



Osservazioni in ordine al documento di consultazione sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di servizio pubblico locale.

Il quadro istituzionale disciplinato dal titolo quinto della carta costituzionale, con le correlate attribuzioni di legislazione esclusiva alle Regioni, trova notoriamente bilanciamento e sintesi nella persistente attribuzione di legislazione esclusiva in favore dello Stato a tutela della concorrenza.

Tale tutela deve naturalmente trovare espressione anche in ordine anche nel processo di derivazione comunitaria per la progressiva liberalizzazione negli affidamenti in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale tramite procedure di gara ad evidenza pubblica.

Procedure di gara che dovrebbero realizzarsi secondo tempi auspicabilmente coordinati e, soprattutto, secondo la conformazione a regole poste a disciplina dell'architettura delle gare che le Amministrazioni statali dovrebbero predefinire –proprio a tutela delle condizioni di concorrenza e pari contendibilità- per assicurare uniformità nell'architettura delle procedure e nei contenuti qualificanti che fungono da meccanismi selettivi dei competitors.

In difetto di ciò si realizzerebbero procedure di gara assolutamente disomogenee per attrattività e contendibilità, producendo oggettivi effetti distorsivi sulla concorrenza, e procurando in diverse aree del Paese gradi di accelerazione/rallentamento del processo di liberalizzazione ingiustificatamente diversi (si pensi, ad esempio, alla capacità di influenzamento della discrezionalità politica del legislatore regionale recata dall'inconfessata ma comprensibile volontà di salvaguardia delle partecipazioni azionarie nelle imprese di TPL da parte delle stesse Regioni e EE.LL.).

L'obiettivo strategico, quindi, di perseguire standard minimi di uniformità regolatoria dei processi di gara a tutela della concorrenza può opportunamente essere declinato in una serie di rilievi derivati dall'analisi del Documento di consultazione elaborato dall'Autorità di regolazione dei trasporti in allegato alla delibera 46/2014.

Se ne riporta, di seguito, un primo elenco, naturalmente facendo sintesi delle problematiche e delle considerazioni sottostanti ad ognuna delle voci di seguito riportate in via esemplificativa:



1) – Ambiti di servizio pubblico

Deve risultare con assoluta nettezza la distinzione tra “bacino di programmazione regionale” e “bacino di gara”, nonché “bacino di traffico ottimale” che rappresentano nozioni concettuali assolutamente distinte.

Non vedesi come e perché la facoltà regionale di programmare il trasporto locale sull'intero territorio regionale possa o debba automaticamente tradursi in corrispondente identificazione del bacino di gara.

La dimensione dei lotti di gara è elemento assolutamente fondamentale per determinare la platea dei potenziali competitors e quindi il grado di contendibilità della gara.

Nel TPL su gomma, in particolare, risultano studi realizzati dalle associazioni di categoria che comprovano come le economie di scale e le sinergie industriali siano conseguibili, in via di principio, con dimensioni dei lotti piuttosto contenute (orientativamente coincidenti con l'ambito provinciale ed in corrispondenza di una fascia di popolazione servita inferiore ai 500.000 cittadini circa), risultando invece paradossalmente decrescenti i benefici industriali astrattamente ricavabili in progressione con l'ulteriore dimensionamento dei lotti.

Né può dirsi che l'individuazione di lotti più ampi sia scelta obbligata per favorire l'intento politico di facilitare l'aggregazione degli operatori di un mercato nazionale eccessivamente frammentato; tale obiettivo, peraltro di competenza esclusiva del legislatore nazionale, si favorisce incentivando le imprese che si adottano e che realizzano tali aggregazioni e non già con la creazione di bacini regionali, la cui individuazione può non di rado rivelarsi addirittura controproducente verso il predetto intento.

In ogni caso si pone la questione fondamentale di uniformità di indirizzo, oggi del tutto carente tant'è che sono allo stato presenti indirizzi, iniziative e provvedimenti legislativi e amministrativi platealmente in contrasto su tale punto.

L'esempio più eclatante è stato diffusamente rappresentato e argomentato in una lettera indirizzata da questa società –unitamente ad Autoguidovie S.p.A., società partner in jv di sviluppo e collaborazione industriale- all'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato e recentemente replicata all'Autorità di Regolazione dei Trasporti con separata lettera del 22/07/2014, per facilità acclusa alla presente.

