibile valutare una nuova formulazione della disposizione che tenga conto maggiormente di una ragionevole applicazione del principio *tempus regit actum*.

3. Sulla Misura 2 – Criteri per l'individuazione delle modalità di affidamento e contenuto minimo obbligatorio del contratto di servizio

Con riferimento alla Misura 2, espressamente rubricata “*Criteri per l’individuazione delle modalità di affidamento e contenuto minimo obbligatorio del contratto di servizio*”, si ritiene doveroso inserire nel testo della disposizione, anche per nell’ottica di perseguire una maggiore organicità e sistematicità dell’atto, un richiamo al dettato del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, il quale costituisce la principale fonte normativa di disciplina della scelta della procedura di affidamento, eventualmente anche dando conto degli orientamenti interpretativi degli organi comunitari al riguardo (ad esempio, con riferimento alla possibilità, *ex art. 5* del Reg. CE n. 1370/2007, di avvalersi di procedure ristrette e di addivenire a negoziati nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità).

Con riferimento al contenuto minimo obbligatorio del Contratto di Servizio, si osserva sin d’ora come, in merito agli elementi indicati nell’Annesso 2, espressamente richiamato dalla Misura in commento, e, segnatamente, in relazione alla durata del contratto di servizio e alla possibilità di proroga/rinnovo dello stesso, occorra dar conto della necessità di considerare il disposto delle singole Leggi Regionali in materia di trasporto pubblico locale, oltre che, come correttamente indicato nell’attuale formulazione dell’Annesso, dell’art. 4, par. 3, e art. 5, par. 3bis, 4ter e 6, del Regolamento (CE) 1370/2007 e dell’art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 422/1997.

4. Sulla Misura 5 – Materiale rotabile

Nella Misura in commento, come anche nel testo delle successive disposizioni che regolano l’individuazione, da parte dell’Ente Affidante, dei requisiti di partecipazione e dei criteri di aggiudicazione della procedura, la centralità del tema e l’elevato livello di complessità tecnica delle valutazioni sottese sembrano imporre una puntualizzazione circa la natura dell’attività di “*verifica*” della quale è investito l’Ente affidante medesimo (v. punto 1).

I confini stabiliti per l’attività di verifica (evidenziati alle lettere a), b) e c) del punto 1 della Misura in commento) appaiono (invero condivisibilmente) elastici, soprattutto laddove si consideri la nuova formulazione proposta con riferimento alla lettera a), maggiormente ampia con riferimento alle “*caratteristiche dei servizi*” rispetto a quanto non emerge dalla formulazione oggi vigente (“*caratteristiche territoriali ed organizzative del servizio*”).

Anche alla luce di tali premesse emerge che l’attività di verifica di cui trattasi costituisce, per sua natura, esercizio di discrezionalità, dovendo pertanto ritenersi opportuna una precisazione in tale senso nel testo della Misura in argomento, codificandosi così una lettura necessariamente sistematica del contenuto della disposizione, la quale deve

correttamente inserirsi nel più generale e, nel contempo, più complesso sistema della disciplina procedimentale di cui alla legge n. 241/1990.

Ciò si pone, peraltro, in linea con il mantenimento, alla Misura 4.5, della già vigente disposizione (v. Misura 2.6 dell'attuale testo dell'Allegato A alla Delibera n. 49/2015) che prevede lo svolgimento di una consultazione pubblica avente ad oggetto l'individuazione dei beni necessari ed indispensabili allo svolgimento del servizio, la quale, a ben vedere, si colloca nell'ambito dell'attuazione del principio di partecipazione del privato all'azione amministrativa che ispira l'impianto normativo di cui alla ridetta legge n. 241/1990, in un'ottica di bilanciamento degli interessi.

5. Sulla Misura 6 – Beni strumentali acquisiti mediante finanziamento pubblico

La Misura 6, dedicata alle modalità di accesso e messa a disposizione dei beni acquistati mediante finanziamento pubblico, sembra presentare un difetto di coordinamento tra le disposizioni di cui, rispettivamente, al punto 1 e al punto 3.

Da un lato, infatti, il disposto di cui al punto 1 chiaramente afferma che “*i beni strumentali all'effettuazione dei servizi oggetto di affidamento acquisiti tramite finanziamento pubblico mantengono i vincoli di destinazione d'uso per il periodo indicato da disposizioni di legge, dall'atto che assegna il finanziamento o dal CdS; essi sono trasferiti all'IA*” e, dall'altro, al punto 3 si fa espressamente menzione dell'eventualità che “*vi sia una previsione nel CdS vigente che consenta il mantenimento dei beni finanziati in capo al GU*”.

