

**FORMULARIO PER LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI AI SENSI DELL'ART. 14 TER
DELLA LEGGE N. 287/90
(*'Versione non definitiva'*)**

1.1 Numero del Procedimento

A/516

Parte del procedimento

SAD - Trasporto Locale Spa

Fattispecie contestata

a) Sul procedimento

SAD Trasporto Locale S.p.A. (SAD) ha ricevuto notifica del provvedimento di avvio A/516 (**Avvio**) in costanza di ispezione, in data 25 gennaio 2018.

Nell'Avvio, l'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato (**Autorità**), ha formalizzato l'apertura di un procedimento per accertare un possibile abuso ex art. 102 tfue, e la contestuale apertura di un subprocedimento cautelare ai sensi dell'articolo 14-bis della legge n. 287/90.

In data 20 febbraio 2018, entro i termini concessi dall'Autorità, la SAD ha fornito pieno riscontro alle preoccupazioni cautelari, anche attraverso proficue interlocuzioni con gli Uffici istruttori e immediate integrazioni del set informativo fornito alla stazione appaltante, pur sempre evidenziando che non solo ritiene il suo comportamento lecito, ai sensi dell'art. 102 tfue, ma anche che un eventuale ritardo nella predisposizione del bando di gara non può essere in alcun modo ricondotto alle contestazioni denunciate dalla Provincia Autonoma di Bolzano (PAB) e riprese in Avvio e dunque, in ultima analisi, non può essere ascritto alla SAD.

Nella adunanza del 21 marzo 2018, l'Autorità ha deliberato la non adozione delle misure cautelari ai sensi dell'art. 14 bis della l. 287/90, e la conseguente archiviazione del subprocedimento cautelare¹.

Il provvedimento di archiviazione del subprocedimento cautelare è stato notificato alla parte il 30 marzo 2018. In esso, l'Autorità riconosce il perfetto rilascio da parte di SAD di *"tutte le informazioni richieste"*, oggetto del procedimento, e il conseguente *"venir meno del pericolo di una mancata indizione della gara"*.

¹ Provvedimento n. 27094 A516 - GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO.

In data 13 aprile, gli Uffici hanno accolto la richiesta di audizione della parte, ove sono stati discussi in modo approfondito i presenti impegni.

In data 16 aprile, sono stati sottoposti, in bozza, all'attenzione degli Uffici istruttori, i presenti impegni ed in data 23 aprile, ritualmente depositati in versione definitiva.

In data 17 aprile, la Provincia Autonoma di Bolzano ha deliberato l'indizione della gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale per le aree extra urbane con la delibera 358/2018, a conforto della correttezza del giudizio dell'Autorità sull'assenza di *periculum* espresso nel Provvedimento di archiviazione n. 27094.

In data 1° giugno, gli Uffici istruttori hanno comunicato alla SAD che è in atti una dichiarazione della PAB che ritiene la pubblicazione del bando "*imminente*". Alla luce di tale considerazione, è stato espresso il dubbio che l'articolato rimediabile proposto non potesse trovare tempo di esatto ed utile adempimento.

Oggi, in data [], la SAD, preso atto di quanto sopra, ha depositato una richiesta di accesso al fascicolo, al fine di essere edotta della dichiarazione della PAB sopra citata, e propone contestualmente una nuova bozza di impegni, di seguito dettagliati.

b) Le preoccupazioni concorrenziali

Nell'Avvio, l'Autorità rendeva noto che la Provincia Autonoma di Bolzano (PAB) le aveva inviato una segnalazione (in data 14 novembre 2017, successivamente integrata con comunicazioni del 29 novembre, dell'11, del 20 e del 21 dicembre 2017, del 9, del 10 e dell'11 gennaio 2018) nella quale si lamentava che SAD - nonostante numerose richieste e solleciti - non avesse trasmesso, entro i termini previsti, informazioni in suo possesso, ritenute necessarie per la predisposizione della documentazione di gara per il nuovo affidamento dei servizi di TPL extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano.