In tale lettera si evidenzia come risulti del tutto incomprensibile come si possa assistere a contraddizioni di così grossolana evidenza: da un lato la procedura di gara



decisa dalla Regione Toscana che, con L.R. 65/2010 ha istituito l'ambito territoriale ottimale per il TPL coincidente con l'intera circoscrizione territoriale regionale, a cui corrisponde un unico lotto di gara (gara che con D.G.R. n. 391 del 12/05/2014 ha già avuto predefinizione del volume di produzione pari a 106.290.000 km l'anno); dall'altro all'intervento della predetta AGCM che, in relazione alla recente acquisizione del ramo di azienda afferente il TPL già in capo ad Umbria Mobilità S.p.A. da parte della scrivente società, con proprie determinazioni del 6 e 11 marzo 2014 ha espressamente censurato la previsione di costituire un unico lotto di gara che L'Amministrazione regionale umbra aveva precedentemente adottato, subordinando la propria autorizzazione all'acquisizione all'ottenimento di un formale mutamento di indirizzo da parte di quella regione, che contemplasse la suddivisione del territorio regionale in previsione delle gare in "almeno due lotti di gara".

Risulta incomprensibile perché in Toscana si possa sercnamente programmare una gara per oltre 106.000.000 di km l'anno, a servizio di 3,5 milioni di cittadini toscani, mentre in Umbria sia necessario suddividere il territorio regionale in almeno due lotti di gara, quando l'intero volume produttivo di TPL regionale è di circa 26.000.000 di km (meno di un quarto della Toscana) e la popolazione servita su tutta le regione raggiunge a stento gli 800.000 abitanti. ...

Si domanda il senso (se senso c'è) di così difformi orientamenti adottati per due regioni confinanti per le quali, a meno di interventi rettificatori, si registreranno ben diverse condizioni di accessibilità e contendibilità. Diversità drastica e paradossale la cui genesi e spiegazione rimangono misteriose.

Parità di condizioni quindi, come prerequisito di correttezza procedurale, anche per le stazioni appaltanti e non solo per i competitori.

2) – punto 1.1: acquisizione preliminare di informazioni

La richiesta di dati da ottenere dall'esercente e da porre a disposizione dei competitors appare da un lato eccessivamente pervasiva e lesiva di legittimi ambiti di riservatezza industriale e commerciale (si pensi alla pretesa di ottenere i ricavi degli ultimi tre anni suddivisi addirittura per linea, dato analitico solo stimabile dal gestore, nonché del tasso di evasione); dall'altro finalizzata ad acquisire informazioni sul monitoraggio dei saliti e discesi per ciascuna fermata di ciascuna linea degli ultimi tre anni per le quali esistono solo stime aziendali di



carente attendibilità o comunque sprovviste di alcun riscontro obiettivo e quindi di alcun pregio.

Il pur comprensibile e condivisibile intento di simmetria informativa a favore di tutti i concorrenti non può materialmente esser conseguito con stime in libertà e congetture -astrattamente anche manipolabili- foriere di distorsioni anticompetitive.

3) - punti 2.4 e 2.5: requisiti di partecipazione e certificazioni obbligatorie

Quali che siano le declinazioni dei requisiti di accesso e delle certificazioni richieste dalle stazioni appaltanti, evidentemente correlati alle dimensioni ed alla rilevanza del lotto di gara, è assolutamente necessario che le predette stazioni appaltanti, a fronte di procedure ristrette precedute da meccanismi di prequalifica, provvedano a verificare l'effettiva sussistenza di tutte le condizioni e di tutti i requisiti di ammissibilità prima (!) della notifica della lettera di invito, per limitare la partecipazione ai soli soggetti realmente muniti dei titoli occorrenti alla legittima partecipazione alla gara, ed evitando l'illogica possibilità di partecipazione di concorrenti sprovvisti di tali titoli, la cui condizione di illegittima partecipazione alla procedura potrebbe rivelarsi solo a valle dell'offerta e della temporanea (ed evidentemente revocanda) aggiudicazione provvisoria.

