



Home	Informazioni generali	Comunità di ricerca	Attività formative	Risorse	Osservatorio OPAL	
----------------------	---------------------------------------	-------------------------------------	------------------------------------	-------------------------	-----------------------------------	--

Sei qui: [Home](#) ► [Osservatorio OPAL](#) ► [OPAL n. 8 - 6/2016](#) ► È illegittima l'aggiudicazione di un servizio di trasporto pubblico locale di linea ad un soggetto la cui offerta sia idonea a generare una perdita nella gestione da ripianarsi con denaro pubblico

È illegittima l'aggiudicazione di un servizio di trasporto pubblico locale di linea ad un soggetto la cui offerta sia idonea a generare una perdita nella gestione da ripianarsi con denaro pubblico

di Davide Formaggio

[Stampa](#) | [Email](#)

Indice: 1. *Le Relazioni annuali 2014 e 2015 al Parlamento dell'Osservatorio nazionale sulle politiche del trasporto pubblico locale* 2. *La sentenza di primo grado: T.A.R. Piemonte del 17 marzo 2015 n.476.* 3. *La sentenza del Consiglio di Stato del 16 marzo 2016 n.1070.* 4. *Misure regolatorie dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.* 5. *Considerazioni conclusive.*

\$11. *Le Relazioni annuali 2014 e 2015 al Parlamento dell'Osservatorio nazionale sulle politiche del trasporto pubblico locale*

"Il settore del trasporto pubblico locale regionale riveste fondamentale importanza per la vita economica, sociale e produttiva del Paese. La riduzione della congestione urbana provocata dal traffico automobilistico, la garanzia del diritto alla mobilità dei cittadini, la riduzione dei sinistri automobilistici e i conseguenti effetti positivi per l'economia, l'ambiente e, più in generale lo sviluppo del Paese, non possono prescindere da un buon livello di mobilità in ambito locale che può essere garantito potenziando e rendendo efficiente ed efficace il servizio di trasporto pubblico".

Con queste parole inizia la prima *"Relazione annuale al Parlamento"*^[1] da parte dell' Osservatorio nazionale sulle politiche del trasporto pubblico locale, organo istituito con Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008)^[2].

Dalla lettura della Relazione, presentata alle Camere in data 13 novembre 2014, emerge con chiarezza che la riforma di cui al D. Lgs. 19 novembre 1997, n.422, con la quale lo Stato provvedeva al conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale^[3] viene, allo stato attuale, a trovarsi come una riforma non completata^[4], con particolare riferimento alla produzione di servizi qualitativamente e quantitativamente insufficiente ma *"a fronte di costi peraltro incrementati negli ultimi anni"*.

L'Osservatorio, in particolare, rende alcune considerazioni sulle ragioni che hanno condotto alla situazione attuale, ponendo l'accento sulla mancata individuazione, da parte di alcune regioni, di "servizi minimi" di mobilità da assicurare nei confronti della collettività mediante una revisione dei c.d. "servizi storici", i quali tuttora non consentono un utilizzo razionale né una realistica ottimizzazione delle (limitate) risorse finanziarie disponibili.

Si richiama soprattutto la mancata liberalizzazione del settore del trasporto pubblico locale - il quale peraltro si contraddistingue per essere un insieme di sotto-settori connotati da caratteristiche strutturali anche molto diverse tra loro - con la conseguenza che non si è prodotta, se non limitatamente e in alcuni casi, una progressiva riduzione dei costi, né una maggiore qualità e/o una maggiore quantità dei servizi: al riguardo si sottolinea nella Relazione come la riforma sia stata *"reiteratamente rinviata, sino ad essere inibita o fortemente condizionata"*.

Si consideri che a ciò va ad aggiungersi una normativa di settore sottoposta a continue modifiche, anche legate alle vicende relative alla disciplina generale sui servizi pubblici locali a rilevanza economica^[5] (S.I.E.G.). Conseguentemente emerge, secondo l'Osservatorio, il quadro di una concorrenza attuata *"solo fittiziamente"* caratterizzata da costi dei servizi non determinati dal libero mercato, ma definiti spesso da aziende (per lo più in mano pubblica) che *"a fronte della incapacità a ridimensionare le proprie inefficienze, hanno quantificato i corrispettivi per i servizi offerti sulla base di una spesa storica progressivamente incrementata (senza alcun limite posto da standard o da parametri di riferimento legislativi venuti meno in nome della liberalizzazione che si sarebbe dovuta attuare)"*.

Le carenze lamentate varrebbero infatti sia in riferimento alla mancata considerazione del rapporto tra costi e ricavi del servizio al netto dei costi dell'infrastruttura, sia per la determinazione dell'offerta di servizio a fronte della domanda reale nonché per le modalità di scelta del vettore più idoneo ad offrire il servizio stesso.

Molte sono pertanto le criticità sottoposte all'attenzione del legislatore (statale e regionale), ma il compito di disegnare specifiche misure regolatorie spetta solo da pochi anni ad un regolatore indipendente, il quale ha provveduto con proprie delibere, di cui si dirà oltre.

Il quadro disegnato dalle considerazioni iniziali della Relazione 2014 è stato pressoché riportato integralmente - a dimostrazione della lentezza ed in tal senso - in riferimento al settore del T.P.L. mostra nell'aprirsi a logiche proconcorrenziali o almeno a meccanismi votati all'efficienza - nei paragrafi introduttivi della seconda Relazione annuale dell'Osservatorio, presentata alle Camere nel gennaio 2016^[6].