Data la rilevanza del tema sul piano applicativo, si ritiene necessario un chiarimento circa l'interpretazione sistematica delle due disposizioni; nella specie, si rende necessario chiarire se la norma di cui al punto 1, che prevede il trasferimento all'IA dei beni in questione, debba ritenersi applicabile a tutti i beni acquisiti con finanziamento pubblico ma con possibilità di deroga per effetto del contratto di servizio (v. punto 3), ovvero se il necessario trasferimento debba ritenersi circoscritto ai soli beni acquisiti con contributo pubblico e soggetti a vincoli di destinazione d'uso per effetto dell'atto che assegna il finanziamento.

6. Sulla Misura 7 – Messa a disposizione dei beni essenziali e indispensabili

Con specifico riferimento alla Misura 7, finalizzata alla disciplina della “*Messa a disposizione dei beni essenziali e indispensabili*” e, segnatamente, con riguardo al punto 5, dedicato al regime della messa a disposizione dei beni indispensabili di proprietà di terzi già oggetto di contratto con il GU, si rileva che la Misura in questione da un lato ne garantisce la disponibilità all'IA per tutta la durata del nuovo affidamento e, dall'altro, in

assenza di vincoli stabiliti sui beni medesimi, attribuisce in via esclusiva al terzo proprietario la scelta delle modalità di trasferimento.

Si ritiene che l'assunzione della garanzia di messa a disposizione al soggetto subentrante da parte dell'Ente affidante renda, invece, opportuna la previsione di un previo contraddirittorio tra quest'ultimo e il terzo proprietario anche con riferimento alla scelta della modalità di trasferimento, in modo da poter permettere all'Ente affidante di valutare l'opzione maggiormente idonea al perseguitamento della finalità indicata.

7. Sulla Misura 8 – Azioni in capo all'EA per favorire la disponibilità dei beni strumentali

Nell'ottica precisata da Codesta Autorità nell'ambito della formulazione dei quesiti relativi alla Misura in questione, con il preciso scopo di indicare, come richiesto, se vi siano ulteriori possibili azioni in capo all'Ente Affidante, rispetto a quelle già individuate, che si ritenga opportuno inserire nel testo della disposizione, si ritiene che possa essere ampliato lo spettro della previsione di cui al punto 1 lettera d).

La formulazione attualmente utilizzata nello Schema di Regolazione si limita, infatti, ad attribuire agli Enti Affidanti la facoltà di *“promuovere azioni di coordinamento e cooperazione con altri Enti/Autorità competenti al fine di favorire la disponibilità dei beni strumentali”*. Si rileva come tale possibilità possa, più efficacemente, essere estesa anche alle azioni di cooperazione con soggetti privati che possano avere interesse a mettere a disposizione beni potenzialmente strumentali all'esercizio del servizio (quali, a titolo esemplificativo, fabbricati da poter adibire a depositi), anche tramite l'avvio di ricerche e indagini di mercato da espletarsi nel rispetto dei principi di pubblicità, così da favorire maggiormente le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento.

Sulla Misura 19 – Requisiti di partecipazione

Con specifico riferimento alla determinazione dei requisiti di partecipazione da parte dell'Ente Affidante, si ribadisce quanto già precedentemente espresso con riferimento al potere discrezionale di quest'ultimo, il quale si esplica anche nell'ambito della prescrizione dei requisiti di partecipazione, pur nel rispetto dei limiti connaturati alla funzione della *lex specialis* di gara nell'individuazione di requisiti di carattere speciale (funzione che consiste nell'individuare il livello di affidabilità richiesto al potenziale aggiudicatario).

Si ritiene, quindi, che l'attribuzione di tale potere discrezionale con specifico riguardo all'individuazione dei requisiti di partecipazione debba essere oggetto di puntualizzazione, anche, eventualmente, con riferimento all'individuazione della soglia minima del requisito

del patrimonio netto di cui al punto 2 della Misura in questione (individuata, nell'attuale testo dell'atto di regolazione, in modo rigoroso e coincidente con il 15% del corrispettivo annuo a base di gara).

Con Osservanza.

Prof. Avv. Stefano Zunarelli

Avv. Alberto Pullini