

Osservazioni allo schema di atto di regolazione recante misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di servizio pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.

Misura 1 – Beni strumentali per lo svolgimento del servizio

In generale gli atti di gara e i contratto di servizio (relativi sia al ferro che alla gomma) dovrebbero/potrebbero pertanto disciplinare la sorte dei soli beni acquisiti con prevalente finanziamento pubblico.

Si ritiene di inserire alla lettera a) insieme alle paline e ai sedili alla fermata anche le pensiline; alla stessa stregua alla lettera b) suggeriamo di aggiungere i capolinea attrezzati e le autostazioni.

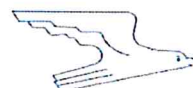
L'articolo non differenzia tra ferroviario e automobilistico generando dubbi e ambiguità (i "sistemi di controllo" del punto a) dovrebbero essere ferroviari mentre quelli del punto d) automobilistici – AVM)

Ad ogni buon conto con specifico riferimento agli impianti di servizio ed anche se limitatamente al settore del trasporto ferroviario, non si può non tenere conto che l'equa concorrenza tra imprese e l'accesso non discriminatori a tali impianti è garantita dalla direttiva 2012/34/UE (Recast) - di prossimo recepimento in ambito nazionale - che non prevede alcun obbligo di cessione/locazione degli impianti di servizio da parte del proprietario, ad eccezione del caso in cui l'impianto sia inutilizzato per due anni.

Misura 2 – Criteri per l'individuazione dei beni essenziali, indispensabili e commerciali

Nella Misura è stata introdotta una nuova nozione di "indispensabilità" del bene e previsto una specifica disciplina; la disciplina vigente in materia di TPL (d.lgs. 422/1997) prevede l'obbligo per il precedente gestore di trasferire al gestore subentrante i soli "beni essenziali" (tra questi non rientra, come noto, il materiale rotabile; cfr. art. 18).

La previsione di cui al punto 5 di una "consultazione svolta presso i soggetti portatori di interesse" per l'individuazione dei beni è troppo generica. Infatti, potrebbero essere considerati tali anche i gestori del servizio (incumbent), i potenziali competitors esterni, le associazioni dei consumatori, le organizzazioni sindacali. Più specificamente, si dovrebbe prima prevedere un confronto con gli attuali gestori e/o proprietari dei beni, con un successivo ampliamento ad eventuali altri soggetti, da identificare in maniera più precisa.





In ogni caso, prima di tutto occorre esperire il confronto tra la Stazione Appaltante ed i proprietari dei beni, individuando quelli ritenuti essenziali ed indispensabili, anche per le finalità di cui alla misura 3, punto 3, lettera a).

Misura 3 – Assegnazione dei beni dell'ente affidante per l'avvio del servizio

In generale si ripropone la stessa ambiguità tra beni relativi a servizi ferroviari e automobilistici evidenziata in Misura 2

Inoltre non è chiaro se la Misura si riferisce ai beni essenziali o ai beni indispensabili, e sembra eccessivamente ampio il riferimento contenuto all'intera misura 1, punto 1 lettera a) "beni strumentali" e quindi l'assegnazione di tutti i beni ivi previsti.

La Misura dovrebbe fare riferimento anziché alla misura 1, punto 1, lettera a), ai punti specifici della Misura 2, restituendo chiarezza su come l'ente si debba/poter comportare per i beni essenziali e per i beni indispensabili.

Per i beni di proprietà degli Enti affidanti o di loro enti strumentali è prevista la messa a disposizione a titolo di comodato, locazione o altre forme di accordo, esclusa la vendita, mentre per i beni non di proprietà degli enti affidanti o di loro enti strumentali non è chiaro se è contemplata anche la vendita.

La clausola finale del punto 2 appare difficilmente attuabile: sembra oneroso e non agevole stimare i costi della c.d. "infrastrutturazione" al fine di inserirli nel corrispettivo. Peraltro andrebbe anche precisato se in tal caso le infrastrutture divengano di proprietà pubblica, ed in tale ipotesi, si porrebbe anche il tema della selezione dell'operatore che materialmente le realizzi, delle sue qualifiche, e di quant'altro imposto in materia di opere pubbliche (anzitutto dal d.lgs. 163/06 e dal DPR 207/10).