Quanto sinteticamente premesso serve ad introdurre il tema delle perdite di gestione da parte del soggetto aggiudicatario del servizio ed in tal senso - in riferimento ad una gara di appalto per l'affidamento del servizio passeggeri di linea a mezzo autobus - possono dirsi meritevoli di attenzione la sentenza T.A.R. Piemonte del 17 marzo 2015, n.476 e la successiva sentenza di appello del 16 marzo 2016, n.1070.

Più specificatamente, quanto complessivamente disposto dalle citate sentenze - che si vanno ad analizzare - è destinato a diventare un punto fermo in riferimento ad una delicata e *vexata quaestio: se un soggetto gestore, che abbia la sistematica possibilità di attingere a capitali pubblici, possa legittimamente risultare aggiudicatario di una gara di appalto sulla base di un'offerta così ribassata tale da permettere di conoscere in anticipo le inevitabili perdite (le quali saranno conseguentemente ripianate con risorse pubbliche).*

Newsletter

Osservatorio sulle Autonomie
Locali

Nome

Email

Privacy e Termini di Utilizzo

[Iscriviti](#) [Cancellati](#)



2. La sentenza di primo grado: T.A.R. Piemonte del 17 marzo 2015, n.476

La vicenda *de qua*[7] ha inizio nell'aprile 2014, allorché l'ente provinciale provvedeva ad indire la procedura ristretta avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto pubblico di persone a mezzo autobus per un solo anno, ovvero a partire dal 9 maggio 2014 con termine in data 11 giugno 2015.

Alla suddetta gara venivano invitati a partecipare tre raggruppamenti temporanei d'impresa (r.t.i.) operativi nel trasporto di linea su gomma: a conclusione della procedura ad evidenza pubblica risultava - a seguito di procedura di verifica dell'offerta anomala, di cui si dirà *infra* - aggiudicatario in via definitiva dell'affidamento del servizio il raggruppamento capeggiato da una società mandataria a capitale pubblico[8], la quale aveva presentato un'offerta con ribasso del 23,4%.

Il raggruppamento temporaneo formato da società a capitale privato si era limitato a proporre un ribasso del 12%: conseguentemente la Commissione di gara aveva provveduto a collocarlo al secondo posto in graduatoria. Per tale ragione la società mandataria di tale ultimo r.t.i. provvedeva, in qualità di ricorrente - in proprio e in qualità di mandataria di r.t.i. - ad agire in sede giurisdizionale nei confronti della Provincia (Stazione appaltante e p.a. resistente) e del raggruppamento temporaneo risultato aggiudicatario, in qualità di soggetto controinteressato.

La capogruppo di tale ultimo r.t.i. anch'essa in proprio ed in qualità di mandataria di del raggruppamento aggiudicatario, si costituiva in giudizio proponendo a sua volta ricorso incidentale paralizzante, tendente a far escludere la ricorrente dalla gara, deducendo una serie di vizi per violazione di legge e per eccesso di potere, aventi ad oggetto l'avviso pubblico, la lettera di invito e l'istruttoria per asserite violazioni di quanto previsto dal Libro Bianco UE sui S.I.E.G. (Servizi di Interesse Economico Generale), dal D.lgs. 285/2005[9] nonché dagli artt. 37, 38 e 46 del Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n.163/2006), con particolare riferimento alla violazione dei principi di libera concorrenza e di legittimo affidamento.

Investiti pertanto della questione nella sua interezza, ai Giudici amministrativi, i quali hanno provveduto ad esaminare preliminarmente le doglianze espresse nel ricorso incidentale depositato dalla controinteressata affidataria del servizio, si è offerta l'occasione per analizzare la materia nei suoi aspetti generali così da offrire alcuni spunti ricostruttivi in materia di trasporto pubblico locale "di linea", "a rete" e "su gomma".

Tra i motivi dedotti in sede di ricorso incidentale da parte del raggruppamento aggiudicatario, si lamentava che un'azienda facente parte del raggruppamento ricorrente non fosse asseritamente in possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dall'avviso pubblico.

Il Collegio, nel respingere la ricostruzione proposta dalla mandataria capogruppo del soggetto controinteressato, segnatamente afferma che l'art.2 del D. Lgs. n. 285/2005 richiede, affinché un servizio possa essere dichiarato "interregionale di linea", una serie di elementi: occorre che il servizio sia svolto su un percorso che collega due o più regioni diverse, mediante autobus, con offerta indifferenziata, in modo continuativo e periodico, "con itinerari, frequenze e orari prestabiliti".

Inoltre, un servizio "di linea" e "su gomma" in possesso di dette caratteristiche è, secondo i giudici amministrativi, da considerarsi a pieno titolo "servizio di trasporto pubblico", in quanto l'art.3, c.1., lett. c) del D.Lgs. n. 422/1997 "qualifica espressamente come tale anche il servizio di trasporto automobilistico su linee interregionali che colleghino più regioni".

In ciò risulterebbe una sostanziale differenza rispetto ai servizi di trasporto pubblico "a rete", in quanto quest'ultimo rappresenta sì un ulteriore, eventuale requisito per simili tipologie di trasporti, ma nel caso *de qua* tale elementonon è richiesto né dall'avviso pubblico né dalla lettera di invito. La prospettazione offerta dall'affidatario del servizio nel ricorso incidentale mira a qualificare il servizio di trasporto pubblico locale come un servizio "a rete", così da poter affermare che ciascuna impresa partecipante ad un r.t.i. sia tenuta ad indicare le linee e/o le corse di determinate linee che si impegna a coprire (laddove afferma che occorre "identificare in modo compiuto la prestazione che ciascuna impresa si impegna ad eseguire"), mirando attraverso questa ricostruzione ad ottenere l'esclusione dalla gara del r.t.i. ricorrente.

