

Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un “centro di gravità”, tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria.

di Alessandro Cabianca

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L’assetto organizzativo del TPL nel D.lgs. 422/1997. 2.1. Concorrenza “per il mercato” e... non solo. 2.2. L’insostenibile durata del periodo transitorio. 2.3. I punti critici della regolamentazione delle gare. 3. Il TPL e la disciplina generale dei servizi pubblici locali: tra inclusione ed esclusione. 3.1. L’evoluzione di un difficile rapporto. 3.2. Il TPL nel mare magnum dell’articolo 23bis del decreto legge n. 112/2008. 3.3. Una scossa d’assestamento: il decreto legge 135/2009 e la legge di conversione. 4. Il TPL nell’ordinamento comunitario: dal Regolamento 1191/69/CE al Regolamento 1370/07/CE. 4.1. La regolazione comunitaria del TPL: dall’intervento “minimo” alla regolazione compiuta. 4.2. Il quadro normativo delineato dal Regolamento (CE) 1370/2007. 4.3. Il Regolamento (CE) 1370/2007 e le scelte (già superate?) del legislatore nazionale sul suo ambito d’applicazione. 5. Il Trasporto pubblico locale alla ricerca di un “centro di gravità”. 5.1. Un (difficile) tentativo di operare una ricostruzione del sistema. 5.2. Conclusioni.

1. Premessa.

Agli inizi degli anni '90 del secolo scorso un illustre Autore intitolava emblematicamente un saggio sui servizi pubblici locali “*Servizi pubblici instabili*”¹, osservando sin dalle prime righe di tale scritto il carattere mutevole della loro disciplina con “*leggi che si succedono nell’arco breve di pochi anni; continui progetti di legge di variazioni annunciate che non trovano realizzazione, materie che entrano ed escono dalla definizione di pubblico servizio, pronunce giurisprudenziali che mutano radicalmente, e più volte, indirizzo nel giro di pochi mesi anche quando chi le emana è il supremo organo di nomofilachia*”². A quasi vent’anni di distanza queste considerazioni hanno mantenuto una straordinaria attualità, tanto che hanno trovato un’autorevole eco nella più recente dottrina³. In verità, l’incertezza del quadro regolatorio dei servizi pubblici locali è un dato che anche un osservatore non molto attento può verificare se solo si cimenta nella poco agevole analisi diacronica degli interventi

¹ Merusi F., *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990.

² Merusi F., *Servizi pubblici instabili*, cit., p. 7.

³ Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 10; Dugato M., *Beni e servizi pubblici nelle leggi finanziarie*, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 7-8, p. 2282. Rileva Ursi R., in *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 1, p. 179, “*I continui e ripetuti interventi del legislatore hanno generato una situazione di rivoluzione permanente in cui non si riesce a metabolizzare gli effetti di una riforma, che sopraggiunge una controriforma che riscrive la precedente, lasciando di fatto gli operatori a districarsi in un infinito diritto intertemporale. In questa prospettiva, è agevole osservare come in nessun altro settore come quello dei servizi pubblici locali si assiste a pronunce giurisprudenziali contraddittorie ed orientamenti, conseguentemente, instabili*”.

normativi che si sono succeduti negli anni⁴, di cui la riforma introdotta dall'articolo 23bis del d.l. 112/2008, introdotto dalla legge di conversione n. 133 del 6 agosto 2008 e che, peraltro, ha già subito un importante "assestamento" a seguito del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, costituisce soltanto l'ennesimo capitolo di un libro di cui si stenta ad intravedere la fine. Proprio la ricerca quasi convulsiva da parte del legislatore della "propria" riforma dei servizi pubblici locali, che peraltro immancabilmente è stata letta come innovazione progressiva del sistema o come vera e propria "controriforma", a seconda della chiave ideologica adottata dall'interprete, ben rappresenta l'incapacità di definire stabilmente la materia, privilegiando un approccio che impone modelli normativi astratti, piuttosto che far derivare la legislazione da un'attenta osservazione dei fenomeni sociali e dall'analisi dell'impatto della regolazione sugli stessi⁵. La conseguenza è che in un settore

⁴ Un'analisi degli interventi normativi che hanno interessato le forme di gestione i servizi pubblici locali nell'ultimo ventennio, non può che partire dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, ed in particolare dall'art. 22, il quale prevedeva cinque modalità di gestione dei servizi, tipizzate dal comma 3, ossia: 1) in economia; 2) in concessione a terzi; 3) a mezzo di azienda speciale; 4) a mezzo di istituzione; 5) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale. A quest'ultima previsione, l'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498, ha affiancato la possibilità di costituire la società per azioni mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, ma con l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica per la scelta dei soci privati in sede di costituzione della società. L'art. 22, comma 3, lett. e), della l. n. 142/1990 è stato modificato dall'art. 17, comma 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che ha ampliato le figure giuridiche utilizzabili per costituire le società miste, prevedendo la forma della società a responsabilità limitata. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 267/2000 "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*", la disciplina sulla gestione dei servizi pubblici locali è stata trasfusa negli artt. 113 e seguenti di tale testo unico. Successivamente, l'art. 35 della l. n. 448/2001 ha riscritto la disciplina dei servizi pubblici locali, innovando profondamente il sistema previgente. Nella riforma s'introducevano il principio di separazione tra proprietà delle reti e degli impianti (e relativa gestione) e la gestione dei servizi e, per l'erogazione degli stessi, la regola dell'affidamento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica, oltre alla clausola di prevalenza delle leggi di settore sulla disciplina generale. Nel 2002, l'art. 113 è stato oggetto di una procedura d'infrazione *ex art.* 226 del Trattato CE, per violazione delle norme comunitarie in materia di libera prestazione di servizi, per cui il legislatore è intervenuto nuovamente con l'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito dalla l. 326/2003, che, quanto alle modalità di gestione, oltre alla gara, ha previsto la possibilità di affidare il servizio alle cd. società *in house providing* e alle società miste, in cui il socio privato sia scelto tramite procedura ad evidenza pubblica. Si arriva, quindi, dopo numerosi tentativi di "riforma" che non hanno visto la luce (da ultimo, nella XV Legislatura, significativo è stato il d.d.l. 772 di "*Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali*" cd. "Lanzillotta"), all'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 introdotto con la legge di conversione n. 133 del 6 agosto 2008. Tale articolo abroga parzialmente l'art. 113 del T.U.E.L., disciplinando l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il conferimento della gestione dei servizi avviene, ai sensi del comma 2, in via ordinaria, a favore d'imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Il comma 3 consente, tuttavia, che l'affidamento dei pubblici servizi locali di rilevanza economica, in deroga a quanto disposto dal comma 2, possa avvenire "*nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*". Il recente articolo 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, ha in parte modificato i contenuti dell'art. 23bis, esplicitando le fattispecie dell'affidamento *in house* e della società mista, e articolando in modo più completo il regime transitorio degli affidamenti. Sulla complessiva tematica si dirà più diffusamente *infra*.

⁵ Rileva **Piperata G.**, in *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, Relazione al Convegno Poteri pubblici e sviluppo economico locale, organizzato il 14 novembre 2008 dall'ISGRE a Udine, in Osservatorio del diritto del governo del territorio, IUAV, <http://www.iuav.it/Facolta/facolt--di/OSSERVATOR/>, p. 5 "*Bisogna, infatti, segnalare che non sempre il legislatore è riuscito ad imporre una precisa e univoca politica del diritto agli interventi di riforma del settore dei servizi pubblici locali. A salti in avanti verso modelli di mercato concorrenziale hanno fatto seguito ripensamenti e passi indietro, finalizzati alla previsione, sia pur*

economico importante come quello dei servizi pubblici locali⁶, in cui la programmazione del servizio e degli investimenti giocano un ruolo cruciale, le regole legislative di riferimento si sono trasformate da semplice quadro ordinamentale per costruire un mercato efficiente e per articolare efficaci politiche economiche e territoriali⁷, ad elemento regressivo di sviluppo.

La perdurante incertezza sulle regole di organizzazione e funzionamento dei servizi pubblici locali trova un elemento di moltiplicazione nei suoi rapporti con le singole discipline di settore. Paradigmatico è il caso del trasporto pubblico locale (di seguito TPL). Sin dall'entrata in vigore del D.lgs. 422/1997 il legislatore è riuscito ad affermare per il TPL una chiara ed univoca politica del diritto scegliendo come modello applicabile alla gestione del servizio quello della concorrenza per il mercato realizzata attraverso lo strumento della gara. Su questo indirizzo legislativo, temperato forse dall'eccessiva lunghezza del periodo transitorio⁸, si sono innestate, non senza frizioni e contraddizioni e a fronte di una normativa settoriale rimasta sostanzialmente immutata, le varie "riforme" dei servizi pubblici locali. Il rapporto tra disciplina generale e quella speciale ha vissuto, quindi, di una forte dialettica tra inclusione ed esclusione del TPL dall'ambito dei modelli organizzativi dei servizi pubblici locali previsti dall'ordinamento degli enti locali, tanto che la riconduzione del settore nel *mare magnum* dei servizi pubblici locali operata dall'art. 23bis del d.l. 112/2008, pare costituire un approdo affatto definitivo e sicuro⁹. Sul TPL i fronti d'instabilità non si limitano, tuttavia, ai soli

in forma residuale, di dinamiche idonee a garantire riserve pubblicistiche della gestione e del controllo delle imprese incaricate dello svolgimento delle attività prestazionali. In altri termini, è sempre mancato il coraggio di andare fino in fondo, liberalizzando, lì dove possibile, i mercati o imponendo una concorrenza per il mercato negli altri casi".

⁶ L'importanza dei servizi pubblici locali per l'economia nazionale è evidenziata nello studio di **Bortolotti B., Pellizzola L., Scarpa C.**, in *La partecipazione dei Governi Locali in Italia*, 2007, in www.astridonline.it, i quali sottolineano a p. 20 che "Oltre l'1% del PIL nazionale si forma in 369 imprese partecipate dagli enti locali, con un numero degli addetti che supera le 200.000 unità. In alcune regioni, il loro contributo al PIL e all'occupazione arriva a superare rispettivamente il 6 e il 12 per cento".

⁷ Sul rapporto tra servizi pubblici locali e sviluppo dei sistemi economici territoriali si veda **Dugato M.**, *Problematiche giuridiche del rapporto tra governo del territorio e servizi pubblici locali*, in Osservatorio del diritto del governo del territorio, IUAV, <http://www.iuav.it/Facolta/facolt--di/OSSERVATOR/>, e **Piperata G.**, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, cit.

⁸ Rilevava, infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere reso ex art. 22 della l. 287/1990, AS125 del 26/02/1998, sul D.lgs. 422/1997, "La riforma del trasporto pubblico locale prevede la graduale trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società per azioni o cooperative (art. 18, comma 3, del decreto legislativo n. 422/97). La trasformazione viene promossa anche attraverso la previsione di un regime transitorio durante il quale gli affidamenti della gestione dei servizi vengono effettuati in assenza di un previo confronto concorrenziale tra offerenti. Al riguardo, occorre rilevare che la previsione di una fase interinale di durata quinquennale non appare giustificata. In effetti, in numerosi casi non vi sono costi irre recuperabili ed in altri il periodo è largamente superiore a quello necessario per recuperare i costi eccedenti e rischia di determinare un duraturo ed immotivato vantaggio concorrenziale a favore degli operatori già presenti sul mercato, soprattutto se l'esperienza nel settore dovesse assurgere a criterio preferenziale in sede di gara, a prescindere dal contenuto economico e qualitativo dell'offerta".

⁹ Ne è riprova il fatto che l'articolo 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 ha escluso dal campo di applicazione della disciplina sui servizi pubblici locali il trasporto ferroviario regionale. Peraltro la precisazione appare del tutto superflua, in quanto risultava già evidente che il trasporto regionale non potesse essere qualificato come

rapporti tra una disciplina generale e quella settoriale, ma risentono anche del mutato assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, oltre che dell'intervento del legislatore comunitario che, per la prima volta, con il Regolamento (CE) 1370/2007, non si è limitato a regolare le condizioni alle quali la pubblica Autorità può imporre e compensare gli obblighi di servizio pubblico, ma si è addentrato nel cuore stesso dell'organizzazione del servizio, delineando un quadro normativo di riferimento entro il quale le autorità possono intervenire nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri. Tale atto normativo comunitario è entrato in vigore il 3 dicembre 2009, mentre il legislatore nazionale ne ha "chiarito" la portata applicativa, non senza contraddizioni, rispettivamente con l'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 e con l'art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102. Tutte queste problematiche convergono in modo singolare nella stagione che si sta vivendo, obbligando l'interprete ad operare uno sforzo di coordinamento della disciplina vigente che, data la pluralità di fonti che si sovrappongono, rischia di essere problematico e non avere un esito univoco. È evidente che questo contesto regolatorio, per così dire, "dinamico" consente, in alcuni casi, agli Enti locali e agli operatori del settore di sfruttare in modo opportunistico le possibilità che l'ordinamento sembra oggi offrire loro. La sensazione prevalente è, però, quella di paralisi del processo riformatore avviato alla fine del secolo scorso e di attesa, probabilmente illusoria, che sia il legislatore a dipanare gli intricati nodi che lo stesso ha contribuito a creare. Proprio perché il settore del trasporto pubblico locale, alla luce di queste innovazioni, è comunque destinato a vivere un periodo di metamorfosi, il cui segno e la cui portata appare ancora difficile preconizzare, si vuole con il presente lavoro fare il punto sui modelli organizzativi proposti, rispettivamente, dalla normativa di settore, da quella generale sui servizi pubblici locali e da quella comunitaria, operando alcune considerazioni sui rapporti tra le diverse fonti e mettendo in evidenza le tendenze di fondo che già ora si possono riscontare nel sistema, cercando, quindi, di cogliere quale possa essere il "centro di gravità" normativo per questo settore per il prossimo futuro.

2. L'assetto organizzativo del TPL nel D.lgs. 422/1997.

2.1. Concorrenza "per il mercato" e... non solo.

Com'è noto, le novità introdotte dal D.lgs. 422/1997¹⁰ e dalla legislazione regionale d'attuazione del decreto sono state numerose ed hanno avuto il merito di dare al TPL un complessivo riferimento ordinamentale, che ha ridisegnato tanto l'allocazione delle competenze amministrative, sperimentando

servizio pubblico locale, ma è indice della descritta tensione che non ha trovato ancora una definitiva sistemazione.

¹⁰ Sulla riforma operata dal D.lgs. 422/1997 v. **Rangone N.**, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato amministrativo. Parte speciale*, a cura di Cassese S., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 2272 e ss.; **Claroni A.**, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in *Il diritto del Mercato del Trasporto*, a cura di Zunarelli S., in *Trattato di Dir. comm. e dir. pubb. Economia* diretto da Galgano F., Cedam, Padova, 2008, pp. 141 e ss.

il cd. federalismo a Costituzione invariata ove, tuttavia, emerge un certo centralismo regionale¹¹, quanto l'assetto organizzativo dei servizi, adottando gli strumenti della gara e del contratto di servizio rispettivamente per la scelta del gestore e per la successiva regolazione dei rapporti tra l'ente affidante e il gestore stesso¹². Elemento non trascurabile della riforma è, inoltre, una visione integrata dei servizi, in cui, uscendo da una logica fondata sulle diverse modalità di trasporto, sono conferite alle regioni le competenze amministrative relative all'intero settore dei trasporti locali, ivi compresi i servizi ferroviari d'interesse regionale e locale. Questo approccio di sistema è profondamente diverso rispetto a tutta la produzione normativa precedente e il suo tasso d'innovazione può trovare facile riscontro se si considerano le pervicaci resistenze a dare attuazione a tale disegno legislativo tanto da parte degli *incumbents* quanto da parte degli enti locali. Nella sua versione originaria, tuttavia, il D.lgs. 422/1997 presentava alcuni elementi di debolezza, frutto di scelte di compromesso, che, di fatto, risultavano frenare la liberalizzazione del settore¹³. In particolare, nell'articolato del 1997, in alternativa alla gara per la scelta del gestore del servizio, si prevedeva la gara per la selezione del socio privato, con la possibilità, dunque, che a seguito di tale selezione la società mista poteva godere di un affidamento diretto. Inoltre, non era definito in modo stringente il termine ultimo del periodo

¹¹ Osserva **Cici L.**, in *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *Giornale dir. Amm.*, 1998, p. 289, che “*Risulta un quadro in cui la regione, superando l'attuale pluralità di soggetti decisori e di gestori di risorse, assume il ruolo di unico soggetto regolatore, in condizione di operare su un comparto unitario nel quale sono aggregati tutti i modi di trasporto; un soggetto cui è affidata piena potestà programmatica insieme alla relativa responsabilità di provvedere alla copertura dei costi. Un regolatore non isolato, poiché è previsto che operi con il contributo e con il consenso degli enti locali territoriali, oltre che delle forze sociali e delle associazioni dei consumatori*”.

¹² Ricorda **Cammelli M.**, in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, a cura di Bucci O., Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 81-82 “*I trasporti pubblici locali si sono distinti per una serie di primati: sono stati il primo settore ad avere sperimentato gli effetti del federalismo amministrativo, attraverso l'innovativo riparto delle competenze delineato dal d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422; sono stati i primi servizi a subire il divieto di affidamenti diretti, alla scadenza di un dato periodo transitorio; sono stati i primi destinatari di una disciplina compiuta dei contratti di servizio, quale strumento di regolazione dei rapporti con il gestore; sono stati per primi toccati dall'obbligo di trasformare in società le aziende speciali e i consorzi di enti locali deputati allo svolgimento del servizio; sono stati la prima categoria per la quale è stata prevista l'esclusione dalle gare per l'aggiudicazione del servizio dei soggetti beneficiari di un affidamento diretto*”.

¹³ Racconta **Boitani A.**, in *La riforma del trasporto pubblico locale: una valutazione personale*, sintesi dell'intervento al convegno *La riforma del trasporto pubblico locale in Alto Adige*, Bolzano 22.11.2000, “*Il D.lgs. 422/97 era assai meno innovativo dal punto di vista degli incentivi all'introduzione di meccanismi concorrenziali di quanto non fosse il testo elaborato l'anno precedente: la mediazione politica aveva finito per avere il sopravvento. Per fortuna, nel corso del 1998 e del 1999 il nuovo disegno di riforma dei servizi pubblici locali (AS 4014) era andato prendendo corpo - con il contributo determinante dell'on. Vigneri e di uno dei consiglieri di Palazzo Chigi, il prof. Claudio De Vincenti. E il disegno di legge prevedeva un regime obbligatorio di gare per tutti i servizi di rilevanza industriale (tra cui i trasporti), nonché la trasformazione delle aziende speciali in società di capitale e la proibizione per le aziende operanti in regime di affidamento diretto o di concessione senza gara di partecipare alle gare. Il nuovo Ministro dei trasporti, l'on. Tiziano Treu - spinto dall'on. Angelini, divenuto sottosegretario, dal prof. Panettoni e anche da chi scrive - si convinse ad emanare rapidamente un decreto legislativo che correggesse le più vistose mancanze del 422/97, introducendo subito per i trasporti i principi fondamentali della riforma dei servizi pubblici locali. Nacque così il D.lgs. 400/99*”.

transitorio e quello per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società¹⁴, mentre i servizi ferroviari d'interesse regionale e locale non erano sottoposti al regime concorrenziale comune agli altri servizi. Per porre rimedio a tali carenze, venne adottato il D.lgs. 400/1999, il quale ha posto la gara come unica modalità di affidamento del servizio, estendendola anche ai servizi ferroviari e disciplinandone gli aspetti fondamentali, e ha stabilito termini certi tanto per il periodo transitorio, quanto per il processo di societizzazione delle aziende speciali e dei consorzi (rispettivamente 31.12.2003 e 31.12.2000), rendendo così più completo e credibile il disegno riformatore.

Concorrenza “per il mercato”, questo è dunque il netto indirizzo di politica del diritto adottato dal legislatore del TPL, ossia un sistema di concorrenza “disciplinata” nella quale la pubblica Autorità attribuisce un diritto esclusivo per un periodo determinato all'esito di una gara aperta e trasparente che definisce il livello quantitativo e qualitativo del servizio, le condizioni economiche per prestarlo, comprensive delle tariffe da applicare all'utenza. In tale ottica il confronto competitivo tra gli operatori si consuma in un momento antecedente a quello dell'erogazione del servizio e ha ad oggetto l'acquisizione del diritto ad operare sul mercato a determinate condizioni. Tale modello ha astrattamente il pregio di coniugare obiettivi di efficacia e di efficienza nella gestione ed erogazione del servizio, consentendo, da un lato di assicurarne continuità ed accesso generalizzato da parte di tutti i cittadini tramite l'imposizione di obblighi di servizio e l'attribuzione del diritto di esclusiva, e dall'altro, di favorire la configurazione di mercati efficienti, limitando l'utilizzo di sussidi pubblici, tramite il periodico confronto concorrenziale tra più operatori. Si tratta di una scelta che non si spinge oltre, verso una vera e propria metamorfosi del regime amministrativo dell'attività da concessorio ad autorizzatorio con l'adozione, dunque, del modello alternativo della concorrenza “nel mercato”, in cui l'accesso all'attività economica è assicurato dal semplice rilascio di autorizzazioni all'esercizio sulla base di criteri oggettivi trasparenti e non discriminatori. Tale opzione non ha trovato molto spazio nel TPL dato che l'esigenza di erogare un servizio ad un prezzo “politico”, assicurandone l'universalità, ha generato una tipica ipotesi di “*market failure*”, consistente nell'incapacità del mercato di sostenere i costi di erogazione e di gestione del servizio e la necessità per la pubblica autorità di assumere, regolare e finanziare lo stesso. Del resto, l'esperienza del Regno Unito ha avuto un certo peso nell'indirizzo intrapreso dalla legislazione dell'Europa continentale ed, in particolare, da quella italiana¹⁵. Sin dal 1985, in Gran Bretagna si è sperimentato una forte spinta liberalizzatrice, con la

¹⁴ L'art. 18, comma 3, del d.lgs. 422/1997 non prevedeva, infatti, un termine per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società per azioni, ovvero in cooperative, mentre stabiliva che “*Per le società derivanti dalla trasformazione le regioni possono prevedere un regime transitorio, non superiore a cinque anni, nel quale è consentito l'affidamento diretto dei servizi*”.

¹⁵ **Ramella F.**, in *Quale politica per il trasporto collettivo locale?*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2002, p. 203, osserva che “*La definitiva trasformazione dell'organizzazione del trasporto collettivo locale a scala nazionale venne decisa con il Transport Act del 1985 che prevedeva: a) l'abolizione del regime delle licenze introdotto nel 1930 e la libera competizione degli operatori sulla strada (con l'unico obbligo da parte delle aziende di comunicare*

soppressione dei diritti esclusivi che costituivano la norma nel settore dei trasporti con autobus, e sviluppando, ad eccezione dell'area di Londra e dell'Irlanda del Nord, una vivace competizione nel mercato. Come conseguenza di questa politica, i costi d'esercizio sono diminuiti nettamente, ma è diminuito nettamente anche il numero degli utenti, si è avuto un aumento delle tariffe, un'eccessiva congestione del traffico nelle tratte più redditizie, causata dalla sovrapposizione di un elevato numero di operatori e un innalzamento graduale dell'età del parco veicoli¹⁶.

A ben vedere, poi, nel D.lgs. 422/1997 la concorrenza "per il mercato" è circoscritta ai servizi cd. "programmati"¹⁷, ossia ai servizi minimi e a quelli aggiuntivi. Il comma 1 dell'art. 16 del "Burlando" definisce i servizi minimi come quelli qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, i cui costi sono a carico del bilancio delle regioni e la cui estensione è definita dalle regioni stesse d'intesa con gli enti locali; il comma 3 del medesimo articolo stabilisce, inoltre, che gli enti locali possono istituire, d'intesa con la regione che ne verifica la compatibilità di rete, servizi aggiuntivi rispetto a quelli minimi con oneri a carico degli enti che li hanno istituiti. Si tratta, evidentemente, del nucleo forte del servizio pubblico, quell'insieme imprescindibile di prestazioni che, rispondendo ad esigenze essenziali di mobilità dell'utenza, evoca immediatamente il concetto di "servizio universale" di derivazione comunitaria¹⁸. Se questo è l'ambito d'applicazione del D.lgs. 422/1997, residua al di fuori di esso uno spazio per ulteriori tipologie di servizi di trasporto pubblico locale nei quali la concorrenza "nel mercato" può liberamente esplicarsi. Tale spazio è stato, in vario modo, valorizzato dalla legislazione regionale, che ha introdotto il concetto di servizi "autorizzati". Si tratta di servizi che rientrano pienamente nella definizione del TPL, possedendo le caratteristiche di essere svolti in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite e ad accesso generalizzato, ma distinguendosi dai servizi programmati per non essere sottoposti al regime amministrativo d'esclusiva e per non ricevere finanziamenti da parte della pubblica amministrazione¹⁹. Tale apertura ad un'aliquota di servizi pienamente demandati

all'autorità pubblica i servizi che intendevano fornire); b) il mantenimento dei rimborsi alle aziende per la vendita di titoli di viaggio a prezzo ridotto per alcuni gruppi di utenti; c) l'abolizione dei sussidi "di rete" e l'adozione del competitive tendering per l'assegnazione dei servizi ritenuti socialmente necessari e non prodotti su base commerciale; d) il mantenimento del controllo pubblico per gli standard qualitativi e di sicurezza; e) la privatizzazione della compagnia nazionale di trasporto collettivo su gomma e delle aziende controllate dagli enti locali".

¹⁶ In tal senso **Boitani A., Combini**, in *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, Hermes, 2004, p. 8; per una valutazione comparata del modello della Gran Bretagna rispetto a quelli adottati nell'Europa continentale v. **Ramella F.**, *Quale politica per il trasporto collettivo locale?*, cit.

¹⁷ Per la distinzione tra servizi programmati e servizi autorizzati v. **Mazzamuto M.**, in *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di Brancasi A., Il Mulino, Bologna, 2003, p. 225 e ss.

¹⁸ **Cammelli M.**, in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., pp. 89-90.

¹⁹ I servizi "autorizzati" trovano previsione in numerose disposizioni di legge regionale, ed in particolare: art. 20, comma 8, L.R. Lombardia 29 ottobre 1998, n. 22; art. 2, comma 1, lettera c), 3 e 14 della L.R. Toscana 13 luglio 1998, n. 42; art. 4, comma 3, della L.R. Veneto 30 ottobre 1998, n. 25; art. 3, comma 6, della L.R.

all'iniziativa privata, con la possibilità dunque del dispiegarsi del confronto competitivo tra più operatori anche nelle medesime tratte, ha trovato un'ulteriore spinta legislativa a livello nazionale nell'art. 12 del decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006, il cd. "decreto Bersani", secondo il quale i comuni possono prevedere che il trasporto di linea di passeggeri accessibile al pubblico, in ambito comunale e intercomunale, sia svolto, in tutto il territorio o in tratte e per tempi predeterminati, anche dai soggetti in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali, con il divieto di disporre finanziamenti in qualsiasi forma a favore di detti soggetti. I Comuni possono quindi decidere di aprire alla concorrenza alcune linee, in particolare quelle in grado di autofinanziarsi. Se l'ordinamento prevede questi rilevanti elementi di concorrenza "nel mercato", risulta allora necessario operare una corretta identificazione dell'estensione dei servizi programmati e verificare gli spazi praticabili per una gestione concorrenziale dei servizi che consenta il dispiegarsi del confronto competitivo tra più operatori ogni volta che ciò sia economicamente possibile. E', quindi, auspicabile che l'intervento pubblico sia circoscritto ai soli casi in cui l'iniziativa economica privata non risulti sufficiente, secondo un rigoroso criterio di proporzionalità per non limitare oltremodo la libertà di concorrenza, al di là cioè di quanto sia appunto strettamente necessario al raggiungimento degli obiettivi del servizio pubblico²⁰. Sul piano dell'effettività di detti principi, si può riscontare una prevedibile timidezza da parte degli enti locali a darne concreta attuazione²¹, circostanza che comunque non può inficiare il dato sistemico che la normativa di settore prevede per il TPL una liberalizzazione fondata su due pilastri, quello dell'affidamento del diritto a gestire il servizio in regime d'esclusiva tramite procedure ad evidenza pubblica e, al di fuori di questo nucleo forte del servizio pubblico, quello del regime autorizzatorio senza oneri a carico della pubblica Autorità.

2.2. L'insostenibile durata del periodo transitorio.

L'assetto normativo delineato dal D.lgs. 422/1997 è stato successivamente interessato da una produzione d'interventi legislativi, in parte modificativi ed integrativi del "Burlando", in parte riguardanti la legislazione regionale che hanno, in specie, interessato la scadenza del periodo transitorio ed alcuni elementi della regolazione delle gare, quali il regime dei beni funzionali alla

Piemonte 24 gennaio 2000, n. 1; art. 16 della L. R. Molise 24 marzo 2000, n. 19; art. 7 della L.R. Liguria 9 settembre 1998, n. 31; art. 5, comma 3, L.R. Campania 28 marzo 2002, n. 3. Si noti che l'art. 20 della L.R. Veneto 3 aprile 2009, n. 11 ha stabilito per i servizi autorizzati il divieto di utilizzo di autobus acquistati con finanziamenti pubblici. Sul problema dei sussidi incrociati nel trasporto pubblico locale v. parere AS208 del 18/01/2001 dell'AGCM, pubblicato sul Bollettino 3/2001.

²⁰ **Mazzamuto M.**, in *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, cit., p. 215.

²¹ Si legge nel rapporto di sintesi de "Lo stato di attuazione della riforma del TPL nelle regioni italiane", elaborato da ISFORT nel 2007, p. 5, con particolare riferimento all'attuazione dell'art. 12 del "decreto Bersani" che "Ad eccezione della Campania in nessuna altra regione sono state attivate nuove iniziative dai Comuni per incrementare l'offerta di trasporto pubblico senza dover finanziare in qualche modo il soggetto gerente dopo l'approvazione del decreto, anche se occorre precisare che la Lombardia ha avviato un processo di trasferimento ai Comuni delle competenze per il rilascio di nuove autorizzazioni per i servizi autobus di collegamento verso gli aeroporti, nonché che in Toscana erano già presenti alcuni collegamenti liberalizzati".

gestione del servizio, il trattamento del personale dipendente nel caso di subentro di un nuovo gestore, la disciplina delle incompatibilità a svolgere le procedure competitive ad evidenza pubblica quando alla gara possa partecipare una società dell'ente aggiudicatore. Si tratta degli strumenti giuridici fondamentali per dare attuazione al nuovo assetto normativo, snodi nevralgici il cui non perfetto funzionamento può costituire elemento di criticità dell'intera riforma. In un assetto ordinamentale con forti elementi di discontinuità rispetto al passato, la previsione di un periodo transitorio è elemento funzionale atto a consentire all'Amministrazione e agli operatori del settore d'intraprendere gli atti organizzativi necessari per adeguarsi al mutato quadro normativo. Si pensi, che le gare costituiscono un processo a valle, che vede come presupposti fondamentali atti di pianificazione e di programmazione del servizio che coinvolgono diversi livelli istituzionali²². Inoltre, le stesse procedure di gara presentano elementi di complessità intrinseca, quali la necessità per la stazione appaltante di avere un quadro conoscitivo completo del servizio alla quale s'aggiunge una certa inesperienza degli enti locali a svolgere siffatte procedure. Se, quindi, la previsione di una fase interinale deve essere vista nella fisiologia della riforma, il suo continuo procrastinarsi costituisce, di per sé, indice patologico evidente²³. In tal senso è eloquente considerare che il termine finale del periodo transitorio, fissato dal D.lgs. 400/1999 nel 31 dicembre 2003, è slittato al 31 dicembre 2007²⁴, con la possibilità,

²² In particolare, l'art. 14, comma 3, de D.lgs. 422/1997 prevede che le regioni adottino programmi triennali dei servizi di trasporto pubblico locale che individuano: a) la rete e l'organizzazione dei servizi; b) l'integrazione modale e tariffaria; c) le risorse da destinare all'esercizio e agli investimenti; d) le modalità di determinazione delle tariffe; e) le modalità di attuazione e revisione dei contratti di servizio pubblico; f) il sistema di monitoraggio dei servizi; g) i criteri per la riduzione della congestione e dell'inquinamento ambientale.

