

OSSERVAZIONI

schema atto di regolazione procedure assegnazione servizi TPL

Preso visione dello schema di atto di regolazione redatto dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti ed avente ad oggetto le misure di carattere generale per la redazione dei bandi e delle convenzioni di gara per l'affidamento dei servizi di TPL, si formulano le seguenti osservazioni sui vari titoli che compongono il documento.

Titolo I - Bando di Gara

Capo I - Misure regolatorie in materia di beni strumentali per l'effettuazione del servizio e di personale

Le misure da 1 a 8 riguardano sia la definizione e classificazione dei beni strumentali destinati all'esercizio dei servizi di TPL che la loro ripartizione nelle categorie dei beni essenziali, indispensabili e commerciali, assoggettati a diverse discipline per la loro assegnazione in riferimento al servizio da esercitare.

Resta, però, insoluto, ad avviso dello scrivente Osservatorio, il principale dubbio che l'intera procedura suscita: e cioè come possa conciliarsi con l'impostazione data relativa alla obbligatorietà del trasferimento di tale categoria di beni il permanere di quella parità di trattamento e di quella omogeneità di posizioni tra imprese concorrenti che dovrebbero essere i presupposti per garantire il rispetto di quel regime di concorrenzialità che rappresenta il fondamento della riforma avviata in sede comunitaria e la giustificazione stessa dell'introduzione delle procedure di gara per l'affidamento di tale tipologia di servizi. Non sembra, infatti, contestabile che l'introduzione dell'obbligo generalizzato delle procedure concorsuali di gara trovi la sua giustificazione proprio nell'estensione dell'apertura del mercato del TPL alla concorrenza, intesa nella sua accezione più ampia, e cioè quale concorrenza sia per il mercato che nel mercato, secondo le ultime indicazioni fornite dalla giurisprudenza che fanno giustizia di tutti i tentativi precedenti volti a restringere la portata della regola concorrenziale alla sola concorrenza per il mercato in modo da salvaguardare soprattutto le posizioni dominanti delle società pubbliche di proprietà degli enti locali.

La previsione di tutele garantiste sia nei confronti del personale che della stessa impresa in precedenza esercente il servizio perduto in sede di aggiudicazione rappresentano un vulnus del sistema che impedisce alla metodologia di aggiudicazione scelta di raggiungere i suoi obiettivi e di porsi quale effettivo strumento di crescita imprenditoriale e di miglioramento della qualità dei servizi. Sembra che l'ossessione della protezione a tutti i costi delle posizioni pregresse, sia lavorative che

gestionali, abbia fatto dimenticare le ragioni vere e profonde della riforma comunitaria che o si accetta o si contesta, ma non può essere annacquata con palliativi del tutto estranei alle effettive esigenze del settore.

Basta riflettere su alcune conseguenze che potrebbero scaturire da una applicazione letterale e formale delle misure previste dallo schema di regolazione in materia di trasferimento dei beni strumentali.

Sotto il profilo operativo qualsiasi soggetto dotato di liquidità potrebbe proporsi quale gestore di un servizio di TPL. La liquidità gli servirebbe per offrire un prezzo equo per la locazione o l'acquisto dei beni strumentali destinati al servizio dal precedente gestore; l'istituto dell'avvalimento gli consentirebbe di dotarsi dei requisiti richiesti sia in termini di produzione chilometrica che di fatturato. Non diciamo che vi è la certezza che una cosa del genere accada; diciamo però che solo il fatto che la normativa potrebbe consentirla dimostra quanto essa sia distante dal soddisfare i principi ed i criteri sui quali la riforma è stata costruita.