Secondo il collegio giudicante, una simile lettura, tuttavia, parte dall'implicito presupposto che "la partecipazione a gare aventi ad oggetto l'affidamento di servizi di trasporto pubblico organizzati a rete" possa avvenire solo da parte di raggruppamenti "di tipo verticale"[10]. Sul punto il Collegio nettamente afferma che né alcuna norma del Codice dei Contratti Pubblici, né alcuna norma della legislazione di settore - e tantomeno l'avviso pubblico e la lettera di invito - prevedono una simile limitazione, lasciando così aperto lo spazio anche a Raggruppamenti Temporanei "di tipo orizzontale", come nel caso del r.t.i. risultato secondo in graduatoria, quindi pienamente legittimato a partecipare alla gara.

Chiariti questi aspetti preliminari, il percorso argomentativo compiuto dal Collegio prosegue affrontando il "punto dolente" della vicenda, ovvero la censura (proposta con motivi aggiunti dalla mandataria capogruppo del r.t.i. ricorrente), il cui accoglimento "comporterebbe l'esclusione dell'offerta del raggruppamento [aggiudicatario] ed il diritto del raggruppamento ricorrente a subentrare nel contratto", il quale raggruppamento ricorrente aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione lamentando la violazione degli artt.87-89 C.C.P., la violazione del principio di libera concorrenza sancito dai Trattati comunitari e dall'art.2 C.C.P., nonché i vizi di eccesso di potere, travisamento e difetto d'istruttoria "in quanto la Stazione Appaltante ha ritenuto attendibile un'offerta macroscopicamente insostenibile e comunque idonea a comportare una distorsione della concorrenza e del mercato".

Il T.A.R. Piemonte fa propria tale ricostruzione, deducendo l'illegittimità e la macroscopica illogicità della scelta operata dalla Commissione di Gara di ritenere congrua l'offerta presentata dall'A.T.I. presieduto dalla mandataria a capitale pubblico.

Come già specificato innanzi, quest'ultima si era classificata prima in graduatoria con un ribasso del 23,4%, con un netto divario nel punteggio finale assegnatole rispetto agli altri due r.t.i. concorrenti; un ribasso tale da giustificare, nel corso del procedimento ad evidenza pubblica, la sottoposizione dell'offerta al procedimento di verifica delle offerte anomale ex artt.87 e ss. C.C.P..

Nel corso dell'istruttoria erano state formulate, da parte della Commissione di gara nei confronti della mandataria del r.t.i. offerente - poi aggiudicatario - due richieste di chiarimenti in ordine ad alcune criticità nei costi "in particolar modo riferiti alle spese generali ed ad alcuni dubbi all'introitazione tariffaria dei ricavi da traffico extraurbano"; tali dubbi successivamente erano stati chiariti alla Stazione appaltante così da giustificare l'ammissibilità dell'offerta, ma la Stazione appaltante stessa al contempo aveva provveduto a richiamare detta mandataria ad "un'attenta vigilanza sulla gestione del servizio affinché quanto positivamente valutato dalla stessa Commissione si traduc[esse] in puntuale operatività dell'A.T.I. offerente".

Tuttavia, secondo la tesi proposta del raggruppamento ricorrente e fatta propria dai Giudici stessi, tale offerta sarebbe *de facto* economicamente insostenibile, in quanto si sarebbe operata in *primis* un'ampia "sottovalutazione dei costi, trascurando completamente alcune voci di costo", tenuto conto che la società mandante (nella misura del 20,04%) si sarebbe assunta l'intero onere economico delle spese generali della mandataria.

Il punto focale si ha tuttavia in un passo del Verbale della Commissione, laddove afferma che i "proventi finanziari risultanti dal bilancio [della mandataria capogruppo del r.t.i. aggiudicatario, ndr] del 2013 di circa Euro 265.000" sono da considerarsi come importo congruo "quale utile compensazione nello squilibrio tra spese ed introitazione tariffaria dei ricavi da traffico extraurbano": secondo il raggruppamento ricorrente, le criticità sarebbero invece tutt'altro che sanate, "data la sottovalutazione dei costi e la sopravvalutazione degli introiti".

Sul punto il T.A.R. afferma che "non è comunque accettabile che una commessa sia affidata ad un soggetto che opera in perdita solo perché tale soggetto è in grado di procurarsi i capitali necessari a ripianare tali perdite".

Ciò premesso e considerato, si apre pertanto, secondo i Giudici amministrativi, un ulteriore e più alto argomento di riflessione: definire - in termini più generali rispetto alla mera valutazione delle singole voci di costo o di ricavo per verificare se una perdita possa o meno sussistere - se "sia o meno lecito" che "una stazione appaltante consapevolmente aggiudichi

un appalto a condizioni tali da generare perdite di gestione in capo al soggetto aggiudicatario, ovvero se sia lecito per una Stazione appaltante affidare il servizio ad un soggetto della cui gestione si conosce in anticipo che produrrà inevitabili perdite destinate ad essere sanate con denaro pubblico.

Nelle argomentazioni a supporto, i Giudici procedono quindi ad operare una distinzione tra *"offerta che comporti una perdita di gestione e tuttavia non sia connotata da anomalia"* e *"offerta che comporti una gestione in perdita ma che sia anomala e - come tale - fuori mercato"*.