²³ Già con riferimento all'originaria previsione dell'art. 18 del D.lgs. 422/1997 l'AGCM, nel parere AS125 sopra citato, evidenziava criticamente che: *“Al riguardo, occorre rilevare che la previsione di una fase interinale di durata quinquennale non appare giustificata. In effetti, in numerosi casi non vi sono costi irrecuperabili ed in altri il periodo è largamente superiore a quello necessario per recuperare i costi eccedenti e rischia di determinare un duraturo ed immotivato vantaggio concorrenziale a favore degli operatori già presenti sul mercato, soprattutto se l'esperienza nel settore dovesse assurgere a criterio preferenziale in sede di gara, a prescindere dal contenuto economico e qualitativo dell'offerta. Il rischio del consolidamento delle situazioni esistenti risulta tanto più evidente se si considera che dall'analisi delle esperienze rilevate su un campione di trenta Comuni in dieci Regioni italiane emerge una netta preferenza degli Enti locali nei confronti degli operatori già presenti sul mercato, sicché la scelta del soggetto cui affidare lo svolgimento del servizio si è conclusa nel 45% dei casi con un rinnovo dei rapporti già in essere (La concessione nei servizi pubblici locali, CISPEL, cit.). Se non si vuole vanificare nei fatti il disegno di riforma in senso concorrenziale del trasporto pubblico locale è necessario limitare il regime transitorio ad un periodo non superiore a tre anni e assicurare che non sia assegnata alcuna preferenza agli operatori già presenti sul mercato nell'assegnazione dei servizi”*.

²⁴ Di seguito sono elencate le disposizioni che hanno comportato il differimento della scadenza del periodo transitorio: l'articolo 11, comma 3, della legge n. 166 del 2002, cd. “collegato infrastrutture e trasporti”, ha stabilito la possibilità per le regioni spostare il termine del 31 dicembre 2003 di un biennio; successivamente, l'art. 22 del d.l. 24 dicembre 2003, n. 355, convertito dalla l. 27 febbraio 2004, n. 47, ha previsto il mantenimento, fino al 31 dicembre 2004, in capo agli attuali concessionari dell'affidamento dei servizi ferroviari di interesse regionale e locale per i quali non fosse stato raggiunto almeno il rapporto del 35 per cento tra ricavi e costi; per i soli servizi automobilistici, l'art. 23 del medesimo d.l. ha rinviato al 31 dicembre 2005 il termine del periodo transitorio fissato dall'articolo 18, comma 3-bis, del D.lgs. 422/1997; ancor più articolato è quanto disposto dai commi 393 e 394, dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006). In particolare il comma 394 ha spostato alla data del 31 dicembre 2006 (il comma 2bis della legge 23 febbraio

dettata dal comma 393 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per le regioni di differire ancora detto termine di ulteriori due anni qualora le aziende affidatarie dirette avessero rispettato le condizioni indicate dalla norma. In particolare, per beneficiare di detto differimento, le aziende pubbliche avrebbero dovuto procedere alla cessione di almeno il 20% del capitale sociale ovvero il 20% dei servizi esercitati. Lo stesso beneficio avrebbero conseguito le aziende che avessero dato luogo a nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale ovvero alla costituzione di una società consortile, con predisposizione di un piano industriale unitario²⁵. Si tratta di strumenti che mirano a raggiungere obiettivi certo non omogenei e probabilmente contraddittori²⁶: da un lato, infatti, si vuole introdurre una parziale apertura a soggetti privati di quei mercati nei quali il servizio è in mano al monopolista pubblico, dall'altro s'incentiva la progressiva creazione di soggetti imprenditoriali di maggiori dimensioni rispetto alle attuali, in grado di concorrere alle gare per l'affidamento dei servizi di TPL su reti di trasporto adeguatamente estese, cercando di superare il fenomeno del cd. "nanismo municipalistico" che connota le nostre aziende. A livello europeo, infatti, nel corso degli anni '90 il mercato del trasporto pubblico locale è stato caratterizzato da un intenso processo di concentrazione, che ha rafforzato la *leadership* di un numero ristretto d'aziende con forti connotazioni internazionali in grado, non solo di controllare i mercati nazionali di riferimento, ma anche di competere sul terreno internazionale, conquistando quote di mercato sempre più consistenti nei Paesi esteri²⁷. Tali strumenti hanno avuto attuazione differenziata nelle regioni, mentre la spinta aggregativa promossa dalla norma

2007, n. 17, ha modificato tale data nel 31 dicembre 2007) il termine massimo entro il quale le regioni avevano la facoltà di mantenere tutti gli affidamenti agli attuali concessionari dei servizi di trasporto pubblico locale, mentre, ai sensi del comma 393, la durata del periodo transitorio poteva essere prorogata dalle regioni agli attuali esercenti di ulteriori 2 anni (il periodo di un anno originariamente previsto dal comma 393 è stato portato a due anni dall'art. 3, comma 2bis, della legge 23 febbraio 2006, n. 51), se si fosse realizzata una delle condizioni di seguito enunciate: a) nel caso di aziende partecipate da regioni o enti locali, che, entro il 31 dicembre 2006, fosse avvenuta la cessione, mediante procedure ad evidenza pubblica, di almeno il 20% del capitale sociale ovvero di almeno il 20% dei servizi esercitati a società di capitali, anche consortili, nonché a cooperative o consorzi, purché non partecipate da regioni o da enti locali; b) che, entro il suddetto termine del 31 dicembre 2006, si fosse dato luogo ad un nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale ovvero alla costituzione di una società consortile, con predisposizione di un piano industriale unitario, di cui fossero soci almeno due società affidatarie di servizi di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale. Le società interessate dalle operazioni di fusione o costituzione di società consortile avrebbero dovuto operare all'interno della medesima regione ovvero in bacini di traffico uniti da contiguità territoriale, in modo che tale nuovo soggetto unitario fosse risultato affidatario di un maggiore livello di servizi di trasporto secondo parametri di congruità individuati dalla regione.

²⁵ Sul punto v. **Tessarolo C.**, *Il nuovo regime del periodo transitorio nel settore del trasporto pubblico locale* (art. 1, c. 393 e 394, l. 23 dicembre 2005, n. 266), in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2006; **Vigneri A.**, *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d. l. 30 dicembre 2005 n. 273*, in *ASTRID-Rasegna*, 1/2006.

²⁶ Di diverso avviso **Dugato M.**, in *Beni e servizi pubblici nelle leggi finanziarie*, cit., secondo cui si tratta di strumenti "Di sostanziale impulso della concorrenza e di razionalizzazione degli ambiti ottimali di gestione dei servizi di trasporto pubblico locale".

²⁷ È il caso, per esempio, delle società francesi RATP, Connex e Transdev e di quelle inglesi Arriva Group,

ha avuto esiti deludenti, giacché, ove è stata intrapresa, si è perlopiù realizzata nella forma debole della creazione della società consortile in luogo della vera e propria fusione societaria, con il dubbio che la costituzione di detto soggetto consortile sia stata semplicemente funzionale all'ottenimento della proroga dell'affidamento diretto e non abbia avuto come orizzonte un progetto industriale di lungo respiro²⁸. Si rileva, infine, che il termine finale del periodo transitorio è stato anche un terreno sul quale si sono confrontate le sfere di competenza legislativa regionale e statale in materia di trasporto pubblico alla luce della riforma del titolo V, parte II della Costituzione. In particolare, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 80 del 3 marzo 2006 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali della Liguria, del Veneto e della Calabria²⁹ nelle parti in cui contenevano proroghe al periodo transitorio definito dalla legge statale. Le disposizioni oggetto di declaratoria d'illegittimità sono ricondotte dai giudici della Consulta all'ambito della competenza esclusiva statale in tema di "tutela della concorrenza", che ha portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato. È così confermato l'orientamento secondo cui le competenze cosiddette trasversali possono incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano e come il legislatore regionale non possa, per il caso di specie, pretendere di modificare anche solo in parte il comma 3bis dell'articolo 18 del D.lgs. 422/1997 formulato "*in forma chiaramente inderogabile e che, per di più, prevede al suo interno un ruolo delimitato per lo stesso legislatore regionale*"³⁰.

2.3. I punti critici della regolamentazione delle gare.

Passando ad analizzare le modifiche normative che hanno investito aspetti regolatori fondamentali delle gare, significativa appare la novella apportata all'articolo 18 del D.lgs. 422/1997 dall'art. 45 della l. 166/2002, il quale stabilisce che il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione

National Express Group, Stagecoach Holdings.

²⁸ Si legge nel rapporto di sintesi de "*Lo stato di attuazione della riforma del TPL nelle regioni italiane*", elaborato da ISFORT, cit., p. 26, che in Liguria si è registrata la fusione di ALI e TPT nella ATP, per quanto riguarda la provincia di Genova, nonché la creazione della società consortile ARCA da parte di ACTS Linea e SAR Tpl, nella provincia di Savona; nelle Marche sono state messe a gara una parte del capitale sociale delle aziende di TPL nei casi relativi ai bacini di Ancona, di Macerata e dei due bacini di Ascoli Piceno; in Veneto sono stati realizzati diversi consorzi per riunire molti operatori (36 operatori su 43 hanno deciso di percorrere la strada del consorzio); in particolare, otto aziende (Actv, Sita, Aps, La Marca, Actt, Atvo, Ctm ed Atm) hanno dato vita a Stiv (Società di Trasporti Integrati nel Veneto); in Calabria sono stati costituiti cinque consorzi che raggruppano 33 aziende.

²⁹ In particolare, dell'articolo 2, comma 2, della legge della Regione Liguria 17 giugno 2003, n. 17; dell'articolo 3, comma 1, della legge della Regione Veneto 26 novembre 2004, n. 30; dell'articolo 25 della legge della Regione Veneto 25 febbraio 2005, n. 8; dell'articolo 1, comma 11, lettere b) e f), della legge della Regione Calabria 29 dicembre 2004, n. 36.

³⁰ Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 80, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento della sentenza v. **Iera L.**, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, in *Giornale dir. Amm.*, 2006, p. 1203 e ss.

delle offerte dei concorrenti, e che detti beni siano messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità. La norma ha un'evidente funzione garantista ed è volta ad evitare che il confronto competitivo sia sbilanciato a favore di soggetti che già godono di una posizione di vantaggio in virtù di una precedente dominanza del mercato idonea a falsare la *par condicio* dei candidati³¹. I cespiti oggetto di questa disciplina legale sono le reti, ossia l'insieme dei beni tra loro connessi sulle quali corre il prodotto del servizio, gli impianti, ossia le strutture puntuali di produzione del servizio, e gli altri beni senza i quali il servizio stesso non sussiste e per questo definibili "essenziali"³². Di fronte a questo dato normativo i problemi interpretativi che sono sorti riguardano principalmente a) la corretta identificazione delle dotazioni patrimoniali che devono essere messe a disposizione dal soggetto uscente al nuovo gestore, con particolare riguardo alla problematica dell'assenza di una definizione legale di "beni essenziali"; b) l'obbligo o la mera facoltà per il nuovo gestore di subentro rispetto a tali beni; c) i criteri di determinazione delle condizioni economiche d'accesso e utilizzo a dette dotazioni patrimoniali messe a disposizione. La sostituzione della dizione "*beni strumentali funzionali*" prevista dall'originario testo dell'art. 18 del D.lgs. 422/1997, con quella "*beni essenziali*" per l'effettuazione del servizio, di cui all'art. 45 della l. 166/2002, appare significativa, ma certo non risolutiva nel tratteggiare i confini d'identificazione di detta categoria. Da un lato, dalla novellazione, appare chiaro che la nozione di "*beni strumentali al servizio*" non coincide con quella di "*beni essenziali*", la quale ha un ambito applicativo più circoscritto, limitato ai beni senza i quali il servizio non sarebbe possibile e che esclude, quindi, i beni accessori anche se strumentali³³. D'altro canto, la nozione di "*beni essenziali*" non coincide neppure con quella di derivazione statunitense di *Essentials facility*³⁴. Secondo un orientamento condiviso, infatti, per attribuire a un *asset* il carattere di *essential facility* devono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni: 1) condivisibilità, ossia possibilità che l'infrastruttura sia utilizzata da più operatori contestualmente; 2) essenzialità, ossia non sostituibilità dell'infrastruttura per l'esercizio dell'attività; 3) non duplicabilità, associata alla subadditività dei

³¹ **Cammelli M.**, in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., p. 119.

³² In tal senso **Dugato M.**, in *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. appalti*, 2003, p. 525.

³³ In tal senso, **D'Angelo G.**, *La riforma dei servizi pubblici locali, il trasporto pubblico locale*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 91.

³⁴ Ritiene, infatti, l'AGCM nel parere AS262 del 26/06/2003, pubblicato sul Bollettino 26/2003, relativo al reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale che "*Al riguardo, va rilevato che anche laddove si possa attribuire al materiale rotabile il carattere di essenzialità, ai sensi dell'articolo 45 della legge n.166/2002, tale eventualità rappresenterebbe un presupposto necessario ma non sufficiente ai fini della qualificazione del bene come essential facility e del conseguente obbligo di garantirne l'accesso a chiunque ne faccia richiesta. A tal fine, è infatti necessario verificare la sussistenza dell'ulteriore presupposto della non convenienza della duplicazione della risorsa a costi socialmente sostenibili*".

costi; 4) dominanza da parte del soggetto che la controlla³⁵, condizioni alle quali, nel trasporto pubblico, soltanto le reti ferrotranviarie su rete fissa sembrano rispondere. La legislazione regionale offre ulteriori spunti classificatori, senza peraltro spingersi a dare una definizione in astratto di “beni essenziali”. È il caso dell’art. 16 della L.R. Toscana 31 luglio 1998, n. 42, che stabilisce che sono classificabili come essenziali il materiale rotabile ed i veicoli adibiti al trasporto, le infrastrutture di via, i depositi, mentre la loro individuazione in concreto è effettuata in relazione alla situazione specifica di ciascun lotto messo a gara, al fine di assicurare condizioni di effettiva concorrenza fra le imprese³⁶. La legge regionale della Lombardia pone, invece, l’accento sui beni finanziati con risorse pubbliche³⁷, facendo derivare da tale circostanza la proprietà pubblica del materiale rotabile metrotranviario, delle reti e relative infrastrutture e dei depositi ubicati nelle aree urbane qualora siano essenziali per l’espletamento del servizio del trasporto pubblico locale³⁸. Numerose altre leggi regionali³⁹, invece, collegano un obbligo di trasferimento dei beni strumentali al fatto che essi incorporano un finanziamento pubblico. Il quadro che si è tracciato non dà, quindi, certezze e demanda agli enti locali il delicato compito di dare un contenuto concreto al parametro dell’essenzialità, con il rischio che detta scelta discrezionale possa essere errata tanto per difetto, escludendo beni che in relazione alle specificità della gara, risultino di difficile reperimento sul mercato⁴⁰, quanto per eccesso, includendo dotazioni patrimoniali di cui il nuovo gestore già dispone o possa disporre. In entrambi i casi, l’effetto può essere quello che la delimitazione del confine dei “beni essenziali” si trasformi in una barriera all’accesso sul nuovo mercato. Per evitare ciò è opportuno dare una lettura restrittiva di

³⁵ **Sebastiani M.**, *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza, spunti per una politica delle infrastrutture di trasporto*, in *www.astridonline.it.*, 2008, p. 12. Sul tema delle *essential facility* v. **Cervigni G.**, *L’intervento pubblico nelle essential facility: aspetti teorici e analisi istituzionale*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, p. 295 ss.; **Toffoletti L.**, *La nozione di essential facility*, *ibidem*, p. 329 ss.; **Berti J.**, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, *ibidem*, p. 355 ss.; **Guglielmetti G.**, *“Essential Facilities” nelle decisioni dell’Autorità garante*, *ibidem*, p. 389 ss.; **Vasques L.**, *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull’abuso di posizione dominante: spunti problematici*, *ibidem*, p. 407 ss.

³⁶ Anche la legge regionale del Veneto e quella del Lazio demandano ai bandi di gara l’individuazione dei beni essenziali. Si vedano, in proposito l’art. 22-bis della L.R. Veneto 25/1998, introdotto dalla L.R. 4/2008, e l’art. 22 della L.R. Lazio 30/1998, come risultante dalla modifica di cui alla L.R. 16/2003.

³⁷ Si tratta dell’art. 20 della L.R. Lombardia 22/1998, come modificata dalla L.R. 1/2002.

³⁸ Per una completa disamina dello statuto proprietario dei beni destinati all’esercizio del trasporto pubblico locale v. **Alvisi C.**, *Assetti proprietari e strumenti contrattuali concernenti i beni destinati all’esercizio del servizio di trasporto pubblico locale*, in *Contratto impresa*, 2004, 3, p. 1344 e ss.

³⁹ V. art. 22, comma 2, L.R. Lazio 30/1998; art. 36, comma 2, L.R. Campania 3/2002; art. 25, comma 1, L.R. Veneto 25/1998; art. 18, comma 1, L.R. Basilicata 22/1998; art. 14, comma 2, L.R. Emilia Romagna 30/1998.

⁴⁰ Questo è il timore espresso dalla Corte dei Conti, Sezione Autonomie, nella Delibera n. 1/2003, del 21 febbraio 2003 – *Relazione sulla gestione del trasporto pubblico locale e sullo stato di attuazione della riforma a livello regionale – Relazione comparativa e di sintesi sull’andamento dei trasporti locali*, la quale osserva che “Il requisito della proprietà o del possesso delle dotazioni può costituire rilevante elemento perturbatore specie nelle ipotesi in cui le proporzioni della commessa richiedano l’impiego di strutture di particolari dimensioni ed ubicazione nonché di un numero considerevole di automezzi, fattori produttivi di cui ragionevolmente solo alcune aziende ed in particolare quella uscente sono in grado di disporre”.

tale nozione, qualificando come “essenziali” soltanto quegli *assets*, che, a prescindere dalla titolarità formale, siano strettamente funzionali al servizio e di difficile duplicazione in relazione, non soltanto all’intrinseco costo economico di questa operazione, ma anche considerando i vincoli di natura territoriale e ambientale che in concreto li rendono infungibili in quello specifico territorio e per quella determinata gara. Si deve avere la consapevolezza, peraltro, del precipitato giuridico della classificazione, poiché l’atto amministrativo che qualifica un bene come “essenziale per il servizio”, è un atto che imprime al bene un vincolo di destinazione che perdura fin tanto che sussiste il servizio stesso, salva diversa valutazione dell’Amministrazione, con la conseguenza che il bene è sottoposto ad una disciplina derogatoria rispetto a quella di diritto comune⁴¹. Inoltre, solo adottando un’interpretazione prudente del parametro dell’essenzialità possono esser temperate le esigenze della concorrenza, della proprietà e della libertà d’iniziativa economica, tutte aventi rilievo costituzionale, consentendo all’operatore subentrante di avere la disponibilità dei soli beni non presenti nel suo patrimonio aziendale o che, in ogni caso, non possa reperire sul mercato, lasciando al soggetto uscente i restanti beni da utilizzare liberamente, per esempio per affidamenti in diversi ambiti territoriali o per diverse tipologie di servizi. Una volta che sia stata operata la corretta qualificazione delle dotazioni patrimoniali come “essenziali”, la questione circa l’obbligo o la mera facoltà di subentro rispetto a tali beni risulta conseguentemente risolta, poiché il subentrante ha la necessità di poter utilizzare questi beni, non potendo senza di essi assicurare la stessa funzionalità del servizio. Il terzo problema concernente i criteri di determinazione delle condizioni economiche d’accesso e di utilizzo ai beni messi a disposizione non trova una disciplina compiuta nella legislazione statale. Frammentarie sono anche le indicazioni sul tema riscontrabili nella legislazione regionale⁴². In particolare, nella legge regionale della Toscana il trasferimento degli *assets* avviene a titolo di

⁴¹ **Sandulli A. M.**, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano 1959, p. 278, secondo cui la configurazione di una categoria di beni con specificazione pubblica si traduce in un regime speciale della cosa in sé: “*tale ipotesi sembra realizzarsi quelle volte che dei beni di appartenenza privata assolvano istituzionalmente a finalità di pubblico interesse (per lo più corrispondenti o affini a quelle cui servono beni pubblici) e appunto in relazione a ciò siano assoggettati a un particolare regime in ordine alla disponibilità (vincoli di destinazione, di immodificabilità, ecc.; diritto di prelazione dell’amministrazione, ecc.), nonché a un particolare regime di polizia, di interventi e di tutela pubblici. Allorché l’ipotesi ricorra, quelli dell’amministrazione sono dei veri e propri poteri in rem*”. Rileva **Francario F.**, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione naturale dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario 2003, Ass. it. prof. Dir. amm., Milano, 2003, p. 219, che “*Una privatizzazione formale sarebbe forse rinvenibile nelle ipotesi dei beni (già) pubblici destinati a pubblici servizi. [...] Ciò dipende dal fatto che si è attuata a monte una privatizzazione del servizio pubblico che è accompagnata da una regolazione dell’attività economica posta in nome dell’interesse pubblico a tutela della concorrenza e del mercato. In queste ipotesi, la disciplina pubblicistica dell’attività conforma il regime d’uso dei beni a ciò necessari, rendendo indifferente la natura (pubblica o privata) del soggetto proprietario. Ovviamente ciò può ripetersi ogni volta in cui la privatizzazione sia effettivamente accompagnata da una regolazione pubblicistica del regime d’uso del bene*”.

⁴² Ci si riferisce, in particolare, all’art. 16 della L.R. Toscana 31 luglio 1998, n. 42; all’art. 22-bis della L.R. Veneto 25/1998, introdotto dalla L.R. 4/2008; all’art. 22 della L.R. Lazio 30/1998, come risultante dalla modifica di cui alla L.R. 16/2003; all’art. 20 della L.R. Lombardia 22/1998, come modificato dalla L.R. 12/2002.

proprietà o ad altro titolo, sulla base delle indicazioni del gestore uscente espresse almeno dodici mesi prima della scadenza del contratto. Nella legislazione veneta i bandi di gara stabiliscono le modalità e le condizioni di trasferimento dei beni essenziali, ivi compreso il prezzo di cessione o di locazione, mentre in relazione alla specificità di alcune categorie di beni, il prezzo di cessione o locazione è definito mediante accordo tra proprietario e aggiudicatario della gara, con la previsione di un arbitrato nel caso di disaccordo. Nel Lazio i canoni di locazione dei beni essenziali sono determinati dagli enti affidanti in base alle rilevazioni dell’Agenzia regionale per la mobilità. La legge regionale lombarda stabilisce, infine, che il valore dei beni oggetto di trasferimento deve essere determinato sulla base dei principi di congruità ed equità, in relazione al valore economico dei beni stessi derivante dalla loro ubicazione, funzionalità e destinazione. Come s’intuisce, si tratta d’interventi eterogenei, che non sempre offrono delle risposte convincenti soprattutto con riguardo alle modalità di determinazione del prezzo di cessione o di locazione dei beni, la cui sovrastima può costituire una formidabile barriera all’entrata per i nuovi *incomers*. L’assenza di una disciplina statale che regoli detti aspetti, in un ambito materiale, peraltro, che si può facilmente ricondurre alla “tutela della concorrenza”, costituisce un elemento di debolezza da considerare. Il legislatore, sia statale che regionale, ha, invece, riservato particolare attenzione al problema del trasferimento del personale conseguente all’eventuale aggiudicazione del servizio ad un nuovo gestore. L’art. 18, comma 2, lettera e), del D.lgs. 422/1997 rinvia a quanto disposto dall’articolo 26, Allegato A, del Regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148 quanto alla disciplina sostanziale applicabile a questa fattispecie. Com’è noto, questo risalente atto regolamentare costituisce la normativa speciale applicabile al rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri, il quale stabilisce che per il passaggio del personale conseguente alla cessione di linee ad altra azienda o di fusione di aziende, devono essere osservate le disposizioni stabilite dall’autorità governativa all’atto dell’approvazione della cessione o della fusione, mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello in precedenza goduto. Come precisato dalla sentenza n. 3475 del 9 giugno 1984, della Corte di Cassazione, tale disposizione non contiene una precisa ed assoluta garanzia per il personale dell’azienda di trasporto circa il mantenimento della qualifica di provenienza ed assicura l’identità dei diritti acquisiti, anche sotto il profilo del trattamento economico, solo nei limiti del possibile⁴³. Peraltro, il disposto dell’articolo 2112 del codice civile, come modificato dall’articolo 47, n. 3, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, dal Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18 e dal Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, contiene una disciplina più garantista per i lavoratori in caso di trasferimento d’azienda rispetto a quanto descritto per il trasferimento del personale appartenente alla categoria degli autoferrotranvieri. In particolare, la novella del 2001 ha statuito che il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti

⁴³ Cass., sez. Lavoro, 9 giugno 1984, n. 3475. Nello stesso senso anche Cass., sez. Lavoro, 20 ottobre 1993, n. 10409.

economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. La sostituzione si può avere esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello. Inoltre il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento e si prevede che le eventuali dimissioni presentate dal lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento, costituiscano recesso per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 codice civile. Le Regioni hanno aderito a questo indirizzo codicistico, introducendo nella propria legislazione una clausola sociale di salvaguardia dei livelli occupazionali e dei contratti di lavoro in essere più garantista e puntuale di quanto previsto dall'articolo 26, Allegato A, del Regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148. Alcune leggi fanno, in proposito, un esplicito rinvio all'art. 2112 del c.c.⁴⁴, altre stabiliscono per il personale ceduto il diritto alla conservazione dell'inquadramento contrattuale e del trattamento economico originario, comprensivo degli eventuali contratti integrativi aziendali⁴⁵, mentre sono previste, altresì, delle disposizioni che si occupano della conservazione dei livelli occupazionali esistenti al momento del subentro⁴⁶. Si tratta di un importante sistema di garanzie, forse per la prima volta introdotto in modo così puntuale in sede di privatizzazione di un settore di un'attività economica⁴⁷, volto a fugare i dubbi provenienti dalle Organizzazioni sindacali che le procedure di gara possano trasformarsi in uno strumento per avviare politiche di riduzione degli organici e di razionalizzazione del costo del lavoro nel settore del TPL⁴⁸. È stato, tuttavia rilevato, che detti strumenti costituiscono altrettanti elementi di

⁴⁴ È il caso, dell'art. 22, comma 1, lettera b), L.R. Lazio 30/1998; dell'art.25, comma 1, lettera b), L.R. Veneto 25/1998; dell'art. 14, comma 1, L.R. Emilia Romagna 30/1998.

⁴⁵ Con accenti diversi, è quanto previsto dall'art. 18, comma 2, L.R. Toscana; dall'art.18, comma 1, lettera b), L.R. Basilicata 22/1998; dall'art. 13, comma 3ter, L.R. Molise 19/2000; dall'art. 21, comma 3, lettera b), L.R. Marche 45/1998; dall'art. 20, commi 5bis e 6, L.R. Lombardia 22/1998; dall'art. 10, comma 2, L.R. Liguria 31/1998; dall'art. 24, comma 1, lettera b), L.R. Abruzzo 152/1998;dall'art. 37, comma 1, L.R. Campania 3/2002; dall'art. 17, comma 1, lettera b), L.R. Calabria 23/1999; dall'art. 25, comma 1, lettera b), L.R. Umbria 37/1998.

⁴⁶ L'art. 14, comma 1, della L.R. Emilia Romagna 30/1998 stabilisce che *"In caso di subentro di nuova impresa, tutto il personale in forza all'impresa cessante al momento dell'indizione delle procedure concorsuali [...] continua il rapporto di lavoro con l'impresa subentrante"*; l'art. 18, comma 1, L.R. Basilicata 22/1998 fa un generico riferimento alla *"tutela dei livelli occupazionali"*; per l'art. 10, comma 1, L.R. Liguria 31/1998, *"Qualora, all'esito delle procedure concorsuali, l'erogazione del servizio sia stata attribuita ad un'impresa diversa da quella che lo gestiva in precedenza, tutto il personale in forza presso quest'ultima ha diritto a proseguire il rapporto di lavoro nell'ambito dell'impresa subentrante"*; nella L.R. Abruzzo 152/1998, all'art. 24, si prevede che: *"Sugli organici delle imprese subentranti è prevista la concertazione preventiva con le OO.SS."*

⁴⁷ In tal senso, **Alvisi C.**, *Assesti proprietari e strumenti contrattuali concernenti i beni destinati all'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale*, cit., p. 1363.

⁴⁸ **Treu T.**, *Trasporto pubblico locale: verso un federalismo contrattuale?*, Hermes, 2006, p. 87, rileva *"È proprio il costo del lavoro che viene considerato uno dei punti maggiormente dolenti per il settore, sia per il contenuto di alcuni istituti normativi (v. la recente vertenza per l'indennità di malattia), sia perché a fronte di situazioni di privilegio, si riscontra l'assenza assoluta di applicabilità di ammortizzatori sociali (CIG) e questo aspetto costituirebbe un freno enorme alla razionalizzazione del costo del lavoro. [...] Ancora con riferimento al costo del lavoro, occorre ricordare che lo squilibrio tra costi e ricavi necessita costantemente di finanziamenti pubblici allo scopo di garantire anche solo retribuzioni indicizzate, quali quelle previste dall'attuale sistema di*

rigidità nelle procedure concorsuali collidendo con eventuali progetti di gestione del servizio che prevedano economie nell'impiego di risorse umane⁴⁹.

Infine, ci si deve occupare del problema del regime delle incompatibilità a svolgere le procedure concorsuali quando alla gara possa partecipare una società partecipata, in tutto o in parte, dall'ente aggiudicatore. È evidente, infatti, che in questa circostanza l'ente locale "banditore" si trova nella situazione di vestire contestualmente i panni di committente, azionista e regolatore, cosa che può suscitare più di un dubbio circa il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, sanciti dall'art. 97 Cost. Infatti, tali principi sono rispettati qualora l'affidamento del servizio sia attuato in modo trasparente e non discriminatorio riconoscendo a tutti i soggetti partecipanti alla procedura concorsuale le medesime opportunità⁵⁰. Un simile rapporto "incestuoso" espone le gare al rischio di essere tagliate su misura del vincitore desiderato dall'ente locale, ovvero al depotenziamento delle gare stesse come strumento di selezione del gestore migliore⁵¹. La tematica descritta non trova alcuna risposta nel "Burlando", nel quale non si prevede alcun regime d'incompatibilità, né alcuna forma di separazione sostanziale tra soggetto "banditore" della gara e società partecipata. Invero, l'incompatibilità può essere superata o agendo sul lato del rapporto ente locale - società pubblica, risolvendo il vincolo proprietario tramite una privatizzazione sostanziale, ovvero agendo sul versante della stazione appaltante, demandando la competenza a svolgere la procedura di gara ad un soggetto terzo imparziale. La prima soluzione è stata scarsamente perseguita nel nostro paese, soprattutto a causa delle forti resistenze espresse sia dalle organizzazioni sindacali, che dalle amministrazioni locali; la seconda è stata variamente interpretata dalla legislazione regionale, con modalità che hanno assunto forme organizzative differenziate. In alcune regioni è stato seguito il modello della creazione di Autorità locali, su scala regionale o di bacino, a cui sono state attribuite le competenze di svolgere l'attività di regolazione, tra cui il compito di espletare le procedure di gara. Il loro grado d'indipendenza deve essere misurato in ragione dei rapporti intersoggettivi tra dette Autorità e gli esecutivi, tanto regionali che locali. In tal senso, il

*relazioni industriali; le modalità di intervento pubblico – in presenza di bilanci in sofferenza per tutte le amministrazioni – giungono fino a previsioni di aggravio di imposte sui prodotti petroliferi (cfr. d.l. 21 febbraio 2005 n. 16, convertito nella legge 22 aprile 2005 n. 58); del resto sul piano della contrattazione aziendale, le aziende non sono in grado di garantire miglioramenti di produttività tali da finanziare i costi. Questa prassi rapsodica di ricerca dei finanziamenti per i rinnovi contrattuali, non garantendo la certezza e la fisiologicità dei finanziamenti può influenzare alcune prassi della contrattazione aziendali, quali la generalizzazione e la stabilizzazione delle quote di retribuzione flessibile". Sul punto v. anche **Dell'Arringa C.**, *Costo del lavoro e tariffe nel trasporto pubblico locale*, Hermes, 2006.*

⁴⁹ **Boitani A, Cambini C.**, *Il trasporto pubblico locale. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, p. 62 e Corte dei Conti, Sezione Autonomie, Delibera n. 1/2003, del 21 febbraio 2003, cit., p. 14.

