



MASSIMO MALENA  
& ASSOCIATI

*Consultazione pubblica sullo schema di atto di regolazione recante la “Revisione della delibera n. 49/2015 - Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l’assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, nonché per la definizione degli schemi dei contratti di servizio affidati direttamente o esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica”*

## *Osservazioni*

In riferimento alla procedura di consultazione di cui all'oggetto, alla luce dell'attività professionale stabilmente prestata nel settore di riferimento da Massimo Malena & Associati, si offrono all'attenzione di codesta Autorità le seguenti osservazioni.

In primo luogo, si ritiene che l'attività di regolazione svolta dall'Autorità nel settore dell'aggiudicazione dei servizi di TPL, rivesta un'importanza determinante nel mercato di riferimento ed uno dei compiti maggiormente qualificanti tra le funzioni assegnate dal legislatore all'Autorità. Per tali ragioni, si accoglie con favore l'iniziativa dell'Autorità auspicando la più ampia diffusione ed applicazione dell'atto di regolazione nell'ambito delle procedure adottate dagli enti affidanti.

## **1. Questioni di carattere generale inerenti l'impianto dell'atto di regolazione e l'intervento dell'Autorità**

### **1.1. Sulla inderogabilità delle misure**

Come emerge dalla relazione illustrativa, con lo schema di atto in consultazione l'Autorità – alla luce degli esiti dell'attività di monitoraggio che hanno confermato il permanere delle situazioni di contesto e di criticità già individuate prima dell'adozione della delibera 49/2015 - ha inteso incidere in maniera più pregnante su dette situazioni, perseguendo obiettivi di effettiva contendibilità delle procedure di affidamento, efficienza ed efficacia.

In tale prospettiva, il Titolo II contiene misure regolatorie finalizzate a realizzare una partecipazione paritaria e non discriminatoria alle procedure di affidamento di tutte le imprese potenzialmente interessate (*level playing field*), oltre che a garantire la trasparenza della procedura.

Senonché – anche alla luce dell'esperienza applicativa della delibera n. 49/2015 – si sono registrate notevoli difficoltà nel far concretamente affermare la cogenza e

l'inderogabilità delle misure di regolazione, in specie nei rapporti con gli enti affidanti. In particolare, è stata contestata la chiara potestà degli atti di regolazione di imporsi come parametro di legittimità rispetto agli atti amministrativi delle procedure di aggiudicazione. Tali incertezze in ordine all'effettiva valenza ed efficacia giuridica delle misure, ne hanno limitato il carattere di “*giustiziabilità*”.

La condizione ora descritta rappresenta – a parere degli scriventi - un rischio per l'intero mercato, poiché ove dovessero emergere dubbi in ordine all'inderogabilità degli obblighi ricadenti sui diversi *stakeholders*, potrebbero generarsi differenti comportamenti degli OE nell'ambito delle procedure di aggiudicazione, fondati esclusivamente sulla incerta applicazione delle misure.

Sotto tale profilo, da un lato, è apprezzabile lo sforzo definitorio dell'Autorità in ordine al campo di applicazione dell'atto di regolazione, dall'altro, sarebbe auspicabile che – mediante apposita modifica normativa – l'Autorità fosse dotata di maggiori poteri di intervento limitatamente alla specifica materia di cui trattasi, quantomeno in ipotesi di gravi violazioni delle misure di regolazione, ovvero di rifiuto/diniego di applicazione dell'atto regolatorio. Un possibile riferimento, in tale campo, è l'azione diretta dinanzi al giudice amministrativo, sul modello già sperimentato – per l'AGCM - con l'art. 21**bis** L. 287/1990.

\*\*\*

## **1.2 Sulla implementazione del contenuto della Relazione ex art. 34**

Con le misure in consultazione, l'Autorità ha implementato il contenuto della Relazione ex art. 34, D.L. 179/2012.

In particolare, si prevede che la stessa debba contenere – al di là del contenuto obbligatoriamente imposto dalla legge – anche:

1. gli esiti della procedura di consultazione per l'individuazione dei beni essenziali e indispensabili e le loro modalità di trasferimento;

2. le modalità adottate ai fini della messa a disposizione dei beni essenziali ed indispensabili, come pure il valore di subentro di ciascun bene indispensabile, specificando al contempo le modalità di aggiornamento/revisione della valutazione in funzione della data di effettivo inizio dell'affidamento e di stipula del CdS;

3. in caso di previsione di requisiti di partecipazione ulteriori a quelli prescritti per legge, le motivazioni poste a sostegno dell'introduzione di ogni requisito aggiuntivo.

