



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

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

relativo alla Delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti
n. 189/2023 (*Procedimento di revisione della delibera n. 154/2019 in
adeguamento alle disposizioni del decreto legislativo 201/2022, avviato con
delibera n. 90/2023 del 18 maggio 2023. Indizione di consultazione pubblica
e differimento del termine di trasmissione degli schemi di contabilità
regolatoria relativi all'anno 2022*)

inviato a

Autorità di Regolazione dei Trasporti

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Rif. S4860

Dott. Nicola Zaccheo
Presidente dell’Autorità di
Regolazione dei Trasporti
Via Nizza, 230
10126 Torino
PEC: pec@pec.autorita-trasporti.it

In data 9 dicembre 2023 è pervenuta all’Autorità una richiesta di parere da parte dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito anche ART), ai sensi dell’articolo 1 del Protocollo d’intesa sottoscritto il 15 novembre 2019, sul documento recante la *“Revisione della delibera n. 154/2019 in adeguamento alle disposizioni del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201”* (Allegato A alla delibera n. 189 del 5 dicembre 2023) e relativi Annessi, riguardo alla quale l’Autorità, nell’adunanza del 5 marzo 2024, ha deliberato di formulare le seguenti osservazioni, ai sensi dell’articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Il documento riporta le revisioni e integrazioni delle misure regolatorie vigenti, di cui all’Allegato “A” alla delibera dell’Autorità n. 154/2019 del 28 novembre 2019, in adeguamento alle nuove disposizioni del d.lgs. 23 dicembre 2022 n. 201 recante *“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”* (di seguito: d.lgs. 201/2022) e in esito alle attività di monitoraggio svolte dall’ART.

Il d.lgs. 201/2022 ha infatti introdotto nuovi adempimenti in capo sia agli Enti Affidanti (“EA”), sia all’ART, che *“comportano la necessità di apportare puntuali modifiche e integrazioni alle Misure”* contenute nella delibera n. 154/2019 a fini di coordinamento con la regolazione vigente, di recepimento di alcune nuove previsioni e di limitazione degli oneri amministrativi a carico degli EA.

Inoltre, alla luce dei risultati del monitoraggio compiuto sull'applicazione della delibera n. 154/2019, l'ART ha ritenuto opportuno modificare alcune Misure al fine di consentirne una più estesa e uniforme applicazione e di accrescerne l'efficacia.

Alcune modifiche proposte sono volte a integrare nel testo della relativa Misura i nuovi adempimenti previsti dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. È questo, ad esempio, il caso delle modifiche alle Misure 24 [Criteri di nomina della commissione giudicatrice], 27 [Criteri di aggiornamento delle tariffe] e 28 [Revisione e modifiche contrattuali], le quali recepiscono il contenuto rispettivamente dell'articolo 6, dell'articolo 26 e dell'articolo 27, comma 2, del d.lgs. n. 201 del 2022. Rispondono alla medesima esigenza l'introduzione di schemi-tipo di Relazioni di Affidamento (Annesso 8) e l'adeguamento degli Schemi di Contratto di Servizio (Annesso 2).

Altri interventi sono invece volti a modificare gli oneri informativi dell'Ente Affidante nei confronti dell'ART, in modo da consentire al regolatore una migliore valutazione delle scelte dell'Ente Affidante e di ridurre l'onere informativo collegato all'esercizio delle funzioni regolatorie.

In particolare, le modifiche alle Misure 13, 14, 15 e 20 prevedono l'invio all'ART della matrice dell'allocazione dei rischi per gli affidamenti in concessione, del Piano Economico-Finanziario a base d'asta e dei criteri di aggiudicazione dell'offerta, i quali dovranno essere inseriti nella Relazione di Affidamento o allegati ad essa. Tale intervento permetterà all'ART di disporre degli elementi necessari a formulare un giudizio complessivo riguardo alla coerenza, completezza e congruità dei vari strumenti operativi predisposti dall'Ente Affidante ai fini dell'affidamento.

La limitazione della frequenza di compilazione dell'Elenco del personale in servizio prevista dalla Misura 12 modificata e la stessa predisposizione di Schemi-tipo coordinati con gli altri adempimenti documentali appare volta ad alleggerire gli obblighi informativi imposti dalla regolazione.

Molte modifiche proposte sono volte a implementare gli obblighi di trasparenza cui sono tenuti l'Ente Affidante (di seguito, "EA") e l'Impresa Affidataria (di seguito, "IA"), ai sensi degli articoli 25 e 31 del d.lgs. n. 201 del 2022, in applicazione di un principio di *accountability* delle scelte dell'EA e dei risultati dell'IA che appare ampiamente condivisibile, anche alla luce dell'impatto economico e sociale che può avere l'esecuzione efficace ed

efficiente di un affidamento accuratamente calibrato sui bisogni di mobilità dei cittadini.