Mentre nel primo caso si tratterebbe di offerte non connotate, in sede procedimentale, da anomalia - in quanto la perdita si produrrebbe solo nel corso dell'esecuzione del contratto - le seconde tipologie di offerte sono invece qualificabili come *"anomale"* già nella fase della scelta del contraente, tant'è che in tali casi la Stazione Appaltante è tenuta ad aprire un procedimento di verifica dell'anomalia in quanto *"può e deve tutelarsi, nei confronti di eventuali situazioni di insolvibilità delle imprese partecipanti alla gara, richiedendo adeguati requisiti di capacità finanziaria"*.

Laddove la Stazione Appaltante qualifichi vincente l'offerta che è *"anomala"* non solo *in re ipsa*, ma anche *"idonea a determinare una perdita nella gestione"*, tale scelta - secondo il T.A.R. Piemonte - realizza una distorsione nella concorrenza, in quanto non solo *"mette a repentaglio la corretta esecuzione del contratto"* - ipotesi *"giammai consigliabile"* - ma addirittura *"finisce per premiare un imprenditore che può permettersi di lavorare in perdita, avendo a riserva capitali a cui attingere per coprire i disavanzzi"*.

Tali scelte possono rivelarsi cariche di conseguenze nei confronti dell'amministrazione, alla quale, nel caso *de quo*, non è stata riconosciuto di avvalersi della *"sfera insindacabile della discrezionalità amministrativa"*, avendo gli stessi giudici precisato che non è loro *"intenzione scendere nel merito delle valutazioni afferenti le singole voci di costo o di ricavo oggetto della commessa"*, ma che semmai oggetto del contenzioso è il metodo stesso dell'agire amministrativo.

Conseguentemente, nella decisione si afferma che l'aggiudicazione ad un soggetto che possa *ex ante* permettersi di lavorare in perdita determina due ordini di conseguenze:

§11. l'aggiudicazione diventa uno strumento discriminatorio con cui si attua una distorsione del mercato, penalizzando coloro che non possono o non vogliono lavorare sottocosto *"ripiando le perdite con capitali esogeni e semplicemente con fondi di risparmio o di riserva"*, realizzando così una palese violazione del principio di libera concorrenza stabilito dai Trattati comunitari e dalle normative europee e nazionali;

§12. inoltre diventa uno strumento con cui le imprese sono - citando le stesse espressioni della sentenza - *"invitate"*, quasi *"solliecate"* ad indebitarsi prescindendo da un compiuto quadro economico finanziario che tenga conto della sostenibilità degli investimenti e dell'ampliamento delle attività aziendali.

In riferimento a tale ultimo aspetto, viene precisato che senza dubbio può essere qualificata come precisa scelta imprenditoriale la decisione di finanziare un'attività, ritenuta *"principale"*, con i proventi di un'altra attività ritenuta *"secondaria"*: tuttavia da tale scelta si possono aprire due scenari.

Per un verso, i proventi di un'attività secondaria potrebbero essere reinvestiti in un'attività principale per spese *"in conto capitale"*, mirando cioè finanziare l'acquisto di beni strumentali utili ad accrescere l'entità dell'attivo patrimoniale, la capacità produttiva ed una diminuzione dei costi mediante economie di scala.

Tuttavia ben diverso è il caso in cui si proceda a coprire gli ammanchi attingendo a risparmi o riserve, come nel caso della mandataria del r.t.i. aggiudicatario, in parte costituiti per mezzo di apporti straordinari provenienti dagli enti pubblici in qualità di soci: appare di conseguenza per il Collegio evidente che, non potendo o volendo ogni imprenditore attingere a tali capitali, questi ultimi *"pertanto non possono costituire elemento di valutazione di un'offerta"*, sottolineando altresì che il ricorso a detti fondi *"di riserva"* si potrebbe evitare per mezzo di una gestione più oculata delle spese e dei ricavi.

Il T.A.R. richiama pertanto all'applicazione di tradizionali criteri di una efficiente gestione imprenditoriale, ammonendo al contempo le pubbliche amministrazioni dall'adozione di criteri che attribuiscono un indebito vantaggio a soggetti in grado di *"bruciare accantonamenti"* attraverso la possibilità di ricorrere a risorse pubbliche (spesso *"a fondo perduto"*); qualora si faccia ricorso a tali ultimi criteri, si verranno - secondo quanto affermato dalla sentenza in oggetto - a produrre *"pericolosissime situazioni per il rischio di dissesti finanziari che tale pratica comporta"* e per i costi sociali che conseguentemente *"si riversano sulla collettività"*.

Ne consegue che in tali situazioni *"l'azione amministrativa anziché benefica diventa dannosa, e perciò anche illegittima per palese contrarietà a tutti i principi che ispirano l'azione amministrativa"*[11], data l' *"inadeguatezza di un'offerta anomala idonea a generare perdite"* che *"non può essere risolta semplicemente mediante apporti di natura straordinaria"*[12].

Tale importante statuizione va ad inserirsi nel solco della giurisprudenza amministrativa in tema di anomalia dell'offerta e di sostenibilità del piano economico-finanziario.

Le decisioni precedenti alla sentenza in oggetto fanno riferimento alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, rientrando sì nella discrezionalità dell'amministrazione, ma che incontra il limite della ragionevolezza e della finalità stessa della verifica: la giurisprudenza amministrativa è ormai costante - così Consiglio di Stato, Sez VI, n.7989/2008 - nell'affermare che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato a consentire che gli appalti vengano affidati ad un prezzo *"tale da consentire un adeguato margine di profitto per le imprese, nella convinzione che le acquisizioni in perdita portino gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso"*. In particolare già Cons. di Stato, sez V, 18 febbraio 2003, n.863 aveva affermato che non sono ammissibili le forme di *dumping* che permettono la sopravvivenza alle sole imprese fornite di risorse economiche tali da potersi consentire gestioni in perdita.