⁵⁰ **Damonte R.**, *Il D.Lg. 422/97, in materia di pubblici trasporti: enti locali, committenti ed appaltatori allo stesso tempo?*, in *Foro Amm.*, 1999, 3, p. 934.

⁵¹ **Boitani A, Cambini C.**, *Il trasporto pubblico locale. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, cit., p. 65.

modello delle Agenzie per la mobilità⁵², come concepito dalla legislazione regionale vigente, non pare del tutto convincente, perché demanda agli esecutivi di regioni ed enti locali il compito di nominare i principali organi dell’Agenzia, con possibile condizionamento della loro indipendenza. Il modello lombardo prevede, invece, la creazione di un organo di garanzia che svolge verifiche e adotta ogni iniziativa utile a garantire i principi di pluralità e libera concorrenza tra i soggetti gestori del trasporto pubblico locale, con particolare riferimento alle modalità e procedure di affidamento dei servizi, mentre in caso d’incompatibilità le commissioni di gara sono integrate da un componente nominato dalla Giunta regionale⁵³. Nella Regione Veneto, invece, utilizzando i principi di sussidiarietà ed adeguatezza in modo dinamico, nel caso di partecipazioni degli enti locali in società affidatarie del servizio di TPL, la funzione “risale” ed è allocata a livello regionale⁵⁴. Si tratta di norme concorrenziali che garantiscono, con intensità diverse, condizioni di reale parità tra i concorrenti, ma che lasciano dubbiosi, ancora una volta, non tanto per le soluzioni in esse contenute, quanto per la fonte normativa regionale anziché statale che le ha prodotte⁵⁵, non essendo in alcun modo configurabile, nell’attuale quadro di riparto delle competenze legislative, una sorta di ruolo suppletivo della legislazione regionale nel caso di vuoto normativo nelle materie di competenza esclusiva dello Stato.

⁵² Il modello della “Agenzia per la mobilità” costituisce uno dei più originali strumenti di *governance* del TPL adottati da numerose leggi regionali, le quali hanno sperimentato una pluralità di modelli organizzativi, con differenze anche strutturali sulla forma giuridica adottata, sulle funzioni ad esse demandate e sul grado d’indipendenza, tanto dal livello politico che dai gestori dei servizi, di cui possono godere. Quanto al primo di questi aspetti, nella legislazione regionale sussistono agenzie sia nella forma dell’ente pubblico o consortile, che della società di capitali. Da un punto di vista funzionale, poi, si possono avere agenzie cd. “leggere”, a cui sono generalmente affidate funzioni di regolazione, programmazione, affidamento e monitoraggio dei servizi; agenzie “pesanti”, che oltre alle funzioni richiamate gestiscono anche gli *assets* necessari per l’erogazione del servizio; agenzie di mero supporto tecnico, che non svolgono direttamente attività di regolazione ma che assistono l’amministrazione nei processi decisionali. Quanto al problema della loro indipendenza, si riscontra nella legislazione regionale una certa tendenza a demandare agli esecutivi di regioni ed enti locali il compito di nominarne i principali organi, mentre non è raro il caso in cui a tali enti siano imputate quote di partecipazione delle società affidatarie dei servizi di TPL. Risulta incerta, dunque, la stessa ontologia di tale enti che sembrano più avvicinarsi a strutture tecniche intermedie tra gli organi di rappresentanza politica e imprese di trasporto, piuttosto che a vere e proprie autorità di regolazione del settore. In particolare, gli artt. 21 e ss. della L.R. Campania 3/2002 prevedono l’istituzione dell’Agenzia regionale per la mobilità sostenibile e di Agenzie territoriali per la mobilità sostenibile su scala provinciale o di comune capoluogo di provincia, con il compito, tra, l’altro di gestire le procedure di gara, con nomina del Direttore Generale da parte del Presidente della Giunta regionale; gli artt. 18 della L.R. Emilia Romagna 30/1998 istituiscono e disciplinano l’Agenzia per il trasporto pubblico locale e delle Agenzie locali per la mobilità e il trasporto pubblico locale, con funzioni di stazioni appaltanti; l’art. 25 della l.r. Puglia 18/2002 demanda all’Agenzia regionale per la mobilità nella Regione Puglia il compito di gestire le procedure di gara per i servizi di TPL.

⁵³ Rispettivamente, artt. 15 e 20, comma 3.5, della L.R. Lombardia 22/1998.

⁵⁴ Il comma 1ter della L.R. Veneto 25/1998 dispone che “Qualora si verifichi il caso in cui l’ente competente, ai sensi degli articoli 8 e 9, allo svolgimento delle procedure concorsuali, sia proprietario o comproprietario di un’impresa in possesso dei requisiti di cui al precedente comma, o abbia comunque partecipazione, in qualsiasi forma, nella impresa medesima, la competenza allo svolgimento delle procedure concorsuali stesse è attribuita alla Regione”. Simile è la soluzione adottata dal comma 6 *quinquies* dell’art. 22 della L.R. Umbria 37/1998.

⁵⁵ In tal senso, **Cammelli M.**, in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., pp.

3. Il TPL e la disciplina generale dei servizi pubblici locali: tra inclusione ed esclusione.

3.1. L'evoluzione di un difficile rapporto.

Come si è potuto vedere nel precedente paragrafo, l'assetto organizzativo del TPL risultante dal decreto "Burlando", è stato per molti versi anticipatorio di scelte di politica del diritto che hanno riguardato i servizi pubblici locali, così quando nel 2001 l'art. 35 della l. n. 448/2001⁵⁶ ha operato una storica cesura nella tradizione amministrativa italiana in ordine alle possibili forme della loro gestione⁵⁷, optando per il conferimento della gestione del servizio a società di capitali attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, il TPL si trovava già a fare i conti con il momento applicativo di tale modalità gestionale, con la trasformazione in società di aziende speciali e consorzi e, in alcuni casi, con l'adozione da parte degli Enti locali degli atti organizzativi prodromici all'esperimento delle gare. Le novità introdotte dall'art. 35 non si sono, tuttavia, limitate a quest'aspetto, ma hanno inciso in modo più radicale sulla *governance* dei servizi pubblici locali⁵⁸, introducendo, in particolare, il principio della separazione tra l'assetto proprietario, ed eventualmente gestionale, delle reti e degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali rispetto alla fase in senso

108-109.

⁵⁶ **Domenichelli V.**, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 311 e ss.; **Perfetti L. R.**, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 575 e ss.; **Liguori F.**, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; **Dugato M.**, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, vol. III, II ed., Milano, 2003, p. 2581 e ss.; **ID.**, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 15, 2004, p. 73 e ss.; **ID.**, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 24 e ss.; **ID.**, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 519 e ss.; **Graziano A.**, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 1369 e ss.; **Piperata**, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; **Vigneri A.**, *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it; **ID.**, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it.

⁵⁷ Ricorda **Calcagnile M.**, in *Verso una nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, in www.giustizia-amministrativa.it "Il comma 5° dell'art. 113 nella sua versione oggi vigente rappresenta la maggiore novità della riforma introdotta con l'art. 35 della legge n. 448 del 2001. La norma ha fatto venire meno la pluralità delle possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali, soluzione che apparteneva alla tradizione dell'ordinamento amministrativo italiano (v. l. 29 marzo 1903, n. 103; r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578; art. 22, comma 3° della l. 8 giugno 1990, n. 142 nonché versione originaria del vigente t.u. enti locali). Le forme di gestione tra le quali – nel vecchio ordinamento – gli enti locali potevano discrezionalmente scegliere quella ritenuta più adeguata erano catalogabili nel modello della gestione diretta (in economia, a mezzo di azienda speciale anche consortile, a mezzo di istituzione, a mezzo di società con partecipazione pubblica qualificata) e nel modello della gestione indiretta (concessione a terzi). A fronte di tale pregressa situazione (v. le leggi pocanzi citate), l'art. 113, comma 5° ha previsto, per l'affidamento della gestione (erogazione) del servizio pubblico, una sola modalità, definita come <<conferimento della titolarità del servizio a società di capitali>> e da attuarsi attraverso l'espletamento di <<gare con procedure ad evidenza pubblica>>".

⁵⁸ Secondo **Dugato M.**, in *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., 2002, pp. 219-220, sono cinque i punti essenziali nei quali era possibile sintetizzare l'assetto del settore dei servizi pubblici locali a seguito della riforma del 2001: a) la previsione di regimi giuridici differenti per i servizi a rilevanza industriale e per quelli privi di rilevanza industriale; b) la separazione tra proprietà delle reti e degli impianti (e relativa gestione) e gestione del servizio, dall'altro; c) l'introduzione di un meccanismo di concorrenza per la gestione; d) l'atipicità delle forme

proprio erogativa del servizio⁵⁹. La *ratio* di questa normativa risiede, evidentemente, nella finalità di aprire i servizi pubblici a logiche di competizione per il mercato poiché il servizio per essere svolto incontra spesso l'esistenza di un monopolio naturale o legale, per cui l'infrastruttura interessata dalle condizioni di monopolio deve essere separata dalla gestione del servizio ed il suo titolare, soggetto pubblico o società pubblica, escluso dalla possibilità di svolgere lo stesso⁶⁰. Nello specifico, le disposizioni del 2001 hanno stabilito che: a) la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici doveva essere mantenuta in capo agli enti locali, salvo la possibilità di conferirla a società di capitali di cui essi avessero detenuto la maggioranza azionaria non cedibile. In ogni caso le reti dovevano essere messe a disposizione dei gestori incaricati del servizio; b) l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali poteva essere separata dall'attività di erogazione del servizio; c) le società pubbliche intestatarie di reti ed impianti dovevano procedere al loro scorporo entro un anno dall'entrata in vigore della legge, conferendo tali cespiti ad una società appositamente costituita; d) l'erogazione del servizio doveva essere svolta da società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica. Se, quindi, la previsione di cui alla lettera d) risultava in linea con quanto stabilito dal D.lgs. 422/1997, le lettere a), b) e c) non trovavano specifica regolamentazione nella normativa di settore, lasciando all'interprete il compito di verificarne in concreto l'applicabilità. L'orientamento che è risultato maggioritario, grazie anche all'esplicita clausola di prevalenza della *lex specialis* contenuta nel comma 1 dell'art. 113 del D.lgs. n. 267 del 2000, è stato quello che considerava cogenti per il trasporto pubblico i principi generali della riforma per tutti gli aspetti non considerati dal decreto "Burlando", operando, dunque, in via integrativa e suppletiva rispetto alle

di gestione del servizio; e) la prevalenza delle leggi di settore sulla disciplina generale.

⁵⁹ Sul tema v. **Merusi F.**, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, il quale a p. 39 afferma "Come introdurre la concorrenza anche in pubblici servizi? Scorporando la parte demaniale del servizio quando il monopolio è determinato dal mezzo di produzione e di erogazione del servizio, e aprendo poi alla libera concorrenza la gestione del servizio (si può scorporare la rete ferroviaria per poi far correre sui binari treni di diverse compagnie o la rete di distribuzione dell'energia elettrica per poi farvi correre l'elettricità di diversi produttori fra di loro in concorrenza).

⁶⁰ **Perfetti L.R.**, *La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 575. Per **Cassese S.**, *La costituzione economica europea*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 6, p. 908, questi principi sono il portato della legislazione comunitaria secondo cui, "Il nuovo regime comporta, in generale (ma anche nella scelta delle modalità vi sono importanti differenze tra settore e settore): separazione tra rete e servizio, per liberalizzare il secondo pur restando la prima monopolistica (così per il trasporto ferroviario e l'energia elettrica); soppressione dei diritti speciali o esclusivi (la riserva originaria allo Stato) e libertà di entrata, salvo autorizzazione la cui discrezionalità è limitata, trasparente, non discriminatoria, motivata (così per tutti i settori); sottoposizione parziale delle imprese liberalizzate ai controlli dell'autorità della concorrenza; obbligo per tutti gli operatori di assicurare reciprocamente accesso e interconnessione agli altri operatori (così, in particolare, per le telecomunicazioni); obbligo di tutti gli operatori di fornire o contribuire finanziariamente ad alcune prestazioni minime (denominate servizio universale); obbligo degli operatori monopolisti e di quelli dichiarati di notevole forza di mercato a sottostare a particolari obblighi differenziali, dettati a favore dei nuovi entranti (misure asimmetriche); assegnazione mediante gara delle risorse che sono scarse (come le frequenze); sottoposizione, infine, ai controlli di apposite autorità indipendenti sia dal

previsioni di quest'ultimo⁶¹. La disciplina, derivante dall'articolo 35 della legge 448/2001, aveva, quindi, assunto la valenza di una disposizione "ad applicazione eventuale", nel senso che poteva trovare applicazione, in qualità di *jus superveniens*, nei settori già regolati da apposite norme, come per i trasporti, laddove vi fossero lacune nelle specifiche discipline settoriali⁶². Se, da un punto di vista astratto, i principi di cui all'art. 35 sono andati ad integrare il quadro normativo di riferimento del TPL, in concreto essi hanno avuto una scarsa applicazione pratica in un settore come quello del trasporto locale caratterizzato dall'assenza di una vera e propria rete⁶³, con l'eccezione delle reti tramviarie⁶⁴, e ove la titolarità degli *assets* funzionali all'esercizio del servizio è variamente imputata tanto agli enti locali e alle società derivanti dalla trasformazione delle aziende speciali, quanto, soprattutto per i servizi extraurbani, anche ad imprese private. Peraltro, quando i principi derivanti dalla disciplina generale hanno trovato pratica attuazione, il loro utilizzo da parte di Enti locali ed aziende pubbliche è spesso risultato distorto rispetto alla chiara *ratio* pro concorrenziale che li ispirava. Si pensi all'interpretazione che è stata data all'obbligo di "scorporo" delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni prescritto dal comma 9 dell'art. 35, che ha portato, in alcuni casi, alla costituzione di società immobiliari, intestatarie di tutti i cespiti, compresi quelli non strettamente

governo, sia dagli operatori".

⁶¹ **Colombari S.**, *La gestione dei servizi pubblici locali: nuove norme e problematiche (in parte) antiche*, in *Foro Amm., CdS*, 2003, 5, p. 1594; **D'Angelo G.**, *La riforma dei servizi pubblici locali, il trasporto pubblico locale*, cit., p. 85; **Zanelli E.**, *Due passi indietro, nessuno avanti: la regolamentazione del trasporto pubblico locale e l'art. 35 della "Finanziaria" 2002*, in *Corriere Giur.*, 2002, 3, p. 403 e ss. Con specifico riferimento al trasporto pubblico locale v. **Zunarelli S.**, *Problemi connessi all'obbligo di separazione tra la gestione dei servizi di trasporto pubblico e la proprietà delle reti, impianti ed altre dotazioni destinate al loro esercizio ai sensi dell'art. 35 della L. 448/2001*, in *Evoluzione e attuazione della liberalizzazione del trasporto pubblico*, a cura di Sciotto G., Genova, 2003.

⁶² In tal senso **Sgaramella G.**, *L'affidamento dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶³ **Zanelli E.**, *Due passi indietro, nessuno avanti: la regolamentazione del trasporto pubblico locale e l'art. 35 della "Finanziaria" 2002*, cit., p. 403.

⁶⁴ La rete ferroviaria è sottoposta ad una regolamentazione del tutto peculiare. Infatti, il settore del trasporto ferroviario è stato interessato a livello comunitario da un processo di liberalizzazione, avviato, dalla direttiva 91/440/CEE, recante "*Direttiva del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie*", e proseguito con l'emanazione del "primo pacchetto ferroviario", di cui alle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE. Tali atti hanno posto le basi per garantire, tra l'altro, l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture e l'utilizzo ottimale delle stesse, nonché a promuovere la sicurezza secondo *standard* e criteri di controllo comuni in ambito europeo. Le direttive hanno dettato principi per quanto attiene ai canoni di accesso, al regime di accesso alle reti nazionali dei vari Paesi membri, alla ripartizione della capacità d'infrastruttura e al regime di fornitura dei servizi alle imprese ferroviarie. In ambito nazionale il processo di liberalizzazione è stato avviato con il D.P.R. 277/1998, che ha introdotto la separazione tra il gestore dell'infrastruttura e le imprese ferroviarie, e con il D.P.R. 146/1999. Successivamente, con il D.Lgs. 188/2003, sono state recepite nel nostro ordinamento le direttive del primo pacchetto ferroviario. Il decreto legislativo ha definito la disciplina del trasporto ferroviario, con particolare riferimento alle licenze delle imprese ferroviarie, ai diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura, all'accesso alla stessa e ha abrogato il D.P.R. 277/1998 e il D.P.R. 146/1999. Numerosi sono stati in seguito gli interventi del legislatore, sia nazionale che comunitario, che hanno riguardato la materia. In particolare, si ricordano il "secondo pacchetto ferroviario" di cui regolamento (CE) n. 881/2004, la direttiva 2004/49/CE, la direttiva 2004/50/CE e la direttiva 2004/51/CE; il "terzo pacchetto ferroviario", composto dalla Direttiva 2007/58/CE, la Direttiva 2007/59/CE e dal Regolamento 23 ottobre 2007, n. 1371/2007. In ambito nazionale, si segnalano invece il D.Lgs. 268/2004, il D.Lgs. 162/2007 e il D.Lgs. 163/2007.

funzionali all'esercizio, operando quindi una sorta di *spin-off* che ha fortemente depatrimonializzato la società operativa. Che il vestito cucito dall'art. 35 non fosse completamente tagliato sulle esigenze del TPL lo si era visto già durante l'iter parlamentare d'approvazione della legge 448/2001, durante il quale non erano mancate proposte emendative, ordini del giorno, raccomandazioni accettate del Governo, di stralciare il settore dalla riforma⁶⁵. Se tali buoni intenti non hanno avuto fortuna nel 2001, già durante l'anno successivo, con l'art. 45 della legge 166/2002, il legislatore riusciva a trasporre nell'ambito D.lgs. 422/1997 i principi fondamentali della riforma adattandoli alle peculiarità del settore. In tal modo il TPL tornava avere "il proprio centro di gravità" nel decreto "Burlando". Gli avvenimenti successivi sono noti, con il nuovo assetto gestorio dei servizi pubblici locali ben presto messo in discussione non tanto dal sorgere di un rilevante contenzioso costituzionale⁶⁶, quanto dall'atto di messa in mora c(2002) 2329 del 26/06/2002 della Commissione Europea, la quale rilevava come la disciplina nazionale continuava a consentire numerose ipotesi d'affidamento diretto dei servizi, in contrasto con il diritto comunitario primario e derivato⁶⁷. Di fronte ai rilievi della

⁶⁵ Per una puntuale ricostruzione dell'iter di approvazione dell'art. 35 della legge 448/2001 per quanto attiene al trasporto pubblico locale, v. **D'Angelo G.**, *La riforma dei servizi pubblici locali, il trasporto pubblico locale*, cit.

⁶⁶ Con la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione del 2001 era sorta la questione circa la compatibilità della disciplina dell'art. 113 del Testo Unico con il mutato assetto costituzionale delle competenze statali e regionali in materia di servizi pubblici locali. La ragione del contenzioso era l'assenza dei servizi pubblici locali dagli elenchi di materie contenuti all'art. 117 della Costituzione, che rendeva necessario immaginare un titolo che giustificasse la competenza legislativa tanto per lo Stato che per le Regioni. Sulla base di tali premesse le Regioni erano ricorse alla Corte contro il nuovo testo dell'art. 113 segnalandone diversi profili di illegittimità. Le conclusioni cui la Consulta sarebbe successivamente pervenuta con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272, erano nel senso della riconduzione della materia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica all'ambito materiale "trasversale" della tutela della concorrenza. La Corte ha fatto propria una nozione molto ampia della tutela della concorrenza, volta a ricomprendere misure sia di protezione sia di promozione dell'assetto concorrenziale del mercato. Essa comprende ogni intervento normativo indirizzato a promuovere la competizione delle imprese sul libero mercato e ad escludere ogni pratica che impedisca l'accesso competitivo degli operatori all'esercizio dell'attività economica. In tal senso più che una materia in senso tecnico essa assurge a valore trasversale e si configura quale limite alla potestà legislativa regionale in riferimento a numerose materie di competenza concorrente o residuale. In proposito, V. **Zito A.**, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 387 e ss.; **Sciullo G.**, *Stato, regioni, e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in www.lexitalia.it, n. 7-8, 2004; **Buzzacchi C.**, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le regioni*, 3, 2006.

⁶⁷ Come ricorda **Sciullo G.**, in *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in www.lexitalia.it, anche l'art. 35 della legge 448/2001 era stato adottato sulla spinta della minaccia da parte della Commissione Europea di apertura di una procedura d'infrazione ex art. 226 del Trattato. Nell'atto di messa in mora dell'8 novembre 2000 la Commissione aveva ritenuto che, con la disposizione dell'art. 22 della l. 142/90, lo Stato italiano aveva violato gli obblighi discendenti sia dalle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE, sia dagli artt. 49 ss. del trattato CEE e dai principi di non discriminazione e di trasparenza. A cadere sotto la scure della Commissione erano state le disposizioni dell'art. 22 della l. 142/90 riguardanti l'affidamento del servizio a s.p.a. a prevalente capitale pubblico, ad aziende speciali, ad istituzioni, e tramite lo strumento concessorio, laddove avessero dato luogo ad affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi, ponendosi in contrasto con le direttive 92/50 e 93/38, mentre, se avessero dato luogo ad affidamenti diretti di concessione di servizi, avrebbero violato le norme in tema di libera prestazione di servizi (art. 49 ss. del trattato CE) e i principi di trasparenza e parità di trattamento. Con l'atto di reiterazione di messa in mora, c(2002) 2329 del 26/06/2002, la Commissione ha successivamente ribadito, con riferimento all'art. 35 della l. 448/2001, gli orientamenti in

Commissione, il legislatore ha tentato di rispondere intervenendo nuovamente sulla materia con l'articolo 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 326/2003, ed ulteriormente modificato dall'art. 4 della legge 350/2005 (Finanziaria per il 2004), che è andato a novellare completamente l'art. 113 del T.U. degli Enti locali. Quanto alla gestione dei servizi a rilevanza economica, il cd. "Iodo Buttiglione" ha introdotto tre modalità alternative di gestione, ossia tramite: a) società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) società di capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; c) società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano (cd. affidamento *in house providing*⁶⁸). Se, in termini generali, l'intervento normativo del 2003 ha avuto lo scopo di

precedenza espressi. Ad avviso della Commissione anche l'art. 35 della l. 448/2001 "*continua a consentire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali*" senza il rispetto della richiamata disciplina comunitaria, ed in particolare quanto all'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, quando separata dall'erogazione dei servizi, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali; la durata massima del periodo transitorio, durante il quale sono fatti salvi gli affidamenti diretti effettuati in passato; l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali; gli affidamenti diretti previsti come regola generale in tema di gestione di servizi pubblici privi di rilevanza industriale.

⁶⁸ Si tratta di un modello di matrice comunitaria di cui si trova per la prima volta menzione nel Libro Bianco del 1998, Comunicazione della Commissione dell'11 marzo 1998, COM(1998) 143 def. Sugli affidamenti *in house* il *leading case* è rappresentato dalla sentenza *Teckal* della Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, Società Teckal c. Comune di Viano, C-107/98. La Corte si era già pronunciata sull'istituto in parola con la sentenza 9 settembre 1999, Risan c. Comune di Ischia, C-108/98, e successivamente si è espressa nella sentenza *Teleaustria*, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, in *Foro amm.*, 2000, p. 1419 e *Arge*, 15 giugno 2000, causa C-94/99. In tali arresti giurisprudenziali la Corte ha affermato che l'indizione di una gara pubblica, conformemente alle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, non è obbligatoria, anche quando l'affidatario è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte le due condizioni seguenti: da un lato, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall'altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono. I principi enunciati nella sentenza *Teckal* sono stati successivamente approfonditi dalla Corte comunitaria in alcune pronunce, che in ragione della loro contenuto, costituiscono ulteriore specificazione nel percorso volto a delineare i caratteri normativi della figura dell'*in house providing*. In particolare, nella sentenza *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 93 e ss., con nota di **Alesio M.**, la Corte di giustizia, nel confermare l'eccezionalità del ricorso all'*in house providing*, ha escluso la legittimità di affidamenti diretti tutte le volte in cui il soggetto aggiudicatario sia partecipato da privati. Nella sentenza del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 133 e ss., con nota di **Piperata G.**, *L'affidamento in house alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, relativa al caso *Parking Brixen*, la Corte di giustizia, ha affermato che per la sussistenza del requisito del "controllo analogo" non è sufficiente che il capitale sociale sia interamente posseduto da soggetti pubblici, occorrendo altresì degli strumenti, diversi dai normali poteri che un socio anche totalitario esercita in assemblea, che attribuiscono all'ente pubblico la possibilità di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società affidataria. Nella sentenza *Modling* del 10 novembre 2005, causa C-29/04, in *Urb. app.*, 2006, p. 157 e ss., con commento di **Giovannelli P.**, *Divieto d'affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, i giudici comunitari hanno

restituire agli enti locali una più ampia possibilità di scelta tra i diversi moduli gestionali, esso ha tuttavia sostanzialmente due delle tre soluzioni offerte orientandole nel mantenere in capo a soggetti controllati dagli Enti Locali ampi spazi d'intervento nei mercati locali, con aperture molto limitate a logiche effettivamente concorrenziali⁶⁹, tradendo fondamentalmente quello che era stato lo spirito stesso della riforma del 2001, che aveva coniugato come momenti coesenziali la proprietà pubblica dei beni strumentali, la separazione tra il soggetto titolare di tali cespiti e quello chiamato in concreto a produrre il servizio, e la gara ad evidenza pubblica come unica modalità d'affidamento dello stesso⁷⁰.

evidenziato che l'affidamento *in house* è illegittimo non solo in presenza di una compartecipazione di soggetti privati al capitale sociale, ma anche quando alla totale partecipazione pubblica si accompagnano elementi tali da determinare una limitazione dei poteri di controllo da parte dell'ente locale sul soggetto incaricato del servizio. La pronuncia ANAV del 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV c/ AMTAB e Comune di Bari, in www.curiaeuropa.eu, la Corte di giustizia, è ritorna sul dibattuto tema degli affidamenti diretti proprio in un caso di affidamento di un servizio di trasporto pubblico locale nel nostro Paese (v. nota 74). Nella pronuncia *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, C-340/04, il Giudice comunitario ha ritenuto che qualora la società sia interamente in mano pubblica, ma di proprietà di vari enti locali, l'attività da prendere in considerazione ai fini del rispetto dei requisiti del "controllo analogo" è quella realizzata con tutti gli enti locali che ne detengono le quote azionarie. Da ultimo, con la recente sentenza 17 luglio 2008, *Commissione c. Italia*, causa C-371/05, la Corte di giustizia ha affermato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non sia soddisfatta, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione. In dottrina, sull'*in house providing*, ex multis V. **Caringella F.**, *L'affidamento in house*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, p. 255 e ss.; **Perfetti L.R.**, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. CdS*, 2004, p. 1170 e ss.; **Alberti C.**, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, p. 519 e ss.; **Greco G.**, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 1461 e ss.; **Chiti M.P.**, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro Amm. - Tar*, 2006, p. 1161 ss.; **Ursi R.**, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., p. 179 e ss.; **Galetta D.U.**, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 17 ss.; **Vacca A.**, *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm. - Tar*, 2006, p. 1844 e ss.; **Caia G.**, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro Amm. - CdS*, 2002, p. 1232 e ss.; **Colombari V.**, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, ivi, 2004, 1136 ss.; **Clarizia A.**, *Il privato inquinato: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *Giust. amm.*, 2005, p. 196 ss.; **Lolli A.**, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro Amm. - TAR*, 2005, 6, p. 1937 e ss.; **Moscardi I.**, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di controllo analogo*, in *Foro Amm. - TAR*, 2007, 06, p. 2245 e ss.; **Saracino C. M.**, *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, 3, p. 631 e ss.; **Salamone V.**, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra normativa nazionale diritto comunitario*, in *Foro Amm. - TAR*, 2006, 10, p. 342 e ss.; **Acocella C.**, **Liguori F.**, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 3, p. 756 e ss.; **Caruso L. M.**, *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, in *Giur. Merito*, 2009, 5, p. 1388 e ss.; **Pulvirenti M. G.**, *Recenti orientamenti in tema di affidamenti in house*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1, p. 108 e ss.

⁶⁹ In tal senso, **Barbiero A.**, in *Note di analisi sull'evoluzione del sistema normativo di riferimento per i servizi pubblici locali*, in www.unisi.it.

⁷⁰ Rileva **Piperata**, in *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., p. 252 che: "Si tenga presente che proprietà pubblica dei beni strumentali, separazione gestoria e concorrenza per il mercato sono strumenti che si integrano e funzionano a condizione che operino contestualmente in una prospettiva di liberalizzazione del

È prevalso, ancora una volta, un sistema imperniato sul primato della programmazione e della gestione pubblica anche del momento produttivo del servizio, mentre la regolazione in tale contesto è stata relegata ad una funzione meramente ancillare⁷¹. Il punto di coabitazione tra disciplina generale dei servizi pubblici locali e gli ordinamenti di settore ha sostituito al sistema dell'integrazione, quello dell'imposizione, con la nuova formulazione del comma 1 dell'art. 113 del D.lgs. n. 267 del 2000 che ha sancito la prevalenza della normazione generale anche ove quella di settore prevedesse regimi d'affidamento del servizio più orientati a logiche d'apertura alla concorrenza dei mercati di riferimento⁷². Così, per il trasporto pubblico locale si è passati da unica modalità fondata sulle gare ad evidenza pubblica, ad una gamma di tre sistemi⁷³, in cui il modello della società mista pubblico-privata e dell'affidamento cosiddetto *in house* hanno rappresentato un arretramento, anche culturale, che ha fatto subito breccia nelle strategie organizzative di comuni e province, facendo prevalere una logica protezionistica del mercato e del capitale locali. In tale contesto molte amministrazioni hanno operato un subitaneo mutamento d'indirizzo, con plateali episodi di revoca di gare già bandite⁷⁴, con

mercato di riferimento. Viceversa, rischiano di risultare scarsamente innovativi se utilizzati in un contesto di riappropriazione da parte dell'ente locale della sfera gestoria del servizio". Dello stesso avviso è anche **Boitani A.**, in *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in *ASTRID-Rassegna*, 12, 2005, p. 6, il quale sottolinea come *"La separazione tra gestione dei servizi e gestione delle reti ha senso solo quando nel mercato a valle possono esserci più soggetti, che devono avere accesso a quella particolare rete in modo non discriminatorio, per cui è opportuno che chi gestisce la rete non sia anche uno dei concorrenti nei servizi. Ma se a gestire il servizio sarà un solo soggetto non c'è ragione per cui debba essere diverso da quello che gestisce la rete"*.

⁷¹ In questo senso si esprime **Napolitano G.**, in *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 92. Della stessa opinione è anche **Iacovone G.**, in *Il servizio di trasporto pubblico locale tra gestione diretta e modelli concorrenziali*, in www.giustamm.it, n. 9, 2008, che a p. 25 rileva come *"Appare addirittura illogico che il gestore del servizio sia una derivazione diretta del soggetto pubblico che, in un contesto di liberalizzazione, ancorché circoscritta ai profili di accesso al mercato (concorrenza per il mercato), sia deputato ad individuare ex ante le condizioni del corretto funzionamento dello stesso"*.

⁷² Il comma 1 dell'art. 113 del D.lgs. n. 267 del 2000, come novellato dall'art. 35 della l. 448/2001, stabiliva che *"Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore"*.

⁷³ Sul tema v. **Arabia A. G., Gariglio D., Rapallini C.**, *La governance del trasporto pubblico locale*, Milano, 2004.