Sul punto, si osserva preliminarmente che le finalità ed il contenuto della relazione sono fissate direttamente dal legislatore e che le norme in vigore non attribuiscono specifiche competenze all'Autorità in ordine all'implementazione dei contenuti di un atto i cui confini sono definiti dalla legge. Si evidenzia per di più come l'implementazione nei termini anzidetti del contenuto della Relazione, rispetto a quanto previsto dall'art. 34, rischia di non conciliarsi con le tempistiche della procedura di aggiudicazione, nonché con la scansione temporale degli atti propedeutici alla procedura sin dalla pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

Ed infatti, seguendo le prescrizioni della proposta in oggetto, la relazione dovrebbe già contenere gli esiti della consultazione e conseguentemente collocarsi certamente dopo la pubblicazione dell'avviso di ex art. 7 e immediatamente prima dell'avvio della procedura selettiva o dell'atto di affidamento diretto.

Modifiche proposte:

In tale prospettiva si propone di modificare le misure nn. 4.10, 5.6, 6.4, 7.6, 9.10, 14.3 e 19.6, eliminando l'inciso "*nell'ambito della relazione ex art. 34*".

\*\*\*

## 2. Questioni inerenti le singole Misure

### 2.1 Sul campo di applicazione delle misure – Misura 1

In riferimento all'ambito di applicazione della delibera, si evidenzia un primo profilo di criticità nell'applicabilità *ratione temporis* dell'atto regolatorio, che collide con alcuni importanti principi che assistono l'ordinamento giuridico; ci si riferisce in particolare al principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto, quali corollari al principio di irretroattività.

Si tratta, infatti, del criterio regolativo posto a tutela della fondamentale esigenza di certezza delle regole del mondo giuridico, canone essenziale del modo di manifestarsi del potere pubblico e del rapporto tra autorità pubblica e soggetti regolati.

Il doveroso rispetto dei richiamati principi, in uno con l'esigenza di non produrre dilazioni delle procedure di affidamento già avviate, impone che il nuovo atto regolatorio possa trovare applicazione esclusivamente alle procedure avviate successivamente alla sua entrata in vigore.

Ed infatti, una diversa previsione, quale quella contenuta nello schema in consultazione, finisce col travolgere la fasi di negoziazione già espletate (e magari concluse) con l'ente affidante in caso di affidamento diretto, ma anche le attività propedeutiche e prodromiche all'affidamento, in caso di procedure competitive.

Tale conclusione, peraltro, è ulteriormente imposta dal principio del "*tempus regit actum*", quale sintesi dei principi di irretroattività e non ultrattività delle norme.

Or, l'atto di avvio di una procedura di affidamento dei servizi di TPL, quanto in ipotesi di procedura competitiva, tanto in ipotesi di affidamento diretto, è costituito dall'avviso di preinformazione ex art. 7, par. 2 del Reg. CE 1370/2007.

Si ritiene, pertanto, opportuno individuare il *discrimen* per la soggezione o meno della procedura di affidamento all'atto regolatorio proprio nella pubblicazione del predetto avviso.

\*\*\*

Peraltro, il doveroso ed ineludibile rispetto dei richiamati principi, impone altresì - a fronte della portata innovativa e rilevante degli obblighi imposti dall'Autorità - che gli stessi non operino retroattivamente, con riferimento ai CdS già in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore della delibera, ma abbia un ambito applicativo limitato ai soli CdS sottoscritti in data successiva all'entrata in vigore dell'atto regolatorio.

Una previsione come quella contenuta nella misura in consultazione, infatti, è idonea a generare evidenti profili di contrasto con il regime di regolazione della revisione, già previsto nei contratti.

Si rende dunque necessario modificare la misura, anche in riferimento all'ambito di applicazione delle misure concernenti la fase esecutiva dei CdS di cui al Titolo III dello schema, escludendo la loro applicazione ai CdS già stipulati.

Modifiche proposte:

“Le Misure di cui al presente atto si applicano **alle procedure di affidamento e ai** ai contratti di servizio (di seguito: CdS) ~~affidati con gara per i quali, nel caso di procedure aperte, il bando di gara~~ l'avviso di preinformazione di cui all'articolo 7, par. 2, del regolamento (CE) 1370/2007) è pubblicato successivamente alla data di entrata in vigore del presente atto regolatorio, e, ~~nel caso di procedure ristrette, le lettere di invito sono inviate successivamente a tale data. Relativamente agli affidamenti diretti o in house, le predette Misure si applicano ai CdS per i quali il provvedimento di approvazione dell'atto di affidamento è pubblicato in data successiva a quella di entrata in vigore del presente atto~~”

A fronte di tale modifica, si rende altresì necessario eliminare i commi 2, 3 4 e 5 della misura 28.