Inoltre, sembra altrettanto difficile tradurre l'onere di "infrastrutturazione" in un parametro di valutazione delle offerte (la misura pare ragionare in termini economico/quantitativi, ma si porrebbe ovviamente anche un tema di "qualità" dell'infrastruttura offerta dal concorrente);

Infine, occorre chiarire che cosa si intenda per "garanzia per il finanziamento" prevista al punto 3, lettera b).

Misura 4 – Regime dei beni indispensabili

La misura sembra definire il regime dei "beni indispensabili" di cui alla Misura 2.2, ma non risulta chiaro quale sia il regime dei "beni essenziali" di cui alla misura 2.1.

Inoltre, non risulta evidente se il subentro nei beni pur essenziali di proprietà del gestore uscente sia garantito (a titolo di locazione o cessione) solo se previsto nel contratto di servizio del medesimo gestore uscente, ovvero in ogni caso (trattandosi appunto di beni indispensabili).



La possibilità di imporre l'obbligo di assicurare la disponibilità dei beni appare di interpretazione non univoca e di fondamento dubbio: anche perché fa riferimento a "beni indispensabili" che, per definizione iniziale (misura 2, punto 2.), non sono sostituibili. Tale imposizione si configura come un sostanziale esproprio, seppur temporaneo, che potrebbe anche essere di lunga durata in base a quanto previsto alla misura 5, punto 2.

Inoltre l'obbligo di messa a disposizione per locazione e/ vendita dei beni indispensabili (es: depositi e le officine) appare di difficile applicazione quando i bacini messi a gara siano diversi e non coincidenti con i bacini serviti dall'attuale gestore. (Es: depositi/officine utilizzate sia nel bacino posta a gara che in bacini attigui eserciti dal medesimo gestore)

Misura 5 – Criteri per la determinazione del valore di subentro

Il disposto della misura non chiarisce se il subentro riguardi qualsiasi bene, o solo quello obbligatorio nei "beni indispensabili"; ed ancora se vada riferita anche ai "beni essenziali";

La previsione della messa a disposizione temporanea di beni in caso di mancato accordo sul prezzo di cessione, mediante il pagamento di un acconto pari al valore contabile, è molto discutibile, in quanto se un bene è completamente ammortizzato il valore contabile è pari a zero, corrispondendo, di fatto, ad un comodato gratuito di durata indefinita (sino ad accordo tra le parti).

Si suggerisce la previsione, al fine di determinare il prezzo da pagare da parte del subentrante, di un meccanismo di valorizzazione degli eventuali contributi pubblici percepiti dall'uscente in relazione a quei beni;

Inoltre, appare da chiarire in termini più stringenti l'arbitrabilità delle valorizzazioni dei beni ai fini della determinazione di prezzi di acquisto.

Per garantire, infine, l'effettivo pagamento da parte dell'aggiudicatario, si potrebbe prevedere l'introduzione di una clausola sospensiva nel contratto di servizio, subordinandone l'efficacia all'incasso del valore di subentro da parte del gestore uscente.

In particolare per quanto riguarda il valore del materiale rotabile.

- la Misura prevede: $(\text{Costo storico} + \text{rivalutazione} - \text{contributo storico}) / 15 \times \text{anni vita residua}$
- non è chiaro al proposito quale sia l'indice di rivalutazione del costo storico.
- il contributo c/investimento è, in questo modo, sempre considerato sulla vita tecnica del bene (15 anni).
- il costo storico viene rivalutato in una logica di costo di sostituzione (se oggi dovessi acquistare il bene...); alla stessa stregua anche il contributo c/investimento dovrebbe seguire la medesima logica (se acquistassi oggi avrei un contributo più elevato)



Si osserva che alcune Regioni hanno in vigore normative che prevedono un vincolo differenti sul contributo c/investimento (Lombardia 10 bus extraurbani e 8 bus urbani; Toscana considera 12 anni per tutti i bus acquistati dopo il 2007...). L'applicazione della misura, in tal modo, produce:

- Plusvalenze per chi ha rilasciato il contributi nello stesso periodo di ammortamento (a prescindere che sia 15 anni, 12 anni)
- Minusvalenze per chi ha rilasciato i contributi con tempistiche più brevi rispetto il periodo di ammortamento

Infine sarebbe forse opportuno inserire un minimo di regolamentazione/trattamento dei contratti in leasing, in modo da permettere, su accordi delle parti, il subentro al contratto stesso. A differenza degli ammortamenti i contratti di leasing sono difficilmente standardizzabili quindi risulta complicato introdurre una formula di calcolo "universale".

