



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 925 del 7 settembre 2016

Oggetto: Procedura di consultazione sullo schema di atto di regolazione recante “Definizione della metodologia per l’individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento, ai sensi dell’articolo 37, comma 3, lettera a), del decreto-legge n. 201/2011 e dell’articolo 37, comma 1, del decreto-legge n. 1/2012” - Richiesta di parere prot. n. 118638 del 05.08.2016

AG 36/16/AP

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i.;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Visto l’appunto congiunto dell’Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici e dell’Ufficio Regolazione in materia di contratti Pubblici;

Considerato in fatto

L’Autorità per la Regolazione dei Trasporti ha sottoposto all’ANAC una richiesta di parere (prot. n. 118638 del 05.08.2016), ai sensi degli articoli 1 e 2 del Protocollo d’intesa sottoscritto in data 20.11.2014, avente ad oggetto lo schema di atto di regolazione recante “Definizione della metodologia per l’individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento, ai sensi dell’articolo 37, comma 3, lettera a), del decreto-legge n. 201/2011 e dell’articolo 37, comma 1, del decreto-legge n. 1/2012”.

L’atto di regolazione dovrà essere adottato nell’esercizio della funzione prevista all’art. 37, comma 1, lett. a), d.l. n. 201/2011 secondo cui l’ART «può sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all’individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante l’adozione di pareri che può rendere pubblici» e della funzione prevista all’art. 37, comma 1, d.l. n. 1/2012 secondo cui l’ART «nel settore del trasporto ferroviario definisce, sentiti il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le regioni e gli enti locali interessati, gli ambiti del servizio pubblico sulle tratte e le modalità di finanziamento».

La richiesta di parere pervenuta specifica che, con l’atto di regolazione, l’ART intende definire i principi e i criteri metodologici comuni finalizzati all’individuazione, con successivi provvedimenti: a) degli ambiti di servizio pubblico per le diverse modalità di trasporto riconducibili al trasporto ferroviario nazionale di passeggeri e al trasporto pubblico locale e regionale; b) i criteri di definizione della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

“domanda debole”¹; c) la scelta della modalità di trasporto più adeguata sotto il profilo del servizio e dei costi sostenibili per la soddisfazione delle modalità di finanziamento degli obblighi di servizio pubblico; d) i criteri generali di determinazione delle tariffe ed i criteri per l’individuazione dei lotti di gara.

Preliminarmente, occorre rilevare come la richiesta di parere sia pervenuta in virtù di quanto disposto dagli artt. 1 e 2 del Protocollo di intesa siglato dalle due Autorità in data 20.11.2014 e che, in particolare, prevedono che ART ed ANAC si scambino reciprocamente pareri e avvisi su questioni di interesse comune (art. 1, punto 1) e collaborino alla definizione dei bandi di gara e delle relative convenzioni nei settori dei trasporti (art. 2).

Lo schema di atto di regolazione dell’ART su cui viene chiesto ad ANAC di pronunciarsi non appare immediatamente riconducibile nell’ipotesi prevista all’art. 2 del Protocollo, quanto piuttosto nella prevista collaborazione consultiva su questioni di interesse comune di cui all’art. 1 del Protocollo.

Lo schema di atto di regolazione

Lo schema proposto è articolato in tre titoli e otto articoli o misure così come definiti nel documento. Al termine di ogni misura nel documento di consultazione sono presenti alcuni quesiti specifici. I titoli sono i seguenti:

- a) Titolo I - definizioni e criteri metodologici. Il titolo I si articola nelle seguenti misure:
 - **Misura 1 - Definizioni.** Nella misura sono presenti 27 definizioni.
 - **Misura 2 - Criteri per l’individuazione della domanda debole.** La domanda debole è individuata con riferimento alle caratteristiche territoriali (come la struttura orografica), a quelle temporali (ad es. orario notturno o giornate festive) e a quelle soggettive (quali il disagio economico, disabilità e mobilità ridotta).
 - **Misura 3 - Domanda di mobilità potenziale, scelta delle modalità di trasporto e obblighi di servizio pubblico.** Si prevede che la domanda potenziale deve essere individuata tenendo anche conto delle tariffe applicate e che tale domanda può essere soddisfatta anche combinando diverse modalità di trasporto. Per ciascuna modalità devono essere definiti gli obblighi di servizio pubblico.
 - **Misura 4 - Metodologia per la copertura finanziaria degli obblighi di servizio pubblico in un Ambito.** I costi del servizio pubblico devono essere calcolati secondo la metodologia già individuata dall’ART con la delibera 17 giugno 2015, n. 49. Nel caso in cui le tariffe applicate non garantiscano la copertura dei costi (incluso un margine di utile ragionevole) è prevista la corresponsione al gestore di una compensazione finanziaria. La compensazione può essere ridotta nel caso dell’aggregazione di più ambiti² che comporti il finanziamento incrociato di servizi a redditività diversa. La possibilità di sussidi incrociati «deve essere compatibile con la contendibilità del corrispondente lotto di gara di cui alla Misura 7»