\*\*\*

## **2.2 Sulla fissazione del valore di subentro materiale rotabile – Misura 9**

Si portano all'attenzione dell'Autorità le forti criticità rinvenibili nella mancata indicazione di criteri contabili univoci, quanto meno ai fini dell'applicazione della delibera. In tal modo viene rimessa la determinazione del valore dei beni alla discrezionalità delle scelte contabili effettuate dall'operatore.

Si suggerisce pertanto l'indicazione di criteri univoci ai soli fini dell'applicazione della delibera, sia in tema di valorizzazione dei beni, sia con riferimento ai criteri di redazione del PEF simulato e del PEF redatto dagli operatori economici (ferma restando la discrezionalità di ciascun operatore nelle scelte gestorie e contabili che non concernono l'applicazione dell'atto regolatorio).

\*\*\*

## **2.3 Sul set informativo minimo – Misura 18**

A fronte della scelta dell'Autorità di implementare le informazioni richieste dall'art. 7 del Regolamento, si evidenzia come la *ratio* dell'avviso in questione – sintetizzata nel considerando 29 - è rinvenibile nell'esigenza di preavvisare gli operatori della mera intenzione di un'amministrazione di procedere ad affidare uno specifico contratto, sì da consentirgli di prepararsi in tempo utile. In tal senso, l'art. 7 richiede esclusivamente l'indicazione dell'autorità competente, del tipo di aggiudicazione previsto, dei territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione, della data di inizio e della durata stimata dell'affidamento.

La predetta finalità dell'avviso, pertanto, fa sì che le informazioni da mettere a disposizione dei concorrenti sono state individuate a monte a livello di legislazione comunitaria. Nessuna diversa ed ulteriore finalità può essere attribuita all'avviso.

Le ulteriori informazioni ritenute necessarie, pertanto, dovrebbero essere pubblicate nella successiva fase della procedura e non con l'avviso di preinformazione.

Ciò premesso, si evidenzia come il set informativo richiesto nell'Annesso 6 contiene dati che potrebbero non essere nella concreta disponibilità della S.A. già in sede di preinformazione (e, dunque, un anno prima dell'avvio della gara).

Modifiche proposte:

A fronte di tanto, si propone di eliminare dal set informativo di cui all'annesso 6 tutte le informazioni ulteriori rispetto a quelle indicate all'art. 7, par. 2 del Regolamento CE 1370/2007.

\*\*\*

#### **2.4 Sulla clausola sociale – Misura 21**

La disciplina della clausola sociale contenuta nella misura in oggetto si caratterizza per uno scostamento dal dettato normativo di cui all'art. 48 D.L. 50/2017, sotto diversi profili.

Con la norma in commento, infatti, il legislatore non si è limitato a delegare all'Autorità la definizione della clausola sociale, ma ne ha definito a monte i contenuti; sulla scorta di tale circostanza, non si comprende come la misura possa in qualche modo discostarsi dal tenore letterale della disposizione nazionale. In concreto, infatti, il legislatore sembra essersi avvalso della facoltà prevista dal legislatore comunitario all'art. 4, parr. 4-ter e 5 del regolamento n. 1370/2007, rendendo applicabili le disposizioni relative al trasferimento d'azienda.



In concreto l'art. 48 richiama le seguenti prescrizioni:

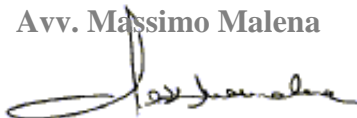
- previsione della clausola sociale in caso di subentro;
- passaggio senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente (con esclusione dirigenti);
- applicazione contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente;
- rispetto delle garanzie minime disciplinate dall'art. 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE.

Pertanto, non sembrano coerenti con il testo della disposizione normativa citata, le condizioni di applicazione della misura che richiamano la assimilabilità tra i servizi oggetto di affidamento, il richiamo all'effettivo fabbisogno di personale, nonché il riferimento alla preferenza rispetto a soggetti terzi.

Da ultimo si evidenzia come – nonostante l'espressa indicazione in tal senso da parte dell'art. 48 del D.L. 50/2018 – manca nella misura n. 21 la disciplina relativa al versamento all'INPS del trattamento di fine rapporto relativo ai dipendenti del gestore uscente.

**Roma 1 marzo 2019**

**Avv. Massimo Malena**



**Avv. Bruno Bitetti**



**Avv. Sarah Fionchetti**