Questo non soltanto nell'interesse dell'economia e della linearità della stessa procedura di gara, ma anche per scongiurare un indiretto effetto distorsivo della competizione che la partecipazione di soggetti con dubbia titolarità di ammissione potrebbe altrimenti inevitabilmente comportare.

4) - punto 2.6: criteri di aggiudicazione ed attribuzione dei punteggi.

Al di là degli enunciati propositi di primato attribuito al punteggio afferente le offerte tecniche esiste il concretissimo rischio del verosimile schiacciamento delle gare sul prezzo dell'offerta economica.

Da un lato, infatti, risulta ardua l'individuazione di criteri selettivi di voci componenti l'offerta tecnica che non siano traducibili in parametri obiettivi e misurabili, non di rado quantificabili in equivalente valore economico e con ciò omologandosi all'offerta economica. Dall'altro non pochi elementi dell'offerta tecnica (esempio: investimenti) sono voci intrinsecamente a valenza economica.



Se tutto ciò è solo in parte ovviabile, si deve concludere per la sostanziale rilevanza fino alla decisività che l'offerta economica ed il correlato punteggio ne derivano.

Si pone allora per ineludibile l'esigenza di valutare ed apprezzare le offerte economiche in modo equilibrato. L'equilibrio di valutazione sussiste se le offerte sono davvero considerate e misurate, tutte, in rapporto alla loro rispettiva distanza rispetto al controvalore posto a base/tetto d'asta, cosicché solo la reale sussistenza di significative differenze nel valore assoluto dichiarato come offerta economica possa giustificare l'insorgenza di altrettanto significative differenze di punteggio. Se invece, a fronte di molteplici offerte, si ammette un criterio valutativo basato sull'analisi comparativa dei valori offerti misurandoli tra di loro e non già in rapporto alla base/tetto d'asta, si incorre matematicamente in grotteschi effetti di abnorme dilatazione dei punteggi, del tutto sproporzionati alla reale differenza (magari esigua) dei controvalori offerti, con ciò procurando attribuzione di punteggi fuorviante ed irrimediabile in sede di offerta tecnica.

5) – punto 4.1 e 4.2: contenuto minimo delle convenzioni e condizioni per l'esercizio dello jus variandi.

Per quanto possa rasantare l'ovvietà risulta utile ribadire l'esigenza che i testi delle convenzioni riconoscano l'attualizzazione dei valori delle compensazioni secondo meccanismi predefiniti a risultanza oggettiva e documentabile da fonte terza.

Alla stessa stregua la natura negoziale della convenzione (contratto di servizio) postula che anche l'esercizio dello jus variandi possa esser disciplinato solo in conformità di predefinita normativa pattizia. Ciò ha particolare rilievo in ordine alle immancabili e fisiologiche modificazioni dei programmi di esercizio in corso di appalto. Modificazioni che, oltre una soglia minimale di automatica ammissibilità con l'effetto di corrispondente riproporzionamento degli adempimenti e delle obbligazioni in capo alle parti debbano esser gestite sulla stregua di sopravvenute e specifiche intese che tengano conto della non corrispondente proporzione tra la modifica intervenenda del volume della produzione da un lato e di altri fattori a valenza economica (incidenza costi fissi, velocità commerciale, incidenza costi nelle fasce di morbida o di punta, modifiche sul livello degli introiti) dall'altro lato.



Chiarezza ed interezza di disciplina deve essere assicurata, a salvaguardia dell'equilibrio economico del contratto, anche attraverso la definizione delle modalità di pagamento e della puntualità degli adempimenti in conformità alle direttive comunitarie e quindi D.Lgs 231/02. In ogni caso risulterebbero inconcepibili, perché ontologicamente foriere di squilibrio negoziale fra le parti, clausole limitative sulla responsabilità degli enti a fronte di ritardi nei pagamenti.

6) – punto 4.10: beni essenziali e indispensabili per l'effettuazione del servizio.

La questione è magmatica e decisamente controvertibile in relazione ai molteplici profili interessati, anche di natura costituzionale.

In questa sede non ne risulta sintetizzabile la trattazione, pur con la consapevolezza che trattasi di ulteriore argomento di estrema rilevanza.

Ferma la condivisibilità di gran parte delle considerazioni espresse in proposito nel Documento di consultazione, giova magari sottolineare che la questione può essere anzitutto opportunamente perimetrata limitando l'individuazione dei beni configurabili come essenziali (essential facilities) ai soli asset realmente non duplicabili "a costi socialmente sostenibili".