¹ Nello schema di atto di regolazione la domanda debole di mobilità è definita come: «domanda di ridotta entità in ragione di caratteristiche territoriali, soggettive o temporali, che a condizioni date di offerta non consente di raggiungere un valore del coefficiente di copertura dei costi (di cui al punto 9) almeno pari a quello minimo definito dalla legge» (punto 13 della Misura 1 - Definizioni). Il riferimento normativo è quello contenuto nell’art. 19, comma 5, del d.lgs. 19 ottobre 1997, n. 422.

² Nella Misura 1, punto 1, l’ambito è definito come: «insieme di servizi di trasporto anche di diverse modalità (automobilistica, auto filoviaria, tramviaria, metropolitana, ferroviaria, a fune, lacuale, lagunare, fluviale e regionale marittima), tipologie (di linea, non di linea) e redditività, funzionali a soddisfare obblighi di servizio pubblico (OSP), con riferimento a un determinato territorio».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- **Misura 5 - Criteri e modalità per la scelta delle modalità e tipologie di servizi di trasporto atte a soddisfare la domanda debole.** A parte le modalità di soddisfacimento della domanda debole appare utile segnalare il quesito 17 a tenore del quale l'ART sembra prospettare la possibilità di introdurre criteri premianti per quelle soluzioni in grado di ridurre le esternalità ambientali.
- b) Titolo II - Criteri per la determinazione e l'aggiornamento delle tariffe negli ambiti del servizio pubblico. Nel titolo è presente una sola misura:
 - **Misura 6 - Modalità di determinazione delle tariffe negli Ambiti, rispetto delle condizioni minime di qualità del servizio e diritti dei passeggeri.** Nella misura è previsto che l'ente responsabile del servizio effettua apposite rilevazioni sulla domanda di mobilità nell'ambito, anche ai fini della determinazione delle tariffe. Sono previste tariffe differenziate per i pendolari e per soggetti in condizione di disagio. Per servizi prestati con qualità superiori a quelle minime stabilite dall'ART è possibile praticare aumenti tariffari.
- c) Titolo III - Lotti di gara e finalità delle misure. Il titolo si compone di due misure:
 - **Misura 7 - Criteri di identificazione dei lotti di gara per i servizi regionali e locali di cui al decreto legislativo n. 422/1997.** La misura si compone di 3 commi. Nel primo comma è prescritto che il lotto deve essere individuato con riguardo alla dimensione minima (o efficiente), tenendo conto delle possibili economie di scala e di integrazione e al «numero di concorrenti che possono partecipare alla procedura competitiva in base a una preventiva analisi di mercato o al ricevimento di manifestazioni di interesse, a seguito della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui all'articolo 7 del regolamento (CE) n. 1370/2007». Il comma 2 prevede che il lotto di gara debba consentire la partecipazione di almeno 2 concorrenti che presentino i requisiti minimi previsti nel bando; nel comma è anche previsto che: «il disegno del servizio geografico e/o modale del lotto di gara deve comprendere tutti i beni strumentali che, ai fini dell'effettuazione del servizio oggetto di gara, rivestono carattere di essenzialità o indispensabilità o le localizzazioni adeguate per la ubicazione degli stessi». Il comma 3, infine, prevede la possibilità di aggregare più ambiti contigui per garantire la copertura finanziaria degli obblighi di servizio pubblico.
 - **Misura 8 – Finalità.** «Le previsioni di cui alle misure precedenti sono applicate per individuare i servizi di trasporto oggetto degli affidamenti in esclusiva in base alle modalità ammesse dall'ordinamento, fermo restando che la domanda debole può essere soddisfatta anche al di fuori dei contratti di servizio affidati».

Ritenuto in diritto

Esaminata la richiesta di parere e la documentazione relativa, il parere richiesto è rilasciato per le questioni di interesse comune che riguardano:

- a) l'individuazione dei lotti di gara;
- b) il disegno di gara;
- c) la possibilità di introdurre criteri premianti connessi alla riduzione delle esternalità ambientali;
- d) le modalità di affidamento dei servizi a domanda debole.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Individuazione dei lotti di gara

Sia nella Misura 4 che nella Misura 7 è previsto che l'individuazione dei lotti di gara debba avvenire attraverso un bilanciamento tra l'obiettivo di garantire una maggiore concorrenza (riducendo la dimensione dei lotti) e quello di permettere lo sfruttamento di economie di scala e di scopo necessarie anche al finanziamento degli oneri di servizio pubblico (obiettivo che può essere perseguito aumentando la dimensione dei lotti).