Nel caso in questa sede esaminato appare rilevante evidenziare che la perdita si determina a monte dell'esecuzione del contratto, qualora si proceda a non tenere conto di risorse *"esogene"* rispetto alla gestione vera e propria.

Nel caso in cui utilizzino invece criteri di efficienza imprenditoriale *"tradizionali"*, la giurisprudenza ha già chiarito che non può configurarsi un'anomalia qualora il piano economico finanziario dell'aggiudicatario o dell'offerente preveda un utile *"esiguo"*, ad esempio - secondo Cons. di Stato, Sez.V, 13 maggio 2014, n.2444 - pari all'1% (in quel caso la misura era stata giustificata dall'aggiudicatario in virtù della necessità di mantenere le proprie posizioni di mercato).

Tuttavia il Consiglio di Stato ha anche precisato (cfr. da ultimo: Cons. di Stato, Sez.V, 17 luglio 2014, n.3785) che solo un utile pari a zero rende l'offerta incongrua.

Si ammette invece che l'imprenditore possa formulare un'offerta che generi profitti anche minimi ed inferiori ai valori medi che esprime il mercato, pur di consolidare la propria posizione strategica attraverso l'acquisizione di commesse in ambiti territoriali e mercati prossimi in cui è già operativo, secondo una prassi commerciale comunemente accettata e *"comunque rispondente a canoni di razionalità economica"* (Cons. di Stato, Sez.V, 22 gennaio 2015, n. 289, in riferimento ad una procedura di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale).

3. La sentenza del Consiglio di Stato del 16 marzo 2016, n.1070

La quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n.1070 depositata il 16 marzo 2016[13], fa sostanzialmente propria la ricostruzione dei giudici di primo grado, confermando la precedente statuizione, in quanto ci si troverebbe in presenza di *"una società totalmente posseduta da enti pubblici già in passato costretti a rimediare a significative perdite di gestione"* che gode - in quanto esonerata dal rischio di impresa - *"di un significativo vantaggio competitivo"* tale da produrre una *"profonda"* distorsione al principio della *"parità delle armi"* tra concorrenti.

Meritevole di attenzione è l'espressione "offerte strutturalmente carenti" utilizzata dai giudici del collegio d'appello, in quanto significativamente sintetizza la presenza di un'anomalia contenuta nell'offerta già al momento della presentazione della stessa: nonostante tale anomalia, la r.t.i. appellante avrebbe cercato di avvalersi "della prospettiva di sopperire alle relative criticità per effetto del trasferimento di risorse pubbliche".

Può dirsi che il Consiglio di Stato riconosce la validità dell'iter logico-argomentativo in tal senso compiuto dal T.A.R. Piemonte, relativamente alle caratteristiche dell'offerta anomala e dei conseguenti effetti distorsivi della concorrenza, limitandosi tuttavia ad accogliere un solo motivo di contestazione della sentenza appellata da parte del r.t.i. in mano pubblica (che - si ricorda - era, con la sentenza di primo grado, risultato estromesso dall'aggiudicazione del servizio).

Quest'ultimo infatti si dolgeva che la sentenza di primo grado fosse esorbitante dai limiti propri del giudizio amministrativo nella parte in cui disponeva la definitiva esclusione del raggruppamento aggiudicatario e la conseguente aggiudicazione in favore del r.t.i. risultato secondo in graduatoria..

La sentenza di primo grado viene pertanto riformata limitatamente a tale motivo di censura, in quanto "non si sarebbe limitata all'affermazione dell'illegittimità del giudizio della Commissione, con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, ma si sarebbe spinta a disporre l'esclusione dell'offerta del raggruppamento e l'aggiudicazione al secondo classificato".

Pur riconoscendo che vi è stato un "non corretto esercizio" da parte dell'organo competente alla valutazione delle offerte, il Consiglio di Stato non conferma l'aggiudicazione definitiva disposta dal T.A.R. in favore del r.t.i. ricorrente, statuendo invece che, essendo in rilievo l'esercizio del potere discrezionale riservato ai competenti organi della p.a., spetta a questi ultimi - e non ai giudici amministrativi - il compito di esercitare nuovamente, nel contraddittorio tra le parti, il potere di valutazione dell'offerta anomala.

Alla luce di quanto disposto, i competenti organi dell'ente provinciale saranno pertanto tenuti provvedere al riesercizio del proprio potere di valutazione delle offerte.

§14. Misure regolatorie dell' Autorità di Regolazione dei Trasporti

Le sentenze *supra* analizzate riportano alla luce la complessa questione della sostenibilità del piano economico-finanziario, la quale è - tra altri numerosi aspetti - oggetto di attenzione da parte della recentemente istituita Autorità di Regolazione dei Trasporti[14], l'autorità indipendente competente per la regolazione nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture ed ai servizi accessori, nonché nella definizione dei livelli di qualità dei servizi di trasporto e dei contenuti minimi dei diritti che gli utenti possono rivendicare nei confronti dei gestori.

Si ricorda che, tra le ampie e numerose funzioni[15] attribuite, l'Autorità è competente per la definizione "se ritenuto necessario, in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati, dei servizi dei trasporti nazionali e locali, [dei] criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenuto conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori" nonché "a verificare la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri fissati ai sensi della lettera b)".

Poiché l'Autorità stessa è stata investita anche della funzione di "definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare nonché a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici[...]"[16], essa ha provveduto, con delibera n.46 del 19 giugno 2014, ad avviare un procedimento di consultazione in vista dell'adozione di misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e dei criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici.