Misura 6 – Criteri per la determinazione dei canoni di locazione

La previsione di un limite percentuale, pari al 10%, al prezzo del canone della locazione ci risulta una scelta discutibile. Si ritiene più corretto fare riferimento ai valori di mercato.

Come proposto per la misura 5 bisogna considerare gli eventuali contributi pubblici percepiti dall'uscente in relazione a quei beni ai fini della determinazione del canone da pagare da parte del subentrante. Stesso rilievo per il chiarimento circa l'arbitrabilità delle valorizzazioni dei beni ai fini della determinazione di prezzi di canoni di locazione.

Misura 8 – Trasferimento del personale

Oltre a quanto già evidenziato (in merito all'opportunità di non rappresentare automatismi di sorta), sembra inadeguato il richiamo alla "rendicontazione contabile" del gestore uscente quale unico parametro di imputazione del personale al servizio oggetto di subentro;

Misura 9 - Informazioni minime da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara

Il Prospetto 1 allegato allo schema di atto è molto esaustivo e presenta una dovizia di informazioni che consente a tutti i concorrenti un buon livello cognitivo ai fini della presentazione dell'offerta.

Tuttavia, 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 per sub-bacini, 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 e per fascia oraria 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.

Resta da vedere poi se le Stazioni Appaltanti sono in grado di reperire, elaborare e mettere a disposizione dei concorrenti le informazioni di loro stretta competenza così come definite nel prospetto n. 1 – Allegato A alla delibera n. 26/2015.

Nella previsione di una consultazione pre-gara occorre chiarire se tra i soggetti portatori di interessi debbano intendersi anche potenziali partecipanti, inclusione che comporterebbe una rigida disciplina di consultazione se non da escludere in quanto si ravviserebbe come consistente vulnus alla par condicio dei concorrenti.

In proposito, si evidenzia che la Commissione Europea nella comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento 1370/2007 (pubblicata sulla GUUE del 29/3/2014) ha espressamente suggerito agli Stati membri di applicare per la conduzione delle gare le regole procedurali “più dettagliate” sancite dalle direttive sugli appalti pubblici (2014/24/UE; 2014/25/UE) e sulle concessioni (2014/23/UE).

Con riguardo all'ipotesi specifica della consultazione pre-gara, l'indicazione della Commissione si traduce nella applicazione del disposto dell'art. 41 della Direttiva 2014/24/UE, che regola, appunto, le cautele da adottare per garantire la trasparenza e concorrenzialità in caso di gara preceduta da quelle che la stessa Direttiva definisce come “consultazioni preliminari del mercato”.

Misura 10 – Requisiti di partecipazione

La Misura 10.1 disciplina come procedere per gli “ulteriori requisiti”, ma non definisce quali siano i requisiti “di base” (rispetto ai quali questi si definiscono ulteriori), e in particolare non fornisce indicazioni per i requisiti di carattere economico-finanziario (salvo quanto indicato alla Misura 10.2) e soprattutto tecnico professionale (es: bus*km TPL, bus*km specifici urbano/extraurbano, REN)

Nel caso di previsione di una soglia minima di fatturato, se da un lato ci sembra ridondante precisare che concorre alla determinazione anche quello derivante da altri servizi locali, dall'altro richiedere che solo il 30% dello stesso sia riferito ai servizi di TPL sembra francamente troppo bassa. Tale previsione rischia di consentire la partecipazione alle gare anche ad operatori che non hanno esperienza specifica e consolidata nell'ambito del TPL. Recependo anche in questo caso il rinvio della Commissione Europea alle norme procedurali previste dalle Direttive in materia di appalti e concessioni (vedi sopra), non può sfuggire il palese contrasto della soluzione



proposta con le previsioni dell'art. 36 della Direttiva 2014/23/UE, là dove per assicurare la capacità tecnica dei candidati e concorrenti è espressamente stabilito che i requisiti tecnici e funzionali *“definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione”*, in tal modo risultando esplicitamente esclusa la possibilità di operare una prequalifica prevalentemente (70% del fatturato specifico) in base a indici di competenza estranei al servizio da aggiudicare.

