

ROMA, 16 Ottobre 2018

AUTORITA' DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI

pec@pec.autorita-trasporti.it

Oggetto: Procedura di consultazione di cui alla Delibera 66/2018 recante “*Metodologie e criteri per garantire l’efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto ferroviario regionale*” - **Osservazioni**

In riferimento alla procedura di consultazione di cui all’oggetto, alla luce dell’attività professionale prestata nel settore di riferimento da Massimo Malena & Associati, si offrono all’attenzione di codesta Autorità le seguenti osservazioni.

Sovrapposizione con il costo standard

Nella relazione illustrativa allegata alla delibera si legge che “*Nessuna sovrapposizione sussiste tra il costo efficiente, oggetto del presente provvedimento, ed i costi standard individuati dal D.M. n. 157 del 28 marzo 2018*”; successivamente, vengono illustrate le differenti finalità, metodologie di calcolo, base di dati, perimetro dei costi, variabili utilizzate, nella costruzione dei due modelli.

Tuttavia, la determinazione del costo standard, ai sensi della normativa vigente, incide sia nel riparto del fondo nazionale trasporti, sia come parametro di riferimento per gli enti affidanti per il calcolo delle compensazioni; si tratta di una metodologia condivisa, peraltro, in sede di Conferenza Unificata. Da tale punto di vista, proprio la dedotta diversità tra i due istituti è in grado di generare disorientamento, sovrapposizione di procedimenti istruttori e, soprattutto, risultati divergenti.

Sotto altro profilo – quello della corretta applicazione del principio di legalità e del sistema delle fonti – si ritiene che il coerente dato normativo rinvenibile nell’art. 17 del D.Lgs. 422/1997, nell’art. 27 del DL n. 50/2017 e nel DM 157/2018, induca a soprassedere dall’adozione di iniziative regolatorie che possano indirettamente generare procedimenti amministrativi da parte degli enti affidanti in violazione con le disposizioni menzionate.

Ambito di intervento dell’Autorità

Come evidenziato nella stessa relazione illustrativa, l’Autorità ai sensi delle disposizioni normative che ne regolano l’ambito di intervento, ha la potestà di intervenire nella determinazione della “*tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza che il gestore deve rispettare*”.

Si evidenzia, peraltro, che tale attività – in riferimento agli affidamenti “non competitivi” - è stata già oggetto di un intervento dell’Autorità con Delibera n. 49/2015 (cfr. Misura n. 14); tale intervento si ritiene coerente e proporzionato rispetto all’ambito di intervento dell’Autorità ed il livello di regolazione prescelto.

Che l’ambito di intervento dell’Autorità sia limitato alla definizione di “tipologie” di obiettivi, è circostanza che emerge anche dalla lettura della relazione illustrativa la quale recita *“si deduce quindi che l’Autorità definisce misure finalizzate a stabilire la tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza”*.

Ancor più prudente è l’analisi di impatto della regolazione, laddove si legge che *“la motivazione principale dell’intervento regolatorio, ai sensi della normativa già richiamata, è quella di fornire agli Enti Affidanti criteri e principi per la individuazione di obiettivi di efficacia ed efficienza”*.

Diversamente, lo schema di atto di regolazione adottato con delibera 66/2018 – cfr. Misura 2 – non si limita a definire la “tipologia” degli obiettivi di efficacia e di efficienza, ma mira ad attribuire all’Autorità il potere di definire per ogni singolo affidamento non soltanto la tipologia di obiettivi, ma anche la misura degli stessi, individuandola *ex ante* in luogo degli Enti Affidanti, ai quali sarebbe semplicemente comunicata entro 45 giorni dalla richiesta.

Un simile approccio regolatorio, a parere degli scriventi, non risulta compatibile:

- a) con l’art 37 del D.L. 201/2011, il quale non contempla tale potere in capo all’Autorità;
- b) con le prerogative degli Enti Affidanti, nonché con le attribuzioni costituzionali delle Regioni che godono, peraltro, di potestà legislativa primaria in tema di organizzazione di servizi pubblici;
- c) con i principi di sussidiarietà e proporzionalità, poiché la fissazione, in concreto, dei singoli obiettivi e parametri di efficienza, è naturalmente correlata alla potestà di amministrare i singoli territori interessati e valutare le esigenze delle collettività di riferimento.

Fermo quanto sopra, occorre aggiungere che la metodologia ed i criteri che conducono alla definizione in concreto e per ciascun ente affidante dei parametri di cui alla Misura 2.4, 2.5, 2.6, è fortemente lesiva dei principi del giusto procedimento. Infatti, non risulta previsto alcuno strumento di condivisione, né forma di contraddittorio con gli operatori e con gli Enti Affidanti nell’ambito del procedimento definitorio di tali indici. Tale circostanza, considerato che non sono stati resi noti nemmeno i coefficienti di calcolo della funzione, rendono i risultati del calcolo effettuato dall’Autorità imprevedibili e non misurabili.