⁷⁴ Emblematico è il caso dell'Amministrazione comunale di Bari che aveva deliberato di avviare la procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto e successivamente, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 d.l. n. 269 del 2003, ha stabilito di revocare gli atti di gara già emanati, optando per l'affidamento diretto del servizio alla A.M.T.A.B. servizio S.p.A. La reazione delle imprese private interessate a partecipare alla gara, rappresentate dall'associazione A.N.A.V., è stata quella d'innescare un contenzioso avanti al locale TAR, il quale ha sottoposto alla Corte di Giustizia della Comunità Europea una questione pregiudiziale nella quale chiedeva se l'articolo 113 del decreto legislativo 267/2000 contrastasse con il diritto comunitario, ed in particolare con la libertà di stabilimento garantita dall'articolo 43 Trattato CE e con la libertà di accesso alla prestazione dei servizi di cui all'articolo 49. La Corte, con la sentenza 6 aprile 2006 resa nel procedimento C-410/04, ha stabilito che i principi comunitari non contrastano con una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene. Non meno significativo è il caso del comune di Roma che con Deliberazione del Consiglio comunale n. 126 del 15 luglio 2004 affidava *in house* il servizio di trasporto su ferro e su gomma alle società Trambus e Met.Ro.

affidamenti *in house* effettuati anche al di là delle stringenti maglie comunitarie, e con lo svilupparsi di un notevole contenzioso amministrativo che in nessun modo ha giovato alla certezza dei rapporti giuridici⁷⁵. Di fronte a questo improvviso arresto della spinta liberalizzatrice, la repentina retromarcia del legislatore del 2004 non può certo stupire nei tempi, vista l'urgenza di tornare all'assetto delineato dal "Burlando" che qualche effetto in termini d'efficiamento del sistema cominciava a produrre, bensì qualche perplessità suscita l'atto legislativo che la contiene, ossia la legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante "*Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*". In particolare, il comma 48 dell'art. 1 di detto provvedimento inseriva un comma 1bis all'art. 113 del D.lgs. 267/2000, escludendo esplicitamente il settore del TPL dall'applicazione della disciplina generale dei servizi pubblici e riconducendolo così al solo alveo del D.lgs. 422/1997. In tal modo il TPL riconquistava una propria specifica fisionomia che ne giustificava la scollatura rispetto agli altri servizi pubblici locali⁷⁶. Tuttavia, la breve finestra temporale 2003-2004 ha rappresentato per il TPL ben più di un semplice incidente di percorso nella via di un riaffermato indirizzo di politica del diritto, ma un indice rivelatore che l'orizzonte ideologico di riferimento stava rapidamente cambiando. Si cominciava a percepire nelle amministrazioni e nelle imprese del settore un *idem sentire* secondo cui le gare "non si riescono a fare", e quando si fanno non sono gare "vere" perché sono vinte in ogni caso dall'*incumbent*. A corroborare tale sensazione le continue proroghe degli affidamenti sopra descritte, ma anche quando le proroghe arrivavano in ritardo nulla sembrava cambiare in quanto la norma che sanciva la fine degli affidamenti, con il contestuale onere per l'amministrazione di celebrare le gare, risultava, di fatto, priva di sanzione, lasciando il vecchio gestore a svolgere il servizio in regime di proroga "tecnica", dovendo quest'ultimo comunque assicurare la continuità nell'erogazione del servizio. Inoltre, l'estromissione del TPL dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali non sembrava certo una scelta definitiva. Non mancavano, infatti, iniziative legislative, tanto del governo che parlamentari, di "riforma dei servizi pubblici locali" che sembravano orientare nuovamente l'oscillazione del pendolo nel senso dell'inclusione del TPL nella disciplina generale. È il caso, nella passata Legislatura, del D.d.L. n. 772 del luglio 2006 (cosiddetto "Lanzillotta")⁷⁷, di delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali, che prevedeva tra i principi e criteri direttivi ai quali il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi, quello di armonizzare la nuova disciplina con quella di settore applicabile ai diversi

⁷⁵ Sul punto v. **Cambini C.**, *Le gare per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale in Italia, Il Rapporto*, Politecnico di Torino e Hermes, Maggio 2005; **Lanzillotta L.**, *Controliberalizzazioni, il caso del trasporto locale a Roma*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2004, p. 549 e ss.

⁷⁶ In tal senso, **Cammelli M.**, in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., p. 84.

⁷⁷ Sul D.D.L. n. 772 v. **Iaione C.**, *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Jovene, Napoli, 2008, p. 141 e ss.; **Iacovone G.**, in *Il servizio di trasporto pubblico locale tra gestione diretta e modelli concorrenziali*, cit., p. 27 e ss.; **Pallotta A.**, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, p. 191 e ss.; **Bozzoli S.**, *Note sul DDL "Lanzillotta" sui servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it.

servizi pubblici locali, tra i quali i trasporti, individuando in modo univoco le norme cogenti in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ed apportando, di conseguenza, le necessarie modifiche alle normative dei diversi settori. Il D.d.L. n. 772 poneva come disciplina generale per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica, mentre relegava, almeno nella sua prima stesura⁷⁸, ad un ambito di "eccezionalità" gli affidamenti diretti tanto a soggetti *in house*, quanto alle società miste. Tuttavia, anche in questo caso per il TPL la poca coerenza del disegno riformatore traspariva dalla circostanza che parallelo al D.d.L. "Lanzillotta" era stato elaborato dal Ministero dei Trasporti uno schema di disegno di legge "collegato alla finanziaria 2008", che conteneva delle rilevanti modifiche al D.lgs. 422/1997, intervenendo anch'esso sulle modalità d'affidamento dei servizi e proponendo dei contenuti non del tutto sovrapponibili con quelli del D.d.L. n. 772⁷⁹. La fine anticipata della legislatura ha posto nel nulla questi tentativi e i dubbi interpretativi che portavano con sé.

3.2. Il TPL nel *mare magnum* dell'articolo 23bis del decreto legge n. 112/2008.

Passando da quella che ormai sembra storia, alla cronaca dell'attuale Legislatura, l'approvazione del decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 133, del 6 agosto 2008, recante "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*"⁸⁰, ha costituito

⁷⁸ Ricorda, infatti, **Pallotta A.**, in *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, cit., p. 200 che "La descritta filosofia, sottesa al disegno di legge, è stata non poco ridimensionata a seguito delle recenti modifiche introdotte nel testo ad iniziativa dello stesso Ministro proponente con una decisa attenuazione della sua portata innovativa. Più d'uno i compromessi resi necessari per facilitare l'approvazione del provvedimento e la prosecuzione dell'esame al Senato, i quali per molti versi hanno contribuito ad incrinare la coerenza degli obiettivi iniziali. Innanzitutto, vi è stata una formulazione più "morbida" riguardo alla limitazione degli affidamenti diretti, in house. Infatti, a seguito delle istanze degli enti locali, il carattere eccezionale che avrebbe dovuto avere il mancato ricorso a gare è stato sostituito con la definizione delle fattispecie nelle quali rimane ammissibile l'affidamento diretto. Modifica, questa, che ha inteso agevolare soprattutto i piccoli Comuni, per i quali è sembrato non sempre economicamente conveniente affrontare la gara pubblica."

⁷⁹ Infatti, il comma 6, dell'art. 1, dello Schema di disegno di legge, collegato alla finanziaria 2008, recante "*Misure organizzative e procedurali in materia di mobilità sul territorio*", proponeva d'introdurre, nell'articolo 18 del D.lgs. 422/1997, la novella della sola gara cosiddetta "a doppio oggetto" per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale eserciti da Società a totale capitale pubblico di regioni o enti locali. In particolare, la gara in argomento avrebbe dovuto avere ad oggetto non solo la gestione dei servizi di trasporto, ma anche una quota, pari a non meno del 30%, del capitale della società pubblica che li gestisce.

⁸⁰ Sull'art. 23bis del decreto legge n. 112, del 25 giugno 2008, V. **Dugato M.**, *Servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, in *Gior. Dir. amm.*, 12, 2008, p. 1219 e ss.; **De Nictolis R.**, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e app.*, 2008, 10, p. 1109 e ss.; **Purcaro A.**, *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house providing dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art. 23-bis*, in www.lexitalia.it, 9, 2008; **Lilli F.**, *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, 9, 2008; **Guzzo G.**, *Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa*, in www.lexitalia.it, 9, 2008; **Guzzo G.**, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza (note a margine della bozza del DL relativo alla manovra finanziaria)*, in www.lexitalia.it, 6, 2008; **Guzzo G.**, *La nuova disciplina "dualistica" dei S.P.L. di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della Comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 16 ottobre 2008 e dell'emanando regolamento d'attuazione*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2009; **Giliberti B.**, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e app.*, 2009, 2, p. 146

una scossa all'assetto ordinamentale dei servizi pubblici locali la cui portata per il TPL si cercherà di seguito d'illustrare, lasciando al paragrafo seguente l'analisi delle ulteriori modifiche a tale assetto normativo di recente introdotte dal d.l. 135/2009 e dalla relativa legge di conversione⁸¹. Innanzitutto, si deve rilevare che, riprendendo in qualche modo le fila del D.d.L. "Lanzillotta", l'art. 23bis, nella dialettica tra inclusione ed esclusione, fa nettamente prevalere il primo indirizzo. Infatti, la nuova disciplina riguarda "tutti" i servizi pubblici locali "di rilevanza economica", il che fa capire, oltre al fatto che non sono interessati quelli privi di tale rilevanza, che non vi sono settori esclusi dal suo ambito di regolazione⁸². Inoltre, la lettera d) del comma 10, stabilisce che il Governo emani uno o più regolamenti di delegificazione, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. 400/1988, al fine di armonizzare la nuova disciplina e quella propria dei diversi settori interessati, individuando in particolare le norme applicabili in via generale all'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica e cogenti, tra gli altri, anche per il settore dei trasporti. Di più, il comma 1 dell'art. 23bis prescrive una doppia prevalenza delle nuove disposizioni, tanto con riguardo alle discipline di settore con esso incompatibili, quanto, sempre nello stesso limite, con l'art. 113 del T.U.E.L. La discutibile tecnica legislativa pone all'interprete l'onere di sistematizzare la pluralità di fonti, considerando che le disposizioni di cui ai commi da 1 a 9 si possono considerare immediatamente cogenti⁸³, e che dei regolamenti governativi, che avrebbero dovuto fare da corollario alla riforma, ponendo un minimo di chiarezza, si è persa traccia⁸⁴. Appare banale, allora, constatare che, con riferimento all'art. 113 del T.U.E.L., una norma che certamente ha trovato abrogazione è il comma 1bis che escludeva esplicitamente il settore del trasporto pubblico locale dall'applicazione della disciplina generale dei servizi pubblici locali. Tale abrogazione determina come conseguenza che al TPL sono applicabili, non solo le norme dell'art. 23bis, ma anche tutte quelle dell'art. 113 del T.U.E.L. rimaste vigenti. Meno banali sono, invece, i rapporti di compatibilità/vigenza – incompatibilità/abrogazione tra le

e ss.; **Volpe C.**, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato, e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e app.*, 2008, 12, p. 1401 e ss.; **Rosato D.**, *I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?*, in *Rass. Adv. Stato*, 3, 2008, pp. 71 e ss.; **Ammannati L.**, *Frammenti di una riforma dei servizi pubblici locali*, in www.amministrazioneincammino.it, servizi pubblici locali, 2008; **Tessarolo C.**, *Appalti, concessioni di servizi e art. 23 bis*, in www.dirittodeiserviziubblici.it, 2009; **Spadoni B.**, *I servizi pubblici locali tra le "rapide" della riforma*, in www.dirittodeiserviziubblici.it, 2009. Con particolare riferimento al trasporto pubblico locale V. **Iacovone G.**, in *Il servizio di trasporto pubblico locale tra gestione diretta e modelli concorrenziali*, cit., p. 34 e ss.

⁸¹ Si tratta della legge 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata nella G.U. n. 274 del 24 novembre 2009.

⁸² Tale affermazione è stata, tuttavia, fortemente temperata dai successivi interventi modificativi all'art. 23bis, con i quali sono state introdotte numerose eccezioni a questo principio generale, determinando una vera e propria "fuga" dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali di numerosi settori, disposizioni sulle quali si darà conto più dettagliatamente nel seguente paragrafo.

⁸³ Rileva **Dugato M.**, *Servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, cit., p. 1221, che "Si deve pertanto ritenere che le norme generali prevalgano già ora sulle norme settoriali incompatibili, essendo la verifica della compatibilità lasciata ai singoli operatori, in attesa dell'opera regolamentare di armonizzazione".

⁸⁴ V. in proposito l'articolo del quotidiano *Il Sole 24 ore* del 22 maggio 2009, *Servizi locali, riforma sparita*. Si rileva, inoltre, che l'art. 15 del d.l. 135/2009 ha spostato il termine per l'adozione da parte del Governo del regolamento di delegificazione al 31/12/2009.

disposizioni, da un lato dell'art. 23bis, e dall'altro del D.lgs. 422/1997, ed in particolare l'art. 18, e della legislazione regionale d'attuazione. Tali aspetti riguardano principalmente i soggetti ai quali può essere affidato il servizio, il nodo centrale delle modalità d'affidamento dello stesso e, nel caso della gara, le norme procedurali per il suo espletamento, la durata del periodo transitorio, il divieto di svolgere attività *extra moenia* per gli affidatari diretti, il regime giuridico delle reti, la definizione dei bacini di gara, la distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione, gli spazi per una liberalizzazione dei servizi "nel mercato". Il comma 2 dell'art. 23bis stabilisce che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene a favore d'imprenditori o di società in qualunque forma costituite. La norma, a differenza di quanto in precedenza previsto, accoglie i principi comunitari della neutralità delle forme giuridiche e della massima partecipazione alle gare, così come confermato da una recente sentenza della Corte di Giustizia⁸⁵, che dichiarava illegittima una disposizione ed una procedura che escludeva dalla gara società in nome collettivo e a responsabilità limitata. Ora, se il comma 2, lettera a), dell'art. 18 del D.lgs. 422/1997 stabilisce il principio generale che alle gare possono partecipare genericamente i soggetti in possesso dei requisiti d'idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti per il conseguimento della prescritta abilitazione all'autotrasporto di viaggiatori su strada, tuttavia altre disposizioni settoriali contenute sia nello stesso decreto "Burlando", che nella legislazione regionale, sembrano ambigualmente presupporre che l'affidatario del servizio possa essere soltanto un soggetto societario⁸⁶. Evidentemente tali disposizioni devono essere reinterpretate non solo, e non tanto, alla luce del comma 2 dell'art. 23bis, ma ancor prima in considerazione dei principi enunciati dal Giudice comunitario. Arrivando al tema centrale delle modalità d'affidamento dei servizi, l'art. 23bis stabilisce il principio generale di un rapporto di regola/eccezione tra il conferimento dei servizi tramite gara e modalità d'affidamento diverse da quest'ultima. La disposizione del comma 2 parla, infatti, di conferimento in via "ordinaria" tramite gara, mentre le "eccezioni" sono fattispecie speciali rispetto alla prima enucleate dal successivo

⁸⁵ Corte di Giustizia CE, 18 dicembre 2007, C-357/06, in www.curiaeuropa.eu. L'art. 113, comma 5, lett. a) del TUEL stabiliva che l'erogazione del servizio potesse essere espletata soltanto da società di capitali individuate attraverso gare con procedure ad evidenza pubblica. Il giudice comunitario ha stabilito che "L'art. 26 n. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 92/50/CE osta a disposizioni nazionali, come quelle costituite dagli art. 113, comma 5, D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 198, comma 1, D.Lgs. n. 152 del 2006 e art. 2, comma 6, l.r. Lombardia n. 26 del 2003, che impediscono ad operatori economici di presentare offerte, soltanto per il fatto che tali offerenti non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Il giudice nazionale, in tal caso, è obbligato a dare un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interna contraria a tali prescrizioni". Conforme a questo orientamento il recente arresto del Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2008 n. 4242, in www.giustiziamministrativa.it.

⁸⁶ È il caso, per esempio, della norma prevista dallo stesso comma 2, lettera a), dell'art. 18 del D.lgs. 422/1997, che stabilisce che alle gare non possono partecipare le società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non ad evidenza pubblica, e delle società dalle stesse controllate o ad esse collegate, delle loro controllanti e delle società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali. Evidentemente il riferimento soggettivo alla forma societaria deve essere inteso a qualsiasi forma

comma 3. Più specificamente, quest'ultimo comma prevede la derogabilità alla norma del comma 2 soltanto "in presenza di situazioni che a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un utile ed efficace ricorso al mercato". In tali casi "l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria". Nell'originaria formulazione dell'art. 23bis si delineavano, così, delle fattispecie atipiche d'affidamento del servizio al di fuori della gara, non potendosi queste limitare al solo *in house providing* evocato ma non esplicitamente tipizzato dalla norma⁸⁷. Che *in house* potesse comunque essere ricompreso nell'ambito d'applicazione della disposizione appariva evidente, in quanto tale formula organizzativa costituisce un principio oramai consolidato del diritto comunitario⁸⁸. Oltre al requisito del controllo analogo e a quello della prevalenza dell'attività svolta dal soggetto affidatario con l'ente di riferimento, come individuati dalla copiosa giurisprudenza comunitaria, rilievo determinante assume, nel nuovo quadro normativo, l'impossibilità per l'ente locale di rivolgersi efficacemente e utilmente al mercato: impossibilità che deve derivare da peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento. Si tratta di elementi esogeni al rapporto tra pubblica Autorità e soggetto *in house* che restringono la possibilità di fare ricorso a tale modalità organizzativa, elementi per i quali la disposizione, per avere un contenuto precettivo, fa rinvio a parametri extragiuridici. Il comma 3 obbliga, inoltre, l'ente affidante a dare adeguata pubblicità alla scelta e a motivarla in base ad un'analisi del mercato, nonché a trasmettere contestualmente una relazione, sugli esiti della predetta verifica, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, nella versione originaria dell'art. 23bis, alle autorità di regolazione del settore⁸⁹, per l'espressione di un parere sui profili di competenza, parere da rendere entro sessanta

d'impresa.

⁸⁷ Rileva **Dugato M.**, *Servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, cit., p. 1219, che "Anche se non vi è dubbio che il riferimento alla deroga sia rappresentato dall'*in house providing*, almeno in linea teorica, il rinvio all'intero complesso dei principi comunitari consente di ritenere che possano aversi attribuzioni senza gara non soltanto in favore di soggetti qualificabili *in house*, ma anche in favore di soggetti terzi quando sussistano i presupposti per l'applicazione delle norme comunitarie sulle procedure negoziate". Si rileva che l'esplicitazione della modalità organizzativa dell'*in house* è avvenuta a seguito delle modifiche all'art. 23bis introdotte dall'art. 15 del d.l. 135/2009 di cui si dirà *infra* al par. 3.3.

⁸⁸ **Volpe C.**, *In house providing*, *Corte di Giustizia, Consiglio di Stato, e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, cit., p. 1410. Anche il T.A.R. Veneto, Sez. I, nella sentenza 236/2009, in www.giustiziamministrativa.it, non sembra dubitare di tale circostanza. Tuttavia *contra* **De Nictolis R.**, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1113, la quale sostiene che "Se si vuole dare all'art 23bis effettiva portata liberalizzatrice, in coerenza con le finalità pro concorrenziali enunciate dalla stessa disposizione, si deve ritenere che la norma abbia inteso incidere sui modelli gestionali dei servizi pubblici locali, affermando il principio che quando si tratta di servizi di rilevanza economica, essi vanno esternalizzati mediante gara, e non possono essere gestiti *in house*".

⁸⁹ L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nella segnalazione resa al Governo e al Parlamento ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. e) ed f) del D.Lgs. 163/2006, recante "Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133", del 26.11.2008, in www.autoritalavoripubblici.it, afferma a p. 8 che "Al riguardo, è da ritenersi, sul piano della coerenza sistematica, che tra le Autorità chiamate ad esprimere il proprio parere sia inclusa anche questa Autorità poiché la disciplina contenuta nell'art. 23 bis riguarda

giorni dalla ricezione della detta relazione. Tali oneri rappresentano per l'ente affidante un aggravamento del procedimento amministrativo che impone loro una maggiore ponderazione sulle scelte organizzative da adottare, mentre l'eventuale parere negativo dell'AGCM, seppure non vincolante, costituisce un forte elemento di "moral suasion" che può costituire, di per sé, un efficace argine contro scelte amministrative illegittime. Ulteriore opzione non espressamente enunciata nella sua prima formulazione⁹⁰, ma che trovava sicuramente sede nell'art. 23bis sin dal 2008, è quella della società mista⁹¹. Il modello della società mista è stato di recente oggetto tanto di una Comunicazione interpretativa da parte della Commissione Europea del 12 aprile 2008 "Sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)"⁹², che di numerose decisioni del Giudice Amministrativo, tra le quali merita un'espressa menzione l'Adunanza Plenaria del Consiglio Stato n. 1 del 3 marzo 2008⁹³, che ha posto dei punti fermi sulla legittimità dell'adozione di tale modello organizzativo nell'attesa del pronunciamento del Giudice comunitario⁹⁴. In particolare, tanto i Giudici di Palazzo Spada che la Commissione hanno ritenuto ammissibile l'effettuazione di un'unica gara per la scelta del partner operativo e il contestuale affidamento del servizio al soggetto societario misto, ponendo tuttavia una serie di prescrizioni affinché l'affidamento stesso possa essere considerato legittimo⁹⁵. L'atteso avallo a questo indirizzo

espressamente le procedure sulle quali l'Autorità, ai sensi del D.lgs. 163/06, deve vigilare al fine di assicurare la corretta applicazione".

⁹⁰ Si rileva che la fattispecie della società mista ha trovato esplicitazione a seguito delle modifiche all'art. 23bis introdotte dall'art. 15 del d.l. 135/2009 di cui si dirà *infra* al par. 3.3.

⁹¹ Con riferimento ai più recenti contributi dottrinari in materia di società miste v. **Acocella C., Liguori F.**, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, cit.; **Caranta R.**, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2008, p. 1120 e ss.; **Piperata G.**, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2008, p. 1126 e ss.; **Chiti M.P.**, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, cit.; **Pallotta A.**, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, cit.; **Guzzo G.**, *La nuova disciplina "dualistica" dei S.P.L. di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della Comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 16 ottobre 2008 e dell'emanando regolamento d'attuazione*, cit.; **Guzzo G.**, *Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa*, in *Lexitalia.it*, 9/2008; **Costantino P., De Maria P.**, *Appalti e società miste: affidamento diretto solo con la prima gara*, in *App. e contratti*, 2009, 4, p. 67 e ss.; **Albisinni F.G.**, *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2009, 4, p. 394 e ss.; **Ferraro G.**, *Società miste: ambito di applicazione e modalità di scelta del socio*, in *Urbanistica App.*, 2009, 2, p. 183 e ss.; **Scaglione E.**, *L'attività extra-territoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, in *Foro amm. - CdS.*, 2008, 12, p. 3389 e ss.; **Jori P.**, *Le società pubbliche: viaggio tra gli affidamenti diretti e l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, alla ricerca della disciplina applicabile*, in *Lexitalia.it*, 11/2008; **Rostagno S.**, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248 (cd. decreto Bersani) lontano dai principi del Trattato UE e dai modelli comunitari di collaborazione fra pubblico e privato*, in *www.giustamm.it*, 27/10/2008.

⁹² Comunicazione 2008/C91/02, pubblicata nella G.U.C.E. del 12 aprile 2008.

⁹³ Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1, in www.giustiziamministrativa.it.

⁹⁴ Il T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, con ordinanza 22 aprile 2008, n. 164, in www.lexitalia.it, 6, 2009, ha rimesso in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia, la quale si è espressa con la sentenza 15 ottobre 2009, resa nella causa C-196/2008.

⁹⁵ Secondo l'Adunanza Plenaria 1/2008 del Consiglio di Stato, che ha aderito al Parere n. 456/2007 reso in sede

interpretativo da parte della Corte di Giustizia è finalmente arrivato con la sentenza 15 ottobre 2009, resa nella causa C-196/2008, la quale ha sostanzialmente impresso il proprio sigillo di legittimità alla cd. “gara a doppio oggetto”⁹⁶. Con riguardo alla mancata esplicitazione nell’iniziale testo dell’art. 23bis del modello della società mista, l’aspetto più problematico era rappresentato dalla riconducibilità dell’affidamento dei servizi a detto soggetto societario alla fattispecie “ordinaria”, di cui al comma 2, ovvero a quella “in deroga”, del comma 3. Già l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella “Comunicazione sull’applicazione dell’art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008

consultiva dalla propria Sezione II, a) non è condivisibile la posizione “estrema” secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l’affidamento diretto; b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l’erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico; c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un “affidamento diretto”, ma la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al “socio operativo” della società; d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza; e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest’ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l’affidamento del servizio operativo; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l’uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all’esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

⁹⁶ Si legge, infatti, nei punti 59 e ss. della sentenza della Corte di Giustizia 15 ottobre 2009, resa nella causa C-196/2008 che: “59. Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell’aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi ricordati ai punti 46-49 della presente sentenza e l’individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta. 60. Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest’ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l’attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest’ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario. 61. Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l’aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell’incertezza giuridica per quanto attiene all’aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato. 62. Occorre precisare che una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l’intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Racc. pag. I-4401, punto 34)”.

convertito in legge n. 133/2008 relativo all'affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"⁹⁷, aveva chiarito che il comma 3 dell'art. 23bis faceva riferimento ai soli soggetti *in house*. Questo significa che, secondo la ricostruzione di tale Autorità di regolazione, le società miste rientrano a pieno titolo tra le ipotesi ordinarie d'affidamento con gara della gestione di servizi pubblici locali al pari di tutti gli altri soggetti economici elencati nel precedente comma 2 dell'articolo 23bis⁹⁸. Tale ricostruzione è stata confermata dall'art. 15 del d.l. 135/2009. Se, quindi, l'art. 23bis dà la possibilità agli enti affidanti di scegliere, oltre alla gara, anche l'affidamento *in house*, pur nello stretto sentiero delineato dal comma 3, o a società mista, tramite lo strumento della gara a "doppio oggetto", ci si deve chiedere se una disciplina di settore come quella del TPL che, come sopra si è visto, pone come unica modalità d'affidamento del servizio la gara, si debba considerare "incompatibile" con il nuovo assetto regolatorio. Un'interpretazione che è possibile dare è nel senso che l'armonizzazione tra la disciplina generale e quella settoriale non dovrebbe determinare l'abrogazione delle norme compatibili con le finalità pro concorrenziali enunciate nel comma 1 dell'articolo 23bis, ossia in tutti i casi in cui la normativa di settore abbia già provveduto ad introdurre nel proprio ambito d'applicazione un sistema che garantisca un grado d'apertura del mercato ed un livello di concorrenza fra gli operatori analogo o superiore a quello indicato dall'art. 23bis. Sembrerebbe il caso del TPL⁹⁹. A ben vedere, tuttavia, nella fattispecie non si può parlare tanto di abrogazione per incompatibilità con lo *jus superveniens* dell'art. 18 del D.lgs. 422/1997 nella parte in cui prevede il sistema monistico della gara, ma piuttosto appare configurabile un'applicazione della disciplina generale dell'art. 23bis per i casi d'affidamenti "in deroga" ed a società miste non previsti dalle disposizioni settoriali. Tale ultima interpretazione è implicitamente confermata anche dall'Autorità Antitrust che ha reso pareri, ai sensi dell'art. 23bis, anche in materia di TPL¹⁰⁰. Se così è, allora, la disciplina generale dei servizi pubblici locali ha ancora una volta scalfito il sistema monistico del Decreto "Burlando", introducendo elementi che possono rappresentare un passo indietro rispetto al chiaro disegno riformatore del 1997. Tuttavia rispetto alla finestra temporale del 2003-2004, gli effetti della nuova normativa potrebbero essere meno dirompenti di quanto si è assistito in quella stagione. Innanzitutto, modelli come l'*in house* e la società mista stanno raggiungendo un livello d'elaborazione che li rende maggiormente definibili nella loro portata applicativa. Inoltre, il "nuovo" *in house* delineato dal comma 3 dell'art. 23bis sembra marginalizzato e confinato ad ambiti ove un mercato

⁹⁷ Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all'affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, del 16 ottobre 2008, in www.agcm.it.

⁹⁸ In tal senso si è espressa anche l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nella citata segnalazione del 26.11.2008 oltre alla dottrina assolutamente maggioritaria.

⁹⁹ In tal senso si è espressa anche l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nella citata segnalazione del 26.11.2008, p. 4.

¹⁰⁰ Si tratta dei pareri AS518 del 12.03.2009, pubblicato sul bollettino 15/2009, reso alla Provincia Autonoma di Trento, e AS531 del 23.04.2009, pubblicato sul bollettino 20/2009, reso al Comune di Sant'Oreste.

rilevante non può esistere. Non appare casuale, in proposito, che i pareri resi dall'AGCM, ai sensi del comma 3 dell'art. 23bis, sono stati in questi mesi tutt'altro che numerosi in materia di TPL e abbiano riguardato ambiti territoriali di modeste dimensioni. Più preoccupazione desta il ricorso allo strumento della società mista, non tanto perché la cd. gara "a doppio oggetto" non possa comunque costituire un'efficace modalità alternativa di apertura del mercato, ma perché, allo stato attuale del diritto positivo, non è chiaro quale sia il preciso oggetto di detta gara e non sussiste alcuna norma che detti una procedura per la sua esecuzione, lasciando gli enti affidanti nella piena potestà di determinarne in concreto i contenuti.

La nuova disciplina, in linea con l'art. 30 del D.lgs. 163/2006 sulle concessioni, non tipizza le procedure di gara da seguire per l'affidamento dei servizi pubblici locali, limitandosi a stabilire che esse dovranno in ogni caso svolgersi nel rispetto dei principi del Trattato e di quelli generali di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In tal modo gli enti affidanti avranno un ampio margine di discrezionalità nella definizione del modello procedurale da seguire¹⁰¹. Per quanto riguarda il TPL, l'art. 18, comma 2, lettera a), del D.lgs. 422/1997 prescrive che il ricorso alle procedure concorsuali debba avvenire in "*conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio*". Un riferimento ancor più puntuale alla disciplina degli appalti è, poi, operato dalla legislazione regionale, che in molti casi indica il tipo di procedura da seguire ed i criteri d'aggiudicazione, facendo un rinvio formale a singole disposizioni di atti legislativi in materia di appalti di servizi¹⁰². Se il comma 4, dell'art. 30 del D.lgs. 163/2006 in materia di concessione di servizi, fa esplicitamente salve le discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza, tale clausola di salvaguardia non è stata riprodotta nell'art. 23bis. Questa carenza normativa potrebbe costituire un indice rivelatore della volontà del legislatore di non mantenere la vigenza delle disposizioni di settore che operano un rinvio alla normativa sugli appalti di servizi. Tuttavia a tale conclusione si può arrivare soltanto operando in concreto quel giudizio di compatibilità - vigenza di dette disposizioni con i principi stabiliti dall'art. 23bis. In tal senso, appare di palmare

¹⁰¹ Sottolinea **De Nictolis R.**, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1113, che a seguito di tale scelta "*si avrà una moltiplicazione di procedure con la conseguenza che di volta in volta si apriranno contenziosi in cui andrà verificata l'idoneità o meno della procedura concreta a rispettare i principi di legge*".

¹⁰² Per esempio, l'art 16, comma 1, della L.R. Puglia 18/2002 stabilisce che "*L'affidamento per la gestione di servizi di T.P.R.L. o di infrastrutture ferroviarie è rilasciato dagli enti competenti a seguito di espletamento di gara pubblica con procedura ristretta ai sensi dell'articolo 12, lettera b), del D.Lgs. n. 158/1995, previa definizione degli standard qualitativi, ambientali e di sicurezza*"; l'art. 19, comma 2, della L.R. Lazio 30/1998, prevede che "*a) per la scelta del gestore dei servizi si applica la procedura ristretta, di cui all'articolo 12, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158; b) l'aggiudicazione è effettuata sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 24, comma 1, lettera b) del D.Lgs. n. 158 del 1995*"; la L.R. Lombardia 22/1998, all'art. 22, comma 2, statuisce che "*L'aggiudicazione deve avvenire sulla base di modalità operative definite dalla Giunta regionale e utilizzando la procedura ristretta di cui all'art. 12, comma 2, lett. b) del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, tenendo conto dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 24, comma 1, lett. b) dello stesso decreto legislativo*".

evidenza che l'imparzialità, la trasparenza, l'adeguata pubblicità, la non discriminazione, la parità di trattamento e il mutuo riconoscimento trovano maggiore tutela dall'applicazione di una normativa garantista come quella sugli appalti, piuttosto che lasciando piena disponibilità agli enti locali di darne concreto contenuto. Di contro, i principi di economicità, efficacia, proporzionalità potrebbero subire una violazione imponendo agli enti affidanti di conformarsi in modo generalizzato a delle procedure molto onerose sotto il profilo amministrativo, procedure che, allo stato, lo stesso legislatore comunitario ha deciso di non formalizzare e imporre. Tutto ciò può far ritenere che l'art. 23bis abbia operato un'abrogazione di quelle disposizioni settoriali che prevedono precisi obblighi pubblicitari o procedurali non compatibili con i principi di economicità, efficacia e proporzionalità.