Alla Misura 10.2, la generica definizione “servizi locali di utilità pubblica” lascia intendere che non si riferisca solo a servizi di Trasporto; a maggior ragione il limite del 30% appare molto limitato. Occorre anche precisare cosa si intende per “servizi di trasporto pubblico locale oggetto del bando di gara”. Recenti bandi di gara hanno inteso, come servizi specifici, non l'insieme dei servizi TPL, ma specificatamente la tipologia di servizi oggetto di gara (es: TPL extraurbano).

Misura 11 – Criteri di aggiudicazione

La previsione, orientata all'innovazione tecnologica ed al contrasto all'evasione tariffaria, non valorizza adeguatamente gli investimenti, specie sul materiale rotabile, ed eventuali servizi aggiuntivi che il concorrente potrebbe offrire. In particolare, la Misura 11.1, ove riporta i termini “tra l'altro”, sembra suggerire elementi aggiuntivi e innovativi rispetto ai “normali” criteri di valutazione delle offerte, quali ad esempio il rinnovo del parco rotabile, che essendo comunque i più consistenti in termini economici (capacità di investimento) e i più diretti ai passeggeri e quindi immediatamente percepibili come miglioramento della qualità del servizio, andrebbero riproposti con maggior enfasi.

Manca ogni riferimento agli obblighi previsti per i gestori dal Regolamento Comunitario n. 181/2011 sui diritti dei passeggeri trasportati con autobus (definitivamente in vigore dal 2015).

L'introduzione di criteri di valutazione di offerte che considerino proposte di partecipazione di soggetti terzi, sia pubblici che privati, solleva dubbi di legittimità dato che si configura come attribuzione di un punteggio premiante al concorrente (magari un soggetto privato) che, acquisendo partnership con uno pubblico, solo in virtù dell'impegno di quest'ultimo ad un proprio contributo finanziario.

In particolare non chiarisce in che termini un cofinanziamento di privati possa essere oggetto di miglior valutazione dell'offerta.

Misura 12 – Criteri per la redazione del Piano economico-finanziario simulato da parte dell'ente affidante

Per quel che riguarda i criteri di aggiornamento delle tariffe e le misure di promozione dell'efficienza è stato delineato un sistema di incentivazione che combina un



meccanismo di regolazione tariffaria con *price cap* ed un meccanismo di adeguamento dei corrispettivi da contratto di servizio con *subsidy cap*. Si ritiene che tale metodo potrebbe tuttavia non essere idoneo a garantire l'equilibrio economico delle imprese regolate.

Le equazioni di *price cap* e *subsidy cap* sono infatti tra loro svincolate; pertanto le due componenti di ricavo (tariffe e corrispettivi) potrebbero non garantire la copertura integrale del totale dei costi connessi ad uno specifico contratto di servizio, inclusa una congrua remunerazione del capitale investito.

La dinamica tariffaria e l'andamento dei corrispettivi, in altre parole, non garantiscono che $St + Tt = Ct$, dove Ct è il totale dei costi connessi ad uno specifico contratto di servizio, inclusa una congrua remunerazione del capitale investito.

Al fine di assicurare l'equilibrio fra i costi efficienti e i ricavi (mantenendo comunque un efficace incentivazione), parrebbe più idoneo un criterio c.d. di *cost cap*; la definizione cioè di un tetto al totale dei costi. In tal caso gli enti locali potrebbero scegliere (i) se predeterminare con *price cap* la dinamica tariffaria, derivando per differenza quella dei corrispettivi necessari a coprire il totale dei costi; (ii) oppure predeterminare con un *subsidy cap* la dinamica dei corrispettivi, ricavando per differenza quella delle tariffe.

Si noti infine che l'articolo 18, comma 2, lettera g) del d.lgs. 422/97 richiamato nello schema de quo (che rimanda a sua volta all'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481), riguarda esclusivamente la determinazione delle tariffe (non dei corrispettivi).