Tale corretta perimetrazione è solo premessa metodologicamente opportuna per la limitazione dell'incidenza delle conseguenze implicate dall'opzione normativa riservata alla disciplina del processo; processo che reca in eredità la controvertibilità dei criteri per la determinazione dei valori di subentro e dei canoni di locazione per i beni essenziali per i quali non si proceda a cessione.

E' evidente che su questo punto si polarizzano contrapposti punti di vista finalizzati a tutele entrambe legittime: da un lato il riconoscimento al gestore uscente degli investimenti non ancora ammortizzati e ammortizzati secondo il reale valore commerciale degli stessi, dall'altro l'esigenza di scongiurare barriere d'accesso a favore dei concorrenti che godono alla vigilia della gara di posizioni di dominanza nel mercato conteso.

A tali inevitabili controversie parrebbe ragionevole ed equo porre argine mediante predefinizione dei valori degli asset posti in cessione o locazione secondo stime peritali giurate da parte di professionisti individuati dalle Presidenze dei corrispondenti Tribunali, le cui risultanze risultino trasparentemente pubblicate prima della pubblicazione dei bandi di gara.



7) – punto 4.14: clausole di trasferimento del personale.

Su questo delicatissimo e fondamentale nodo permane un equivoco di fondo recato dall'ambiguità (o, meglio, dall'insufficienza) delle legislazioni regionali e della contrattazione collettiva (CCNI, Autoferrotranvieri) in proposito. Nemmeno il Documento di consultazione interviene adeguatamente sull'argomento (né, forse, era sensato pretenderlo in quella sede), limitandosi alla sola preoccupazione di procurare a beneficio di tutti i competitori informazioni dettagliate sugli accordi sindacali applicati e sul personale oggetto di trasferimento, limitandosi a segnalare l'esigenza che i dipendenti indicati siano effettivamente individuati in base alla funzione loro assegnata, evitando la strumentale introduzione di nominativi di dipendenti non funzionali ai servizi oggetto di gara.

I rilievi espressi nel Documento non colgono, e quindi non risolvono, il cuore della questione.

Cuore della questione che è invece così riassumibile.

Si muova dal rilievo che nel contesto in cui operano le aziende di TPL l'entità dei ricavi non è significativamente mutata dal diverso grado di efficienza/efficacia del gestore.

Il vero elemento scriminante dell'efficienza/efficacia tra i gestori del TPL è costituito dalla produttività e congrua funzionalità dell'apparato produttivo, ovvero sostanzialmente dal diverso controllo dei costi di produzione. All'interno di quest'ultimi alcune voci sono pressoché simili per tutti gli operatori (acquisto bus, materie prime, ricambi, ecc.) e comunque pressoché integralmente sottratte ad un'incisiva capacità di intervento imprenditoriale.

E' altrettanto noto che le aziende di TPL sono imprese cosiddette "labour intensive", nelle quali l'incidenza del costo del fattore lavoro perviene a soglie ampiamente superiori la metà dei costi complessivi.

Il controllo del costo del lavoro è quindi una leva assolutamente decisiva per il successo, o meno, di qualsivoglia azienda di TPL, ed è quindi uno strumento per misurarne in termini comparativi l'efficienza e la competitività.

Le cosiddette clausole sociali sono state più o meno pacificamente introdotte per scongiurare il verosimile rischio di dumping sociale che deriverebbe in loro difetto. Rischio, si è detto, verosimile e tutt'altro che scongiurato dalla mera e asettica introduzione di dette clausole.



In termini di diritto del lavoro, la fattispecie del subentro di nuovo gestore in esito ad aggiudicazione di gara si configura all'interno dell'ormai amplissima nozione di cessione di azienda o di ramo d'azienda, enormemente dilatata nella configurazione che l'art. 2112 del c.c. ha mutuato da direttive comunitarie.