Un altro punto di possibile frizione tra l'articolo 23bis e la normativa del TPL è rappresentato dalla durata del periodo transitorio. Come si è osservato nel par. 2.2, in questo settore lo spirare ultimo di detto periodo, a seguito di numerosi interventi normativi, è slittato al 31 dicembre 2007, con la possibilità, dettata dal comma 393 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per le regioni di differire ancora detto termine di ulteriori due anni qualora le aziende affidatarie dirette avessero rispettato le condizioni indicate dalla norma¹⁰³. Il comma 10, lettera e), dell'art. 23bis, nel testo anteriore alle modifiche di cui al d.l. 135/2009, demandava al regolamento la disciplina del regime transitorio al fine del progressivo allineamento delle gestioni al nuovo assetto regolatorio, fermo restando il limite temporale massimo stabilito dall'ordinamento nei settori diversi da quello idrico. Il comma 9 prevedeva, inoltre che, in ogni caso, entro la data del 31/12/2010 per l'affidamento si procedesse mediante gara ad evidenza pubblica. Cercando di ricomporre il quadro d'insieme allora vigente, si doveva ritenere che il comma 9 avesse abrogato soltanto le previgenti disposizioni che prevedevano la cessazione degli affidamenti diretti oltre la data del 31/12/2010, mentre le previsioni normative che disponevano una cessazione anteriore a tale riferimento temporale avrebbero dovuto comunque rimanere vigenti¹⁰⁴. Poteva essere il caso del TPL, in cui, come si è avuto modo d'illustrare, l'articolazione del periodo transitorio introdotta dalla finanziaria per il 2006 ha consentito, a determinate condizioni, il mantenimento degli affidamenti diretti sino al 31/12/2009, mentre nel caso che il legislatore regionale non avesse dato attuazione alle disposizioni statali o le imprese affidatarie

¹⁰³ V. nota n. 24.

¹⁰⁴ **Giliberti B.**, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, cit., p. 150. Anche la bozza di Regolamento di attuazione dell'art. 23bis, in www.dirittodeiservizipubblici.it, all'art. 9, comma 1, si legge che "Resta fermo il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore, con riguardo alla fase transitoria, qualora antecedente al 31 dicembre 2010"; *Contra* l'opinione espressa da *Federmobilità*, in *Aspetti da considerarsi all'interno dei regolamenti attuativi delle disposizione dell'articolo 23-bis d.l. n. 112/2008 (convertito con l. 133/2008) con riferimento al trasporto pubblico locale*, in www.federmobilita.it, secondo cui "dovendosi tenere conto del principio generale per cui la legge, in assenza di diverse indicazioni del stesso legislatore, non dispone che per il futuro, la previsione "per settori diversi da quello idrico" di una fase transitoria da disciplinarsi con i regolamenti emanandi, induce a ritenere che anche per il settore del trasporto pubblico locale debba trovare applicazione il termine generale alla possibilità di estensione dell'efficacia degli affidamenti diretti attualmente in essere al 31

dei servizi non avessero dato corso ai processi previsti dalla norma, il periodo transitorio avrebbe dovuto ritenersi già concluso a far data dal 31/12/2007, con la conseguenza che gli affidamenti diretti che fossero proseguiti oltre tale data, risultavano privi di base legale. Tale risultato interpretativo già nel 2008 non appariva scontato, tanto che l'art. 1, comma 57, della L.R. Abruzzo, facendo esplicito riferimento al termine ultimo indicato dal comma 9 dell'art. 23bis, aveva prorogato gli affidamenti in essere dei servizi di TPL sino al 31/12/2010, senza che la norma fosse stata oggetto d'impugnativa da parte del Governo¹⁰⁵. L'intervento chiarificatore da parte del legislatore avvenuto con l'art. 15 del d.l. 135/2009 appare senza dubbio un intervento non soltanto opportuno ma anche necessario¹⁰⁶.

Il comma 9 dell'art. 23bis pone il divieto a carico dei soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive, dei soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, e di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate. Tale dato normativo inasprisce quanto già disposto dall'art. 18, comma 2, lettera a) e comma 3septies, del D.lgs. 422/1997, il quale prevede che alle gare indette per la scelta del gestore del servizio, terminato il periodo transitorio, non possono partecipare le società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non ad evidenza pubblica, e le società dalle stesse controllate o ad esse collegate, le loro controllanti e le società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali.

dicembre 2010".

¹⁰⁵ Tuttavia, neppure l'atteggiamento del Governo appare del tutto lineare in questa materia, in quanto lo stesso con Delibera del C.d.M. del 13.02.2009, in www.affariregionali.it, ha impugnato l'art. 38 della L.R. Lazio n. 31 del 24dicembre 2008, che poneva analoga proroga degli affidamenti. Nei motivi d'impugnativa si legge "Va precisato che la disposizione di cui al comma 3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, e successive modificazioni, è riconducibile all'ambito della competenza legislativa esclusiva statale in tema di «tutela della concorrenza», di cui alla lettera e) del secondo comma dell'art. 117 Cost.; infatti, la corte ha più volte affermato che la «configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato» (sent. nn. 272 del 2004 - 80 del 2006). Pertanto il legislatore regionale non può pretendere di modificare anche solo in parte disposizioni come il comma 3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, che è formulato in forma chiaramente inderogabile e che, per di più, prevede al suo interno un ruolo delimitato per lo stesso legislatore regionale. A ben vedere, seppure la data del 31 dicembre 2010 è la stessa richiamata dal legislatore statale (art. 23bis, comma 9), la ratio della norma è diversa. Infatti, per il legislatore statale la data del 31 dicembre 2010 è riferita all'espletamento della procedura competitiva ad evidenza pubblica, per il legislatore regionale tale data è utilizzata come proroga di termine di affidamento diretto di servizi di trasporto pubblico locale. Tant'è che la norma regionale si pone in contrasto anche con il comma 10 dello stesso articolo 23bis, che, nel dettare i criteri delega al Governo per l'emanazione del regolamento sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, alla lettera e) dispone espressamente al Governo di "disciplinare la fase transitoria prevedendo che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo". Pertanto, l'art. 38, comma 3 si pone in contrasto con l'articolo 23 bis, in particolare commi 9 e 10, del d.l. 112/2008, convertito dalla L. 133/2008, con il comma 3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, e successive modificazioni, violando, di conseguenza, l'articolo 117, comma 2 lett. e), della Costituzione, in materia di tutela della concorrenza".

¹⁰⁶ Sul punto si veda *infra* al par. 3.3. con riferimento alle novità introdotte dal d.l. 135/2009.

Infatti, il comma 9 detta una serie di limitazione per gli affidatari diretti non coincidente con quanto prescritto dal D.lgs. 422/1997, e tale difformità è relativa sia al profilo oggettivo del divieto esteso non più soltanto alla partecipazione a gare, ma anche allo svolgimento d'attività rivolte a favore di terzi, che al profilo soggettivo inerente l'estensione del divieto a soggetti a vario titolo legati all'affidatario. Alla luce della maggiore ampiezza delle prescrizioni di cui al comma 9 dell'art. 23bis queste ultime assumono un'evidente portata integrativa delle disposizioni di settore. Se, da un punto di vista dei principi, il divieto dell'esercizio d'attività *extra moenia* complessivamente inteso ha lo scopo di garantire l'effettività del principio di concorrenza, in concreto esso, nell'esperienza vissuta nel settore del TPL, ha rappresentato un ostacolo all'apertura dei mercati locali, impedendo a molte società che si venivano a trovare in una situazione d'incompatibilità di partecipare alla prima "tornata" di gare fino a che non fosse stato aggiudicato con lo stesso strumento il bacino di cui avevano l'affidamento. L'esperienza del TPL, almeno in prima battuta, non è stata messa a frutto dal legislatore della riforma, che non ha colto l'occasione d'introdurre i necessari rimedi normativi rispetto ad una previsione che nel TPL si è rivelata troppo rigida¹⁰⁷ e probabilmente contraria ai principi del Trattato in materia di libera circolazione dei capitali¹⁰⁸. Il comma 7 del citato art. 23bis prevede la possibilità, da parte delle regioni e degli enti locali, di definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi. Ciò al fine di consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo, e di favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di quelli più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello d'impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale. L'individuazione di bacini di gara ottimali è un obiettivo non certo estraneo alla legislazione del settore del TPL, ove nelle leggi regionali d'attuazione del "Decreto Burlando" si è fatto strada il concetto che i servizi da mettere a gara devono costituire una "rete" che consenta di conseguire economie di scala e l'integrazione tra le diverse modalità di trasporto¹⁰⁹. Tuttavia,

¹⁰⁷ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere reso *ex art.* 21 della l. 287/1990 del 30/06/2008, sull'art. 18, comma 2, del D.Lgs. 422/1997, auspicava la modifica della norma e l'introduzione di un'eccezione al principio generale del divieto di partecipazione previsto per gli operatori beneficiari di un affidamento diretto, aggiungendo che tale eccezione poteva individuarsi nel caso in cui i soggetti in questione fossero nella fase finale (inferiore a due anni) del proprio affidamento e/o fosse stata già bandita la gara per il riaffidamento del servizio nel proprio bacino di affidamento, o almeno, fosse stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento di tale bacino attraverso procedure ad evidenza pubblica.

¹⁰⁸ In tal senso, **Giliberti B.**, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, cit., p. 153.

¹⁰⁹ Per esempio, la L.R. Campania 3/2002, all'art. 32, comma 7, prevede che "*Le procedure di affidamento concorsuale riguardano unità di gestione che sono contraddistinte da una dimensione della percorrenza superiore ad un minimo adeguato al conseguimento di economie di scala e al miglioramento dell'efficienza, e che sono corrispondenti ad un sistema di reti e di servizi autonomo e integrato*"; la L.R. Lombardia 22/1998, all'art. 20, comma 3.6., stabilisce che "*Al fine di perseguire il soddisfacimento ottimale delle esigenze della domanda di trasporto nelle singole realtà territoriali, di ottimizzare l'utilizzo dei fattori produttivi e di attuare il principio di concorrenzialità, gli enti locali affidanti i servizi di trasporto pubblico provvedono al dimensionamento delle reti oggetto di gara tenendo conto dei vincoli di efficienza economica, di funzionalità e*

nell'esperienza di questo settore l'individuazione delle dimensioni dei bacini di gara è stata talvolta utilizzata dagli enti locali in modo strumentale per restringere in modo artificioso i soggetti che possono partecipare alle procedure per la gestione dei servizi. Una scala territoriale troppo ampia ovvero la scelta di mettere a gara servizi integrati di diverse modalità di trasporto possono avere, infatti, come effetto quello di elevare in modo significativo i requisiti d'ammissione alla gara, restringendo il novero dei possibili partecipanti. Il fenomeno, è stato stigmatizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in diverse segnalazioni¹¹⁰, la quale ha sottolineato come tali scelte presentano elevati rischi sul piano concorrenziale, in quanto possono essere considerate legittime soltanto se i vantaggi derivanti da quest'articolazione dei servizi siano tali da più che compensare i costi concorrenziali derivanti dall'impatto negativo di tali previsioni sul numero dei potenziali partecipanti alla gara. In questo contesto, l'intesa prevista dal comma 7 dell'art. 23bis in sede di Conferenza Unificata, può costituire un utile strumento per elaborare indirizzi per l'individuazione dei bacini di gara che pongano un argine a detti fenomeni. Il comma 10, lettera c) dell'art. 23bis ha, poi, demandato alle disposizioni regolamentari il compito d'introdurre una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità. Si tratta di un punto davvero cruciale anche per il trasporto pubblico locale che, come sopra si è visto, non ha trovato alcuna risposta nel "Burlando", nel quale non si è previsto alcun regime d'incompatibilità, né alcuna forma di separazione sostanziale tra soggetto "banditore" della gara e società partecipata, mentre la legislazione regionale ha operato in modo impropriamente "suppletivo" rispetto alla legislazione statale, adottando soluzioni disomogenee a questo problema. La declinazione del principio enunciato dal comma 10, lettera c), rappresenta, quindi, l'occasione per il legislatore statale di pronunciarsi finalmente sul tema, mentre l'adozione di soluzioni più o meno rigide del principio di separazione potranno comportare la rottura o meno di quel rapporto "incestuoso" che in modo evidente ha depotenziato i meccanismi di gara¹¹¹. L'assetto ordinamentale del TPL potrà essere ulteriormente inciso dall'azione regolamentare del Governo per quanto attiene l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare

dei parametri che definiscono le caratteristiche quantitative e qualitative del servizio."; la L.R. Veneto, all'art. 19, "definisce unità di rete di trasporto pubblico locale un insieme di linee tra loro connesse funzionalmente ai fini di una maggiore economia ed efficienza di gestione e di un miglior grado di integrazione modale, nonché per il raggiungimento del rapporto tra ricavi e costi dello 0,35".

¹¹⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere reso ex art. 22 della l. 287/1990, A449 del 21/02/2008, recante "Affidamento ad un gestore unico del servizio di TPL nella regione Friuli Venezia Giulia", in Bollettino 8/2008; segnalazione ex art. 21 della l. 287/1990, AS462 del 10/07/2008, recante "Bando di gara per l'affidamento dei servizi nell'ambito della Provincia e del Comune di Caserta", in Bollettino 22/2008.

¹¹¹ Rileva **Dugato M.**, *Servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, cit., p. 1221, che "Mi pare complesso immaginare un'applicazione rigida del principio di separazione, che imporrebbe l'esclusione dalle funzioni di gestione dei soggetti controllati o collegati all'ente regolatore (che ne sarebbe della società in house?). Quel che è probabile, anche alla luce dell'espresso richiamo "alla revisione della disciplina sulle incompatibilità", è che si eviteranno contemporanee appartenenze agli organi amministrativi di regolazione e di gestione o si disporranno particolari cautele nel passaggio da organo ad organo".

d'impresa estere (comma 10, lett. f); la limitazione dei casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi d'interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale (comma 10, lett. g); la previsione, nella disciplina degli affidamenti, d'idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti (comma 10, lett. h); la disciplina, in ogni caso di subentro, della cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio (comma 10, lett. i); la previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi (comma 10, lett. l). Si tratta di nodi delicati per i quali lo strumento regolamentare si dubita sia il più idoneo a scioglierli¹¹², per cui non pare infondata l'opinione di chi ritiene la riforma dei servizi pubblici locali ancora lontana dall'essere compiuta, tanto da correre il rischio di rimanere soltanto un "libro dei sogni"¹¹³.

3.3. Una scossa d'assestamento: il decreto legge 135/2009 e la legge di conversione.

Alla descritta scossa al quadro giuridico di riferimento dei servizi pubblici locali rappresentata dall'art. 23bis, non ha tardato a fare seguito un assestamento normativo che, seppure non andando ad intaccare quelli che sono gli elementi fondamentali della riforma del 2008, tuttavia, da un lato, ha chiarito alcuni dei dubbi interpretativi sopra descritti, avvalorando degli orientamenti che nella prassi applicativa cominciavano a consolidarsi, dall'altro, ha innestato ulteriori profili problematici che si cercheranno di seguito di enucleare. Ancora una volta lo strumento utilizzato è quello della decretazione d'urgenza, sul cui utilizzo per regolare la materia dei servizi pubblici locali appare lecito nutrire qualche riserva, ed in particolare l'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*"¹¹⁴. Innanzitutto, rispetto all'impostazione iniziale dell'art. 23bis del d.l. 112/2008,

¹¹² Numerosi dubbi sullo strumento regolamentare sono stati espressi anche dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome nel documento 09/067/CR/C1, ed in particolare: "*Il rinvio al regolamento appare in alcuni punti particolarmente leggero, quasi affidato ad un specie di delega in bianco [...]. Ma i possibili dubbi appaiono ancora più forti a proposito della scelta di affidare al regolamento anche la disciplina generale con quella di settore e, in particolare, l'individuazione delle norme applicabili in via generale all'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica. Infine, non si può non sottolineare che la fonte regolamentare è molto più debole ed aggredibile di quella legislativa. Se si considera che, come detto, la parte più innovativa della riforma sembra destinata ad essere realizzata attraverso il regolamento, è evidente che il nuovo regime giuridico di riferimento è destinato ad un futuro di instabilità ed incertezza, stante la facilità per gli operatori economici di mettere in discussione la fonte regolamentare*".

¹¹³ **De Nictolis R.**, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1116.

¹¹⁴ Tra i primi commenti al decreto legge 25 settembre 2009 n. 135, v. **Nicoletti G.**, *La riforma dei servizi pubblici locali; prime valutazioni sul decreto legge 25 settembre 09 n. 135*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 29.09.2009; **De Vincenti C.**, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo?*, in www.astrid-online.it; **Bianchini R.**, *I divieti posti dal comma 9 dell'art. 23bis della legge 133/2008 dopo il D.L. n. 135/2009*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 26 ottobre 2009; **Vigneri A.**, *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del D.L. n. 135/2009, Prime osservazioni*, in www.astridonline.it; **Fischione G.**, *Brevi riflessioni sulla riforma "in corso" dei servizi pubblici locali (art 15 D.L.135/09)*, in www.giustamm.it; **Tarullo S.**, *Il restyling nella gestione dei servizi pubblici locali: osservazioni minime sull'art. 23-bis del D.L. 112/08*

si può registrare la “fuga” d’interi settori dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali, “fuga” iniziata già con l’art. 30, comma 26, della legge 99/2009, che ha escluso dall’applicazione di tale normativa la distribuzione del gas naturale, proseguita con l’art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, che ha fatto salva la disciplina di settore in materia di distribuzione di energia elettrica, e terminata, almeno per il momento, in sede di conversione del d.l. 135/2009, con l’esclusione della gestione delle farmacie comunali. Si tratta di un processo di sottrazione, che va ad intaccare e disgregare la logica stessa di una disciplina come quella emergente dalla riforma del 2008, che voleva imporre un *corpus* normativo generale e trasversale a tutti i servizi pubblici locali, è perciò prevalente sulle discipline di settore con esso incompatibili. Proprio in materia di TPL, il legislatore ha sentito l’esigenza di effettuare una puntualizzazione in ordine all’ambito d’applicazione dell’articolo 23bis, facendo salve le disposizioni del D.lgs. 422/1997 “*relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale*”. Tale inciso appare perlopiù superfluo, poiché le Regioni non sono enti locali¹¹⁵ e perciò i servizi pubblici da esse affidati non sono sottoposti al regime giuridico di cui all’art. 23bis. Ragionando *a contrariis*, tuttavia, qualche dubbio la novella lo fa sorgere. Se, infatti, il legislatore ha voluto esplicitamente fare salva la sola disciplina del trasporto ferroviario regionale, non citando le altre modalità di trasporto sempre a rilevanza regionale, si potrebbe inferire che queste ultime potrebbero rientrare nell’ambito della disciplina dell’art. 23bis. Come si è rilevato nel precedente paragrafo, nel testo originario non si faceva espressa menzione né dell’affidamento *cd. in house*, che comunque era ricondotto alle modalità in deroga di cui al comma 3, e neppure dell’affidamento a società mista, del quale risultava incerta la sua riconducibilità alla modalità “ordinaria”, tesi che trovava i maggiori consensi, piuttosto che a quella “in deroga”. In proposito, l’art. 15 del d.l. 135/2009, come modificato dalla legge di conversione n. 166 del 20 novembre 2009¹¹⁶, esplicita che l’affidamento del servizio a società a partecipazione mista pubblica e privata costituisce una modalità ordinaria di conferimento del servizio purché a) la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica b) che tali procedure abbiano ad oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio; c) che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento. La formulazione della condizione di cui al punto b) ha subito una rilevante modificazione in sede di conversione del decreto legge. Infatti,

come riformato dal D.L. 135/09, in www.giustamm.it; Palliggiano G., *Commento al Decreto legge 135/09*, in *Guida al diritto*, n. 41/2009.

¹¹⁵ In tal senso, Nicoletti G., *La riforma dei servizi pubblici locali; prime valutazioni sul decreto legge 25 settembre 09 n. 135*, cit.

¹¹⁶ Per una prima analisi delle modifiche apportate in sede di conversione del d.l. 135/2009 v., Alla L., *Modificata la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; De Vincenti C., *Un breve commento alle modifiche introdotte dal Senato all’art. 15 del d.l. 135/2009 in materia di servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it, 2009; Vigneri A., *I servizi pubblici locali e l’art. 15 del decreto salva infrazioni: gli effetti del passaggio parlamentare*, in www.astridonline.it, 2009, Mattei F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali delineata dal Decreto legge c.d. salva infrazioni come modificato in sede di conversione al Senato*, in www.giustamm.it.

nell'originario testo dell'art. 15 del d.l. 135/2009 si leggeva che la gara avrebbe dovuto avere ad oggetto “*l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio*”, mentre l'emendamento approvato dalla I Commissione del Senato¹¹⁷ ha provveduto a circoscrivere l'oggetto della gara a “*specifici compiti operativi*”. Se la prima formulazione del dato legislativo sembrava orientare tale modalità gestionale nel senso delineato, tanto dalla Commissione europea, che dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, della gara “a doppio oggetto” - all'esito della quale il socio privato assume la veste del “vero” gestore del servizio, mentre il socio pubblico si limita ad un controllo esercitato dall'interno della compagine societaria - tale conclusione non appare oggi altrettanto scontata, ed anzi è lecito esprimere più di un dubbio circa la compatibilità di tale modello organizzativo, così come delineato nel nostro ordinamento, con il diritto comunitario¹¹⁸. Sulla modalità per esperire la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato, la norma fa un semplice rinvio ai principi del Trattato e a quelli generali relativi ai contratti pubblici¹¹⁹, mentre nulla dice in ordine ai criteri di valutazione delle offerte¹²⁰ e alle modalità per l'uscita del socio stesso, con liquidazione della sua posizione, al termine dell'affidamento. Quest'ultima circostanza appare di non poco momento considerato che la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 1/2008 ha posto tale elemento come necessaria garanzia per l'utilizzo di tale modello organizzativo. Esce dall'atipicità anche il comma 3, che delinea la fattispecie dell'*in house* secondo i noti canoni, mentre le situazioni che ne permettono l'utilizzo sono qualificate come “eccezionali”, avvalorando l'opinione che ritiene gli spazi lasciati in concreto a questa modalità gestionale del tutto residuali. Quanto al parere reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il d.l. 135/2009 ne ribadisce il carattere preventivo, introduce un meccanismo di silenzio assenso, esclude che altre Autorità di regolazione siano tenute ad esprimere ulteriori pareri, ed infine, demanda alla potestà regolamentare del Governo¹²¹ l'individuazione delle soglie di rilevanza oltre le quali l'Autorità ha l'obbligo di pronunciarsi. Il decreto ha innovato in modo sostanziale anche il regime transitorio degli affidamenti, articolandone la durata in ragione della maggiore o minore conformità degli stessi alla disciplina di cui

¹¹⁷ Emendamento 15.22 (testo 2), I Commissione, approvato dall'Aula del Senato il 4 novembre 2009.

¹¹⁸ Per un primo commento della disposizione v. **De Vincenti C.**, *Un breve commento alle modifiche introdotte dal Senato all'art. 15 del d.l. 135/2009 in materia di servizi pubblici locali*, cit., e **Vigneri A.**, *I servizi pubblici locali e l'art. 15 del decreto salva infrazioni: gli effetti del passaggio parlamentare*, cit., la quale a p. 2 rileva in proposito che “*Siamo passati dall'attribuzione, con gara, al socio privato, di tutti i compiti operativi connessi alla gestione del servizio, all'attribuzione soltanto di compiti specifici. Dalla specificità del servizio alla specificità dei compiti.*”

¹¹⁹ Ed, in particolare, ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

¹²⁰ Rileva **De Vincenti C.**, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo?*, cit., che “*Se si vuole che l'affidamento a società mista sia realmente equiparabile all'affidamento a terzi, occorre prevedere esplicitamente la condizione che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e tariffa del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie.*”

¹²¹ Nel testo originario dell'art. 15 del d.l. 135/2009 la potestà di definire le soglie di rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4 dell'art. 23bis era attribuita direttamente all'Autorità Antitrust.

ai commi 2, lettera b) (affidamenti a società mista), e 3 (affidamenti *in house*), ed escludendo che esso sia oggetto della potestà regolamentare attribuita al Governo ai sensi del comma 10. Ne risulta che le gestioni *in house*, in essere al 22 agosto 2008 e conformi ai principi comunitari, cessano improrogabilmente il 31/12/2011, mentre per quelle non conformi a detti principi o affidate dopo il 22 agosto 2008 che non rispettino gli ulteriori requisiti stabiliti dall'art. 23bis, la scadenza è posta al 31/12/2010. Per gli affidamenti *in house* conformi ai principi comunitari in essere al 22 agosto 2008 la legge 166/2009, di conversione del d.l. 135/2009, ha previsto la possibilità delle conservazione del contratto di servizio sino alla sua naturale scadenza qualora, entro il 31/12/2011, le Amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso una gara "a doppio oggetto". In questo modo è stata introdotta l'ipotesi della trasformazione della società *in house* in società mista. Per gli affidamenti a quest'ultima tipologia societaria il regime è triplice: 1) nel caso in cui il socio privato sia stato scelto con procedure competitive ad evidenza pubblica, ma la gara non sia stata a "doppio oggetto", essi cessano il 31/12/2011; 2) qualora il socio privato sia stato scelto con procedure competitive ad evidenza pubblica tramite gara a "doppio oggetto", gli affidamenti terminano alla scadenza del contratto di servizio, a prescindere dalla quota di partecipazione conferita al socio privato; 3) infine, nell'eventualità che il socio privato non sia stato comunque scelto tramite gara, l'affidamento ha efficacia sino al 31/12/2010¹²². L'abrogazione, operata dall'art. 15 del d.l. 135/2009, della lettera e) del comma 10 dell'art. 23bis, ha certamente il merito di dipanare i dubbi interpretativi che si sono espressi nel precedente paragrafo in ordine al termine finale del periodo transitorio. Ne risulta, anche per il T.P.L., che tale regime troverà la propria regolamentazione non più nella normativa di settore, bensì nella disciplina generale dei servizi pubblici locali. Il legislatore è ritornato anche sul divieto di svolgere attività per le società affidatarie dirette di servizi, rendendo il regime ancor più severo di quanto in precedenza prescritto¹²³. Infatti, il divieto è esteso anche alle società estere, comunitarie ed extracomunitarie, che gestiscono a qualsiasi titolo¹²⁴ il servizio, e alle società miste, e opera per tutta la

¹²² Un'articolazione speciale del periodo transitorio è, inoltre, prevista per le società quotate in borsa. In particolare il comma 8, lettera d), dell'art. 23bis del d.l. 112/2008, come sostituito dall'art. 15 del d.l. 135/2009, convertito con modificazioni dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, prescrive che: "Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015".

¹²³ Sulla complessità di tali disposizioni e sulla loro difficile applicazione pratica v. **Bianchini R.**, *I divieti posti dal comma 9 dell'art. 23bis della legge 133/2008 dopo il D.L. n. 135/2009*, cit.

¹²⁴ Il comma 9 dell'art. 23bis del d.l. 112/2008, come sostituito dall'art. 15 del d.l. 135/2009, stabilisce che la disposizione trova applicazione alle società che "gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b)".

durata della gestione. A temperare la rigidità di tale assetto, la legge 166/2009, di conversione del d.l. 135/2009, ha specificato che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio avente ad oggetto i servizi da essi forniti. Il riferimento spaziale a “tutto il territorio nazionale” è stato letto da alcuni commentatori come possibilità per l’affidatario diretto di partecipare a tutte le prime gare e non solo a quella bandita per lo specifico servizio da esso già esercitato¹²⁵. Se questa interpretazione fosse confermata, si verrebbe incontro a quell’esigenza di promuovere la massima partecipazione alle gare auspicata nel paragrafo precedente, esigenza, che nell’esperienza del TPL, è stata di fatto frustrata da divieti troppo rigidi. Tuttavia, considerato il non univoco contenuto semantico della disposizione, qualche dubbio sulla reale portata della norma rimane. Con riguardo alla società mista, i limiti operativi posti dal comma 9 dell’art. 23bis suscitano, invero, qualche perplessità poiché, da un lato, si afferma che tale soggetto rappresenta una forma di gestione “ordinaria” del tutto conforme ai principi di concorrenza e, dall’altro, se ne limita pesantemente la concreta capacità di essere un soggetto che si confronta nel mercato¹²⁶, con evidenti ricadute di compatibilità di tale regime con il diritto comunitario¹²⁷. Sempre con riferimento alla società mista, opportunamente la legge di conversione del d.l. 135/2009 ha precisato che i limiti operativi posti dal comma 9 dell’art. 23bis non si applicano al socio privato. In verità, ciò appariva evidente già prima di tale esplicitazione, giacché sarebbe stato del tutto irragionevole pretendere che un soggetto privato partecipasse alla compagine pubblico-privata per poi vedere paralizzata la sua capacità operativa al di fuori di essa. Infine, l’art. 15 del d.l. 135/2009 ha fatto slittare al 31 dicembre 2009 il termine per l’adozione da parte del Governo dei “fantomatici” regolamenti di delegificazione, termine, che non solo per la complessità della materia, ma anche in considerazione dei passaggi procedurali previsti dal comma 10 dell’art. 23bis¹²⁸, appare difficilmente rispettabile.

4. Il TPL nell’ordinamento comunitario: dal Regolamento 1191/69/CE al Regolamento

¹²⁵ **De Vincenti C.**, *Un breve commento alle modifiche introdotte dal Senato all’art. 15 del d.l. 135/2009 in materia di servizi pubblici locali*, cit., p. 2.

¹²⁶ Rileva sul punto **Vigneri A.**, *I servizi pubblici locali dopo l’art. 15 del D.L. n. 135/2009, Prime osservazioni*, cit., p. 10, che “*La società mista “affidataria diretta” non può essere una società generalista, cui affidare servizi non identificati al momento della scelta del socio, e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia*”.

¹²⁷ Nella Comunicazione 2008/C91/02, pubblicata nella G.U.C.E. del 12 aprile 2008, si legge, infatti, che “*In diritto comunitario, l’entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche. Ciò vale anche per le procedure di gara che si rendano necessarie a seguito di importanti modifiche o proroghe di appalti pubblici o concessioni già aggiudicati all’entità a capitale misto dall’amministrazione aggiudicatrice che l’ha costituita. In tal caso, l’amministrazione aggiudicatrice deve prestare particolare attenzione all’obbligo di trasparenza e di parità di trattamento di tutti gli offerenti. Occorre adottare misure di salvaguardia specifiche per garantire una netta separazione tra le persone che predispongono il bando di gara e decidono l’aggiudicazione dell’appalto in seno all’amministrazione aggiudicatrice e quelle a cui è affidata la gestione del PPPI, e per impedire la trasmissione di informazioni riservate dall’amministrazione aggiudicatrice all’entità a capitale misto*”.

¹²⁸ Il comma 10 dell’art. 23bis del d.l. 112/2008 prevede, infatti, che i regolamenti siano adottati dal Governo sentita la Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari.

1370/07/CE.

4.1. La regolazione comunitaria del TPL: dall'intervento "minimo" alla regolazione compiuta.

Abbandonando il diritto "domestico", si può osservare come i profili evolutivi dell'intervento normativo comunitario in materia di TPL mostrano che, nel corso degli anni, si è verificato un forte fenomeno espansivo di tale azione, tanto che, partendo da una disciplina che si limitava a regolamentare gli aiuti di Stato, si è di recente giunti a delineare una vera e propria normativa quadro di riferimento per l'intero settore. Del resto, sin dalla metà del secolo scorso, non solo in Italia, ma in tutta Europa, il trasporto pubblico locale è stato uno dei settori economici ove l'intervento dei pubblici poteri è stato più pervasivo e diffuso. I Paesi dell'allora Comunità Economica Europea hanno condiviso politiche tariffarie stingenti, volte ad assicurare l'universalità¹²⁹ e la massima accessibilità del servizio. A fronte di quest'indirizzo, si è verificata una tipica ipotesi di fallimento del mercato, consistente nell'incapacità da parte delle imprese di sostenere i relativi costi di produzione e la necessità per la pubblica Autorità di assumere, regolare e finanziare il servizio. La specialità del settore è stata riconosciuta già nel Trattato di Roma, che ai trasporti ha dedicato il Titolo IV (ora Titolo V del Trattato CE), ed in particolare l'articolo 77 (ora art. 73), che ha previsto espressamente la compatibilità con il Trattato degli aiuti richiesti dalla necessità del coordinamento dei trasporti, ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio. In questa fase, dunque, l'attenzione del legislatore comunitario si è concentrata sull'ammissibilità dei finanziamenti erogati alle imprese del TPL¹³⁰. Pertanto, a partire dalla costituzione della CEE, gli Stati membri sono stati chiamati a decidere sull'alternativa tra eliminare gli obblighi di servizio - da intendere quali obblighi che l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni -, ovvero prevedere adeguate compensazioni rispetto ai costi sostenuti dagli operatori del settore per il loro svolgimento. L'imposizione di obblighi di servizio pubblico nell'ambito dei trasporti risponde, infatti, a specifiche esigenze di coesione territoriale e sociale della Comunità Europea¹³¹ ed è volta a tutelare il diritto alla

¹²⁹ Sul servizio universale v. **Capantini M.**, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1, p. 99 e ss.