A prescindere da una ipotesi così radicale, ben più numerose potrebbero essere le conseguenze potenzialmente verificabili e che condizionerebbero negativamente l'attività imprenditoriale incidendo sulla stessa possibilità di svolgerla. Occorre, infatti, sottolineare che l'attività imprenditoriale, specie dopo l'intervenuta liberalizzazione del trasporto persone su strada, non si limita solo ed esclusivamente all'esercizio di servizi di TPL, ma comprende anche l'esercizio sempre più numeroso di servizi regolari di linea effettuati a rischio di impresa e di servizi di noleggio su richiesta di singoli committenti. Il che significa la destinazione potenziale della struttura aziendale allo svolgimento di una pluralità di servizi. Il che significa, altresì, che una impresa, nonostante la perdita del servizio di TPL che in precedenza svolgeva, avrebbe la possibilità di poter sostituire il servizio perduto o con altri servizi di TPL aggiudicati a seguito della sua partecipazione ad altre gare del genere, oppure con l'estensione della sua attività sul mercato dei servizi liberalizzati. Ma come potrebbe intraprendere questa sua attività diversificata se fosse obbligata a cedere, sia pure in locazione, i propri beni strumentali al nuovo gestore? Attribuire alle risultanze di una procedura di carattere amministrativo un effetto di tale rilievo, potrebbe anche creare forti perplessità sotto il profilo della violazione della libertà d'impresa garantita dalla Costituzione. Senza contare l'indubbio vantaggio di cui verrebbe ad usufruire qualsiasi nuovo operatore destinato ad aggiudicarsi il servizio, mantenendo, sia pure sotto altra forma e modalità, quelle condizioni di disuguaglianza che in precedenza si celavano dietro i due fattori della discrezionalità amministrativa e della tutela delle posizioni preferenziali, e che la riforma comunitaria ha inteso superare introducendo le regole di concorrenzialità.

Sotto il profilo occupazionale, può anche ritenersi encomiabile la finalità di tutela del personale addetto ai servizi di TPL, ma non crediamo che tale finalità possa estendersi fino a prevedere l'obbligo del trasferimento di tale personale dall'impresa cessata all'impresa subentrante. Senza dover richiamare l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia che ha contestato e definito incompatibile con i principi di accesso al mercato l'obbligo di assunzione del personale del precedente gestore (Corte di

Giustizia - Sez. I , sentenza 9 dicembre 2004 - causa C 460/02), basterebbe soffermarsi maggiormente sulle conseguenze che un obbligo del genere determinerebbe per rendersi conto degli effetti negativi che esso sarebbe in grado di provocare, non compensabili dagli eventuali ridotti benefici che potrebbe generare.

Si è già ricordato in precedenza che l'attività professionale di una impresa di trasporti, specie dopo il riconoscimento del diritto al suo esercizio e la conseguente apertura dei rispettivi mercati sui quali tale attività può esplicarsi, non si esaurisce nell'ambito del trasporto pubblico locale, cosicché l'impresa di trasporto in quanto tale continua a sussistere e ad essere operativa anche in caso di cessazione di parte od anche di tutti i servizi di TPL esercitati. Imporre un trasferimento coattivo del personale addetto a tali servizi finirebbe inevitabilmente per incidere sull'attività di impresa, violando la maggiore conquista derivante dalla riforma e cioè il diritto al libero esercizio dell'attività economica nel campo del trasporto persone su strada, che è l'ultimo settore del trasporto persone liberalizzato dall'ordinamento comunitario dopo il trasporto aereo, ferroviario e marittimo, e che gli ordinamenti degli Stati membri sono tenuti a garantire e rispettare in tutte le sue forme senza possibilità di limitarne od impedirne lo svolgimento. Con l'introduzione di un vincolo generalizzato del genere si finirebbe per impedire all'impresa professionale di valutare la possibilità di estendere la propria attività anche al di fuori del campo del TPL tradizionale, avvalendosi del proprio personale dotato di esperienza e di professionalità maturati nei precedenti anni di servizio per offrire immediatamente sul mercato servizi nuovi ed alternativi ad alto contenuto di efficienza e di qualità. Se compito dell'intervento predisposto dall'Autorità è quello di fare chiarezza e di stabilire alcune regole fondamentali per evitare il moltiplicarsi di un contenzioso dannoso per la regolarità e l'efficienza di servizi tanto essenziali, allora si chiede una attenta riflessione sul punto che giunga a garantire per quanto più possibile la tutela del posto di lavoro ma che eviti l'effetto di una priorità anacronistica se rapportata alla libertà di impresa che è diritto costituzionalmente tutelato.