Secondo quanto dichiarato dalla PAB all'Autorità, le informazioni richieste a SAD erano relative a:

- il personale, diverso dagli autisti, assegnato per tipologia, inquadramento e costi;
- i depositi – e relativi mezzi ivi ricoverati –, le officine e gli altri presidi logistici attualmente utilizzati;
- le residenze degli autisti corrispondentemente assegnati.

La PAB ha qualificato le predette informazioni come essenziali ed indispensabili per procedere alla corretta redazione, per ciascun lotto, del Piano Economico Finanziario (PEF) allegato al bando di gara e, quindi, per completare la prima fase della procedura di affidamento. Tali dati sarebbero "*funzionali alla corretta attribuzione dei mezzi di produzione del servizio da affidare a ciascuno dei quattro nuovi lotti extra-urbani definiti dal Piano Provinciale*".

Nella sua valutazione preliminare, in Avvio, l'Autorità ha ipotizzato SAD in posizione dominante in quanto ritiene che – ante procedura competitiva – essa sia "*il principale soggetto incumbent attivo nel mercato del servizio di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia di Bolzano, sicuramente interessato alla partecipazione alla procedura di riaffidamento del servizio, e in possesso delle relative informazioni, del know-how e della conoscenza del territorio tali da*

renderlo il bidder più forte e credibile nell'ambito della procedura di affidamento del servizio di TPL di cui al presente procedimento".

L'Autorità non ha trovato giustificato – *prima facie* – il supposto rifiuto di dare le informazioni sopra dettagliate, e dunque ha paventato il rischio che esso sia meramente strumentale a creare ostacoli competitivi. Sulla base di quanto dedotto dalla PAB, l'Autorità ha ipotizzato che:

"SAD sembrerebbe avere, dunque, un chiaro interesse, non solo a ritardare la gara ma anche a spingere la stazione appaltante a basare tale gara su documenti ed analisi potenzialmente scorretti. Tale condotta, dunque, oltre che potenzialmente idonea a condizionare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa della stazione appaltante, esponendo la stessa ad un rischio contenzioso da parte di terzi, appare suscettibile di attribuire un artificiale vantaggio competitivo all'incumbent" (§40).

Sulla base delle suddette preoccupazioni, l'Autorità ha altresì aperto un subprocedimento cautelare, poi archiviato senza adozione di misure interinali.

Mercati interessati

L'Autorità ritiene che si possa designare un mercato rilevante esclusivamente nei servizi di TPL extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano. Ciò in quanto, secondo il Piano Provinciale sulla Mobilità (PPM) della PAB, i servizi di TPL urbano su gomma relativi ai territori delle città di Bolzano e Merano saranno affidati in house ad una società sottoposta al controllo congiunto della stessa PAB e dei Comuni di Bolzano, Merano e Laives.

Il PPM suddivide il servizio di TPL extraurbano su gomma in quattro bacini territoriali ottimali BTO 1 – Sarentino – Bassa Atesina – Oltradige – Tires, BTO 2 – Val Venosta, BTO 3 – Valle d'Isarco e BTO 4 – Val Pusteria. I quattro BTO dovrebbero anche rappresentare i futuri lotti di gara. Il PPM baserebbe questa suddivisione sulla base delle caratteristiche orografiche, demografiche e geografiche dei territori.

Secondo l'Autorità, l'insieme dei servizi di TPL extraurbani su gomma da affidare all'interno dei territori individuati come BTO1, BTO2, BTO3 e BTO4 definiscono un unico mercato rilevante. L'Autorità dunque esclude dal mercato rilevante, da un lato, il servizio urbano della città di Bolzano, perché non posto a gara, e dall'altro vi include tutti i quattro lotti BTO1, BTO2, BTO3 e BTO4, nonostante la PAB abbia escluso la possibilità di aggiudicazione di più di due lotti da parte dello stesso concorrente.

Descrizione degli impegni proposti:

a) Osservazioni preliminari di SAD.