Un primo schema di atto di regolazione è stato approvato con delibera n.26/2015 e sottoposto alla consultazione dei soggetti interessati a formulare osservazioni, all'A.G.C.M e all' Autorità nazionale anticorruzione.

Le misure regolatorie definitive sono state adottate con la delibera n.49 del 17 giugno 2015 e vanno ad individuare la cornice di regolazione all'interno della quale gli enti affidanti eserciteranno le competenze attribuite dalla Costituzione in materia, così come sancito dalla Corte costituzionale con sentenza 11 marzo 2013 n.41.

Questa delibera riveste una notevole importanza, in quanto l'Autorità, nella Relazione illustrativa allegata, ha cura di precisare quali siano le normative di riferimento in materia al fine della definizione del "perimetro applicativo delle misure": si tratta del già citato D. Lgs. n.422/1997 ("Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59") e il Regolamento (CE) n.1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, il quale, in particolare, costituisce un corpus di norme speciali sia nei confronti della direttiva 2014/24/UE e 2014/15/UE - concernenti gli appalti di servizi[17] - sia rispetto alla Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni di servizi[18].

Tra le numerose misure regolatorie adottate dall'Autorità[19], rileva la misura n.12, ovvero "criteri per la redazione del piano-economico finanziario simulato da parte dell'ente affidante": per l'assegnazione di servizi di trasporto pubblico locale in esclusiva l'Autorità prescrive l'obbligo per gli enti affidanti di predisporre un piano economico-finanziario simulato (c.d. P.E.F.) affinché valentino la congruità delle offerte economiche in relazione al disegno di gara e agli obblighi contrattuali previsti.

Più specificatamente "Il P.E.F. simulato è finalizzato a stimare la congruità del corrispettivo posto a base d'asta, la sostenibilità economico finanziaria delle offerte presentate dai partecipanti alla gara e a definire la corretta allocazione dei rischi connessi all'oggetto di affidamento" e "ai fini della determinazione delle compensazioni a copertura degli obblighi di servizio pubblico che compongono il corrispettivo a base d'asta, gli enti affidanti si attengono ai principi di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007 e all'articolo 17 del decreto legislativo n.422/1997 e s.m.i. e predispongono un piano economico-finanziario, denominato P.E.F. simulato".

In particolare "Gli enti affidanti predispongono il P.E.F. simulato, con le modalità indicate nel Prospetto 2 e sulla base di ipotesi di ripartizione delle varie tipologie di rischio tra l'ente affidante e il gestore, in funzione delle caratteristiche della gara, con particolare riferimento all'oggetto e alla natura del contratto da aggiudicare".

Il P.E.F. diventa, secondo l'Autorità, lo strumento più efficace per consentire la valutazione della congruità delle offerte, in quanto consente di ricostruire i valori a base d'asta ammissibili - in quanto congrui - e di valutare l'effettiva sostenibilità degli oneri richiesti ai partecipanti alla gara (ad esempio per il rinnovo del parco rotabile e l'acquisizione di beni strumentali all'effettuazione del servizio) al netto dei finanziamenti pubblici per gli investimenti.

Tale strumento è d'altronde previsto per le concessioni da parte del Codice dei Contratti Pubblici[20], con cui si prevede che l'offerta e il contratto debbano contenere un P.E.F. al fine di verificare la copertura degli investimenti e della gestione per l'arco temporale prestabilito: con il P.E.F. si possono previamente allocare i rischi e si pone l'ente affidante nella condizione di verificare l'impatto di eventuali variazioni al programma di esercizio da parte del soggetto concessionario[21] o di altri eventi imprevisi rispetto "alla matrice di rischi previamente identificata".

Ciò dovrebbe comportare minori rischi di contenzioso e relativi costi per gli enti affidanti.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopraesposto, emerge la molteplicità di problematiche che connota il macro settore del "trasporto pubblico locale", in cui le esigenze di mobilità dei cittadini e di garanzia dell' universalità del servizio vanno bilanciate con logiche di remunerazione del capitale e visioni finanziarie a medio - lungo termine, in un contesto di *enforcement* pro concorrenziale che possa dirsi virtuoso ma al contempo rispettoso dei diritti dei consumatori-utenti.

Lo stesso regolatore indipendente pare, in questi primi anni di attività, essersi maggiormente dedicato alla identificazione di quegli ostacoli[22] che attualmente impediscono le condizioni favorevoli ad un mercato che possa autenticamente dirsi orientato in senso pro-concorrenziale.

Tra questi, il problema del finanziamento del servizio resta tra i più cruciali: come è stato autorevolmente affermato[23], esso ha ormai origini piuttosto lontane nel tempo, da quando, con Legge 10 aprile 1981 n.181 il legislatore tentò, per la prima volta, di disciplinare "il raccordo tra costi, ricavi e contributi" attraverso la creazione di un Fondo nazionale per il Trasporto (a cui le Regioni potessero accedere sulla base dei "costi standard"), che fu tuttavia impiegato "per ripianare i debiti accumulati dalle gestioni".

L'intreccio, così distintivo della materia, tra tutela di diritti sociali di mobilità collettiva[24] ed esigenze di efficienza non sarebbe stato superato nemmeno con l'approvazione del D.lgs. n. 422/1997 e con la Riforma del Titolo V Cost. del 2001, in quanto, all'attribuzione alle Regioni delle competenze amministrative in materia di trasporto pubblico locale non avrebbe fatto seguito alcuna reale autonomia finanziaria.