Per di più, occorre anche attentamente considerare gli effetti negativi sotto il profilo strettamente economico che potrebbero scaturire dalla cessazione cumulativa del rapporto di lavoro da parte di tutti i dipendenti o di un numero considerevole di essi, imponendo all'impresa cedente il saldo contestuale del TFR per tutti i dipendenti ceduti, con appesantimenti economici in grado anche di creare i presupposti per istanze di carattere fallimentare.

Ad avviso dello scrivente Osservatorio, la possibilità di regolamentare i passaggi ed i trasferimenti sia dei beni strumentali che del personale da una impresa ad un'altra in caso di sostituzione nell'affidamento di un servizio di TPL non potrebbe essere espressione di un obbligo normativo, ma di una intesa contrattuale basata sul consenso e sulla disponibilità dell'impresa sostituita alla vendita od alla locazione dei beni strumentali di proprietà od al trasferimento del personale addetto al servizio cessato, limitando e circoscrivendo l'obbligo, anche in assenza di consenso e di disponibilità, ai soli casi in cui il comportamento dell'impresa

sostituita dimostri la volontà di procedere alla chiusura od al ridimensionamento dell'attività imprenditoriale ed alla cessazione del rapporto di lavoro con tutto il personale o con quello ritenuto in esubero.

Il che, però, significa tener fuori dai bandi di gara e dalle procedure amministrative per l'affidamento dei servizi di TPL la regolamentazione, soprattutto economica, di tali elementi, limitandosi l'ente affidante a pretendere dall'impresa esercente una dichiarazione di intenti con la quale l'impresa stessa si impegni ad un determinato comportamento in caso di perdita del servizio, da porre a conoscenza di qualsiasi altro concorrente affinché valuti le modalità e condizioni di offerta ritenute più vantaggiose.

Capo II - Equa e non discriminatoria partecipazione alle gare

La misura 9 prevede quale possibilità l'avvio delle procedure di consultazione dei soggetti portatori di interessi alla partecipazione alla gara da indire. Sarebbe opportuno che tale previsione fosse resa obbligatoria per evitare quella che è ormai una prassi nel settore, e cioè l'assoluta discrezionalità nella fissazione dei tempi di presentazione dei bandi di gara, spesso addirittura pubblicati in vicinanza di festività, con l'obiettivo di ridurre al minimo le partecipazioni delle imprese interessate, con la conseguente possibilità di indirizzare l'esito delle gare verso soluzioni preventivamente ipotizzate, se non proprio decise.

Nei confronti di gare dalle dimensioni quale quelle finora ipotizzate, i termini fissati dal codice degli appalti risultano del tutto insufficienti a garantire quella comprensione e cognizione del complesso dei servizi posti a gara, in modo da creare indirettamente condizioni di favore per le imprese già esercenti, come dimostrato dalle risultanze della gare fin qui svolte che quasi sempre si sono concluse con l'assegnazione allo stesso precedente gestore. Prevedere un passaggio preliminare alla indizione della gara con il quale informare tutti i potenziali soggetti interessati non solo della volontà di indire una gara, ma anche della dimensione operativa che si intende dare alla stessa, significherebbe aumentare le condizioni di uguaglianza e di pari opportunità di tutte le potenziali imprese concorrenti. Non deve essere dimenticato a tale riguardo che proprio l'ultimo regolamento comunitario n. 1370/07/CE prevede espressamente l'obbligatorietà di far conoscere le intenzioni della stazione appaltante almeno un anno prima della data di indizione della gara: ed è questo un vincolo che è destinato a diventare norma generale al termine del periodo transitorio scadente nel 2019.