SAD ritiene che un quadro completo ed accurato sull'oggetto del procedimento, e sul contesto di mercato di riferimento, non possa che far venir meno le preoccupazioni concorrenziali espresse in Avvio.

L'Autorità esprime due sole preoccupazioni ascrivibili – ipoteticamente – al comportamento di SAD: 1) causare un difetto informativo tale da "spingere la stazione appaltante a basare tale gara su documenti ed analisi potenzialmente scorretti" 2) artatamente ritardare la procedura di gara, proprio attraverso il mancato rilascio di informazioni essenziali alla predisposizione dei documenti di gara, di cui la SAD avrebbe, evidentemente, un monopolio.

Ebbene, il rischio di fuorviare la PAB attraverso documenti ed analisi errate è escluso in radice – per il passato - dal provvedimento di archiviazione del sub procedimento cautelare, ove l’Autorità riconosce che *“tutte le informazioni necessarie sono state inoltrate alla PAB”*. Tale rischio è stato anche escluso dalla stessa Provincia, successivamente al rilascio delle informazioni richieste.

Per il futuro, il rischio è escluso dall’attuazione dei presenti impegni che hanno ad oggetto non solo eventuali specificazioni delle informazioni già rilasciate, ma anche nuove richieste della PAB atte a disegnare un contesto competitivo ottimale.

Riguardo ai potenziali ritardi della procedura causati dall’asserito mancato rilascio di informazioni essenziali, è sufficiente ricordare che: 1) la PAB ha indetto la gara con la delibera n. 358/2018 il 17 aprile 2018, in linea con le tempistiche dichiarate e di cui al regolamento UE n. 1370/2007; 2) la PAB ha dichiarato che il set informativo in suo possesso è coerente e soddisfacente e la pubblicazione del bando di gara *“imminente”*.

Se vi saranno, dunque, dei ritardi, ad oggi non prevedibili, non potranno certamente essere imputabili alla condotta di SAD, o comunque essere causalmente correlati a quanto discusso in Avvio: ovvero il supposto ritardo di produzione di informazioni essenziali.

A fortiori, per dimostrare quanto sia fondata la posizione di SAD, è sufficiente ricordare che il regolamento europeo² e la regolamentazione di dettaglio³ stabiliscono che *“L’individuazione dei beni essenziali e indispensabili da parte degli enti affidanti e delle successive modalità di messa a disposizione **tiene conto degli esiti di una apposita consultazione dei soggetti portatori di interesse, da avviare prima o in concomitanza con la pubblicazione dell’avviso di cui all’articolo 7 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e da concludere entro sessanta giorni o, comunque, in tempo utile per la pubblicazione del bando di gara. Ove il contratto di servizio con il gestore uscente o atto normativo pertinente non preveda il trasferimento di beni, la consultazione può anche essere finalizzata da parte dell’ente affidante a verificare la disponibilità del gestore uscente a porre a disposizione i beni, sentiti gli altri potenziali concorrenti, sempre che ricorrano caratteri di indispensabilità dei beni”***⁴.

Come è noto, nel caso di specie è – tra l’altro – previsto il trasferimento di beni. Ebbene, tali consultazioni, sia per quanto riguarda la SAD che per quanto riguarda il consorzio LIBUS (altro gestore uscente con una quota – stimata dall’Autorità - pari al 39% circa), sono iniziate con una prima riunione soltanto nel dicembre 2017, e una seconda riunione si è tenuta il [] aprile 2018, [] indizione della gara. La PAB ha dunque iniziato le consultazioni con quasi un anno di ritardo rispetto ai tempi dettati dal regolamento UE 1370 /2007 e non le ha ancora concluse⁵. È chiaro – se ci si può permettere un inciso - che una lacuna procedurale di tale portata non potrà che generare ritardi e contenziosi indipendentemente e ben al di fuori della fattispecie art. 102 ffue.