¹³⁰ Sull'argomento v. **Pinotti C.**, *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, p. 146 e ss.; **Casalini D.**, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm., CdS*, 2003, 10, p. 2733 e ss.; **Ceraso L.**, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, p. 97 e ss.; **Cintioli F.**, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 3, p. 453 e ss.; **Gallo D.**, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 5, p. 893 e ss.; **Cartei G.F.**, *I servizi di interesse economico generale tra riflesso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 1219 e ss.; **Martinelli M.**, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1, p. 113 e ss.

¹³¹ L'importanza del ruolo dei servizi d'interesse economico generale come fattori di promozione della coesione sociale e territoriale è stata espressamente riconosciuta nell'articolo 16 del Trattato CE, a seguito delle modifiche dovute al Trattato di Amsterdam del 1997. Sul punto v. **Vigneri A.**, *Coesione sociale e tutela della concorrenza*

mobilità dei cittadini sancito da numerose disposizioni del Trattato¹³². La Decisione del Consiglio n. 65/271/CEE del 13 maggio 1965, riguardante l'“*Armonizzazione di alcune disposizioni che incidono sulla concorrenza nel settore dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili*”¹³³, ha cercato di ridurre, nel limite del possibile, gli obblighi di servizio pubblico e a compensare equamente gli oneri derivanti sia dagli obblighi conservati, sia dalle riduzioni tariffarie imposte per motivi sociali, nonché a definire il regime degli aiuti applicabili ai trasporti, tenuto conto degli aspetti peculiari del settore. Si stabilì che le compensazioni, adottate in applicazione della Decisione, non sarebbero dovute sottostare alla disciplina sugli aiuti di Stato prevista dagli articoli 87, 88 e 89 del Trattato CE. Qualche anno più tardi, il Consiglio delle Comunità europee è tornato ad occuparsi della questione con due distinti provvedimenti: 1) Il Regolamento (CEE) del Consiglio, n. 1191/69, del 26 giugno 1969, relativo “*All'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile*”¹³⁴; 2) Il Regolamento (CEE) del Consiglio, n. 1107/70, del 4 giugno 1970, inerente “*Agli aiuti accordati nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, purché propri dei mercati interessati*”¹³⁵. Il primo, disciplinava le condizioni alle quali potevano essere imposti e compensati gli obblighi di servizio pubblico, mentre il secondo costituiva una misura suppletiva, regolando i casi ed i parametri di legalità degli aiuti di Stato quali misure per il coordinamento dei trasporti al di fuori delle fattispecie regolate dal Regolamento n. 1191/69. Al descritto quadro normativo, il Regolamento (CEE) 1893/91 del 20 giugno 1991¹³⁶, ha apportato tre importanti novelle. Innanzitutto, è stata data la potestà agli Stati di escludere dal campo d'applicazione del Regolamento n. 1191/69, le imprese la cui attività fosse limitata esclusivamente alla fornitura di servizi urbani, extraurbani e regionali. Tuttavia, qualora fosse applicata tale deroga, qualsiasi compensazione degli obblighi di servizio pubblico, nella misura in cui costituisse aiuto di Stato, era disciplinata dalle disposizioni del sopra richiamato Regolamento (CEE) 1107/70 del 4 giugno 1970. Al fine di evitare sussidi incrociati tra attività di trasporto pubblico locale, che beneficiavano di contribuzioni pubbliche, ed altri servizi di trasporto svolti in regime concorrenza, il Regolamento 1893/91 ha introdotto l'obbligo della separazione contabile tra attività oggetto di contribuzione pubblica e le altre attività eventualmente prestate dall'impresa. Ancor più di rilievo è la terza innovazione, ossia l'introduzione del contratto di servizio quale strumento regolatorio disciplinante i rapporti tra pubblica Autorità e l'impresa incaricata del servizio di trasporto. Tale strumento giuridico, oltre a stabilire le caratteristiche del servizio per quanto concerne continuità,

in un sistema multilivello, in *Le virtù della concorrenza, regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, AA.VV., Bologna, 2007.

¹³² Si vedano, in particolare, gli articoli 3, primo comma, lett. c), 14, 18, dal 39 al 42, dal 61 al 69, 154 e 158 del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

¹³³ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. 88, del 24/05/1965, p. 1500 e ss.

¹³⁴ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. L 156, del 28/06/1969, p. 1 ss.

¹³⁵ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. L 130, del 15/06/1970, p. 1 ss.

regolarità, capacità e qualità, prevede anche il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, il quale si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate, come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le parti. Lo strumento contrattuale si poneva come distinto all'imposizione degli obblighi di servizio, in quanto la contropartita per le prestazioni fornite è costituita dal prezzo, che non è determinato dai metodi comuni di cui alla Sezione II, III e V del Regolamento 1191/69¹³⁷. Quello delle compensazioni è un argomento sul quale anche il Giudice comunitario ha avuto un ruolo cruciale nello stabilire i confini di legalità dell'intervento pubblico. In tal senso la sentenza "Altmark", causa C-280/00 del 24 luglio 2003¹³⁸, della Corte di Giustizia, costituisce un vero e proprio *leading case* che ha chiarito le condizioni affinché le sovvenzioni pubbliche non ricadono nella sfera d'applicazione dell'articolo 87 del Trattato CE¹³⁹. Sino a tempi recenti, dunque, per il settore del TPL gli organi comunitari non si sono preoccupati delle modalità attraverso le quali i contratti di servizio erano stipulati, considerando che il settore era caratterizzato da mercati nazionali sostanzialmente chiusi e dalla conseguente assenza di una concorrenza transnazionale. La situazione ha cominciato a mutare quando i mercati di alcuni Stati membri si sono aperti alla concorrenza, mentre taluni operatori, non risultati aggiudicatari d'appalti indetti da Stati

¹³⁶ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. L 169, del 29/06/1991, p. 1 ss.

¹³⁷ In tal senso, v. Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee, nella causa T-157/01, *Combust*, in *Racc.* 2004, pp. II-917, punto 78, secondo cui l'art. 14 del regolamento n. 1191/69 "definisce il «contratto di servizio pubblico» come un contratto concluso allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti, laddove tale contratto prevede, oltre alla sua durata, tutti i dettagli del servizio di trasporto, incluso «il prezzo delle prestazioni (...) che si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate, come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le due parti» [art. 14, n. 1, e n. 2, lett.b)]. Tale regime puramente contrattuale non prevede dunque né una compensazione per il compimento di una missione imposta né un obbligo di servizio pubblico ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 1191/69".

¹³⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in *Racc.*, 2003, pp. I-7747. Tra i vari commenti alla sentenza v. **Lottini M.**, *Il rapporto fra la nozione di aiuto di Stato e le compensazioni relative agli obblighi di servizio pubblico*, in *Serv. pubbl. app.*, 2003, p. 598 ss.; **Scotti E.**, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro Amm.*, *CdS*, 2003, p. 3219 ss.; **Antonucci M.**, *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato*, in *Cons. St.*, 2003, II, p. 1356 e ss.; **Zanelli E.**, *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in *Politica dir.*, 2004, p. 175 e ss.; **Magliano R.**, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 3, p. 790 e ss.; **Caputi G.**, *Servizi pubblici ed aiuti di stato nella giurisprudenza comunitaria. ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, p. 823 e ss.

¹³⁹ A tal fine, la Corte ha puntualizzato la necessità che ricorrano le seguenti condizioni affinché la compensazione sia legittima: a) che l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; b) che i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; c) che la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; d) che quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

diversi da quelli di stabilimento, presentavano denunce alla Commissione per violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione, alcune delle quali facevano iniziare delle vere e proprie procedure d'infrazione¹⁴⁰. Alla luce di tali circostanze la Commissione si è fatta carico della necessità di adottare una regolamentazione che garantisca la trasparenza nella fase di stipulazione e d'esecuzione dei contratti di servizio pubblico. A tal fine, l'organo comunitario ha presentato il 26 luglio del 2000 una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e d'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto passeggeri per ferrovia, strada e via navigabile¹⁴¹. Gli obiettivi di politica del diritto perseguiti con questo documento sono stati riassunti dalla Commissione stessa nel: a) garantire una miglior qualità del servizio e un miglior rapporto costo/qualità nel settore dei trasporti; b) garantire che gli operatori che esercitano il diritto di stabilimento possano effettivamente accedere al mercato mediante procedure eque, aperte e non discriminatorie per la concessione di compensazioni finanziarie e di diritti esclusivi; c) armonizzare gli aspetti fondamentali delle procedure d'aggiudicazione esistenti nei vari Stati membri; d) promuovere la certezza del diritto con riguardo agli obblighi e ai diritti degli operatori e delle autorità in relazione alla normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato e di diritti esclusivi nel settore dei trasporti. Per perseguire detti obiettivi, la Commissione proponeva l'introduzione nel settore dei trasporti di una concorrenza definita "controllata", ossia fondata sul rinnovo a scadenze regolari dei diritti esclusivi, piuttosto che sul libero accesso al mercato. Per la Commissione, infatti, il ricorso ad offerte competitive per l'assegnazione di contratti di servizio costituisce uno strumento che fa beneficiare il settore dei vantaggi della concorrenza sul piano dei costi, dell'efficienza e dell'innovazione, senza per questo ostacolare l'assolvimento dei compiti particolari assegnati agli operatori di servizi d'interesse generale. Si tratta, evidentemente, di quella stessa concorrenza sopra definita "per il mercato" che nel nostro ordinamento rappresenta diritto positivo sin dal 1997. Nella proposta della Commissione del 2000, la gara costituiva dunque la regola, mentre possibili eccezioni potevano essere ammesse soltanto qualora fossero riscontrabili rischi per la sicurezza nella prestazione dei servizi ferroviari o nel coordinamento di una rete della metropolitana, ovvero per l'attribuzione di contratti di servizio pubblico di valore limitato. Altro elemento qualificante della proposta era rappresentato dall'introduzione di una durata limitata dei contratti di servizio pubblico, nella consapevolezza che contratti di lunga durata possono comportare la chiusura del mercato per un periodo più lungo del necessario, con conseguente riduzione degli effetti positivi della pressione della concorrenza. Questi assi portanti dell'idea riformatrice della Commissione sono stati fortemente ostacolati da numerosi

¹⁴⁰ Infrazione 2003/5033 (DE) – contratti pubblici di servizio di trasporto locale e regionale – Lettera di costituzione in mora del 13 ottobre 2004.

¹⁴¹ Proposta di regolamento COM(2000) 7 definitivo, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. C 365 E10, del 19/12/2000, p. 169 e ss.

Stati membri, in particolare da parte di quelli appena entrati nella Comunità che temevano un'eccessiva accelerazione dei processi di liberalizzazione, mentre anche il Parlamento Europeo, già in prima lettura, approvava nel 2001 numerosi emendamenti al testo proposto dalla Commissione. La proposta si è, di conseguenza, arenata per molto tempo a livello del Consiglio, mentre la Commissione, nel 2005, per dare nuovo impulso al processo legislativo, ha presentato una proposta rivista¹⁴², espressione non solo della mediazione delle contrapposte posizioni¹⁴³, ma anche della giurisprudenza "Altmark" e degli indirizzi del Libro bianco sui servizi d'interesse generale (SIG)¹⁴⁴. In particolare, questo documento ha avviato una riflessione su come si possono garantire efficacemente i servizi d'interesse economico generale nel mercato interno, considerata la loro attitudine a garantire la coesione sociale e territoriale e a salvaguardare la competitività del tessuto economico europeo. Il Libro bianco, muovendo dalla considerazione che, nell'ambito dei SIG, vi sia una ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri, rileva che spetti "Alle autorità nazionali, regionali e locali competenti definire, organizzare, finanziare e gestire i servizi di interesse generale", e che "in linea di principio, gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere come organizzare i servizi di interesse generale. In assenza di un'armonizzazione a livello comunitario, le autorità pubbliche competenti degli Stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o se affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato). Tuttavia, i fornitori di servizi di interesse economico generale, ivi compresi i fornitori di servizi interni, sono costituiti da imprese e, in quanto tali, sono soggetti alle norme sulla concorrenza previste dal Trattato"¹⁴⁵. Questo orientamento è stato pienamente accolto nel settore del trasporto pubblico nella nuova proposta della Commissione, che ha riconosciuto alle Autorità competenti la facoltà di fornire esse stesse – oppure attraverso un operatore interno – i servizi pubblici di trasporto senza esperire procedure concorsuali. Tale facoltà è stata, tuttavia, subordinata al rispetto di norme di trasparenza e alla fissazione di criteri precisi applicabili alle compensazioni per gli obblighi di servizio pubblico. Il regolamento (CE) 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 costituisce il punto d'arrivo di questo tormentato iter legislativo, all'esito del quale si può constatare un mutato indirizzo di politica europea dei trasporti, in cui la concorrenza "regolamentata" costituisce soltanto lo strumento che può assicurare la trasparenza e l'efficienza dei servizi e deve comunque tener conto dei fattori di coesione sociale e territoriale, di sostenibilità ambientale e di sviluppo regionale.

¹⁴² COM(2005) 319 definitivo, del 20 luglio 2005.

¹⁴³ Le divergenze tra gli Stati riguardavano, non solo l'estensione della liberalizzazione, ma anche il campo di applicazione del regolamento e sulle modalità di trasporto che esso avrebbe dovuto disciplinare.

¹⁴⁴ COM(2004) 374 definitivo, del 12 maggio 2004, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Libro bianco sui servizi di interesse generale.

¹⁴⁵ COM(2004) 374, Libro bianco sui servizi di interesse generale, par. 4.3.

4.2. Il quadro normativo delineato dal Regolamento (CE) 1370/2007.

Che il Regolamento (CE) 1370/2007 costituisca un vero e proprio ripensamento sulla strada della liberalizzazione del TPL¹⁴⁶ è fatto palese sin dal suo art. 1 par. 1, ove si enuncia in modo chiaro che lo scopo dell'intervento normativo è quello di delimitare la sfera dell'intervento pubblico per garantire la fornitura di servizi di trasporto passeggeri d'interesse economico generale che siano, tra l'altro, più numerosi, sicuri, di migliore qualità od offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire¹⁴⁷. Una prima riflessione merita proprio l'oggetto della disciplina comunitaria, ossia quei "*servizi di trasporto di passeggeri d'interesse economico generale*", di cui il legislatore comunitario non offre una precisa definizione, mentre anche il riferimento alla categoria dei "*servizi d'interesse economico generale*", di cui quelli di trasporto costituiscono evidentemente una *species*, richiamata agli articoli 16 e 86 secondo comma del Trattato, non consente d'individuare alcuna formula definitoria che sostanzi tale espressione¹⁴⁸. Infatti, è stata sottolineata la natura convenzionale, di matrice squisitamente comunitaria, elastica e, come tale, inappagante, della nozione dei SIEG¹⁴⁹. Secondo la Commissione, l'espressione si riferirebbe "*a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico*"¹⁵⁰. Proprio l'imposizione di obblighi di servizio pubblico sembra connotare i servizi di trasporto regolati dal Regolamento (CE) 1370/2007, e appare sufficiente a distinguerli dagli altri servizi che pure sono caratterizzati dall'offerta al pubblico indiscriminata e continuativa. Dunque, "*i servizi di trasporto di passeggeri d'interesse economico generale*" devono essere individuati come quei servizi che non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale, per cui gli Stati devono intervenire per la loro produzione attraverso l'imposizione di obblighi di servizio, a fronte dei quali sono attribuiti agli operatori diritti di esclusiva e/o compensazioni finanziarie, da concedere tramite lo strumento del contratto di servizio. Sempre con riferimento ai confini dell'intervento normativo comunitario, si evidenzia che esso va a disciplinare i servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, con esclusione dei servizi prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico e del loro valore turistico, per i quali la finalità prettamente trasportistica è evidentemente secondaria. Sono esclusi dal Regolamento anche i servizi di trasporto passeggeri per via navigabile e il trasporto merci. I primi rimangono soggetti all'osservanza dei principi generali del Trattato, a meno che gli Stati membri non decidano di applicare loro le disposizioni del Regolamento

¹⁴⁶ **Cangiano R.**, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*", in *Economia pubbl.*, 2005, p. 93.

¹⁴⁷ Non appare casuale, inoltre, che nel primo considerando del Regolamento si citi proprio l'articolo 16 del Trattato che afferma che i servizi d'interesse economico generale fanno parte dei valori comuni dell'Unione.

¹⁴⁸ Sul punto, v. **Lottini M.**, *Servizi d'interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, p. 1351 e ss.

¹⁴⁹ **Sorace D.**, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 372 e ss.

(CE) 1370/2007, mentre per il trasporto merci tale facoltà di scelta non è prevista, per cui dopo un periodo transitorio di tre anni - durante il quale continuerà ad essere applicato il Regolamento (CEE) 1191/1969 - essi saranno sottoposti esclusivamente alle disposizioni del Trattato, comprese quelle in materia di aiuti di Stato. Il Regolamento (CE) 1370/2007 opera, poi, una fondamentale distinzione tra concessioni e appalti di servizio: infatti, soltanto i contratti di servizio pubblico che assumano la forma della concessione sono regolati dalle disposizioni del Regolamento, mentre quelli che hanno le caratteristiche giuridiche dell'appalto rimangono disciplinati dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Orbene, da tale *summa divisio* discendono dei precipitati giuridici di non poco conto, sia dal punto di vista delle possibili modalità d'affidamento, che per quanto attiene alle norme procedurali da seguire nel caso di gara. Infatti, i contratti di servizio che assumano il *nomen iuris* di concessione potranno essere affidati, come meglio si dirà poc' anzi, oltre che con gara, con lo strumento dell'*in house* e, in alcuni casi, tramite affidamento diretto, mentre quelli qualificati come appalto saranno aggiudicati soltanto tramite procedure ad evidenza pubblica di cui alle "direttive appalti". Risulta decisivo, allora, operare una corretta qualificazione del contratto. La lettera b), paragrafo 3, dell'art. 1 della Direttiva 2004/17/CE¹⁵¹ definisce la "concessione di servizi" un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura del servizio consiste unicamente nel diritto di gestirlo o in tale diritto accompagnato da un prezzo¹⁵². Il criterio discrezionale è stato individuato dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia nell'assunzione del rischio di gestione¹⁵³, rischio che può essere parziale e non necessariamente rilevante¹⁵⁴. Nel TPL tale differenza

¹⁵⁰ COM(2004) 374, Libro bianco sui servizi di interesse generale, par. 2.1.

¹⁵¹ Direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. L 134/1, del 30/04/2004.

¹⁵² Sulla distinzione tra appalti e concessioni v. **Alberti C.**, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 3-4, p. 495 e ss.; **Diverio D.**, *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *ibidem.*, 2005, 2, p. 610 e ss.; **Mameli B.**, *Concessioni e pubblici servizi*, in *ibidem.*, 2001, 1, p. 63 e ss.; **Sabbatini M. S.**, *Le Direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e "grandi opere": un riordino in itinere*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2004, 2, p. 335 e ss.; **Saracino C. M.**, *Appalti e concessioni: dai "nomina iuris" alla disciplina. Alcuni profili di indagine*, in *Foro amm.*, TAR, 2007, 7-8, p. 2480 e ss.; **Tessarolo C.**, *Appalti, concessioni di servizi e art. 23 bis*, cit.

¹⁵³ *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. C 121 del 29/04/2000; Corte Giustizia, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pp. I-8585.

¹⁵⁴ È ciò che emerge dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 settembre 2009, causa C-206/08, in www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale si legge ai punti 70-74, "Orbene, stando a talune tesi sottoposte alla Corte, in simili circostanze, affinché l'operazione de qua costituisca una concessione, occorrerebbe che il rischio trasferito dal concedente al concessionario fosse un rischio rilevante. In assoluto, queste tesi devono essere respinte. È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza. Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione,

contenutistica trova riscontro nelle due principali tipologie contrattuali affermatesi nella prassi ed elaborate dalla dottrina economica, denominate rispettivamente, “*gross cost contracts*” e “*net cost contracts*”¹⁵⁵. Nei primi il rischio nella produzione del servizio è a carico del gestore, mentre quello commerciale relativo alle entrate tariffarie è dell’ente concedente. In questa struttura contrattuale il gestore riceve un corrispettivo complessivo per la produzione di un ammontare prestabilito di servizi, mentre i ricavi da traffico sono di pertinenza dell’Amministrazione. Emerge in questo modo lo schema causale dell’appalto, in cui l’appaltatore non si assume un rischio gestorio. I tratti salienti del modulo concessorio possono, invece, essere riscontrati nel “*net cost contract*”, ove anche il rischio commerciale è allocato in capo all’impresa che riceve un corrispettivo pattuito *ex ante*, pari alla differenza tra i costi d’esercizio e i ricavi da traffico presunti. Se da un punto di vista concettuale la sussunzione all’una o all’altra *species* negoziale appare agevole, in realtà l’operazione qualificatoria deve essere fatta in concreto verificando la presenza di un rischio gestionale, avendo riguardo, in particolare, all’entità delle compensazioni previste dal contratto e alle modalità di calcolo delle entrate tariffarie. Per qualificare un contratto come concessione, infatti, è pur sempre necessaria l’esistenza di un rischio che, seppure limitato, non può essere del tutto assente, come nel caso in cui l’entità delle entrate tariffarie sia del tutto trascurabile rispetto alle compensazioni di cui l’impresa è beneficiaria, in modo tale che il rischio sia completamente eliso¹⁵⁶. Quanto alle norme procedurali da impiegare nel caso di gara, i margini di discrezionalità lasciati alla pubblica Autorità sono significativamente diversi nelle due fattispecie: il rilascio della concessione resta soggetto ai soli principi fondamentali del Trattato CE, ed in generale, e ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all’obbligo di trasparenza ad essi correlato¹⁵⁷, mentre per l’appalto trovano applicazione le “direttive appalti”, che impongono procedure dettagliate e onerose sotto il profilo

agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto”.

¹⁵⁵ **Cangiano R.**, in *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall’affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*, cit., p. 92; **Boitani A, Cambini C.**, *Il trasporto pubblico locale. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, p. 70.

¹⁵⁶ Osserva **Iaione C.**, *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 88, che “*In definitiva, dunque, la qualificazione giuridica del contratto di servizio di TPL viene a dipendere in via preponderante dalla misura delle compensazioni. Per il diritto comunitario dei contratti pubblici, infatti, affinché si possa ancora parlare di concessione, esse non devono essere tali da eliminare qualsiasi rischio commerciale in capo all’operatore e, soprattutto, non devono essere in grado di spezzare il collegamento tra remunerazione dell’operatore e risultati dell’attività di gestione del servizio per basarlo principalmente sulla compensazione economica offerta dall’ente committente*”.

¹⁵⁷ Il par. 3 dell’art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007 stabilisce che la procedura di gara è equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e non discriminazione. Inoltre, dopo la presentazione delle offerte e un’eventuale preselezione, il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi, allo scopo di determinare il modo migliore per soddisfare requisiti elementari o complessi. Sui principi applicabili in materia di concessioni, Corte di Giustizia sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, Racc. pag. I-10745, punti 60-62; 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, Racc. pag. I-7287, punti 16-19; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pag. I-8585, punti 46-49, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 25.

amministrativo.

Passando all'analisi del contenuto sostanziale dell'articolato comunitario, le principali novità riguardano, come preannunciato, le modalità di aggiudicazione dei contratti di servizio, ma rilevanti elementi di discontinuità rispetto al passato involgono anche la natura giuridica, gli elementi "minimi" e la durata dei contratti di servizio, il regime delle compensazioni, la previsione di un periodo di transizione e l'introduzione di una serie di obblighi pubblicitari. Quanto al primo di questi aspetti, l'atto normativo comunitario riconosce chiaramente alla pubblica Autorità l'opzione tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio, senza che possa individuarsi qualche forma di gerarchia tra queste due modalità¹⁵⁸. L'art. 5 par. 2, stabilisce, infatti, che le Autorità competenti a livello locale, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta¹⁵⁹ di contratti di servizio pubblico ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale - o nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse - esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Si tratta della fattispecie, rispettivamente, della produzione del servizio in economia e dell'*in house providing*, per il quale il Regolamento 1370/2007 positivizza gli indici che devono essere presi in considerazione al fine di determinare se sussista il requisito del "controllo analogo". In tal senso, la disposizione indica come significativi il livello di rappresentanza in seno agli organi d'amministrazione, di direzione o vigilanza, le disposizioni degli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. A bene vedere tale elencazione appare una *summa* degli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per cui se ne deve arguire la portata meramente esemplificativa¹⁶⁰, mentre ciò che risulta decisivo è il riscontro in concreto, in un giudizio che non può che avvenire caso per caso, della sussistenza di un'influenza pubblica dominante e di un controllo effettivo sulle decisioni fondamentali della società. In tale contesto, il Regolamento mette in discussione ciò che la Corte di Giustizia aveva affermato sin dalla sentenza "*Stadt Halle*", la quale aveva escluso che potesse realizzarsi la condizione del controllo analogo quando l'impresa affidataria fosse partecipata da privati, perché "*qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati*" e persegue "*obiettivi di natura diversa*" da quelli di "*interesse pubblico*"¹⁶¹. Il Regolamento, invece, stabilisce che la proprietà pubblica totalitaria, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito

¹⁵⁸ A ben vedere, tuttavia le modalità di aggiudicazione dei contratti di servizio non sono poste su di un piano di perfetta equiordinazione. La gara è, infatti, in qualche modo preferita, poiché il legislatore comunitario, se consente agli Stati membri di vietare gli affidamenti diretti, non ha previsto analoga facoltà per il caso di gara.

¹⁵⁹ Nel caso di aggiudicazione diretta risulta necessario che detta scelta sia motivata. Si può dedurre ciò dall'art. 7, par. 4, del Regolamento che stabilisce che "*Quando è richiesto da una parte interessata l'autorità competente le trasmette la motivazione della sua decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico*".

¹⁶⁰ In tal senso **Tessarolo C.**, *La disciplina comunitaria del trasporto di passeggeri*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 13 giugno 2008.

¹⁶¹ Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03 "*Stadt Halle*", in *Dir. e giust.*, 2005, p. 93 e ss.

obbligatorio per aversi controllo analogo a condizione vi sia “un’influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”. Se, quindi, il tabù della proprietà pubblica totalitaria subisce un certo ridimensionamento, perlomeno settoriale, una riflessione merita la questione del partenariato-pubblico privato evocato dalla norma. Che la disposizione faccia riferimento a questa ipotesi proprio nella fattispecie dell’affidamento *in house* può far pensare che talune società miste, ed in particolare quelle sottoposte ad un’influenza pubblica dominante per le quali il “controllo analogo” possa essere stabilito in base a criteri diversi dalla mera partecipazione azionaria totalitaria, possano essere considerate “operatori interni” e beneficiare, perciò, dell’aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto¹⁶² a prescindere dalle modalità di scelta del socio privato, che ben potrebbe essere un socio meramente finanziario. Del resto la citata Comunicazione interpretativa della Commissione Europea “*Sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*”, espressamente stabilisce che essa non riguarda gli appalti e le concessioni disciplinati dall’art. 5, par. da 2 a 7, del Regolamento (CE) 1370/2007¹⁶³. Se la disposizione in commento fosse interpretata in questo senso, ci troveremmo di fronte ad un modello di società mista deviante rispetto a quello che si sta affermando tanto nel diritto comunitario che in quello interno, con un deciso “ritorno al passato” circa alla *governance* societaria utilizzabile dalle società pubbliche affidatarie dei servizi di TPL. Peraltro, questa conclusione è stata giudicata da alcuni troppo penalizzante per la concorrenza¹⁶⁴. Se per la società mista qualche dubbio interpretativo rimane, un sicuro elemento di discontinuità che emerge dal Regolamento è relativo, invece, al modello dell’*in house* rispetto a quello elaborato dalla giurisprudenza comunitaria: in essa, infatti, tale istituto è considerato una modalità eccezionale d’affidamento dei servizi, una deroga rispetto alla regola dell’affidamento a terzi con procedure ad evidenza pubblica; nel Regolamento 1370/2007 è, invece, delineato come un sistema organizzativo della pubblica Autorità relativamente ai propri organi e alle loro funzioni, espressione del potere

¹⁶² È, quanto emerge dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, COM(2006)805 del 12.12.2006, concernente la posizione comune definita dal Consiglio in vista dell’adozione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia, secondo la quale “*All’articolo 5, paragrafo 2, lettera a), la posizione comune apporta una modifica alla nozione di controllo, rendendo meno rigoroso il criterio relativo alla proprietà del capitale detenuto dall’autorità competente. Talune società a capitale misto (o PPPI partenariati pubblico-privato istituzionalizzati) potrebbero di conseguenza essere considerate come operatori interni e beneficiare così dell’aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto. Il regolamento dispone tuttavia che l’operatore interno deve circoscrivere comunque le sue attività ad una zona geografica determinata. La Commissione ritiene che questo approccio specifico ai trasporti possa essere giustificato sulla base del capitolo “Trasporti” del trattato, dalle esigenze specifiche dei trasporti pubblici e non pregiudichi assolutamente l’approccio che potrebbe essere adottato in altri settori di attività*”.

¹⁶³ È ciò che è riportato nella nota n. 7 della Comunicazione 2008/C91/02, pubblicata nella G.U.C.E. del 12 aprile 2008.

¹⁶⁴ **Iaione C.**, *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 47.

d'autoregolamentazione e auto organizzazione proprie di qualsiasi amministrazione¹⁶⁵. A fronte della facoltà di auto produrre il servizio, l'atto normativo comunitario pone all'operatore affidatario diretto l'obbligo di prestare la propria attività limitatamente all'ambito territoriale dell'Autorità competente, con l'eccezione di eventuali linee in uscita che interessino il territorio di Autorità locali vicine, ed il divieto di partecipare a gare organizzate in altri bacini di traffico. Per garantire eque condizioni di concorrenza, le limitazioni alla facoltà d'autoproduzione dei servizi sono, dunque, poste non sul piano della scelta del modello organizzativo, bensì su quello della capacità a svolgere servizi nel mercato¹⁶⁶. È da rilevare, tuttavia, che il vincolo del divieto di partecipazione a gare bandite in altri ambiti territoriali subisce un'attenuazione nei due anni anteriori al termine dell'affidamento diretto, qualora l'Autorità competente adotti la decisione definitiva di mettere a gara i servizi di trasporto gestiti dall'operatore interno. Come tale "decisione definitiva" possa essere presa nel nostro ordinamento appare difficilmente configurabile, visto che collide con l'istituto della revoca degli atti amministrativi la cui efficacia non sia già esaurita, revoca che, com'è noto, può avvenire anche nell'ipotesi di semplice rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso¹⁶⁷. La seconda modalità organizzativa del servizio di TPL prospettata dal Regolamento 1370/2007 è quella della sua esternalizzazione, la quale non si esplica semplicemente tramite lo strumento della gara, ma, in alcune tassative ipotesi, trova attuazione tramite l'affidamento diretto ad un operatore "terzo". Si tratta di quanto previsto dal par. 4 dell'articolo 5 del Regolamento, il quale prevede la possibilità di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato sia inferiore a 1.000.000 di euro, oppure che riguardano la fornitura di servizi il cui ammontare sia inferiore a 300.000 chilometri annui. Tali soglie di valore e dimensionali sono raddoppiate qualora il contratto sia aggiudicato direttamente ad una piccola o media impresa che operi con non più di 23 veicoli, mentre nel successivo par. 6 detta facoltà d'aggiudicazione diretta non incontra particolari limitazioni per il caso di trasporto per ferrovia. Se la chiara *ratio* delle disposizioni del comma 5 è quella di creare delle soglie di rilevanza comunitaria al di sotto delle quali, per somme o distanze di modesta entità o in considerazione degli interessi delle PMI¹⁶⁸, i contratti di servizio non hanno un rilievo comunitario e quindi possono essere oggetto

¹⁶⁵ **Del Dotto A.**, *L'in house providing e il paradosso del caffè*, in www.altalex.it, 12.01.2009.