Capo III - Presentazione delle offerte, piano economico-finanziario

Sarebbe opportuno che venisse meglio specificata la funzione del costo standard rispetto alla "*congruità del corrispettivo posto a base d'asta*" di cui al punto 3 della misura 12. Non è da oggi che, sulla scorta delle ultime disposizioni normative, lo scrivente sostiene che la funzione del costo standard, destinato a sostituire l'anacronistico costo storico, debba essere circoscritta alla quantificazione dei flussi finanziari destinati ad incrementare il Fondo Nazionale Trasporti ed a stabilire le percentuali di

ripartizione tra le varie Regioni, ma non può essere estesa fino a farlo diventare il parametro di riferimento per la determinazione del corrispettivo inteso quale elemento del rapporto contrattuale da attivare con l'impresa aggiudicataria. In altre parole, il costo standard dovrebbe essere destinato a stabilire l'ammontare dei finanziamenti da trasferire all'Ente regione per la soddisfazione dell'intera rete dei servizi di TPL presenti sul territorio. Ma una volta quantificato il globale, la distribuzione dello stesso nelle varie gare da indire per realizzare gli obiettivi fissati, non può essere uniforme ed omogenea avendo solo quale riferimento il numero di chilometri, così come erroneamente finora fatto, ma deve essere basata sulla effettiva valutazione dei costi necessari a gestire la rete da mettere a gara, in modo da favorire con un corrispettivo maggiore le reti più disagiate, sia in termini di costi di esercizio (ad esempio reti destinate a servire centri montani), sia in termini di utenza ridotta per la desertificazione di vaste aree rurali che pure necessitano di collegamenti pubblici.

Appare anche opportuno un chiarimento sulla portata del PEF simulato che le amministrazioni affidanti devono predisporre per stimare la congruità del corrispettivo posto a base d'asta e la sostenibilità delle offerte presentate dai partecipanti alla gara. Un obbligo del genere risulta di estrema importanza per evitare che possano aggiudicarsi i servizi le imprese più spericolate o quelle che contano sulla inefficacia dei controlli a posteriori per presentare offerte tecnologiche od economiche prive di qualsiasi effettivo riscontro con la realtà, ma presentate solo per spiazzare i concorrenti ed ottenere l'aggiudicazione dei servizi.

Al riguardo sarebbe di estremo interesse per la garanzia di una equa e non discriminatoria partecipazione alle gare che almeno gli elementi più importanti del PEF predisposto dalle amministrazioni siano espressamente richiamati dal bando di gara quali obiettivi da realizzare nel corso dell'affidamento, limitando la portata del piano economico-finanziario da parte dei concorrenti alla indicazione dei criteri e delle modalità che ciascuno di essi intende offrire per ottimizzare gli obiettivi fissati dalle amministrazioni.

Dovrebbe, inoltre, risultare con la maggiore chiarezza possibile che i piani economici-finanziari che i singoli concorrenti sono tenuti a predisporre a sostegno delle rispettive offerte (misura 15), non rappresentano autonome previsioni di costruzione delle reti oggetto di gara e dei rispettivi programmi di esercizio, ma indicano i livelli qualitativi e le condizioni economiche offerte per la gestione degli elementi fissati dalle stazioni appaltanti nei piani economici-finanziari da esse predisposte a corredo dalla correttezza di quantificazione del prezzo posto a base d'asta.

Consentire, infatti, che siano i concorrenti stessi a predisporre un proprio piano economico-finanziario che non sia circoscritto agli elementi indicati dalle amministrazioni potrebbe falsare quella equa e non discriminante partecipazione che pure viene indicata quale finalità primaria. Infatti, lasciare una ampia libertà nella predisposizione di questi piani aziendali creerebbe una sperequazione non facilmente colmabile a favore dei precedenti gestori che potrebbero avvalersi delle conoscenze acquisite

nell'esercizio per offrire condizioni di miglioramento delle criticità riscontrate nel corso della gestione ed avere così la possibilità di predisporre condizioni di offerta più mirate rispetto a quelle generiche che gli altri concorrenti potrebbero indicare.