Se a ciò si aggiungono le recenti spinte accentratrici del sistema, in nome dell'esigenza di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica (che pure non potrebbe reggersi in carenza di pesanti sussidi pubblici), la mancata attuazione dell'art.119 Cost.[25] (nel senso del mancato riconoscimento di una ampia autonomia impositiva alle regioni e di un intervento perequativo dello Stato ancorato allo strumento dei c.d."costi standard"[26]), nonché i problemi metodologici riscontrati nel pervenire alla determinazione dei "costi standard" stessi, il modello attuale pare essersi, secondo autorevole dottrina, "sedimentato" perché "poco scalfito da decenni di interventi legislativi parziali e di scarsa qualità"[27].

L'Autorità di Regolazione dei Trasporti si pone quindi come "elemento nuovo" in questo contesto popolato da attori istituzionali locali - che spesso ricoprono ruoli, tra loro conflittuali, di "azionisti, committenti, regolatori e garanti dei diritti degli utenti" - peraltro "scarsamente disponibili" al superamento del modello storico, che - si ricorda - era caratterizzato da una galassia di aziende municipalizzate a cui conti erano spesso ripianati per mezzo del ricorso alla fiscalità generale.

Lo spazio riservato allo Stato, come è noto, è tuttavia tutt'altro che esiguo, essendo la materia del T.P.L. rientrante nella materia trasversale della concorrenza, di competenza esclusiva statale[28], sulla base della quale la Corte costituzionale[29] ha riconosciuto la legittimità dell' istituzione dell' A.R.T stessa.

A quest'ultima spetta pertanto il compito di definire le condizioni "di cornice" per la realizzazione delle condizioni concorrenziali che siano innanzitutto "per" il mercato: un percorso - probabilmente - ancora lungo, impervio, ricco di ostacoli nonché di eventuali ripensamenti e correttivi, ma che potrà essere reso più efficace grazie alla presenza di un regolatore indipendente in possesso delle necessarie competenze e degli indispensabili strumenti conoscitivi per farsi strada e contribuire a (ri)disegnare[30] in senso più efficiente un insieme di settori dai contenuti complessi, spesso caratterizzati da normative lacunose o contrastanti.

[1] Il testo della Relazione 2014, comprensivo degli allegati, è disponibile su www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docconleg/29702.htm

[2] L'Osservatorio ha sede presso il *Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per i trasporti terrestri, la navigazione e i sistemi informativi e statistici, Direzione Generale per i trasporto pubblico locale*. Esso opera in raccordo con la Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale e con la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica istituite con Legge 5 maggio 2009 n.42. Si compone (art.3 del decreto interministeriale istitutivo dell'Osservatorio) di un comitato paritetico - che si riunisce almeno due volte l'anno - composto da ventidue membri permanenti, di cui sette dirigenti rappresentanti del Ministero dei Trasporti, due del Ministero dell' economia e delle finanze, due in rappresentanza del Ministro dei rapporti con le Regioni, nonché undici rappresentanti designati dalla Conferenza Unificata, di cui sei indicati dalle Regioni, tre dall'A.N.C.I. e due dall'U.P.I.. All' Osservatorio è stato attribuito (art.2 del citato decreto interministeriale) il compito di individuare la metodologia unitaria di raccolta ed analisi dei dati provenienti dalle Regioni e dagli Enti locali, "svolgere analisi e ricerche sulle politiche dei trasporti e sull'evoluzione della normativa comunitaria, valutando le implicazioni per l'Italia dei processi di cambiamento a livello di Unione europea, contribuendo a verificare il rispetto del principio di concorrenza", assicurare la verifica efficacia delle politiche adottate a livello locale e del completamento del processo di riforma, evidenziando eventuali criticità e disfunzioni; per il raggiungimento di tali obiettivi si avvale di una banca dati contenente informazioni relative ai servizi di T.P.L. (flussi finanziari e comportamenti dell'utenza) articolate a livello territoriale. Si ricorda che l'Osservatorio dispone inoltre di compiti istruttori rilevanti ai fini del riparto del fondo (istituito dall' Art.16 bis D.L. n. 95/2012, secondo i criteri fissati dalla legge e le modalità contenute nel relativo D.P.C.M. 11 marzo 2013) per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del T.P.L. (anche ferroviario) nelle regioni a statuto ordinario. Le risultanze delle indagini condotte sono contenute in una Relazione da presentare annualmente alle Camere. Il testo del Decreto interministeriale n.325 del 25.11.2011, istitutivo dell'Osservatorio, è disponibile su http://www.mit.gov.it/mit/mop_all.php?p_id=16709

[3] Ai sensi dell'art.4, comma 4 L. 15 marzo 1997 n.59

[4] Per una ricostruzione del quadro normativo e delle forme di finanziamento del T.P.L. e come un modello transitorio sia diventato definitivo nei fatti, si veda BOSCOLO E., "Il finanziamento statale quale strumento incentivale: tentativi e resistenze nel settore del trasporto pubblico locale", in *Rivista della regolazione dei mercati* n.2/2015, www.rivistadellaregolazioneideimercati.it

[5] Ci si riferisce alle vicende normative dell'art.23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n.112, introdotto con la legge di conversione n.133/2008, a cui hanno fatto seguito le modifiche introdotte con legge 23 luglio 2009, n.99 e alla sua definitiva abrogazione per effetto del referendum del giugno 2011 nonché all'art.4 del d.l. 13 agosto 2011, n.138 - una norma del tutto simile a quella poco prima abrogata - sino alla pronuncia di incostituzionalità di quest'ultima disposizione per effetto della sentenza della Corte costituzionale n.199/2012.

Sui SIEG si veda, ad esempio DONATI F., *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in BRUTI LIBERATI E. - DONATI F.(a cura di), Giappichelli, 2010.