² REGOLAMENTO (CE) N. 1370/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70

³ Cfr. in particolare Allegato A alla Delibera ART n. 49 del 17 giugno 2015 - Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l’assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; Delibera ART n. 49/2015 - 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 definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l’individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento

⁴ Cfr. Misura 2.6. Allegato A, Del. ART n. 49/2005

⁵ Cfr. doc. 10.3 Verbale di Consultazione Libus (D) e doc. 11. 2. Verbale di Consultazione SAD, del fascicolo istruttorio.

Rimane dunque non chiarito come si possa accusare SAD – con denuncia datata 14 novembre 2017 - di non aver fornito informazioni relativamente a beni c.d. essenziali ed indisponibili, allorché la obbligatoria consultazione, avente ad oggetto proprio la concreta determinazione della natura essenziale ed indisponibile di tali beni, sia avvenuta solo nel mese successivo, nel dicembre 2017.

Proprio sulla natura dei beni (ed informazioni relative) richieste a SAD vi sono numerosi dubbi e questioni tuttora aperte, che non attengono specificatamente a SAD ma a tutti gli *incumbents* attuali gestori, e che sono rilevanti per il disegno della gara, ad esempio l'estensione della c.d. "clausola sociale", la proprietà del parco circolante degli attuali gestori, la essenzialità delle rimesse, e così via. Tali aspetti, oggettivamente complessi e dirimenti, sono proprio (o meglio, avrebbero dovuto essere) l'oggetto della consultazione ex art. 7 del regolamento 1370/2007, che il legislatore europeo prevede di una durata minima di almeno un anno prima della pubblicazione del bando di gara.

In ogni caso, la speditezza dei rimedi proposti assicura alla PAB un accesso ed una qualità dell'assetto informativo da parte di SAD che elimina – in radice – ogni preoccupazione concorrenziale sull'esistenza di un nesso causale tra un comportamento di SAD ed un eventuale ritardo nella gara.

Impegni strutturali

Impegno n. 1

Nonostante quanto sopra descritto, al fine esclusivo di garantire in senso pro-concorrenziale un accesso pieno ed immediato alle informazioni essenziali per la predisposizione dei documenti di gara da parte della PAB, e pertanto strutturalmente garantire, ora per allora, che la SAD non possa, in alcun modo, ostacolare il suddetto flusso informativo, la SAD – Trasporto pubblico locale s.p.a. si obbliga a:

1. nominare, previa approvazione dell'Autorità, un Monitoring Trustee indipendente ed esperto di gare nel settore dei trasporti⁶.
2. delegare *ex ante* ed *irrevocabilmente* al Monitoring Trustee il potere di:
 - a) valutare, ai sensi dell'art. 102 tfue e della Delibera ART 49/2015, tutte le richieste da parte della PAB alla SAD attinenti alla gara per il TPL, in particolare riguardo ad informazioni ritenute essenziali ed indispensabili, o la gestione dei sistemi tecnologici per la bigliettazione integrata, il sistema di clearing delle entrate tariffarie tra le varie aziende, nonché la gestione di tutti i computer di bordo.
 - b) Se il Monitoring Trustee riterrà le richieste della PAB di cui al § a) legittime e giustificate dal punto di vista concorrenziale, il Monitoring Trustee avrà il potere di accedere a tutte le informazioni in possesso della SAD, elaborarle rispettando il bilanciamento di interessi tra informazione essenziale/indispensabile, ed informazione commerciale riservata, e rilasciarle alla PAB.

⁶ Sui requisiti di capacità, professionalità, terzietà ed assenza di conflitti di interesse del Monitoring Trustee si veda il Contratto Allegato in Annex 1 [CONFIDENZIALE].