Titolo II - Schema delle convenzioni

Con riferimento a quanto contenuto nella misura 19 si evidenzia la necessità di prevedere quale requisito essenziale di offerta, e non semplicemente quale criterio di aggiudicazione di cui alla precedente misura 12, la disponibilità di sistemi di ITS idonei a monitorare non solo il chilometraggio, ma la velocità commerciale consentita dalla disciplina della circolazione nei vari centri urbani. Se, infatti, la velocità commerciale diventa un parametro variabile per la quantificazione dei corrispettivi di esercizio, occorre che essa sia oggetto di rilevazione tecnica non contestabile e quindi il possesso del sistema idoneo a comprovare il dato deve essere qualificato quale requisito essenziale di partecipazione alla stregua di quelli già previsti dalla nostra legislazione, e non più quale semplice criterio di aggiudicazione.

* * * * *

Oltre alla materia oggetto della regolamentazione in esame, sarebbe interessante che l'Autorità, nel momento in cui ha deciso opportunamente di intervenire nella regolazione dei criteri e delle modalità amministrative per garantire uniformità ed omogeneità alle procedure di gara destinate ad individuare i futuri gestori pluriennali delle reti territoriali di TPL, prendesse posizione anche su altri aspetti della complessa riforma prevista dall'ordinamento comunitario che sono o del tutto ignorati o soggetti ad interpretazioni difformi, ma strettamente utilitaristiche, da parte delle amministrazioni locali. Si suggerisce in particolare:

a) di sostenere la necessità che sia fissata in maniera definitiva e non superabile la dimensione massima territoriale delle future gare. Se si vuole attuare compiutamente il principio dell'apertura del mercato alla concorrenza, occorrerebbe anche giungere a fissare limiti territoriali invalicabili alla previsione delle gare in modo da evitare quelle ipotesi di gare omnicomprensive in cui molte Regioni stanno tentando di cimentarsi per evitare di dover procedere a quella profonda revisione della programmazione delle rispettive reti di servizi minimi essenziali che lo stesso legislatore nazionale ha previsto con la definizione dei bacini di traffico e delle unità di gestione, ma che le amministrazioni locali tendono a superare con la previsione di attivare gare uniche regionali che sarebbero peraltro, oltre che contrarie al principio di concorrenza, anche e soprattutto fonti di costi eccessivi e di impedimento a quella razionalizzazione dei servizi che, invece, dovrebbe essere il primo dovere delle amministrazioni locali. Riconoscere che la concorrenza da attivare nel settore non è solo quella per il mercato, ma anche quella nel mercato, significa di fatto imporre che ogni stazione appaltante sia titolare di più di una rete di servizi, e quindi sia destinata ad indire più di una gara per il loro affidamento, in modo da suscitare, nella comparazione delle gestioni, il massimo della competitività per pervenire a quei sempre maggiori

affinamenti operativi che rappresentano l'obiettivo cardine da raggiungere nell'interesse delle comunità servite e della finanza pubblica;

b) di indicare, quale elemento insopprimibile di ogni gara, l'obbligo generalizzato dell'affidamento in subappalto, definendo la scalarità delle percentuali a seconda della dimensione delle gare, con la previsione nei bandi di gara di specifici elementi di riferimento e di selezione idonei a consentire la continuità della presenza operativa delle medie e piccole imprese private già operanti all'interno dei vari territori - condizione questa indispensabile per evitare eccessive disfunzioni sia nell'assetto imprenditoriale che ha finora garantito lo svolgimento dei servizi di TPL, sia nello stesso tessuto sociale ed occupazionale delle varie zone del Paese - e con il conseguente obbligo da parte delle imprese principali concorrenti di indicare espressamente nelle rispettive offerte quali siano le imprese ad esse collegate e destinate a svolgere pro quota i servizi da dare in subappalto;