Al riguardo si ricorda che l'art. 51 del Codice dei contratti - che si applica, per quanto compatibile, anche alle concessioni di servizi - prevede come regola generale la suddivisione degli affidamenti in lotti quale strumento per favorire l'accesso al mercato del maggior numero di imprese, specie quelle di dimensioni inferiori. La mancata suddivisione in lotti, ovvero l'aggregazione di più servizi distinti in unico lotto, ai sensi della citata normativa, deve essere adeguatamente motivata.

Rispetto alla disposizione di cui alla Misura 7.1, tenuto conto anche delle indicazioni contenute nella Relazione illustrativa, si suggerisce pertanto di introdurre disposizioni che evidenzino maggiormente l'obiettivo che si ritiene primario di garantire la salvaguardia della concorrenzialità nelle procedure di gara, fin dalla fase propedeutica concernente lo svolgimento dell'attività di verifica del cd. «grado di concorrenza potenziale».

Inoltre, data la strategica importanza di tale fase propedeutica, condizionante la stessa individuazione del lotto di gara su cui deve incidere anche la verifica del potenziale confronto competitivo, tenendo conto dell'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione di concorrenti alle procedure di affidamento (art. 14, comma 4, schema di decreto legislativo in tema di servizi pubblici locali di interesse economico generale), l'ART potrebbe valutare di fornire una più specifica indicazione delle modalità procedurali di svolgimento delle analisi di mercato richiedendo agli enti affidanti garanzie di trasparenza e partecipazione nello svolgimento dell'analisi predetta.

Al riguardo si può riprendere quanto contenuto nella Relazione illustrativa che indica che l'analisi di mercato «deve valutare – per diverse ipotesi di configurazione del lotto di gara e di disegno/progetto di gara – il numero di imprese che presentano i requisiti di gara previsti e che siano nelle condizioni di presentare un'offerta, con riferimento, in particolare, alla proprietà e disponibilità di materiale rotabile e di infrastrutture strumentali all'effettuazione del servizio da richiedere nello stesso bando di gara. Le informazioni sul mercato potenziale possono derivare da studi *on desk* del mercato rilevante o del settore. ... una verifica *ex ante* del mercato potenziale consente di scongiurare il rischio che la gara venga aggiudicata in presenza di una sola offerta».

Il disegno di gara

La successiva misura 7.2 indica al primo periodo: «Con riferimento in particolare agli investimenti richiesti nel bando di gara, il lotto di gara deve consentire altresì la partecipazione di almeno due operatori che presentino i requisiti minimi previsti nel bando».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Come si legge nella Relazione illustrativa la disposizione è ispirata da quanto previsto nello schema di decreto legislativo sui servizi pubblici locali di rilevanza economica che all'art. 14, comma 4 prevede: «Nei casi disciplinati dall'Autorità, con riferimento a lotti comprendenti un'utenza maggiore di 350.000 abitanti e riguardanti il trasporto su gomma, l'aggiudicazione del servizio a conclusione della procedura di scelta del contraente avviene in presenza di almeno due offerte valide. In caso di unica offerta l'aggiudicazione avviene solo per motivi di necessità e urgenza e comporta l'affidamento per una durata non superiore a tre anni».

La Misura 7.2. potrebbe essere interpretata come riferita a una partecipazione astratta consentita dal bando, mentre l'art. 14, comma 4 detta una previsione concreta riguardante la fase dell'aggiudicazione inibendo la scelta del contraente nel caso in cui sia trasmessa un'unica offerta, fatte salve le eccezioni disciplinate dall'ART per i motivi indicati cosicché i concorrenti che effettivamente partecipano alla procedura devono essere almeno due, posto che il bando di gara deve consentire la più ampia partecipazione.

Si suggerisce di integrare la Misura 7.2. con il richiamo al principio generale per cui le procedure di gara devono garantire comunque la più ampia partecipazione e così statuire anche in ordine alla partecipazione in gara di almeno due concorrenti.

Il secondo periodo della Misura 7.2 non appare sufficientemente chiaro e rischia di allargare eccessivamente la dimensione geografica o modale del lotto di gara. Peraltro, ciò che appare maggiormente rilevante per la partecipazione alla gara e, quindi, per la corretta individuazione dei lotti di gara è la garanzia dell'accessibilità a tutti i beni strumentali che rivestono carattere di essenzialità o indispensabilità e non la mera presenza degli stessi nell'ambito.

In questo senso deve essere considerata anche l'eventuale considerazione dell'interoperabilità delle reti ferroviarie di cui al quesito 23.