- c) Correlativamente, la SAD si impegna ad accettare ed implementare la decisione del Monitoring Trustee di cui al § b), rinunciando ad ogni azione o pretesa nei suoi confronti, nei limiti di cui al mandato.
- d) Nel caso in cui il Monitoring Trustee ritenga che la richiesta della PAB non sia legittima, alla luce delle norme sopra citate, Egli si obbliga a riferire immediatamente la questione all'Autorità, riferendo le ragioni del suo dissenso e rimettendosi alla decisione dell'Autorità stessa.
- e) In ogni caso, il Monitoring Trustee dovrà inviare dei report all'Autorità relativamente alla collaborazione di SAD con la PAB per la predisposizione della gara, del bando, e per le Q&A, con particolare riferimento al rilascio delle informazioni essenziali ed indispensabili, come minimo ogni 60 giorni.
- f) Il presente impegno è condizionato alla accettazione da parte della Autorità ex art. 14-ter l. 287/90.

Impegno n. 2

Durante il periodo di valutazione ed accettazione da parte dell'Autorità dell'Impegno n. 1⁷, la SAD si impegna a riferire prontamente all'Autorità ogni eventuale differenza di opinioni tra la Società e la PAB sulla natura delle informazioni richieste, e sul correlato obbligo di rilascio alla Stazione Appaltante, rimettendosi al giudizio dell'Autorità in relazione al carattere necessario ed indispensabile della informazione richiesta, ed al conseguente obbligo di rilascio.

Il presente impegno non è condizionato alla accettazione del presente articolato rimediale.

Impegni comportamentali

Impegno n. 3

In data 21 marzo 2018, l'Autorità ha deliberato il Provvedimento n. 27094 con il quale ha chiuso il correlato sub-procedimento cautelare. In esso, l'Autorità riconosce che alla luce, *"in particolare, delle comunicazioni di SAD – Trasporto Locale S.p.A. del 9 e del 16 marzo u.s., con le quali l'impresa ha inviato alla Provincia tutte le informazioni richieste ...deve ritenersi venuto meno il presupposto del periculum in mora e il danno grave e irreparabile per la concorrenza ipotizzato nell'avvio del sub-procedimento per l'eventuale adozione delle misure cautelari, dovuto alla mancata indizione della gara da parte della Provincia Autonoma di Bolzano"*.

In effetti, la gara è stata indetta con la delibera 358/2018 del 17 aprile 2018. La PAB ha altresì riconosciuto la completezza del set informativo rilasciato.

Il rilascio delle informazioni, benché non condizionato alla accettazione dei presenti impegni, ne costituisce una parte fondamentale.

Impegno n. 4

La PAB ha dichiarato in atti che il bando di gara è di *"imminente pubblicazione"*. Ciò esula dalla sfera giuridica di SAD, che non può influenzare tale scelta. Se la tempistica dichiarata da PAB

⁷ Cfr. la tempistica dettata dalla Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287

sarà rispettata, essa dimostrerà – se ve ne fosse ancora bisogno - che le preoccupazioni abusive espresse dalla PAB e fatte proprie dall'Avvio sono prive di sostanza. Correlativamente, potrebbe porsi un problema di coordinamento dei tempi tecnici tra l'Impegno n. 1 e l'effettivo svolgimento della gara, anche se, proprio allo scopo di una effettività dei rimedi in pendenza di una loro formalizzazione, è previsto anche l'Impegno n. 2.

Al fine di eliminare in radice qualunque dubbio concorrenziale, ed in particolare sull'ipotesi che la condotta di SAD possa essere di ostacolo alla gara, al di là del flusso informativo incumbent – stazione appaltante, SAD si impegna a rinunciare a tutte le domande di adozione di misure cautelari di tipo interdittivo o sospensivo degli atti e provvedimenti prodromici e comunque attinenti la gara TPL della PAB, sin qui proposte innanzi al Tribunale amministrativo competente, ed in particolare relativamente alla delibera 358/2018.

Il Tribunale amministrativo regionale ha fissato l'udienza di discussione sulla sospensiva proposta da SAD avverso la indizione della gara il 12 giugno 2018.

Con il presente impegno, SAD si impegna a rinunciare alla richiesta di misure sospensive o interdittive della efficacia della delibera 358/2018 all'udienza del 12 giugno.

SAD si impegna altresì a non introdurre nuove sospensive nel processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione della delibera 358/2018.

SAD si impegna anche a non introdurre domande di misure cautelari di tipo interdittivo o sospensivo degli atti e provvedimenti con i quali la PAB bandirà la gara⁸.

Ciò elimina alla radice ogni possibilità di SAD di ostacolare il normale svolgimento della procedura di selezione⁹.

Eventuale periodo di validità

L'Impegno n.1 e l'Impegno n. 2 saranno vincolanti fino alla pubblicazione del bando e delle relative Q&A da parte della Stazione Appaltante.

L'impegno n.3 e l'Impegno n.4 sono immediatamente efficaci

Considerazioni circa l'idoneità degli impegni a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria

⁸ Ad esclusione – e proprio a fini pro-concorrenziali - dei soli capi provvedimenti illegittimi che potrebbero impattare sulla inclusione/esclusione di un concorrente e aggiudicazione di un'offerta.

⁹ Si specifica che l'Impegno n. 4 non deve essere inteso come una rinuncia da parte di SAD ai motivi di diritto sollevati innanzi ai giudici amministrativi attualmente incardinati, o alla rinuncia di far valere vizi di legittimità relativi a futuri provvedimenti, volti a verificare se l'operato della PAB sia legale. È di tutta evidenza come SAD abbia un interesse legittimo a che l'amministrazione svolga il proprio ruolo nel rispetto dei principi di legge, e questo interesse è, da un lato, incomprimibile, dall'altro non rileva riguardo all'accusa concorrenziale, ovvero di ostacolare artatamente la gara sfruttando la sua asserita dominanza.

Gli Impegni n. 1, 2 e 3 eliminano in radice ogni rischio che SAD possa ostacolare la PAB nell'esercizio delle sue funzioni, sia relativamente a richieste di dettaglio, specifiche, approfondimenti e verifiche, delle informazioni già fornite, sia in relazione a tutte le altre richieste di informazioni che la PAB possa ritenere essenziali ed indispensabili per la costruzione del bando di gara, e/o le informazioni che devono essere date al mercato, e ciò per tutto il tempo necessario al corretto dispiegarsi degli atti preliminari alla gara.

La SAD infatti si spoglia, ora per allora, del suo potere di elaborazione, rilascio e interlocuzione sulle informazioni in suo possesso, delegandolo irrevocabilmente ad un terzo tecnicamente preparato, indipendente e privo di conflitti di interesse. Questo elimina in radice il rischio paventato in Avvio di "spingere la stazione appaltante a basare tale gara su documenti ed analisi potenzialmente scorretti", così come toglie dalla disponibilità di SAD ogni potere di causare ritardi alla procedura, visto che il Monitoring Trustee ha il potere autonomo di accedere alle informazioni rilevanti, elaborarle e rilasciarle alla PAB.

L'impegno n.1 è di tipo strutturale e assicura immediatamente l'Autorità che non possa nascere una delle criticità concorrenziali ipotizzate nell'Avvio, né relativamente alle informazioni fornite nel subprocedimento cautelare, ad esempio relativamente ai dettagli che potrebbero essere richiesti alla SAD, né, in ottica di promozione della concorrenza, nelle informazioni che la PAB sarà a richiedere, ad esempio durante la consultazione attualmente in corso.

L'impegno n. 4, di natura comportamentale, assicura l'Autorità che SAD non potrà in essere azioni di tipo interdittivo o sospensivo relativamente alla procedura di gara, rinunciando anche alle domande cautelari eventualmente già poste. SAD dunque si obbligherà a rinunciare preventivamente ai mezzi di tutela interinale che l'ordinamento gli garantisce, al fine di consentire lo svolgimento della gara. Ciò, ovviamente, fatto salvo il diritto della SAD di chiedere una verifica della legittimità dell'operato della PAB, nel merito, ai competenti giudici.

Il combinato disposto degli impegni elimina in modo radicale e definitivo ogni ipotesi abusiva che possa causare ostacolo alla gara per il TPL della provincia di Bolzano.

Si rimane a disposizione per ogni chiarimento.

Con osservanza



Simone Gambuto