Si sa peraltro altrettanto bene che lo stesso diritto del lavoro disciplina le fattispecie di cessione di azienda o di ramo di azienda, in piena compatibilità con la norma civilistica di cui sopra, secondo il D.Lgs 18/01, anch'esso di derivazione comunitaria, in relazione al quale la conservazione della contrattazione collettiva già applicata nell'impresa ceduta permane solo ove non sostituita dalla corrispondente contrattazione di pari livello (evidentemente anche molto meno protettiva) applicata o applicabile da parte del gestore subentrante/acquirente. Quest'ultimo, inoltre, oltre a beneficiare dell'effetto della sostituzione automatica della propria contrattazione a quella dell'impresa acquisita, conserva tutte le libertà che l'ordinamento giuridico, anche senza scomodare il pur pertinente art. 41 della Carta Costituzionale, gli riconosce in termini di dialettica sindacale e salvaguardia dell'autonomia di condotta delle parti sociali.

In termini di diritto del lavoro il gestore subentrante ben può – ed in modo del tutto legittimo – recedere, previo breve preavviso, dalla contrattazione collettiva già applicata per sostituirla con una nuova a miglior proprio favore o addirittura per cancellarla senza sostituzione di sorta.

Come si vede, quindi, così come oggi configurata la clausola sociale è una barriera anti dumping sociale di sola carta velina, del tutto inidonea a procurare le tutele solo immaginosamente ad essa collegate ed a scongiurare conflitti sociali tanto leciti quanto acuti.

L'introduzione della mera clausola sociale, per come riferita nelle legislazioni regionali e nelle disposizioni del CCNL Autoferrotranvieri, non basta allo scopo. E' come se si domandasse ipocritamente a tutti i competitori la professione di un atto di fede, la cui apostasia immediatamente successiva all'aggiudicazione resta perfettamente impunita, anzi lecita.

E' per contro del tutto sensato riconoscere che sarebbe demenziale preconstituire meccanismi conservativi di eventuali inefficienze gestionali, di organici pletorici e di regole pattizie anacronistiche ed insostenibili; per contro risulterebbe contrario anche al buon senso precludere ad ogni lucido imprenditore l'adozione



delle leve normative e gestionali per avviare percorsi virtuosi spesso indispensabili per il risanamento di situazioni aziendali altrimenti ingovernabili. Si tratta quindi di (dover) trovare una quadra tra gli interessi e le finalità contrapposti di cui sopra. Quadra che, a prescindere da ogni impostazione ideologica sulla questione, deve comunque esser predefinita con puntualità, per evitare che all'iniquità sociale che si vuole scongiurare si aggiunga invece anche un'iniquità sostanziale nella condotta di gara e di gestione tra i vari competitori, i quali sarebbero – come allo stato oggi sono – del tutto liberi di muoversi con discrezionalità assoluta circa la persistenza o meno (in tempi e in misura) delle condizioni normo economiche con cui i lavoratori dell'azienda ceduta sono stati acquisiti in base alla clausola sociale.

La possibilità di travolgere la clausola sociale non riguarda le sole condizioni contrattuali collettive, bensì comprende anche in modo più pervasivo e grave la stessa delimitazione della platea del personale trasferito, atteso che nulla impedisce al datore subentrante di rimodulare l'organico acquisito in rapporto a nuove proprie scelte organizzative, con conseguente possibilità di ricorso a licenziamenti collettivi per riduzione di personale o individuali (plurimo) per giustificato motivo oggettivo.

In sostanza, stando così le cose, si rischia di favorire chi ritenga di gestire l'esercizio posto a gara con un numero minore di persone e/o pagandole meno. Scelta imprenditoriale in sé legittima e del tutto compatibile con la clausola sociale, che ne risulterebbe quindi assolutamente vanificata.

Si pone, quindi, un problema di certezza e uniformità di condotta da parte dei concorrenti perché costoro abbiano tutti confini, per quanto flessibili, predefiniti in termini di incidenza operativa (nel tempo e nella misura) della clausola sociale. Confini da predefinire puntualmente nello schema di convenzione tipo.

Quest'ultima, conclusivamente, o trova parametri obiettivi di esigibilità di applicazione (la cui trasgressione implichi sanzioni pesantissime fino alla revoca dell'aggiudicazione) oppure, così come attualmente concepita e menzionata nei bandi di gara, risulta del tutto fine a sé stessa ed insuscettibile di assicurare la benché minima certezza in ordine agli obiettivi per i quali è stata pensata.

Firenze, 05 Agosto 2014

Renato Mazzoncini