Ambito di applicazione – Misura 1

Al punto 5 si legge che le misure si applicano *“ai contratti di servizio già stipulati alla data di entrata in vigore del presente atto regolatorio, per i quali si realizzi, ove prevista, per disposizione di legge o per contratto, una revisione in data successiva a quella di entrata in vigore del presente atto regolatorio”*.

Trattasi di misura che incide sul principio del legittimo affidamento, poiché le condizioni e la metodologia di revisione del contratto o del PEF che vi accede, sono

determinate *ex ante*, così come le condizioni di equilibrio economico del contratto ed i criteri per la nuova individuazione di tale equilibrio. E' evidente, pertanto, che in tali ipotesi la revisione del contratto potrà essere attuata esclusivamente in forza delle disposizioni legislative e contrattuali in essere, non potendo trovare applicazione criteri e misure sconosciute al momento della sottoscrizione del contratto.

Si evidenzia, pertanto, che tale Misura genera effetti retroattivi, in carenza di espressa disposizione normativa.

Sulle motivazioni alla base dell'intervento

Tra le motivazioni alla base dell'intervento dell'Autorità, rinvenibili nello schema di AIR, si muove dalla constatazione che *"la procedura di affidamento largamente seguita in Italia dagli Enti Affidanti dei servizi ferroviari regionali... è quella di aggiudicazione diretta"*.

Da tale presupposto l'Autorità ricorda che *"la criticità di questa situazione è stata evidenziata nell'Atto di segnalazione congiunto del 25 ottobre 2017"* e che in tale atto si segnala come *"la deroga alle procedure ad evidenza pubblica imponga obblighi informativi e motivazionali più stringenti ed obblighi di un reale confronto competitivo fra tutte le manifestazioni di interesse"*.

Con l'occasione, si evidenzia all'attenzione dell'Autorità che una simile ricostruzione non appare in linea con le disposizioni vigenti.

E' noto, infatti, che l'art. 5, par. 6, del Regolamento consente alle autorità competenti di procedere all'aggiudicazione diretta dei contratti di servizio di trasporto ferroviario (in virtù dell'entrata in vigore del Reg. UE 2338/2016, tale disposizione verrà abrogata soltanto a partire dal 25 dicembre 2023).

D'altra parte che il legislatore comunitario avesse sottratto il settore dei servizi di trasporto ferroviario dalla generale apertura dei mercati, non pare circostanza contestabile; sul punto, si richiamano il considerando n. 25 (*"il presente regolamento si prefigge di definire un quadro giuridico per le compensazioni e/o i diritti di esclusiva per i contratti di servizio pubblico e non di realizzare un'ulteriore apertura del mercato dei servizi ferroviari"*) ed il considerando n. 26 (*"Tenuto conto della diversa organizzazione territoriale degli Stati Membri in questa materia, si ritiene giustificato consentire alle autorità competenti di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia"*).

Quella che pertanto viene descritta come una situazione di "criticità" rappresenta una precisa scelta del legislatore comunitario, non una deroga.

Analogamente nel testo del regolamento non si rinviene, nessun ulteriore obbligo motivazionale - oltre quello ordinariamente previsto per l'adozione dei provvedimenti amministrativi - né tanto meno un obbligo di realizzare un confronto competitivo tra le manifestazioni di interesse presentate.

In ultimo, un confronto competitivo tra diversi operatori non può che avvenire nell'ambito di una procedura rispettosa dei principi di pubblicità e trasparenza e nel rispetto dell'art. 5, par. 3, e presuppone, pertanto, la pubblicazione di un avviso di preinformazione con il quale l'autorità competente abbia informato gli operatori di voler avviare tale confronto; diversamente, il medesimo confronto competitivo sarebbe indebitamente precluso

a tutti quegli operatori che, dalla pubblicazione di un preavviso di aggiudicazione diretta, abbiano legittimamente dedotto l'inesistenza di procedure competitive cui prendere parte.

Avv. Massimo Malena



Avv. Bruno Bitetti



Ricevuta Protocollo

Con la presente si attesta che in data **17-10-2018**, alle ore **12:41:58**, e' avvenuta la protocollazione del documento nel Registro di Protocollo Generale di questo Ente al numero **00008619** dell'anno **2018**, avente il seguente oggetto: **PROCEDURA DI CONSULTAZIONE SU "METODOLOGIA E CRITERI PER GARANTIRE L'EFFICIENZA DELLE GESTIONI DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO REGIONALE" - PROCEDIMENTO AVVIATO CON DELIBERA 69/2017 - OSSERVAZIONI E ISTANZA DI PARTECIPAZIONE ALL'AUDIZIONE.**

Mittente-Destinatario:
MASSIMO MALENA ASSOCIATI

Ricevuto in data 16-10-2018 alle ore 22:45.

Lì, _____