c) di favorire con tali prescrizioni l'attribuzione alle imprese subappaltatrici di una posizione propria, anche se strettamente collegata a quella dell'impresa concorrente, in modo da rendere necessari accordi ed intese propedeutiche e preliminari alla costruzione delle rispettive offerte, evitando così di lasciare all'impresa divenuta aggiudicataria la facoltà di scegliere successivamente all'avvenuto affidamento le eventuali imprese destinate a svolgere i servizi in subappalto, individuate in base al prezzo più basso da corrispondere, costringendo così le imprese locali, interessate od obbligate a continuare ad operare sul mercato del TPL, a svolgere la quota parte di servizi loro assegnati a prezzi stracciati, creando così condizioni di opacità e di turbativa nella gestione del sistema legate da un lato ad una ulteriore ed indebita fonte di finanziamento dell'impresa aggiudicataria, che più il prezzo corrisposto al subappaltatore per l'esercizio dei servizi è basso più aumenta, e dall'altro alla inevitabile dequalificazione sia dei livelli di sicurezza che di quelli qualitativi di produzione dei servizi che le imprese subappaltatrici possono offrire ai prezzi che sono tenute ad applicare e che finiscono anche per aumentare quel profondo divario tra la classe imprenditoriale straniera e comunitaria e quella nazionale che è frutto della disuguaglianza di trattamento consentita da una legislazione fortemente sbilanciata a favore delle concentrazioni pubbliche.

* * * * *

Infine, tenendo conto della accelerazione che il Governo sembra voler dare alla nuova definizione di una normativa generale per la regolazione del settore, sarebbe di estrema utilità l'assunzione da parte dell'Autorità di settore di una posizione critica che si traduca in un formale invito al legislatore affinché, nella avviata fase di revisione del codice degli appalti, si trovi il modo di superare l'eccessiva dispersione dei riferimenti normativi destinati a disciplinare le procedure di gara in questo settore eliminando i dubbi e gli spazi interpretativi che finora hanno creato notevoli intralci alla conclusione delle poche gare finora indette ed attivato un pesante contenzioso che rischia di ingolfare la gestione dei servizi a tutto danno della loro continuità e regolarità nell'interesse dell'utenza.

Una delle possibilità da approfondire potrebbe essere quella di inserire in un apposito titolo le disposizioni destinate ad essere applicate alle gare per i servizi di TPL, evitando il ricorso all'interpretazione che è sempre fonte di discordanti versioni. Con una semplificazione del genere si finirebbe per assicurare la certezza dei procedimenti amministrativi conclusi e si eviterebbe l'appesantimento del carico processuale e dei costi relativi, dando anche un segnale di ragionevolezza e di razionalità che potrebbe ancor più estendersi fino al punto da distinguere, all'interno dello speciale titolo suggerito, le disposizioni generali da applicarsi a qualsiasi tipologia di gara da quelle speciali da applicarsi a seconda del se le gare siano indette dal primo livello istituzionale (quello regionale) o dal secondo livello istituzionale (quello comunale), con ulteriore semplificazione delle procedure di secondo livello e soprattutto con la esclusione di prescrizioni legate soltanto ad aspetti formali privi di qualsiasi rilevanza sulle modalità operative dei servizi affidati (si pensi ad esempio a gare annullate dai TAR per non avere la commissione indicato le modalità di custodia dei verbali delle riunioni o per avere ritenuta acquisita la documentazione attenente uno dei requisiti di partecipazione sulla base della documentazione già esibita in occasione di una precedente gara).

Si parla tanto di semplificazione amministrativa. Potrebbe essere questa un'ottima occasione per dimostrare che tale concetto non riguarda solo la riduzione, se non proprio l'eliminazione, di un cartaceo soffocante per effetto di singole prescrizioni normative ed amministrative, ma attiene anche allo snellimento di procedimenti burocratici ed alla soppressione di vincoli formali privi di qualsiasi rilevanza sostanziale sull'oggetto delle procedure.

Il Presidente
(Avv. Alessandro Cagnoli)