Criteri premianti connessi alla riduzione delle esternalità ambientali

Nel documento di consultazione alla Misura 5 sui criteri per la scelta delle modalità e tipologie di servizi di trasporto atte a soddisfare la domanda debole, vi è il quesito 17 relativo alla necessità di considerare le esternalità ambientali connesse alle diverse scelte modali e tipologiche.

Al riguardo si osserva che sia la normativa sulla contrattualistica pubblica che quella in materia ambientale privilegiano soluzioni che rispettano la tutela dell'ambiente. Per quanto concerne, in particolare, il Codice dei contratti, si ricorda che l'art. 30 - relativo all'aggiudicazione e all'esecuzione degli appalti e concessioni - prevede al comma 1 che il principio di economicità può essere subordinato alla tutela dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico; mentre il successivo comma 3 prevede il rispetto degli obblighi in materia ambientale da parte degli esecutori di appalti e concessioni.

Per quanto riguarda, invece, le premialità in sede di valutazione comparativa si ricorda che nell'ordinamento nazionale e comunitario è previsto quale criterio prevalente di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia per gli appalti che per le concessioni, e che l'art. 97 del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Codice espressamente prevede tra i criteri di valutazione dell'offerta il rispetto dei vincoli ambientali e la riduzione delle esternalità negative.

L'affidamento dei servizi a domanda debole

La disposizione contenuta nella Misura 8 potrebbe apparire di dubbia interpretazione ove indica che «la domanda debole può essere soddisfatta anche al di fuori dei contratti di servizio affidati».

Occorre evidenziare che anche nei casi di “domanda debole” la strada da percorrere dovrebbe essere in linea generale quella di verificare l'esperibilità di una procedura di gara a evidenza pubblica, laddove la natura “debole” della domanda potrebbe indurre gli enti affidanti a valutare modalità di servizio innovative e più flessibili.

In tal senso sembrerebbe orientare l'analisi dell'art. 14, comma 4, d.lgs. 422/1997 ove, con riferimento ai territori a domanda debole e per l'esercizio di servizi pubblici di trasporto locale, è indicato che «al fine di garantire comunque il soddisfacimento delle esigenze di mobilità nei territori stessi, le regioni, sentiti gli enti locali interessati e le associazioni nazionali di categoria del settore del trasporto di persone, possono individuare modalità particolari di espletamento dei servizi di linea, da affidare, attraverso procedure concorsuali, alle imprese che hanno i requisiti per esercitare autoservizi pubblici non di linea o servizi di trasporto di persone su strada»; quindi, per i comuni montani o nei territori in cui non vi è offerta dei servizi predetti, l'art. 14, comma 4, d.lgs. 422/1997 prevede che «possono essere utilizzati veicoli adibiti ad uso proprio, fermo restando l'obbligo del possesso dei requisiti professionali per l'esercizio del trasporto pubblico di persone».

La stessa disamina del sopra menzionato art. 14, comma 4 dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali fa emergere la particolare valorizzazione della tutela della concorrenza nel settore dei servizi di trasporto locale e regionale non menzionando eccezioni per i territori a “domanda debole” nell'ottica di garantire la più ampia partecipazione alle gare.

In ogni caso, devono essere garantiti i principi di cui al già richiamato art. 30 del Codice dei contratti, tra i quali quelli di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità, posti a fondamento dell'azione pubblica.

Anche per tali ipotesi, l'analisi del mercato prevista alla Misura 7.1. costituisce uno strumento imprescindibile per svolgere le verifiche funzionali e propedeutiche all'esperibilità di una procedura di gara.

§§§

Da ultimo, si segnala che non si rinviene nello schema di atto di regolazione quanto indicato rispetto alle procedure di gara nella Relazione Air laddove si legge: «gli enti affidanti potrebbero ricorrere, in alternativa alla gara per l'affidamento del servizio, da qualificarsi in ogni caso come una concessione di servizio, a una delle procedure aperte previste dal c.d. nuovo codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), quali la “procedura competitiva con negoziazione” o “il dialogo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

competitivo”, di cui rispettivamente all’articolo 62 e 64 del citato Codice. Entrambe le procedure, che si adattano a una gara flessibile, ove cioè i concorrenti sono chiamati a presentare un progetto di assetto e sviluppo della rete del servizio, permettono di sondare il mercato e di definire nel dettaglio il disegno di gara grazie ad una interlocuzione con gli operatori che presentano una manifestazione d’interesse».

A tale riguardo si ritiene opportuno rilevare come il ricorso alle procedure negoziate previste dal nuovo Codice dei contratti pubblici, in alternativa alle procedure aperte, potrà avvenire evidentemente solo alle condizioni normativamente previste.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

approva la presente deliberazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 settembre 2016

Il segretario, Maria Esposito