In questo senso, vanno accolte con favore le modifiche proposte in relazione alle Misure 2 (punto 4) e 25, in quanto volte ad accrescere il livello di trasparenza verso gli *stakeholders*, in particolare nel caso di società *in house*, rispetto alle quali eventuali osservazioni degli operatori possono costituire utili elementi per valutare le ragioni del mancato ricorso al mercato.

Riguardo all'istituto della proroga, occorre premettere che l'Autorità, come ripetutamente affermato in numerose segnalazioni, ha ritenuto che la proroga del contratto di servizio a favore dell'affidatario dovrebbe costituire un evento eccezionale. Alla scadenza del contratto l'ente affidante dovrebbe di norma procedere all'indizione della gara ovvero all'affidamento *in house* qualora ne ricorrano le condizioni. Le proroghe a favore dell'affidatario del servizio dovrebbero essere disposte solo nei casi eccezionalmente e tassativamente previsti dalla legge (ad esempio, nelle more della procedura di affidamento per evitare l'interruzione del servizio). Nei casi in cui la proroga risponda alle limitate necessità individuate per legge, l'estensione a tali proroghe della regolamentazione esistente può essere valutata positivamente. Entro questi limiti, quindi, l'Autorità valuta positivamente l'inserimento del nuovo punto 8 nella Misura 1, che amplia l'ambito di applicazione di alcune misure di cui alla delibera n. 154/2019 anche alle proroghe da parte dell'Ente Affidante dei Contratti di servizio vigenti, purché costituiscano condizioni più favorevoli per la gestione del servizio oggetto di affidamento. Si ritiene che l'insieme di misure che dovrebbero essere applicate anche in caso di proroga dell'affidamento potrebbe essere ampliato anche alla Relazione di affidamento che motiva le scelte compiute, al contenuto minimo del Contratto di Servizio e alle verifiche periodiche dei risultati raggiunti.

Per ciò che concerne gli Schemi-tipo di Relazione di Affidamento (RdA), l'Autorità concorda sull'elevato livello di dettaglio previsto, al fine di minimizzare le richieste di integrazione e contenere la tempistica della procedura di affidamento.

In linea generale, l'Autorità non ritiene opportuno che la RdA rinvii, per l'illustrazione di informazioni essenziali, ad altri documenti. La RdA, per come è stata arricchita dalle modifiche proposte dall'ART, si può configurare come un unico documento di riferimento che racchiude tutti gli elementi che sono stati valutati dall'EA, i motivi delle sue scelte, gli obiettivi dell'affidamento e il modo in cui sono stati declinati nel contratto di servizio,

l'andamento previsto di costi, ricavi e investimenti. Così concepita, la Relazione rappresenta il documento di riferimento per tutti gli *stakeholders* per il monitoraggio dell'efficacia delle scelte compiute dall'EA e dei risultati conseguiti dall'IA e quindi un fondamentale strumento di trasparenza e di controllo democratico dell'Amministrazione Pubblica da parte di cittadini e imprese, anche con riguardo al rispetto dei principi concorrenziali da parte delle scelte dell'Ente Affidante.

Per assolvere tale fondamentale funzione nell'*accountability* dell'EA, tuttavia, la RdA deve essere un documento quanto più possibile autonomo. Esso non dovrebbe dunque rimandare a quanto già esposto nella Relazione ex articolo 14 e in altra documentazione rilevante (p.es., il Contratto di Servizio per la descrizione di obiettivi, modalità di monitoraggio e penali), ma dovrebbe includere, eventualmente in forma sintetica, il contenuto di tali documenti.

Più in generale, si ritiene necessario sottolineare l'importanza di preservare l'autonomia non solo della RdA, ma anche della relazione e della deliberazione previste rispettivamente dall'articolo 14 e dall'articolo 17 del d.lgs. n. 201 del 2022, le quali devono avere contenuti che assolvono in maniera esaustiva le previsioni delle relative norme, senza rinvii o rimandi ad altri documenti.

Per quanto riguarda specificamente lo Schema-tipo per gli affidamenti *in house*, va apprezzato l'esplicito rinvio allo schema-tipo di motivazione qualificata ex articolo 17, comma 2, del d.lgs. n. 201 del 2022, elaborato da PCM, AGCM e ANAC e pubblicato sul sito *web* di quest'ultima, nella sezione *Trasparenza SPL*.

Ferme restando le osservazioni contenute nel parere AS1935 del 28 novembre 2023, una trattazione organica della motivazione della scelta di questa forma di affidamento sembrerebbe richiedere che le eventuali innovazioni/miglioramenti rispetto alle condizioni minime di qualità e ai KPI quali-quantitativi stabiliti dall'ART di cui si è eventualmente tenuto conto nella decisione di affidamento siano discusse in questa sezione dello Schema, e poi richiamate e descritte in maggior dettaglio nella sezione degli obiettivi del Contratto di Servizio.