[6] Il testo della Relazione annuale 2015 dell'Osservatorio, aggiornata al settembre 2015, è disponibile su http://www.mit.gov.it/mit/mop_all.php?p_id=26000

[7] Il testo della sentenza è disponibile sul sito internet: www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=64OKMH2LHI6YA2J7JSBUOITRF4&q=

[8] Si tratta di un'azienda a partecipazione pubblica, di cui sono soci le rispettive Provincia e Comune, le Comunità montane e altri 114 Comuni delle due Province .

[9] Recante il "*Riordino dei servizi automobilistici interregionali di competenza statale*".

[10] Il servizio "*in senso verticale*" significherebbe che il servizio, globalmente inteso, sia "spartito" tra le imprese costituenti il raggruppamento temporaneo di impresa, le quali rispettivamente si impegnano a garantire la copertura di determinate linee (o di determinate corse su determinate linee). Secondo il r.t.i. controinteressato, un servizio di trasporto pubblico locale "*a rete*" dovrebbe essere affidato solo a raggruppamenti "*di tipo verticale*", ma i giudici non condividono tale prospettazione (cfr. p. 10.2.1 della sentenza).

[11] Il Collegio ha pertanto dichiarato l'annullamento del giudizio finale espresso dalla Commissione di gara e la successiva determinazione dirigenziale e ordinato altresì l'esclusione del raggruppamento precedentemente aggiudicatario, assegnando conseguentemente l'appalto al secondo classificato.

[12] Al punto 11.2.9.3 si riconosce anche il vizio di travisamento che ha inficiato il giudizio della Commissione.

[13] Il testo della sentenza è disponibile sul sito internet: <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=4GMGXLBHVZ3X6YA3VSMPJ4KSMQ&q=>

[14] Ai sensi dell'art.37 del d.l. 6 dicembre 2011 n.201, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011 n.214.

[15] Sul punto si veda BRUTI LIBERATI E., "*Regolazione indipendente dei trasporti e poteri delle Regioni e degli enti locali: prime considerazioni critiche*", in corso di pubblicazione; CANDIDO A. , "*La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*", in *Rivista della regolazione dei mercati* n.2/2015, www.rivistadellaregolazioneideimercati.it; TONETTI A. "*L'Autorità di regolazione dei trasporti*", in *Giornale di diritto amministrativo* n.6, 2012, pp. 589 ss.; NAPOLITANO G., "*La rinascita delle regolazione per autorità indipendenti*", *ibidem*, 2012, p.229 ss.

[16] Art.37, c.2, lett.f) d.l. n.201/2011, cit..

[17] Si veda CARANTA R. e COSMIN DRAGOS D. "*La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*", in *Urbanistica e Appalti*, n.5, 2014, pp. 493 ss..

[18] Gli enti territoriali hanno la facoltà di estendere i principi dettati da dette misure, in quanto compatibili nel rispetto delle normative di settore, anche al trasporto pubblico passeggeri per via navigabile interna e in acque marine nazionali.

[19] Tra l'altre, si segnala che l'Autorità ha provveduto, tra l'altro, a porre le definizioni di enti strumentali "*essenziali*", "*indispensabili*" e "*commerciali*" (misura n.1) e il relativo regime di assegnazione (misura n.2) per l'effettuazione del servizio al fine di a garantire l'accesso equo e non discriminatorio ai beni strumentali stessi (misura n.3), nonché le procedure affinché un *set* di informazioni minime sia posto a disposizione dei partecipanti alla gara quale "*presupposto irrinunciabile ai fini della riduzione delle asimmetrie informative tra i partecipanti alla gara e per la loro contendibilità*" (misura n.9). In tal senso l'Autorità prescrive l'adozione di un formulario da utilizzare anche in fase di preinformazione in quanto "*la sostenibilità economica di un'offerta o di un piano economico-finanziario dipende dalla robustezza delle ipotesi formulate, ma anche dall'accuratezza e affidabilità dei dati sottostanti*".

[20] Ci si riferisce al D. Lgs. n.163/2006.

[21] Ad esempio: orario programmato, km di servizi offerti, linee servite, materiale rotabile utilizzato, etc.

[22] A titolo esemplificativo si ricordano le condizioni per l'utilizzo delle infrastrutture o le norme per la redazione dei capitolati di gara.

[23] BOSCOLO E., *cit.*; si veda anche CANDIDO A., "*La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*", *ibidem*, *cit.*.

[24] Per le esigenze sociali in materia di trasporti a livello europeo si veda QUADRI S. "*Verso una governance europea dei trasporti. Stato dell'arte e prospettive*" in *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Giappichelli, 2016

[25] Per un *excursus* ricostruttivo in materia, si veda la sentenza della Corte costituzionale n.273 del 20.11.2013.

[26] Si veda al riguardo il punto 1.4 della Relazione 2015 dell'Osservatorio nazionale sul Trasporto pubblico locale, cit.

[27] BOSCOLO E., *cit.*.

[28] Ex art.117 Cost, c.2 lett. e).

[29] Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n.41/2013.

[30] Si pensi ad esempio alla rimodulazione delle reti di servizio, allo stato attuale spesso inefficienti perché troppo ampie.

Tweet

Like

Sign Up to see what your friends like.

G+

Publicato in [Newsletter n. 8 - 1/2016](#)

Keywords: [Funzioni e Servizi](#)

[Torna in alto](#)

Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"
Dottorato di Ricerca in Autonomie Locali, Servizi Pubblici e Diritti di Cittadinanza
Via Mondovì 6 - 15121 Alessandria
Tel. +39.0131.283765 - Fax +39.0131.283777 - E-mail: drasd@unipmn.it