¹⁶⁶ Un'ulteriore limitazione è posta dalla lettera e), par. 2, dell'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007, per cui nel caso di subappalto "L'operatore interno è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri in questione".

¹⁶⁷ Come è noto, l'art. 21 *quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, disciplina l'istituto della revoca. In particolare, il comma 1 dell'articolo stabilisce che "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti".

¹⁶⁸ Il favor per lo sviluppo delle piccole e medie imprese è stato chiaramente delineato a livello europeo dalla recente Comunicazione COM(2008)394, del 25.06.2008, della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo, e al Comitato delle Regioni recante "Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (Un

d'affidamento diretto, la disposizione del par. 6 trova la sua giustificazione nel 25° Considerato, del Regolamento, secondo cui *“Il trasporto di passeggeri per ferrovia pone problemi particolari legati all’entità degli investimenti e al costo delle infrastrutture”* e precipuo scopo dell’atto comunitario è quello di *“Definire un quadro giuridico per le compensazioni e/o diritti di esclusiva per i contratti di servizio pubblico e non di realizzare un’ulteriore apertura del mercato dei servizi ferroviari”*. Infine, il par. 5 stabilisce che l’Autorità possa prendere provvedimenti d’emergenza, in caso d’interruzione del servizio o di pericolo imminente d’interruzione, sotto forma d’aggiudicazione diretta o di proroga consensuale di un contratto di servizio o di obbligo di fornire determinati servizi pubblici, per una durata non superiore a due anni. Proprio dalle molteplici possibilità di gestione e d’affidamento del servizio di TPL appena descritte deriva un’importante metamorfosi del strumento del contratto di servizio. Nel Regolamento (CE) 1893/1991 tale atto giuridico è definito come *“un contratto concluso tra le autorità competenti di uno Stato membro ed un’impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti”*, ove l’interesse pubblico oggetto della cura dell’amministrazione è garantito dalla sussistenza in capo alle imprese di “obblighi” derivanti, non più da un’attività autoritativa, bensì da un momento negoziale in cui l’Autorità garantisce come corrispettivo una congrua compensazione¹⁶⁹. Rispetto a tale definizione, il nucleo essenziale dei rapporti tra pubblica Autorità e gestore del servizio trova causa nel sinallagma contrattuale, il cui contenuto è definito in via negoziale su di un piano di sostanziale parità tra le parti, anziché per imposizione unilaterale dell’amministrazione, tipica del rapporto concessorio. Tuttavia, i rapporti tra ente affidante e gestore del servizio non si esauriscono in una regolamentazione meramente privatistica. Già l’affiancamento al sostantivo “contratto” dell’espressione “di servizio pubblico” non costituisce una scelta lessicale neutra, ma indice rivelatore che ci si trova in una materia che si muove sul crinale tra diritto privato e diritto pubblico, ove l’interesse alla protezione del servizio può generalmente trovare soddisfazione in rapporti paritetici, ma talvolta, per taluni aspetti o in taluni momenti, può necessitare di fare emergere, ancora una volta, una disciplina dalla coloritura pubblicistica¹⁷⁰. Del resto, il momento negoziale si riduce notevolmente nel caso d’affidamento *in house*, in cui non vi è una vera distinzione soggettiva fra Amministrazione e soggetto affidatario del servizio, circostanza che costituisce l’indispensabile presupposto affinché civilisticamente si possa parlare di “parti” contrattuali¹⁷¹, mentre non sussiste del tutto nel caso di servizio gestito in economia,

“Small Business Act” per l’Europa”).

¹⁶⁹ **Capantini M.**, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, p. 805.

¹⁷⁰ A proposito **Dugato M.**, in *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, p. 269 e ss., ricorda che il contratto di servizio che disciplina l’affidamento dei servizi pubblici locali *“Al nucleo sinallagmatico affianca un vero e proprio contenuto regolatore, destinato ad incidere nella sfera giuridica di soggetti terzi rispetto al contratto (gli utenti) e, in alcuni casi, a definire regole generali cogenti per l’intera collettività di riferimento (si pensi ai contratti di servizio nei trasporti pubblici urbani, che spesso contribuiscono a definire l’assetto urbanistico delle città)”*.

¹⁷¹ Secondo **Capantini M.**, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, cit., p. 808 *“Né l’atto di affidamento né*

che trova la propria disciplina in regolamenti dei competenti enti locali. Tenendo in considerazione questi aspetti, il Regolamento 1370/2007 adotta una definizione riassuntiva di contratto di servizio, il quale può consistere non solo in un atto giuridicamente vincolante che formalizza l'accordo tra autorità competente e operatore di servizio pubblico, ma anche una decisione adottata dall'autorità competente che assume la forma dell'atto individuale di natura legislativa o regolamentare oppure che specifica le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura ad un operatore interno. Inoltre, con la sola eccezione degli obblighi tariffari¹⁷², il contratto di servizio diventa l'unico strumento utilizzabile per concedere un diritto d'esclusiva e/o compensazioni all'operatore del servizio pubblico. È così superata la distinzione e l'alternatività tra l'imposizione degli obblighi di servizio e l'adozione del contratto di servizio che, come si è visto nel precedente paragrafo, il Regolamento (CE) 1893/1991 aveva chiaramente delineato. Quanto agli aspetti contenutistici, nel Regolamento 1370/2007 si prevede che il contratto di servizio debba definire in modo chiaro gli obblighi di servizio pubblico e le zone geografiche interessate, stabilendo in anticipo i parametri per il calcolo di eventuali compensazioni e la natura di possibili diritti d'esclusiva in modo da impedire compensazioni eccessive. In particolare, nel caso di contratti aggiudicati attraverso una formula diversa da quella della gara, i parametri sono individuati in modo che la compensazione non possa superare l'importo necessario per coprire la differenza tra costi sostenuti e ricavi aumentato da un profitto ragionevole. Inoltre i contratti devono stabilire le modalità di ripartizione dei costi connessi alla fornitura di servizi (personale, energia, materiale rotabile ecc.), e dei ricavi derivanti dalla vendita dei titoli di viaggio, gli eventuali standard sociali e le condizioni da rispettare nel caso di subappalto. La durata massima degli affidamenti è stabilita in ragione della tipologia di trasporto: l'art. 4 stabilisce, infatti, che i contratti di servizio pubblico hanno una durata non superiore a dieci anni per i

tanto meno il successivo (o contestuale) contratto di servizio possano costituire un accordo bilaterale di tipo negoziale, e questo, nel secondo caso, a prescindere dal nomen juris dell'atto. Ciò che suggerirebbe, quale più logico e diretto risultato, la strutturale inesistenza del contratto stesso, stante l'impossibilità di individuare due soggetti (ovvero uffici legittimati a sottoscriverlo) parte del negozio, a meno di ridurre l'intera fattispecie ad una fictio giuridica".

¹⁷² L'art. 3 del Regolamento (CE) 1370/2007 così recita: "1. L'autorità competente che decide di concedere all'operatore che ha scelto un diritto di esclusiva e/o una compensazione di qualsivoglia natura a fronte dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico deve farlo nell'ambito di un contratto di servizio pubblico. 2. In deroga al paragrafo 1, gli obblighi di servizio pubblico finalizzati a stabilire tariffe massime per tutti i passeggeri o per alcune categorie di passeggeri possono anch'essi essere disciplinati da norme generali. L'autorità competente compensa gli operatori di servizio pubblico, secondo i principi definiti nell'articolo 4, nell'articolo 6 e nell'allegato, per l'effetto finanziario netto, positivo o negativo, sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento degli obblighi tariffari stabiliti da norme generali, secondo modalità che impediscano una compensazione eccessiva. Ciò lascia impregiudicato il diritto delle autorità competenti di integrare gli obblighi di servizio pubblico stabilendo tariffe massime nei contratti di servizio pubblico. 3. Fatte salve le disposizioni degli articoli 73, 86, 87 e 88 del trattato, gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione del presente regolamento le norme generali relative alla compensazione finanziaria per gli obblighi di servizio pubblico che fissano le tariffe massime per scolari, studenti, apprendisti e persone a mobilità ridotta. Tali norme generali sono notificate a norma dell'articolo 88 del trattato. Siffatte notifiche contengono informazioni complete sulla misura adottata e, in particolare, sui dettagli del metodo di calcolo".

servizi di trasporto con autobus e a quindici anni per i servizi di trasporto di passeggeri per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia, mentre nel caso d'integrazione modale al massimo i servizi possono essere affidati per quindici anni se i trasporti per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia rappresentano più del 50% del valore dei servizi di cui trattasi. La durata dell'affidamento può, in ogni caso, essere prorogata sino al massimo del 50% qualora si debba tener conto delle modalità d'ammortamento dei beni o d'affidamenti che riguardano regioni ultra periferiche. Tuttavia, se l'ammortamento del capitale in relazione all'investimento eccezionale in infrastrutture, materiale rotabile o veicoli lo giustifica e se il contratto di servizio pubblico è aggiudicato mediante una procedura di gara equa, un contratto di servizio pubblico può essere concluso anche per una durata superiore¹⁷³. Tali possibilità appaiono in aperta contraddizione con quanto espresso dallo stesso legislatore comunitario nel 15° Considerato del Regolamento, ove si esprime il chiaro indirizzo che *“Per ridurre al minimo le distorsioni di concorrenza e al tempo stesso salvaguardare la qualità dei servizi, è opportuno che i contratti di servizio pubblico abbiano una durata limitata”*. Il paragrafo 5 dell'art. 4 va, inoltre, a porre un'importante copertura a livello comunitario alle clausole sociali che, come si è osservato nel par. 2.3, tanto si sono diffuse nella legislazione regionale. La disposizione consente, infatti, alle Autorità competenti d'imporre all'operatore del servizio pubblico prescelto di garantire al personale precedentemente assunto per fornire i servizi i diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento d'azienda ai sensi della direttiva 2001/23/CE¹⁷⁴. Il Regolamento innova anche con riguardo al tema degli obblighi di servizio. La logica sottesa alla legislazione pregressa subisce, infatti, una profonda revisione. Nel Regolamento (CEE) 1191/69 e, in modo più sfumato, nel Regolamento (CEE) 1893/91, tra gli obiettivi della politica comune dei trasporti si esplicitava quello dell'eliminazione delle disparità create dall'imposizione alle imprese di trasporto degli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico, ritenuti potenzialmente capaci di falsare in misura sostanziale le condizioni di concorrenza. Se la soppressione degli obblighi costituiva, dunque, l'indirizzo da perseguire, il loro mantenimento era tollerato qualora indispensabile, in alcuni casi, per assicurare la fornitura di servizi di trasporto sufficiente. Nella nuova disciplina non vi è più traccia di tale eccezionalità nel mantenimento degli obblighi di servizio pubblico, che rientrano, realisticamente, nella fisiologia di un settore nel quale molti servizi non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale¹⁷⁵. Non solo gli OSP diventano uno strumento ordinario di governo del TPL, ma si assiste ad una loro detipizzazione, lasciando alla clausola generale contenuta

¹⁷³ In tal caso il Regolamento prevede che, per garantire la trasparenza, l'Autorità competente trasmetta alla Commissione, entro un anno dalla sua stipula, il contratto di servizio pubblico e gli elementi che ne giustificano la durata superiore.

¹⁷⁴ Direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, n. L 82/16 del 12/03/2001.

¹⁷⁵ È quanto affermato nel 5° Considerato.

nell'art. 1, lettera e) il compito della loro astratta individuazione¹⁷⁶. All'art. 7, il Regolamento, introduce una serie di oneri di pubblicità, inerenti sia gli obblighi di servizio concessi, che l'informazione preventiva, da rendere almeno un anno prima, sulle procedure di gara o sull'aggiudicazione diretta di contratti, disposizioni che se, da un lato, consentono un minimo di trasparenza sulle scelte operate dagli enti affidanti, dall'altro, lasciano più di un dubbio circa la loro reale portata precettiva e alle conseguenze sugli affidamenti eventualmente posti in essere senza il loro rispetto. Infine, l'art. 8, par. 2, prevede un periodo transitorio, da concludersi entro la data del 3 dicembre 2019, durante il quale gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente alle modalità d'affidamento dei servizi di cui all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto. Quanto alla sorte dei contratti di servizio stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore del Regolamento, l'art. 8, par. 3, ne differenzia il termine finale d'efficacia a seconda che essi siano stati stipulati anteriormente al 26 luglio 2000 (data di presentazione della proposta di Regolamento da parte della Commissione) o successivamente a tale data (e sino al 3 dicembre 2009) e che siano stati stipulati, o meno, in base ad un'equa procedura di gara¹⁷⁷. Rimane comunque una clausola di salvezza per quei contratti la cui risoluzione comporti "*indebite conseguenze giuridiche e economiche*", a condizione che la Commissione presti il suo assenso.

4.3. Il Regolamento (CE) 1370/2007 e le scelte (già superate?) del legislatore nazionale sul suo ambito d'applicazione.

Dal quadro descrittivo proposto nei precedenti paragrafi si evince che il Regolamento (CE) 1370/2007 consente agli Stati membri un ampio spettro di scelte organizzative del servizio di TPL senza privilegiarne alcuna. Lo stesso legislatore comunitario, tuttavia, ben conoscendo il diverso stato d'apertura dei mercati nazionali, non ha voluto imporre alcun arretramento generalizzato delle

¹⁷⁶ L'art. 1, lettera e), del Regolamento (CE) 1370/2007, stabilisce che per "obbligo di servizio pubblico" si deve intendere l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso. In precedenza, L'articolo 2 del Regolamento (CEE) 1191/69 indicava che nel settore del trasporto pubblico gli obblighi di servizio comprendono "*l'obbligo di esercizio*", "*l'obbligo di trasporto*" e "*l'obbligo tariffario*". "*L'obbligo di esercizio*" è inteso come l'obbligo, gravante sulle imprese concessionarie del servizio di trasporto pubblico volto ad assicurare che l'erogatore del servizio adotti tutte le misure in grado di garantire un servizio conforme a determinate norme di continuità, regolarità e capacità (art. 2, comma 3). Il quarto comma disciplina poi gli obblighi di trasporto, cioè gli oneri gravanti sulle imprese di accettare ed effettuare qualsiasi trasporto di persone o merci a prezzi e condizioni generali predeterminati. Infine il quinto comma sancisce l'obbligo tariffario volto ad imporre alle imprese l'accettazione di prezzi determinati dalla pubblica Autorità in contrasto con il proprio interesse commerciale

¹⁷⁷ I contratti aggiudicati conformemente al diritto comunitario e nazionale a) prima del 26 luglio 2000, in base ad un'equa procedura di gara, vigono fino alla loro scadenza; b) prima del 26 luglio 2000, in base ad una procedura diversa da un'equa procedura di gara, e tra il 26 luglio 2000 e il 3 dicembre 2009 in base ad un'equa procedura di gara, vigono fino alla loro scadenza ma per non più di 30 anni; c) tra il 26 luglio 2000 e il 3 dicembre 2009, in base ad una procedura diversa da un'equa procedura di gara, vigono fino alla loro scadenza purché di durata compatibile a quelle di cui all'art. 4 (10 anni con autobus, 15 anni ferrovia, etc.).

liberalizzazioni nei paesi in cui tali processi si erano già avviati. Infatti, l'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6 del Regolamento, nel delineare le modalità d'affidamento diverse dalla gara, stabilisce altresì il principio che esse sono esperibili *“a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale”*. Pertanto l'art. 18 del d.lgs. 422/1997, con la sua impostazione monistica, non risultava in contraddizione con tale indirizzo. Ma ben presto il legislatore nazionale non ha resistito alla tentazione di cogliere la *“ghiotta occasione”* offerta dall'ordinamento comunitario¹⁷⁸ e, nello spazio di una decina di giorni di una calda estate, è intervenuto ben due volte per *“chiarire”* la portata applicativa delle disposizioni dell'atto comunitario nel nostro ordinamento. Di nota sono gli atti legislativi che contengono dette disposizioni, ossia la legge 23 luglio 2009, n. 99 *“Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”* e la legge 3 agosto 2009, n. 102 *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali”*, che, come di frequente accade, ben poco hanno a che vedere con la materia del TPL. In particolare, l'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, ha stabilito che le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, par. 2, 4, 5 e 6, e di cui all'articolo 8, par. 2, del Regolamento (CE) 1370/2007. Inoltre, lo stesso articolo dispone che agli affidatari diretti dei servizi di TPL non si applichi il divieto stabilito dall'art. 18, comma 2, lettera a), del D.lgs. 422/1997 di partecipazione alle gare indette in altri bacini di traffico. La *ratio legis* sarebbe da rintracciare nell'armonizzazione del processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie: si tratta di una sorta *excusatio non petita*, che palesa l'evidente difficoltà del legislatore nell'esplicitare le reali finalità del proprio intervento. Perplesità suscita, inoltre, il richiamo operato dall'art. 61 all'articolo 8, par. 2, del regolamento (CE) 1370/2007 che, come sopra si è visto, pone un periodo di transizione per conformarsi gradualmente alle prescrizioni dell'articolo 5. Negli ordinamenti nei quali la parziale liberalizzazione introdotta dal regolamento comunitario costituisce un elemento di discontinuità rispetto al passato, la previsione di un periodo transitorio è elemento funzionale atto a consentire all'amministrazione e agli operatori del settore d'intraprendere gli atti organizzativi necessari per adeguarsi al mutato quadro normativo. Tuttavia, in un Paese come il nostro, nel quale tale discontinuità non è riscontrabile, e ove il legislatore si è già prontamente conformato alle prescrizioni dell'art. 5 del Regolamento proprio con le disposizioni dell'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, il richiamo all'articolo 8, par. 2 appare obiettivamente oscuro dato che la

¹⁷⁸ Rileva **Napolitano G.**, in *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 51-52, che *“Negli ultimi anni, invece, prevale la protezione degli operatori esistenti. Si sfruttano le possibilità di chiusura del mercato offerte dall'ordinamento europeo, quando anche in quella sede prevalgono soluzioni compromissorie”*.

norma del Regolamento ha come destinatari gli Stati nazionali e non certo “*le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio*” evocate nell’art. 61. Dopo qualche giorno, il pentimento, con l’art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102, che ha precisato che le autorità competenti, sempre al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, par. 2 (affidamenti *in house*), del Regolamento (CE) 1370/2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il dieci per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo, mentre per le società affidatarie dirette il legislatore è tornato sui propri passi, reintroducendo per esse il divieto di partecipare a procedure organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui operano. Si tratta di una norma che configura una soglia minima d’apertura dei mercati, ma che lascia irrisolto più di un interrogativo tanto in ordine alla sua concreta applicabilità. Sulla sorte di tutte queste disposizioni dopo l’approvazione del d.l. 135/2009, si dirà diffusamente nel prossimo paragrafo. In questa sede si vuole soltanto osservare che questo modo di procedere caratterizzato da una produzione normativa priva di un reale filo conduttore, qualche problema macroscopico di coordinamento normativo lo provoca: appare emblematico in tal senso il caso della successione tra le leggi 23 luglio 2009, n. 99 e 3 agosto 2009, n. 102, che, a dispetto della numerazione, sono entrate in vigore in tempi invertiti. Nella legge 99/2009 non sussiste alcuna clausola finale che si occupi dell’entrata in vigore, per cui deve ritenersi che la stessa sia entrata in vigore il 15° giorno successivo dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (G.U. 176 del 31.07.2009), e perciò il 15 agosto. Nella legge 102/2009, di conversione del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, l’art. 1, comma, 3 stabilisce che la stessa entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (G.U. 179 del 4.08.2009), ossia il 5 agosto. Come vedremo tale “incidente” ha comportato limitati problemi applicativi, ma costituisce, evidentemente la punta di un *iceberg* di un fenomeno degenerativo che stenta ad arrestarsi.

5. Il Trasporto pubblico locale alla ricerca di un “cento di gravità”.

5.1. Un (difficile) tentativo di operare una ricostruzione del sistema.

Il policentrismo normativo¹⁷⁹ derivante dalla contestuale presenza di fonti comunitarie, statali e regionali che disciplinano i medesimi fenomeni giuridici obbligano l’interprete ad operare uno sforzo di sistematizzazione che soddisfi all’esigenza di pervenire ad una non contraddittorietà tra fonti del diritto, che si pone come condizione di base ai fini dell’esistenza stessa dell’ordinamento giuridico¹⁸⁰. Tale sforzo ricostruttivo deve prendere in considerazione un ulteriore elemento di complessità dettato

¹⁷⁹ Sul tema, v. **D’Atena A.**, *L’impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti*, in *Studi in onore di L. Elia*, Milano, Giuffrè, 1999.

¹⁸⁰ **Albino L.**, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2001, 6, p. 925. V., inoltre, **Castorina E.**, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 1998, 6, p. 1177 e ss.

dalla circostanza che gli ambiti regolatori dei diversi livelli normativi non risultano perfettamente sovrapponibili. Come si è visto, infatti, il Regolamento (CE) 1370/2007 non si applica ai servizi di trasporto di passeggeri che non siano qualificabili come “d’interesse economico generale”, a quelli per via navigabile e ai contratti di servizio pubblico che assumano la forma dell’appalto, mentre l’art. 23bis non disciplina i servizi pubblici di rilevanza economica di rilievo regionale. Nel D.lgs. 422/1997 e nella legislazione regionale d’attuazione, invece, tutti questi elementi trovano una propria collocazione. Pertanto, il processo ricostruttivo non può limitarsi ad una forma d’integrazione “verticale” tra livelli normativi, ma deve avere riguardo anche alla diversa estensione “orizzontale” di detti provvedimenti. Nel par. 2 e nel par. 3 l’attenzione è stata tutta rivolta ai rapporti tra le fonti interne, ossia tra la normativa statale e quella regionale di settore e, successivamente, tra disciplina di settore e quella generale sui servizi pubblici locali. Nel primo caso è stato adottato quale criterio ordinatore di risoluzione delle antinomie il principio di competenza, mentre nel secondo, è stato dato atto come le norme generali sui servizi pubblici locali prevalgono su quelle speciali dettate dal D.lgs. 422/1997 e dalle leggi regionali d’attuazione in virtù della clausola contenuta nel comma 1, secondo capoverso, dell’art. 23bis del d.l. 112/2008. In tal modo, il legislatore ha fatto esplicitamente prevalere il criterio cronologico su quello di specialità come modalità di risoluzione delle antinomie tra norme poste sullo stesso livello gerarchico ed emanate in tempi diversi. Applicabilità, dunque, delle disposizioni generali su servizi pubblici locali anche al TPL e conseguente abrogazione delle disposizioni di settore con esse incompatibili. Con l’entrata in vigore del Regolamento (CE) 1370/2007, tale ordito normativo si complica ulteriormente, non solo per l’introduzione di un’altra fonte di regolazione del settore, ma anche in considerazione del fatto che lo stesso atto normativo comunitario stabilisce, all’articolo 8, un periodo transitorio e lascia agli Stati membri un qualche margine di discrezionalità nel determinare le modalità di affidamento dei servizi durante tale periodo, mentre il legislatore nazionale, con le leggi 23 luglio 2009, n. 99 e 3 agosto 2009, n. 102, non si è limitato “a chiarire” la portata applicativa del Regolamento comunitario nel nostro ordinamento, ma ha posto in essere ulteriori disposizioni di difficile interpretazione e coordinamento.

Iniziamo con il considerare i rapporti tra normativa comunitaria e quella interna¹⁸¹. Com’è noto, l’art. 249 del Trattato CE (*ex art. 189*) stabilisce che i regolamenti comunitari hanno portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e sono direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, senza

¹⁸¹ Sul rapporto tra fonti comunitarie ed interne v. **D’Atena A.**, *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 591 e ss.; **Albino L.**, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, cit.; **Castorina E.**, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”*, cit.; **Bin R.**, **Pitruzzella G.**, *Diritto costituzionale*, Giapichelli, Torino, 2003; **Celotto A.**, *Le modalità di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 1999, 6, p. 1473 e ss.; **Cannizzaro E.**, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell’Unione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 4, p. 651 e ss.; **Luzzatto R.**, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell’art. 117*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 1, p. 1 e ss.; **Vesperini G.**, *Il diritto europeo e la ripartizione nazionale delle competenze tra lo Stato e le regioni*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2008, 6, p. 1427 e ss.

necessità di alcun atto di recepimento da parte di questi ultimi. La diretta applicabilità implica che non risulta necessario, ed anzi non è neppure ammesso, un atto dello Stato che ne ordini l'esecuzione, poiché il regolamento s'impone per forza propria e la sua applicazione è dovuta da tutti i consociati, compresi i giudici e la pubblica amministrazione¹⁸². Il problema sorge nel caso di contrasto tra una norma comunitaria ed una interna. In generale, è possibile affermare che il sistema di relazione fra ordinamento comunitario e quello statale non si spiega semplicemente facendo ricorso ai classici criteri ermeneutici di risoluzione delle antinomie quali il criterio cronologico, quello gerarchico, quello di specialità ed, infine, quello di competenza, ma è caratterizzato da profili di originalità che hanno la propria genesi nella giurisprudenza tanto della Corte di Giustizia, che della Corte Costituzionale. Il problema della sistematizzazione delle fonti comunitarie nell'ambito degli ordinamenti nazionali è stato risolto in un primo momento dal giudice comunitario e dalla Consulta con approcci nettamente contrastanti¹⁸³, mentre il punto d'equilibrio si è raggiunto soltanto negli anni '80 con la sentenza della Corte Costituzionale cd. "Granital"¹⁸⁴, secondo cui le antinomie tra norme comunitarie

¹⁸² **Bin R., Pitruzzella G.**, *Diritto costituzionale*, cit., p. 376.

¹⁸³ L'iniziale approccio seguito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 7 marzo 1964, n. 14, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 129 e ss., era un approccio prettamente internazionalista per risolvere il conflitto tra norme comunitarie e quelle interne. La Corte affermava, infatti, che "L'art. 11 viene qui in considerazione per la parte nella quale si enuncia che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. La norma significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto. Né si può accogliere la tesi secondo cui la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato". Il criterio di risoluzione delle antinomie ritenuto applicabile dalla Consulta era, quindi, il criterio cronologico. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sin dalla sentenza 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. l'E.N.E.L.*, resa nella causa 6/64, in <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:IT:HTML>, ha adottato, invece, il criterio gerarchico nella risoluzione delle antinomie. Nella sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, "Simmenthal", in *Foro it.*, 1978, IV, p. 202 e ss., la Corte ha stabilito che "In forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e degli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche, in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri, di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie", dichiarando inoltre che "qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria". La Corte di Giustizia ha, quindi, configurato le fonti comunitarie e quelle nazionali come integrate in un solo sistema, ordinato esclusivamente in termini di gerarchia tra norme comunitarie e interne.

¹⁸⁴ La Corte Costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170, nota come "Granital", in *Giur. Cost.*, I, 1984, p.1098 e ss., ha affermato un orientamento, che poi è stato sostanzialmente confermato nelle successive sentenze nn. 48/1985, 141/1986 e 168/1991. Secondo i giudici della Consulta l'ordinamento comunitario e quello interno costituiscono due sistemi normativi "autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato". Inoltre, "L'effetto connesso con la sua [di un regolamento comunitario] vigenza è

immediatamente applicabili e norme interne devono essere risolte da tutti gli operatori giuridici facendo prevalere le prime sulle seconde a livello interpretativo mediante la “non applicazione” delle disposizioni nazionali¹⁸⁵. La preminenza e l’efficacia diretta delle disposizioni del diritto comunitario non sottraggono, tuttavia, gli Stati membri all’obbligo di eliminare, dai rispettivi ambiti, le disposizioni incompatibili col primo, “*con la conseguenza che il mantenimento in vigore di siffatte disposizioni, nel determinare quello stato d’incertezza e di ambiguità messo in luce dalla Corte di Giustizia, ridonda, inevitabilmente, in altrettante violazioni degli obblighi assunti dallo Stato con la sottoscrizione del Trattato*”¹⁸⁶. Trasponendo tali considerazioni alle problematiche proprie del TPL, ne risulta che gli operatori del settore dovranno considerare i possibili conflitti tra le disposizioni del Regolamento (CE) 1370/2007 e le norme interne che riguardano il TPL, e ogni qual volta ravvisino sussistere tale conflitto, dovranno applicare le disposizioni comunitarie e non quelle interne. È il caso, per esempio, dell’articolo 18, comma 1, del D.lgs. 422/1997¹⁸⁷, che prevede la durata massima dei contratti di servizio, il quale non troverà applicazione perché la medesima fattispecie è regolata dall’art. 4, par. 3 e 4, del Regolamento comunitario. Ben più complesse sono le relazioni tra le fonti per quanto attiene alle modalità d’aggiudicazione dei contatti di servizio e alla sorte degli stessi qualora stipulati prima dell’entrata in vigore del Regolamento CE. Come sopra si è osservato,

perciò quello, non già di caducare (...) la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale” in quanto “(...) la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto [il regolamento], la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario”.

¹⁸⁵ **Celotto A.**, *Le modalità di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, cit., p. 1481. L’Autore rileva che “*Optare per la qualificazione in termini di "disapplicazione" o piuttosto di "non applicazione" dell'effetto della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno antinomico riveste notevole significato nell'impostazione di fondo del problema. La "disapplicazione" costituisce una delle forme mediante le quali opera l'invalidità, e più specificamente "designa il potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace"; essa si realizza "nel caso in cui l'ordinamento giuridico limiti le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisca l'annullamento del medesimo e gli renda possibile solo l'accertamento della non validità con la conseguente non applicazione alla fattispecie sottoposta al suo esame". La "non applicazione", invece, si colloca in quell'insieme di "attività che partono dall'individuazione della norma, passano attraverso la sua interpretazione e giungono infine all'enunciazione della regola che disciplina il caso concreto", e quindi propriamente su un piano ermeneutico, interpretativo. Nel primo caso, pertanto, si ragiona in termini di due norme incompatibili entrambe astrattamente applicabili alla fattispecie. Nella soluzione dell'antinomia, una di esse (nel caso di specie quella nazionale) si assume viziata e, quindi, viene disapplicata dal singolo operatore, che non ha, in concreto, il potere di annullarla o di dichiararne la nullità. Nel secondo, invece, una sola è la norma applicabile alla fattispecie, in quanto, nel conflitto, "l'atto [nazionale] perde in generale quella specifica attribuzione di rilevanza giuridica impressagli da un certo ordinamento". È un po' il caso, per intenderci, della soluzione del conflitto tra norma regionale (successiva) e norma statale (precedente) in una materia di competenza regionale concorrente, nella quale la norma statale invocata non rientri tra i principi della materia stessa”.*

¹⁸⁶ In tal senso, **Castorina E.**, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”*, cit., p. 1185.

¹⁸⁷ In particolare l’art. 18, comma 1, del D.Lgs. 422/1997 stabilisce che “*L'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, è regolato, a norma dell'articolo 19, mediante contratti di servizio di durata non superiore a nove anni. L'esercizio deve rispondere a principi di economicità ed efficienza, da conseguirsi anche attraverso l'integrazione modale dei servizi pubblici*

l'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6 del Regolamento, nel delineare i modi d'affidamento diversi dalla gara, stabilisce altresì il principio che essi sono esperibili "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale". Inoltre, il par. 2 dell'art. 8 dello stesso Regolamento dispone che l'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma alle modalità di cui all'articolo 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019, e sino a tale data gli Stati membri adottano delle misure per conformarsi gradualmente alle modalità ivi previste. Ciò significa che il legislatore comunitario ha lasciato ampia discrezionalità agli Stati membri non solo sul "se" consentire le modalità di aggiudicazione dei contratti diverse dalla gara, ma anche sul "come" arrivare alla disciplina uniforme prevista dall'articolo 5, che diventerà, quindi, direttamente applicabile solo a partire dal 3 dicembre 2019. In tal modo la portata cogente delle disposizioni dell'art. 5 è differita, mentre le stesse sono da considerare come parametro di verifica dell'adempimento di un'obbligazione di risultato posta in capo agli Stati membri¹⁸⁸. La conclusione che si può trarre da queste considerazioni è che, nel periodo transitorio 3 dicembre 2009 – 3 dicembre 2019, le modalità d'aggiudicazione dei contratti di servizio saranno regolate ancora dalle disposizioni nazionali le quali dovranno tendere a conformarsi a quelle dell'art. 5 del Regolamento, in modo tale che, quando queste ultime diventeranno direttamente applicabili, non si verifichino gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto. Tali considerazioni, obbligano l'interprete a rintracciare quale sia la disciplina oggi applicabile agli affidamenti dei servizi del TPL esclusivamente sul piano delle fonti interne, adottando, in caso di conflitto tra norme, i criteri ermeneutici ben noti al nostro ordinamento¹⁸⁹. Ora, quando il Regolamento (CE) 1370/2007 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea¹⁹⁰, vigeva nel nostro Paese l'art. 18 del d.lgs. 422/1997, che prevedeva il sistema "monistico" della gara. Successivamente, hanno inciso sulle modalità d'affidamento dei contratti di servizio una nutrita serie di disposizioni il cui contenuto sostanziale è stato descritto nei precedenti paragrafi, ossia l'art. 23bis del d.l. 112 del 25 giugno 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008, l'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, l'art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102, l'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166. Vista la congerie di norme da coordinare, appare opportuno procedere con ordine e cercare di ricostruire la disciplina applicabile *ratione temporis* al TPL per ogni modifica intervenuta. Sui rapporti tra le disposizioni sui servizi pubblici locali, di cui all'art. 23bis del

di trasporto".