Infine, l'Autorità ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni sull'inclusione di una sezione relativa alla compilazione della Matrice dei Rischi anche nello schema di RdA per l'affidamento *in house* di TPL su strada o per ferrovia.

La matrice dei rischi rappresenta infatti lo strumento di allocazione dei rischi, operativi e non, derivanti dal contratto e tale allocazione deve essere coerente con la tipologia di contratto. L'allocazione del rischio operativo all'IA caratterizza specificamente, secondo l'articolo 177 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), il contratto di concessione e la Misura 13, comma 2, esplicitamente collega la definizione e l'allocazione dei rischi e la redazione della Matrice dei Rischi al contratto di concessione.

Una società *in house*, seppur formalmente distinta dall'EA, dal punto di vista sostanziale non è che una mera struttura dell'EA stesso, in virtù dell'esistenza del "controllo analogo" che ne definisce la qualità di "società *in house*". Essa non gode di una effettiva autonomia gestionale e utilizza risorse pubbliche che le sono state allocate dall'ente pubblico oppure che sono state acquistate grazie all'investimento dell'ente stesso. Di conseguenza, ogni rischio gravante sulla società *in house* finirà per ricadere nel patrimonio erariale dell'EA, che ne sopporterà le conseguenze giuridiche ed economiche a prescindere dall'imputazione contabile. In questo contesto, il rischio operativo, dal punto di vista sostanziale, resta in capo all'EA non è configurabile alcun trasferimento in capo all'IA su cui l'EA ha un controllo analogo; la circostanza che l'IA sia costituita in forma di società di capitali limita le conseguenze del rischio operativo che potranno essere sopportate dall'EA, ma non trasferisce alcun rischio dall'EA all'IA.

In assenza di trasferimento del rischio operativo, non è possibile configurare un contratto di concessione, per come esso è caratterizzato nel Codice degli Appalti. Per tali motivi, la previsione della compilazione della Matrice dei Rischi nel caso dell'affidamento *in house* appare contraddittoria con le caratteristiche fondamentali di tale affidamento.

Qualora per effettuare efficacemente la valutazione dell'andamento della gestione *in house* del servizio fosse necessario procedere ad una allocazione formale dei rischi tra EA e IA, in modo da valutare, a consuntivo, se gli scostamenti dagli obiettivi pattuiti siano da attribuire alla responsabilità dell'IA - e dunque, diano luogo all'applicazione delle penali o degli eventuali premi - occorrerebbe modificare il punto 2 della Misura 13, chiarendo che la *ratio* della previsione di una matrice dei rischi nell'affidamento *in house* riguarda l'efficacia del controllo dei risultati della gestione *in house* e prevedere, ove necessario, una specifica matrice dei rischi. La Relazione di Affidamento, nella sezione dedicata al Contratto di Servizio, dovrebbe

esplicitare perché una tale allocazione formale è essenziale per un'efficace individuazione degli obiettivi e valutazione dei risultati raggiunti.

Per quanto riguarda i livelli di qualità dei servizi inclusi negli Schemi di Contratto di Servizio (e i connessi KPI previsti dalla Misura 16), che saranno definiti ad esito della consultazione sulle Condizioni minime di qualità dei servizi, si rimanda al citato parere AS1935.

La differenziazione dell'oggetto delle consultazioni a seconda del tipo di affidamento, previsto nella Misura 4, appare volto all'efficacia della consultazione stessa.

Quanto alla proposta eliminazione della qualificazione “piena” della disponibilità dei beni essenziali e indispensabili che deve essere garantita dall'Ente Affidante, l'Autorità esprime la preoccupazione che essa, in assenza di opportuni chiarimenti, possa essere intesa come una limitazione della garanzia che l'Ente Affidante deve prestare, introducendo un rilevante elemento di incertezza sul grado di disponibilità di tali beni che potrebbe disincentivare la concorrenza per l'affidamento e avvantaggiare l'incumbent, che ha una esatta conoscenza del grado di disponibilità di tali beni.

La Misura 13 e l'Annesso 4 propongono una diversa identificazione e allocazione dei rischi.

L'Autorità concorda con la più sintetica identificazione dei rischi operativi lato offerta, ora raggruppati in tre grandi categorie: variazioni “*non prevedibili*” dei costi derivanti dall'andamento dei mercati dei fattori produttivi, modifiche del quadro regolatorio e/o legislativo, eventi straordinari accidentali. Si suggerisce tuttavia di facilitare il raccordo con la matrice dei rischi allegata alla delibera n. 154/2019 mediante ulteriori note alla tabella.