Manca ogni riferimento alla normativa nazionale sui costi standard in via di emanazione.

Misura 15 – Criteri per la redazione del piano economico-finanziario da parte dei concorrenti

La predisposizione di un piano economico-finanziario da parte dei partecipanti alla gara è giustificata solo se posta come prescrizione obbligatoria per tutti i competitors: ci sembra di nessun significato la previsione di una mera facoltà dei concorrenti.

Misura 18 – Durata e proroga dei contratti di servizio

Oltre alla puntuale individuazione della possibilità di disporre la proroga dell'affidamento, occorre chiarire che la disciplina di gara deve definire preventivamente in modo netto e trasparente le condizioni di proroga. A tal riguardo appare singolare che la stessa misura non rinvii espressamente alle indicazioni in proposito fornite dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa sopra citata, proprio in riferimento alla corretta attuazione della facoltà di proroga ammessa dall'art. 4, comma 4, del Regolamento 1370/2007.

La previsione di disporre una proroga come soluzione per promuovere investimenti o il raggiungimento di determinati target di qualità deve risultare come clausola contemplata negli atti di gara.



Misura 20 – Modifiche contrattuali

In coda al punto 1 sarebbe opportuno aggiungere: “*...e l'equilibrio economico del contratto*”



Ulteriori considerazioni finali.

In generale, per quanto specificamente riguarda criteri di aggiudicazione, requisiti di partecipazione e l'architettura delle future gare, le disposizioni sono estremamente generiche con la conseguenza che si continuerà a vedere gare molto diverse tra di loro.

Se, nella sua impostazione complessiva, il lavoro e l'intervento dell'ART vi pare positivo, si reputa di invitare l'ART ad un maggior dettaglio, specie in tema di criteri di aggiudicazione e di attribuzione dei punteggi, dove si potrebbero proporre prescrizioni che restringano la discrezionalità delle singole stazioni appaltanti.

In particolare non vi sono indicazioni sulle modalità e formule da preferire per la valutazione economica dell'offerta, e sul "range" di rapporto di punteggio tra offerta tecnica ed offerta economica

Anche in merito alla procedura da utilizzare per le gare di servizi di TPL, manca una qualsiasi indicazione/valutazione (Procedura ristretta rispetto a procedura aperta).

Alla luce di ciò sarebbe quanto meno opportuno replicare nell'atto di regolamentazione l'indicazione formulata dalla Commissione Europea nella comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento 1370/2007 (pubblicata sulla GUUE del 29/3/2014), dove è stato precisato che: *"benché non sia obbligatorio, gli Stati membri possono applicare le regole procedurali più dettagliate della legislazione UE in materia di appalti pubblici, quali la direttiva 2014/24/UE e la direttiva 2014/25/UE o la direttiva 2014/23/UE relativa alle concessioni"*.

Non ci sono indicazioni circa la definizione e dimensionamento del "bacino ottimale" e tra bacino di programmazione (che potrebbe essere anche regionale) e bacino di gara (suddivisione del bacino regionale in più lotti per favorire la concorrenza), in particolare per il TPL automobilistico.

Si riporta di seguito, per completezza, quanto già osservato nella precedente consultazione del giugno 2014 /(inviata all'ART nell'agosto 2014)



Precedente consultazione del giugno 2014

A corredo delle osservazioni allo schema di regolamento oggetto dell'attuale consultazione, di seguito si riportano alcuni rilievi suggeriti per la precedente consultazione proposta con delibera di codesta rispettabile autorità n. 46/2014 del 19 giugno 2014 che non sono state tradotte in misure di regolazione (vedi estratto da lettera Busitalia prot. 204 del 5/08/2014)

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 scala 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.

2) 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.

3) 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 includibile 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.



4) 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.

5) 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 (CCNL Autoferrotranvieri) in proposito.

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 dilatatasi 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.

L'introduzione della mera clausola sociale, per come riferita nelle legislazioni regionali e nelle disposizioni del CCNL Autoferrotranvieri, non basta allo scopo. E' per contro del tutto sensato riconoscere che sarebbe demenziale preconstituire meccanismi conservativi di eventuali inefficienze gestionali, di organici pleotorici 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 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, 18 Aprile 2015