¹⁸⁸ Il secondo capoverso del par. 2 dell'art. 8, del Regolamento (CE) 1370/2007 stabilisce che "Entro sei mesi successivi alla prima metà del periodo transitorio gli Stati membri presentano alla Commissione una relazione sullo stato dei lavori, ponendo l'accento sull'attuazione dell'aggiudicazione graduale di contratti di servizio pubblico conformemente all'articolo 5. Sulla scorta delle relazioni degli Stati membri, la Commissione può proporre loro misure appropriate".

¹⁸⁹ Sull'interpretazione dei documenti normativi v. **Tarello G.**, *L'interpretazione della legge*, vol. I t. 2, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di Cicu, Messineo, Mengoni, Giuffrè, Milano, 1980.

¹⁹⁰ Gazzetta Ufficiale Unione Europea L. 315/7, del 3 dicembre 2007.

d.l. 112/2008, e l'art. 18 del D.lgs. 422/1997, si è già detto nel par. 3.2, e in questa sede preme soltanto ricordare che, alla luce di questa novellazione, le regole applicabili all'affidamento dei servizi di TPL risultavano essere l'art. 23bis del d.l. 112/2008, per i servizi locali, ed ancora l'art. 18 del D.lgs. 422/1997 per quelli regionali. L'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, ha stabilito che le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, par. 2, 4, 5 e 6, e di cui all'articolo 8, par. 2, del Regolamento (CE) 1370/2007. Con questo articolo il legislatore, preoccupato di consentire tutte le possibilità offerte dal Regolamento (CE) 1370/2007, ha operato un rinvio recettizio alle disposizioni comunitarie la cui efficacia, come si è visto, opera solo a partire dal 3 dicembre 2019. In questo modo il contenuto sostanziale delle disposizioni del Regolamento richiamate sono entrate in vigore contestualmente all'entrata in vigore della legge 99/2009. Si badi che le norme a cui si opera un rinvio hanno ad oggetto soltanto le forme d'affidamento dei servizi diverse dalla gara, non facendosi menzione del par. 3 dell'art. 5 del Regolamento che contempla proprio questa ultima modalità d'aggiudicazione dei contratti. Ma qual è il rapporto tra l'art. 61 della legge 99/2009 e l'art. 23bis del d.l. 112/2008? Appare evidente che le disposizioni del Regolamento comunitario, richiamate dall'art. 61 della legge 99/2009, siano perlopiù incompatibili con le previsioni del comma 3 dell'art. 23bis. In tal senso, si pensi all'istituto dell'*in house providing* come è diversamente configurato dal regolamento comunitario e dalla riforma dei servizi pubblici locali: nel primo, tale istituto costituisce la legittima espressione del potere attribuito alla pubblica Autorità di scegliere tra autoproduzione ed esternalizzazione del servizio, senza che si possa riscontrare una chiara gerarchia tra queste opzioni; nell'art. 23bis l'*in house* trova, invece, collocazione tra le modalità d'affidamento in deroga alle procedura di gara, ed ha dei presupposti sostanziali e procedurali ulteriori e più gravosi di quelli elaborati dal diritto comunitario. Ancora, l'atto normativo comunitario riconosce la possibilità dell'autoproduzione in economia e l'esternalizzazione del servizio tramite aggiudicazione diretta dei contratti "sotto soglia", di quelli relativi al trasporto ferroviario e di quelli stipulati nel caso di pericolo d'interruzione del servizio. Data l'antinomia tra tali disposizioni poste sullo stesso livello gerarchico, trova applicazione il principio secondo cui la *lex specialis posterior derogat legi priori generali*. Il precipitato di tale ricostruzione è che, con l'entrata in vigore della legge 23 luglio 2009, n. 99, le modalità d'affidamento dei servizi di TPL diverse dalla gara trovavano la propria disciplina positiva nell'art. 61 di detta legge, mentre la gara continuava ad avere come riferimento ordinamentale l'art. 18 del D.lgs. 422/1997. L'art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102¹⁹¹ ha precisato che le autorità competenti, qualora si avvalgano dell'affidamento *in house* di cui all'art. 5, par. 2, del Regolamento (CE) 1370/2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il

¹⁹¹ Ma sulla reale successione dell'entrata in vigore tra la legge 23 luglio 2009, n. 99 e la legge 3 agosto 2009, n. 102 v. par. 4.3.

dieci per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo. E arriviamo al decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 e alla relativa legge di conversione¹⁹². Le modifiche apportate dall'art. 15 di tale articolato all'art. 23bis del d.l. 112/2008 sono state illustrate nel par. 3.3. In questa sede l'attenzione deve essere rivolta alla precisazione operata dal legislatore in ordine all'ambito d'applicazione dell'articolo 23bis, il quale, nella versione novellata, fa salve le disposizioni del D.lgs. 422/1997 "*relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale*". Sostanzialmente tale enunciato normativo esclude dalla disciplina sui servizi pubblici locali il trasporto ferroviario, mentre, ragionando *a contrariis*, afferma nuovamente che tali regole sono cogenti per gli altri servizi di TPL. Dunque, per i servizi diversi da quello ferroviario regionale, sono ancora una volta le norme sui servizi pubblici locali a prevalere su quelle di settore con esse incompatibili, ed è perciò necessario operare quel giudizio di compatibilità "in concreto" tra le disposizioni, rispettivamente, dell'art. 23bis, così novellato, e quelle degli artt. 18 del D.lgs. 422/1997, 61 della legge 99/2009 e 4bis della legge 102/2009, all'esito del quale è possibile scorgere qual è l'orizzonte regolatorio degli affidamenti nel settore. Come è stato in precedenza ricostruito, il comma 2 dell'art. 23bis ha portata integratrice delle disposizioni di cui all'art. 18 del D.lgs. 422/1997, in quanto prevede, tra le modalità ordinarie di conferimento del servizio, oltre alla gara, la società a partecipazione mista pubblica e privata, purché il socio privato sia scelto tramite procedura competitiva ad evidenza pubblica cd. "a doppio oggetto". Per le ragioni su esposte, ma con opposto esito interpretativo, l'*in house*, è regolato dal più stringente assetto delineato dal comma 3 dell'art. 23bis. Sempre in materia d'*in house*, si ritiene che non possa trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 4bis della legge 102/2009. Infatti, le fattispecie in cui è legittimo ricorrere a tale modalità organizzativa, delineate dal comma 3 dell'art. 23bis, sono qualificate come "eccezionali" e ricorrono, quindi, in ipotesi del tutto residuali ove un mercato non sussiste. Se il presupposto dell'*in house* è proprio l'assenza di un mercato di riferimento, sarebbe illogico ed irragionevole richiedere ad una pubblica Autorità che voglia avvalersi di tale modalità organizzativa di mettere a gara il 10% del servizio, perché un mercato o c'è, allora l'*in house* non appare legittimo, o non c'è, ed allora non ha alcun senso pretendere che sia esperita una gara, a maggior ragione per una quota residuale del servizio. Si devono esaminare, inoltre, le ulteriori fattispecie d'aggiudicazione diretta dei contratti di cui ai par. 4, 5 e 6 dell'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007, disposizioni richiamate dall'art. 61 della legge 99/2009. Se il par. 6 ha ad oggetto il servizio ferroviario, e perciò riguarda un ambito materiale che esula dalla sfera dell'art. 23bis, anche il par. 5, che attiene l'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio o di una sua proroga consensuale nel caso d'interruzione del servizio o anche di semplice pericolo di tale evento, appare regolare una fattispecie non prevista dall'art. 23bis e non incompatibile con la sua *ratio*. Si ritiene, di conseguenza, che tale norma possa trovare concreta

applicazione, essendo quello della continuità del servizio un interesse pubblico preminente che può trovare protezione anche attraverso forme derogatorie d'affidamento. Più difficile è ritenere compatibile con l'assetto generale dei servizi pubblici locali il par. 4, che disciplina gli affidamenti diretti per i servizi "sotto soglia". Nell'art. 23bis, infatti, non pare esserci spazio per tali modalità d'aggiudicazione dei contratti di servizio, mentre una questione di soglia viene in rilievo solo dal punto di vista di una semplificazione procedurale sull'onere di chiedere il parere all'Autorità antitrust e non certo per consentire affidamenti diretti di servizi. Se quanto rappresentato concerne principalmente i servizi di TPL diversi da quelli ferroviari regionali, per questi ultimi la ricostruzione del quadro normativo di riferimento appare relativamente più semplice, trovando per essi applicazione il combinato disposto dell'art. 18 del D.lgs. 422/1997, dell'art. 61 della legge 99/2009 e dell'4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102.

Altra tematica che merita attenzione è quella relativa alla sorte degli affidamenti in essere, dato che sia la disciplina sui servizi pubblici locali, che quella comunitaria si occupano della questione. In proposito, si ricorda che le disposizioni di cui al par. 3 dell'art. 8 del Regolamento (CE) 1370/2007 stabiliscono che, al fine dell'applicazione dell'obbligo di conformarsi all'art. 5 dell'atto comunitario, non si dovrà tenere conto dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore del Regolamento. La norma fa dipendere il termine finale d'efficacia di detti contratti in ragione della data della loro stipulazione e della procedura utilizzata per il loro conferimento, ed ha come *ratio* ispiratrice un certo *favor* alla loro conservazione. Infatti, essa introduce dei meccanismi volti a preservare l'efficacia nel tempo di rapporti negoziali sorti anteriormente alla nuova regolamentazione, in modo tale che l'affidamento degli operatori sulla durata dei contratti possa essere tutelato, anche oltre la data del 3 dicembre 2019, nei limiti della proporzionalità e della ragionevolezza. Il regime transitorio delineato, invece, dal comma 8 dell'art. 23bis per gli affidamenti non conformi ai commi 2 e 3 del medesimo articolo esprime una teleologia ben diversa, avendo una portata manifestamente sanzionatoria che opera tramite delle norme "ghigliottina", che agiscono *ex lege* sulla durata di rapporti contrattuali in essere. Se il conflitto tra dette norme potrebbe sembrare *prima facie* evidente, con la conseguenza dell'applicazione della normativa comunitaria e la non applicazione di quella nazionale, in realtà tale conflitto risulta più apparente che reale. Infatti, il regime delineato dall'art. 23bis ha avuto come conseguenza, per il TPL, il differimento nel tempo del termine finale del periodo transitorio, la cui scadenza trovava la propria originaria regolamentazione nell'art. 18 del D.lgs. 422/1997. Pertanto, nel TPL l'effetto delle disposizioni di cui al comma 8 dell'art. 23bis è perlopiù quello di consentire la proroga degli affidamenti diretti che altrimenti non avrebbero più titolo giuridico, e non quello di far cessare anticipatamente dei contratti di servizio pluriennali. Pertanto, non ponendosi un problema di un reale conflitto tra norme, si ritiene che il regime transitorio delineato dal comma 8 dell'art. 23bis possa essere applicato anche al trasporto pubblico, con la conseguenza che gli

affidamenti non conformi a questo assetto normativo cesseranno di diritto secondo l'articolazione temporale ivi delineata¹⁹³.

Infine, quanto ai limiti entro cui i soggetti titolari di affidamenti diretti possano partecipare a procedure ad evidenza pubblica per il conseguimento di altri servizi ovvero svolgere attività nei confronti di terzi, si è visto come il comma 9 dell'art. 23bis del d.l. 112/2008, come modificato dal d.l. 135/2009 e dalla legge di conversione, detta una regolamentazione analitica e restrittiva della materia, estendendo sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo il divieto già posto dall'art. 18 del D.lgs. 422/1997 con specifico riferimento al TPL. Sulla fattispecie hanno inciso anche l'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 e l'art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102, con due disposizioni del tutto speculari¹⁹⁴, e perciò l'una abrogativa dell'altra. Il meccanismo di successione nel tempo di detti articoli di legge probabilmente avrebbe creato un qualche imbarazzo applicativo, per cui il d.l. 135/2009, nel ribadire la prevalenza delle norme di cui all'art. 23bis su quelle di settore, molto opportunamente ha spazzato via anche queste disposizioni¹⁹⁵. Tuttavia, anche con riferimento a detti divieti operativi, alcuni problemi ermeneutici emergono con riguardo al rapporto tra il comma 9 dell'art. 23bis del d.l. 112/2008 e il Regolamento (CE) 1370/2007. In particolare, tale tensione interpretativa si ha, non tanto con le lettere b) e c) del par. 2 dell'art. 5 del Regolamento comunitario, che stabiliscono i divieti quando il regime degli affidamenti previsti da tale articolato normativo diventerà direttamente efficace negli Stati membri¹⁹⁶, quanto con il par. 4 dell'art. 8, che si occupa di

¹⁹³ Un problema interpretativo potrebbe porsi solo con riguardo a quegli affidamenti diretti di servizi diversi da quelli ferroviari regionali eventualmente posti in essere, ex art. 61 della legge 99/2009, sino al 25 settembre 2009 (data di pubblicazione nella G.U. del d.l. 135/2009). In tal caso, infatti, tali contratti potrebbero restare in vigore fino alla loro scadenza ex art 8, par. 3, del Regolamento (CE) 1370/2007, mentre ai sensi del comma 8 dell'art. 23bis del d.l. 112/2008 cesserebbero anticipatamente i loro effetti secondo l'articolazione temporale ivi prevista. La risoluzione di questo possibile conflitto tra norme deve tenere conto del fatto che il Regolamento (CE) 1370/2007 è in vigore solo il 3 dicembre 2009, mentre le disposizioni dell'art. 23bis spiegano la loro efficacia anteriormente a tale data. In concreto, il problema si è posto per i contratti affidati direttamente sino al 2015, ex art. 61 della legge 99/2009, nella regione Sicilia. Il legislatore non è stato insensibile alla richiesta di far salvi detti contratti, e già in sede di conversione dell'articolo 15 del d.l. 135/2009, è stato approvato dal Senato l'emendamento 15.517 Vicari, che ha fatto salvi nelle regioni a Statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'art. 61 della legge 99/2009, in atto alla data di entrata in vigore della legge 20 novembre 2009, n. 166, di conversione del d.l. 135/2009.

¹⁹⁴ L'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, prevede, infatti che *“Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatarie di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422”*; l'art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102, invece, che *“Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatarie di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano”*.

¹⁹⁵ Non così, tuttavia, per il servizio ferroviario regionale, non ricompreso nell'ambito del art. 23bis del d.l. 112/2008, per il quale risulta applicabile l'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, articolo entrato in vigore dopo 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102, ed abrogativo di quest'ultimo nelle disposizioni con esso incompatibili.

¹⁹⁶ Ossia a partire dal 3 dicembre 2019, data in cui avranno efficacia diretta nel nostro ordinamento le

tale problematica durante il periodo transitorio ed è perciò cogente sin dal 3 dicembre 2009. Detto paragrafo, infatti, limita la facoltà per le Autorità competenti di escludere dalla partecipazione all'aggiudicazione dei contratti mediante gara pubblica al caso in cui gli operatori di servizio pubblico non siano in grado di fornire la prova che il valore dei servizi di trasporto pubblico per i quali beneficiano di una compensazione o di un diritto d'esclusiva conferiti a norma del Regolamento, rappresenti almeno la metà del valore di tutti i servizi di trasporto pubblico per i quali beneficiano di una compensazione o di un diritto d'esclusiva. Peraltro, detta facoltà d'esclusione non si applica agli operatori di servizio pubblico che gestiscono i servizi oggetto della gara ed opera solo nella seconda metà del periodo transitorio. Si potrebbe affermare che le due norme hanno portata soggettiva ed oggettiva diversa, ponendo il comma 9 dell'art. 23bis una limitazione alla capacità d'agire in capo agli affidatari diretti, e il par. 4 dell'art. 8 una potestà di esclusione dalle gare in capo all'Autorità competente, per cui non operano sullo stesso piano. Tuttavia si tratta di mezzi che rappresentano facce diverse della medesima medaglia, e perciò della loro concreta coesistenza appare legittimo dubitare.

5.2. Conclusioni.

Dopo avere inseguito, nei paragrafi precedenti, i percorsi dei molteplici rivoli normativi provenienti dalle diverse fonti di produzione, cercando di verificare gli effetti del loro divergere o intersecarsi, è doveroso ora tentare di scorgere se ci sia, ed eventualmente quale sia, la corrente principale che sta indirizzando, anche sotterraneamente, la disciplina di un settore come quello del trasporto pubblico locale. Iniziamo da alcuni punti fermi che emergono dalla trattazione che si è svolta. Innanzitutto, è abbastanza chiaro che il baricentro normativo del TPL abbia subito una traslazione dal D.lgs. 422/1997, e dalla legislazione regionale d'attuazione, verso una pluralità di fonti che obbligano l'interprete a operare un difficile sforzo di coordinamento. In particolare, per quanto attiene alle modalità d'affidamento dei servizi, non solo il Decreto "Burlando" perde quella centralità che, nella dialettica tra inclusione ed esclusione dall'ambito d'applicazione dell'art. 113 del t.u.e.l., la legge 308/2004 gli aveva restituito, ma diventa anche la fonte normativa recessiva al cospetto della prevalenza tanto del Regolamento (CE) 1370/2007, sancita dall'art. 249 del Trattato CE, che della disciplina generale sui servizi pubblici locali, che trova ragione nella chiara clausola contenuta nell'art. 23bis del d.l. 112/2008. Se il baricentro si è spostato, tuttavia, il TPL non sembra avere ancora trovato un nuovo punto d'equilibrio, quel "centro di gravità" che sin dall'inizio di questo lavoro si è cercato d'individuare, dato che, per motivi diversi, né la disciplina comunitaria, né quella sui servizi

disposizioni dell'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007, ed in particolare quelle di cui alle lettere b) e c) del par. 2, che stabiliscono per l'affidatario "in house" l'obbligo di prestare la propria attività limitatamente all'ambito territoriale dell'Autorità competente, con l'eccezione di eventuali linee in uscita che interessino il territorio di Autorità locali vicine, ed il divieto di partecipare a gare organizzate in altri bacini di traffico. Il vincolo del divieto di partecipazione a gare bandite in altri ambiti territoriali subisce, tuttavia, un'attenuazione nei due anni anteriori al termine dell'affidamento diretto, qualora l'Autorità competente adotti la decisione definitiva di mettere a gara i servizi di trasporto gestiti dall'operatore interno.

pubblici locali, appaiono offrire un orizzonte normativo stabile per il settore. Il legislatore comunitario, infatti, pur stabilendo degli elementi di certezza in tema di compensazioni di obblighi di servizio e di contratti di servizio pubblico, ha differito l'efficacia proprio delle disposizioni più innovative del Regolamento, ossia quelle relative all'aggiudicazione dei contratti di servizio, al termine di un lungo periodo transitorio, lasciando, *medio tempore*, ai singoli ordinamenti nazionali il compito di conformarsi gradualmente a tale dettato. A ben vedere poi, anche quando l'art. 5 del Regolamento sarà direttamente applicabile negli Stati membri, ossia dal 3 dicembre 2019, l'atto comunitario, se da un lato consentirà all'Autorità competente una scelta incondizionata tra autoproduzione ed esternalizzazione dei servizi, ammettendo, in alcune ipotesi, anche il loro affidamento diretto a soggetti terzi, dall'altro lascia un potere discrezionale al legislatore nazionale di vietare tali scelte organizzative. Ciò significa che l'intervento normativo comunitario non scioglie, neppure al termine del periodo transitorio, quello che è il nodo problematico centrale costituito dal "come" il servizio può essere gestito, ossia l'alternativa tra quello che abbiamo definito sistema "monistico" della gara, che implica l'opzione della concorrenza "per il mercato", e un sistema "pluralista" ove, accanto alla gara, rimangono aperti spazi per varie forme d'internalizzazione dei servizi. Che nel nostro Paese non sia ancora maturata una chiara scelta in proposito, risulta evidente se solo si fa mente locale sulla convulsa successione di atti normativi che, nel giro di pochi mesi, si sono alternati, con l'art. 61 della legge 99/2009 che sembrava aver dischiuso agli enti affidanti tutte le possibilità offerte dall'art. 5 del Regolamento, con l'art. 4bis della legge 102/2009 che faceva intuire un qualche pentimento sulla determinazione appena assunta, e con l'art. 15 del d.l. 135/2009 che, per i servizi di trasporto diversi da quello ferroviario regionale, ha messo in soffitta la gran parte delle disposizioni tanto dell'art. 61 della legge 99/2009, che dell'art. 4bis della legge 102/2009. Del resto, anche l'art. 23bis non pare rappresentare un approdo definitivo per il TPL, giacché costituisce una regolamentazione che rimane in mezzo al guado rispetto allo schema bipolare rappresentato dall'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007, ed è espressione di una politica del diritto tesa, in primo luogo, alla promozione di un mercato concorrenziale dei servizi, mentre, come si è potuto osservare, proprio il Regolamento comunitario in materia di trasporti si fonda su di un chiaro superamento di questa logica. Questa diversità teleologica si riflette, inevitabilmente, sullo stesso modo di considerare istituiti come l'affidamento *in house*, ma anche la società mista. Inoltre, la normativa sui servizi pubblici locali soffre di elementi intrinseci di debolezza che la rendono inidonea a rappresentare per il TPL un vero proprio "centro di gravità". Infatti, la sua instabilità si è rivelata negli ultimi mesi ancora elevata ed è facile prevedere che l'attenzione del legislatore, ma anche di giurisprudenza e dottrina, si sposterà dalla definizione del modello della gestione *in house* a quella della società mista, che presenta ancora numerosi profili di problematicità, mentre il processo di "fuga" dall'art. 23bis, una volta avviato,

appare un meccanismo difficile da arrestare, minando alla radice la logica stessa di siffatta normativa. Del resto, affidare a uno strumento come quello del regolamento governativo, attaccabile di fronte a qualsiasi giurisdizione amministrativa, aspetti cruciali della riforma costituisce una scelta che difficilmente può contribuire alla certezza del diritto e alla stabilità del sistema. Come si è visto, la normativa sui servizi pubblici locali, quando applicata al TPL, è stata vissuta come un innesto “artificiale” che ha portato, in alcuni casi, a dover modificare le regole legislative di settore, in altri, al rigetto totale di tale disciplina, con la conseguente esclusione dei trasporti dal suo campo d’applicazione. Nell’uno e nell’altro caso, ciò pone in evidenza come un settore come quello del TPL abbia difficoltà a essere regolamentato da un ordito normativo che trova ancor oggi nella dimensione municipalistica la sua ragion d’essere. Nel D.lgs. 422/1997 le principali funzioni di pianificazione e programmazione del servizio, ma anche l’individuazione di quelli che sono i servizi cd. “minimi”, sono allocate a livello regionale, mentre la Regione gestisce direttamente i servizi ferroviari. Questa disarmonia e non coincidenza tra ambiti d’applicazione della normativa generale e di quella di settore possono creare effetti distorsivi, con i servizi di scala regionale sottoposti a un regime diverso da quelli locali, ma soprattutto può ostacolare il raggiungimento di quegli obiettivi d’integrazione modale, tariffaria e di reti di servizi, che rappresentano ormai le fondamenta di qualsiasi politica dei trasporti. L’astratta classificazione del TPL nella categoria giuridica dei servizi pubblici locali rischia, così, di rappresentare un legame troppo tenue, che non giustifica la sottoposizione di questo settore a una disciplina che non ne considera le specificità e gli elementi di diversità rispetto agli altri servizi aventi rilevanza economica¹⁹⁷. Ciò osservato, sarebbe semplicistico, e forse anacronistico, invocare un “ritorno” al Decreto “Burlando”, perché esso, negli anni, ha perso gran parte della sua forza innovatrice e non risponde più all’assetto delle competenze legislative delineato dalla riforma costituzionale del 2001. Probabilmente, prendere atto del suo sostanziale superamento può costituire, *de iure condendo*, il primo passo per dare un orizzonte regolatorio nuovo al settore.

Tutte queste considerazioni di segno negativo potrebbero far pensare che, allo stato, non solo l’assetto normativo del TPL derivante dal diritto positivo è ben lungi da trovare una sua razionale sistematizzazione, ma che risulta, altresì, difficile rintracciare alcune tendenze di fondo che possano indirizzarne lo sviluppo. Sul punto, tuttavia, il livello della normazione comunitaria qualche risposta la

¹⁹⁷ In tal senso si esprime anche **Zanelli E.**, *Due passi indietro, nessuno avanti: la regolamentazione del trasporto pubblico locale e l’art. 35 della “Finanziaria” 2002*, in cit., che a p. 403 afferma “Al fondo delle riserve relative specificamente al comparto del trasporto pubblico locale, che è il solo preso in considerazione in questa sede, vi è precisamente la concezione, ancora sottesa al nuovo provvedimento, di una normativa applicabile ad una realtà classificabile unitariamente, che invece non esiste perché le public utilities da un lato (essenzialmente elettricità, gas, acqua) e il servizio di trasporto locale dall’altro lato non sono affatto suscettibili di essere ricompresi in una classificazione comune in virtù soltanto del tenue profilo di essere tutti «servizi pubblici locali», essendo invece il trasporto caratterizzato soprattutto dagli elementi di market failure e di socialità, nonché dall’assenza di una «rete» in senso proprio, che lo diversificano radicalmente dagli altri servizi a rilevanza industriale con mercato e redditività sostenibile e autosufficiente”.

offre. Come si è osservato, proprio nelle premesse e nell'art. 1 del Regolamento (CE) 1370/2007, si può scorgere un indirizzo netto di politica del diritto che si sostanzia nella proposizione di obiettivi di qualità, sicurezza ed efficacia dei servizi di trasporto, obiettivi da perseguire tenendo conto dei fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale. Alla luce della codificazione di questi principi, che costituiscono elementi normativi prescrittivi anche nel nostro Paese, qualsiasi regolamentazione del settore dovrebbe essere costruita avendo riguardo, non tanto la dimensione di mercato dei servizi di TPL, ma partendo da quella di servizio universale che li connota¹⁹⁸, sfruttando a tal fine tutti i modi organizzativi che l'ordinamento comunitario prevede e promuove¹⁹⁹. In questo modo la concorrenza non assume più a essere un valore in sé, ma diventa uno degli strumenti per il conseguimento di detti obiettivi. Pertanto, sarebbe auspicabile che, partendo da questi elementi, il legislatore nazionale scegliesse senza ambiguità tra le opzioni normative che il Regolamento (CE) 1370/2007 lascia aperte, non vietando o limitando le modalità d'affidamento dei servizi diverse dalla gara che l'atto comunitario consente. Si ritiene che ciò non costituirebbe, di per sé, la chiusura definitiva dei mercati locali, ma demanderebbe alle scelte politiche degli enti la responsabilità di adottare lo strumento organizzativo ritenuto il più idoneo per ottenere i migliori risultati nei termini di efficacia, efficienza e di economicità nella prestazione dei servizi, innescando meccanismi di comparazione tra ambiti territoriali diversi dai quali potrebbero derivare forme di sperimentazione e di emulazione delle esperienze più virtuose²⁰⁰. Ciò potrebbe comportare una certa differenziazione delle politiche degli enti locali, differenziazione che, in qualche modo, si è già sperimentata sin dal 1997, seppure nell'ambito dello schema binario costituito dall'adempimento/inadempimento al comando legislativo rappresentato dall'art. 18 del D.lgs. 422/1997. Infatti, quello che nel par. 2 si è indicato come uno dei maggiori pregi del Decreto "Burlando", ossia l'univoca scelta della concorrenza "per il mercato" esplicitata attraverso lo strumento della gara, ha costituito, alla prova dei fatti, anche uno dei suoi più evidenti limiti, non consentendo agli enti, che hanno mostrato delle resistenze ad adeguarsi a questo indirizzo, alcuna alternativa se non la mera inerzia, obbligando in questo modo lo Stato a estendere, di

¹⁹⁸ Rileva **Napolitano G.**, in *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 41 che: "Con la garanzia del servizio universale, infatti, si tutela un interesse imputato non più allo Stato, ma direttamente agli utenti, cioè ad una parte stessa del mercato. E quando si introducono, con espressione più ampia, obblighi di servizio pubblico, si fa comunque riferimento a interessi correlati al funzionamento del mercato e ai suoi limiti (ad esempio, a protezione dell'ambiente). Il diritto comunitario, in definitiva, "disaggrega" gli interessi collettivi e generali connessi ai servizi. In tal modo, stabilisce quali assumono rilevanza e meritano protezione per l'ordinamento europeo: soltanto questi possono giustificare una deroga ad altri principi e norme dell'ordinamento europeo".

¹⁹⁹ In tal senso, v. la recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato europeo economico e sociale e al Comitato delle Regioni, COM(2009) 615, del 19.11.2009, sullo sviluppo di partenariati pubblico-privato (PPP).

²⁰⁰ Rileva **Iaione C.**, in *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 141, che "E' auspicabile che almeno in questo caso si attui un vero decentramento della regolazione accordando alle regioni per quanto più possibile il compito di adattare il quadro regolatorio comunitario a ciascun contesto regionale. Questo potrebbe finalmente innescare il meccanismo della yardstick competition che nel campo delle utilities può far scattare meccanismi virtuosi di sperimentazione-emulazione fra

anno in anno, il termine finale del periodo transitorio, circostanza che ha minato non poco la stessa credibilità della riforma. Nello stesso quadro regolatorio, altre amministrazioni locali hanno, invece, proseguito nella strada di apertura dei propri mercati di riferimento, mentre alcune regioni hanno impresso un forte indirizzo politico per lo svolgimento delle procedure di gara, adottando anche lo strumento dell'incentivo finanziario²⁰¹. Si tratta di meccanismi che, anche in prospettiva, possono orientare le scelte degli enti locali nel momento in cui essi si trovano a poter decidere tra diverse scelte organizzative, restituendo alle Regioni quel primario ruolo di programmazione e d'indirizzo nella politica dei trasporti che il D.lgs. 422/1997 demanda loro. Se, quindi, da un lato, tale molteplicità di soluzioni può rappresentare una realistica via d'uscita dal vicolo cieco del "transitorio che non finisce più", dall'altro, si deve sottolineare come la gara, per non diventare una modalità d'aggiudicazione di contratti di servizio recessiva, debba veder risolti quegli elementi di criticità, in parte descritti nel par. 2.3, i quali depotenziano e rendono poco funzionale tale strumento. Pertanto, soltanto coniugando il "pluralismo organizzativo" con la previsione di meccanismi di gara "certi", che rispondano alle specifiche esigenze di questo servizio, si potrà giungere a un assetto regolatorio del TPL incentrato sulla piena responsabilità di Regioni ed enti locali sui modelli da adottare, trovando così quell'equilibrio normativo, quel "centro di gravità" di cui il TPL è ancora alla disperata ricerca.

i vari contesti territoriali".

²⁰¹ Per esempio, un forte orientamento *pro*-concorrenziale è stato espresso dalla Regione Piemonte con Deliberazione della Giunta regionale n. 57 – 10312 del 16 dicembre 2008, la quale ha subordinato, a decorrere dall'anno 2009, l'erogazione delle risorse aggiuntive agli enti soggetti di delega alla pubblicazione, da parte di quest'ultimi, di un bando di gara per l'affidamento dei servizi di TPL di loro competenza.