Meno condivisibile appare invece la traslazione in capo all'IA di tutto il rischio per “*eventi straordinari accidentali che inficiano lo svolgimento del servizio*”. Non è chiaro infatti il motivo di tale completa traslazione nel caso di eventi per i quali si può tranquillamente escludere ogni responsabilità da parte dell'IA, come ad esempio gravi danni e financo la perdita di beni materiali (autostazioni, bus ecc.) a seguito di alluvioni o altri fenomeni meteorologici estremi oppure un *lockdown* a causa di una nuova pandemia. L'assenza di qualsiasi forma di risk sharing da parte dell'EA potrebbe rendere, a causa della maggiore rischiosità percepita della remunerazione, economicamente meno attrattiva la partecipazione alla gara per l'affidamento e potrebbe quindi condurre ad una riduzione della concorrenza, a tutto

vantaggio dell'*incumbent*, nelle aree maggiormente esposte a tali eventi straordinari accidentali.

L'Autorità concorda con le osservazioni formulate nella Relazione Illustrativa circa l'opportunità di definire una soglia oltre la quale le variazioni dei costi o della domanda eccedono le condizioni operative normali e ricadono dunque nei rischi che, anche in un rapporto concessorio, dovrebbero essere allocati all'EA. Nella Misura 13 occorrerebbe chiarire che la definizione di tali soglie da parte dell'EA è essenziale e dovrebbe essere inclusa nelle misure di mitigazione del rischio previste. La definizione di questa soglia appare peraltro necessaria per applicare il punto 5 della successiva Misura 26, che disciplina i casi di sotto-compensazione dovuta ad aumenti dei costi o diminuzioni dei ricavi cui non è associato un rischio allocato all'IA, ma senza definire quando tali variazioni non ricadono nel rischio allocato all'IA.

Data l'importanza di queste soglie, nelle more della raccolta ed elaborazione dei dati provenienti dalla contabilità regolatoria potrebbe essere comunque opportuno, al fine di evitare ingiustificate discriminazioni tra IA, che già oggi l'ART individuasse un valore massimo di tale soglia, oltre il quale non è ritenuto accettabile considerare il rischio trasferito all'IA ricadente nelle normali condizioni di mercato. Tale individuazione potrebbe essere oggetto di una "sub-consultazione" nell'ambito della consultazione già avviata.

L'Autorità accoglie poi con favore la previsione, contenuta nella Misura 25, punto 3, secondo la quale il monitoraggio delle prestazioni economiche, gestionali e qualitative dell'IA deve essere effettuato "*in modo puntuale, a livello per quanto possibile di singola linea/direttrice, con riferimento in particolare ai passeggeri trasportati, il load factor e il coverage ratio*". Tra le informazioni di cui garantire la massima trasparenza attraverso la pubblicazione sul sito *web* dell'Ente, di cui al punto 5, l'Autorità suggerisce di inserire anche i risultati ottenuti relativi ai "*principali indicatori di natura economica, tecnico-gestionale e qualitativa previsti dal CdS*", nonché l'entità e tipologia delle penali/premiali attribuite a consuntivo sul servizio svolto. Queste informazioni sono complementari rispetto alle Indagini di *Customer Satisfaction* e risultano fondamentali quali strumento di *accountability* sulla reale capacità gestionale dell'affidatario, nonché per l'impatto sulla finanza dell'Ente, in caso di affidamenti *in house*.

L'Autorità valuta positivamente l'introduzione di un meccanismo di *profit sharing* dei risparmi di costo o dei maggiori ricavi previsto dalla Misura 26, punto 4. Un tale meccanismo fornisce potenti incentivi all'efficienza

rendendo l'IA il *residual claimant* di parte delle efficienze realizzate. Da questo punto di vista, al fine di catturare tali incentivi è importante che la quota di risparmi/maggiori ricavi trattenuta dall'IA non sia inferiore ad un determinato livello e potrebbe essere particolarmente efficace un sistema di target come descritto nella Relazione Illustrativa. Occorrerebbe inoltre chiarire nel testo del punto 4 che al meccanismo premiale concorrono solo i risparmi e i maggiori ricavi che derivano da specifiche iniziative di efficientamento/promozione intraprese dall'IA.

Quanto alle previsioni per il caso di sottocompensazione (Misura 26, punto 5), fermo restando quanto osservato sulla necessità che l'EA individui una soglia per individuare le situazioni in cui il rischio non sia allocato all'IA, si richiede necessario chiarire che, qualora il rischio dell'aumento dei costi o della diminuzione dei ricavi non sia allocato all'IA, l'EA integrerà la compensazione almeno al livello minimo previsto dal Contratto di Servizio per il periodo oggetto di verifica. La formulazione attuale appare infatti problematica, lasciando intendere che una tale integrazione non avverrà, nonostante si tratti di rischi non allocati all'IA, circostanza che scoraggerebbe la competizione per l'affidamento laddove una tale situazione sia percepita come sufficientemente probabile.

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

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate dall'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli