

AS1253 - GESTIONE DELLE VIE DI ACCESSO ALLE ZONE SOMMITALI DELL'ETNA

Roma, 9 febbraio 2016

Comune di Castiglione di Sicilia

Comune di Linguaglossa

Comune di Nicolosi

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, l'Autorità), nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella sua adunanza del 3 febbraio 2016, ha ritenuto opportuno svolgere le seguenti considerazioni in merito alle distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato derivanti dalle complessive modalità di affidamento delle vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna da parte delle Amministrazioni in indirizzo.

In particolare, sulla base delle informazioni disponibili, risulta che la società STAR S.r.l. (di seguito anche STAR) gestisce le vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna del versante Nord (c.d. Provenzana), ricadenti nei Comuni di Castiglione di Sicilia e Linguaglossa, in virtù di affidamenti diretti assai risalenti nel tempo e prorogati per lunghi periodi, risalenti, rispettivamente, al 1998 e al 1970, quest'ultimo prorogato nel 1999 e nel 2013.

Soltanto nel 2014 e 2015, i Comuni di Castiglione di Sicilia e di Linguaglossa, che gestiscono in maniera coordinata gli accessi del versante Nord, hanno indetto "avvisi esplorativi" (di seguito anche Avvisi Esplorativi), corredati dai relativi capitolati d'oneri, per affidare in concessione la pista rotabile, sulla quale realizzare un'attività di trasporto turistico a pagamento.

Gli Avvisi Esplorativi sono stati pubblicati nel mese di aprile 2014 e 2015 e riguardano la corrispondente "stagione escursionistica", che interessa il periodo da maggio a novembre di ciascun anno.

Tra i requisiti di partecipazione, essi prevedono che le imprese interessate dovranno attestare, fra l'altro, di aver realizzato un fatturato minimo di 50.000 € in ciascuno dei quattro esercizi precedenti, interamente prodotto in relazione a servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento.

Essi danno espressamente atto che "il presente avviso, con il quale non si indice alcuna procedura concorsuale, para concorsuale o di gara, è finalizzato, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza di cui all'articolo 125, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006, all'individuazione del maggior numero di soggetti economici potenzialmente interessati, senza che da ciò scaturisca alcun vincolo per gli Enti". Successivamente, essi indicano che la procedura di aggiudicazione è quella ristretta di preselezione ai sensi dell'articolo 125 del D.Lgs. n. 163/06.

Infine, in base al capitolato d'oneri, in caso di inadempienze contrattuali il concessionario è tenuto a corrispondere una penale di 250 €.

La società Funivia dell'Etna S.p.A. (di seguito anche Funivia), che indirettamente e interamente controlla STAR, gestisce le vie di accesso del versante Sud (c.d. Rifugio Sapienza), ricadenti nel Comune di Nicolosi e, in particolare, alcuni impianti di proprietà comunale e altri di proprietà della società stessa, nonché, fra l'altro, sulla base di una concessione prorogata dal 2006 al 2022, servizi pubblici di trasporto di persone, sia nella stagione sciistica invernale sia nella stagione escursionistica estiva, comprendenti anche l'accompagnamento dei turisti con 20 mezzi fuoristrada, sempre di proprietà della società.

In particolare, essa gestisce gli impianti comunali di accesso alle zone sommitali dell'Etna in virtù di una concessione rilasciata dal Comune di Nicolosi nel 1991 alla società SITAS S.p.A., successivamente incorporata dalla società ETNA Tur S.p.A., che ha contestualmente assunto l'attuale denominazione di Funivia. Nel 2006, a seguito della ricostruzione degli impianti comunali gestiti da Funivia a causa delle eruzioni del 2001 e 2002 e della prosecuzione della concessione la cui efficacia era stata nel frattempo sospesa, la durata dell'affidamento è stata fissata al 2011, ma la gestione delle vie di accesso da parte di Funivia prosegue, di fatto, anche oggi, a causa dell'esercizio di una sorta di "diritto di ritenzione" sugli impianti comunali ricevuti in gestione su terreni di proprietà della società.

Alla luce del quadro sommariamente descritto, l'Autorità osserva che la gestione delle vie di accesso alle zone sommitali dell'Etna da parte delle società Funivia e Star, peraltro societariamente riconducibili al medesimo soggetto privato, appare contraria ai principi posti a tutela della concorrenza, con riguardo all'assenza di procedure selettive ovvero in ragione di requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento ingiustificatamente restrittivi.

Preliminarmente, si osserva che gli affidamenti in esame, comprendenti il trasporto di persone alle zone sommitali dell'Etna a tariffa determinata dalla stazione appaltante, hanno per oggetto servizi pubblici di rilevanza economica, che, secondo la legge e costante giurisprudenza (nazionale ed europea), possono essere affidati anche in forma diretta a società terze, purché i servizi affidati costituiscano l'attività prevalente della società beneficiaria, questa sia a totale partecipazione pubblica e soggetta a controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi.

Tali due ultimi requisiti difettano nel caso di specie, considerate, quantomeno, la composizione esclusivamente privata del capitale delle società affidatarie e l'assenza di meccanismi idonei a garantire l'esercizio del controllo analogo (si pensi, ad esempio, all'entità irrisoria della penale per inadempimento prevista dagli Avvisi Esplorativi o al "diritto di ritenzione" vantato da Funivia sugli impianti comunali).

A ciò, si aggiunga che, secondo quanto in più occasioni rappresentato dall'Autorità, nei mercati in cui specifiche caratteristiche oggettive (tecniche, economiche e finanziarie) giustifichino una limitazione del numero dei soggetti ammessi a operare, l'affidamento dei servizi debba avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario¹.

Tali considerazioni appaiono, peraltro, assorbenti rispetto alla durata, in ogni caso, eccessivamente lunga degli affidamenti "storici", rispetto alla quale, in linea con un proprio consolidato orientamento, l'Autorità ricorda che essa non deve necessariamente essere parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività, in quanto il valore degli investimenti effettuati dal concessionario può ben essere posto a base d'asta in sede di gara². Pertanto, pur volendo considerare l'esigenza di recuperare gli investimenti eventualmente sostenuti dall'affidatario per realizzare la pista rotabile di accesso, la durata ultradecennale e storica degli affidamenti in questione risulta del tutto sproporzionata, tenuto anche conto del fatto che, ad esempio nel caso del Comune di Nicolosi, alcuni impianti sono di proprietà comunale.

Inoltre, gli Avvisi Esplorativi per il 2014 e 2015, che invece avrebbero potuto costituire una prima apertura alle esigenze della tutela della concorrenza, prevedono requisiti di partecipazione troppo restrittivi in termini di fatturato (generale e specifico su base quadriennale). Siffatti requisiti, secondo un altro consolidato orientamento dell'Autorità, appaiono pertanto idonei a ridurre, invece che ad ampliare, la platea dei soggetti interessati a partecipare³.

Al tempo stesso, la durata dell'affidamento prevista dagli Avvisi Esplorativi risulta eccessivamente breve e, pertanto, idonea a vanificare, in concreto, gli effetti procompetitivi che sarebbero potuti derivare dalla sollecitazione del mercato pur formalmente effettuata. Essi sono stati banditi sempre a ridosso dell'avvio della stagione escursionistica, con ciò comprimendone a pochi mesi soltanto la durata profittevole o non consentendo agli operatori non storici di organizzarsi adeguatamente. Tale *modus operandi* non permette neppure un minimo recupero degli investimenti, anche a causa della mancata previsione di altri correttivi in tal senso da parte delle amministrazioni comunali in questione e, pertanto, esso appare idoneo a ridurre il numero di potenziali partecipanti⁴.

L'Autorità, in conclusione, auspica che le considerazioni sopra svolte siano tenute in adeguata considerazione dalle amministrazioni in indirizzo, affinché rivedano le complessive modalità di affidamento e gestione delle vie di accesso alle aree sommitali dell'Etna, al fine di introdurre criteri concorrenziali che consentano di superare affidamenti inerziali agli operatori storici, senza adeguate valutazioni economiche comparative, contribuendo, per questa via, anche allo sviluppo del settore turistico/ricettivo della zona.

L'Autorità invita a comunicare, entro un termine di quantacinque giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni assunte con riguardo alle criticità concorrenziali evidenziate.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

¹ [Cfr. *ex multis*, i pareri motivati ex art. 21-bis della legge n. 287/90, AS1002, Comune di Roccaraso (AQ) – Impianti sciistici di risalita, in cui il principio è stato affermato in presenza di oneri di investimento ben più significativi, nonché AS958, Provincia di Rieti - Concessione di esercizio dell'impianto seggiovia biposto monte Terminillo, confermato dal Consiglio di Stato, con sentenza 9 marzo 2015, n. 1171. Tali interventi riguardavano puntuali delibere di amministrazioni locali che disponevano il rinnovo dei contratti di gestione degli impianti di risalita a favore dei precedenti concessionari, senza predisporre un regolare bando europeo (AS1002 – Provincia di Rieti e AS958– Comune di Roccaraso) e hanno censurato sia il profilo della durata eccessivamente lunga (e/o il carattere automatico del rinnovo) sia il mancato ricorso a procedure di gara. L'Autorità ha basato i propri pareri motivati e i relativi ricorsi sulla violazione dei principi posti da solide acquisizioni giurisprudenziali di derivazione europea e nazionale (ad esempio, Consiglio di Stato, 21 maggio 2009, n. 3145), secondo cui l'amministrazione non può prescindere dall'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica per individuare il soggetto contraente cui affidare la gestione di beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico. Nei casi citati, veniva in discussione l'illegittimità ai sensi del artt. 41 e 117 Cost. dell'affidamento di diritti di superficie (Roccaraso) e degli impianti sciistici del monte Terminillo (Provincia di Rieti).]

² [Cfr. *ex multis*, i citati pareri motivati ex art. 21-bis della legge n. 287/90 AS1002 e AS958.]

³ [Cfr., tra gli ultimi interventi dell'Autorità, il parere ex art. 22 L. 287/90 AS1197, Schema di atto di regolazione in materia di gare del trasporto pubblico locale.]

⁴ [Non a caso, il verbale sulla procedura 2014 dà conto della partecipazione di due sole imprese, una delle quali, presumibilmente in ragione delle criticità sopra riscontrate, ha proposto un rialzo prossimo allo zero, risultando non aggiudicataria; per il 2015, l'affidataria STAR si è aggiudicata l'affidamento con una percentuale di rialzo estremamente esigua, analoga a quella di esclusione del concorrente nell'anno precedente, verosimilmente in quanto risultava essere l'unica partecipante.]