

Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di “paradigma”?

Alessandro Cabianca

Sommario

1. Premessa – 2. Le modalità di gestione del TPL nel d.lgs. 422/1997: non solo concorrenza “per il mercato” – 3. Il TPL e la disciplina dei servizi pubblici locali, tra inclusione ed esclusione – 4. Il TPL nell’ordinamento comunitario: le novità del Regolamento 1370/07/CE – 5. Un tentativo di operare una ricostruzione del sistema – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Con il processo riformatore iniziato nel 1997, il legislatore è riuscito ad affermare per il trasporto pubblico locale (d’ora innanzi 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 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 (d’ora in poi SPL). 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 SPL, tanto che la riconduzione del settore a tale ambito normativo, operata dall’art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 pare costituire un approdo affatto definitivo e sicuro¹. Sul TPL i fronti d’instabilità non si limitano, tuttavia, ai soli rapporti tra una disciplina generale e quella settoriale, ma risentono anche del mutato assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni a

(1) In tal senso v. il p.d.l. C. 2510 del 15 giugno 2009 “Modifiche al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e altre disposizioni in materia di trasporto pubblico locale”.

seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione², oltre che dell'intervento del legislatore comunitario che, per la prima volta, con il Regolamento (CE) 1370/2007, si è addentrato nel cuore stesso dell'organizzazione del servizio, delineando una normativa quadro per il settore. Tutte queste problematiche obbligano l'interprete ad operare uno sforzo di coordinamento della disciplina che, data la pluralità di fonti che si sovrappongono, rischia di essere problematico e non avere un esito univoco. Pertanto, si vuole, con il presente lavoro, fare il punto sui modelli organizzativi applicabili al TPL, operando alcune riflessioni sui rapporti tra le diverse fonti normative, cercando di capire se tali innovazioni possano essere lette nel segno della continuità o possano rappresentare, invece, un vero e proprio mutamento di "paradigma".

2. Le modalità di gestione del TPL nel d.lgs. 422/1997: non solo concorrenza "per il mercato"

Le novità introdotte dal d.lgs. 422/1997³ 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 il c.d. federalismo a Costituzione invariata, 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 stesso⁴. Nella sua versione originaria, tuttavia, il d.lgs.

(2) Il termine finale del periodo transitorio degli affidamenti del TPL ha costituito un terreno sul quale si sono confrontate le sfere di competenza legislativa regionale e statale. La Corte cost. con sentenza 80/2006 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni di leggi regionali che fissavano tale termine in difformità alla normativa statale, riconducendo tali disposizioni alla 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. Sulla medesima questione, v. ordinanze Corte cost. 304/2008, 74/2010 e 126/2010.

(3) Sulla riforma operata dal d.lgs. 422/1997 v. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE, *Trattato amministrativo. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2272 ss.; A. CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in S. ZUNARELLI, *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, Cedam, 2008, p. 141 ss. (*Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'Economia*, diretto da Francesco Galgano).

(4) M. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*,

422/1997 presentava alcuni elementi di debolezza, frutto di scelte di compromesso che, di fatto, risultavano frenare la liberalizzazione del settore⁵. 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 transitorio e quello per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società, mentre i servizi ferroviari 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 d'affidamento dei servizi, estendendola anche ai servizi ferroviari e ha stabilito termini certi tanto per il periodo transitorio, quanto per il processo di societarizzazione delle aziende speciali e dei consorzi, 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 dei cittadini tramite l'imposizione di obblighi

in *Il Trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 81-82.

(5) Descrive il clima in cui è maturato il d.lgs. 400/1999 A. BOITANI, *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 novembre 2000, www.afi-ipl.org/Archivio_Formazione.html, p. 8.

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 un vera e propria metamorfosi del regime amministrativo dell'attività da concessorio ad autorizzativo 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. 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. A ben vedere, tuttavia, nel d.lgs. 422/1997 la concorrenza "per il mercato" è circoscritta ai servizi c.d. "programmati"⁶, ossia ai servizi minimi e a quelli aggiuntivi, ossia quel 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 comunitaria⁷. 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 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, possedendone le caratteristiche oggettive, ma si distinguono dai servizi programmati per non essere sottoposti al regime amministrativo d'esclusiva e per non ricevere finanziamenti pubblici⁸. Sul piano dell'effettività di detti principi, si può riscontrare

(6) Per la distinzione tra servizi programmati e quelli autorizzati v. M. MAZZAMUTO, *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio. Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 225 ss.

(7) M. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., pp. 89-90.

(8) I servizi "autorizzati" trovano previsione in numerose leggi regionali. Tale apertura

una certa timidezza da parte degli enti locali a darne concreta attuazione⁹, circostanza che comunque non può scalfire il dato sistemico che nel disegno riformatore si prevedeva una liberalizzazione fondata su due pilastri, quello dell'affidamento del diritto a gestire il servizio in regime d'esclusiva tramite lo strumento della gara e, al di fuori di questo nucleo forte del servizio pubblico, quello del regime autorizzativo senza oneri a carico della pubblica Autorità.

3. Il Tpl e la disciplina dei servizi pubblici locali, tra inclusione ed esclusione

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 SPL, così quando nel 2001 l'art. 35 della legge 448/2001¹⁰ ha operato una storica cesura nella tradizione amministrativa italiana in ordine alle possibili forme della loro gestione¹¹, optando in modo deciso per la modalità organizzativa della società

ad una quota di servizi liberalizzati ha trovato un ulteriore impulso a livello nazionale con l'art. 12 del d.l. 223/2006 e con l'art. 2 del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 secondo cui gli enti locali sono tenuti a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei SPL, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva ai casi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

(9) Con riferimento all'attuazione dell'art. 12 del d.l. 223/2006, v. *Lo stato di attuazione della riforma del Tpl nelle Regioni italiane*, ISFORT, 2007, p. 5.

(10) V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 311 ss.; L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della legge n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, *ivi*, 2002, p. 575 ss.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2581 ss.; A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. appalti*, 2005, p. 1369 ss.; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 251 ss.; A. VIGNERI, *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it.

(11) M. CALCAGNILE, *Verso una nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

di capitali da individuare attraverso lo strumento della gara, il Tpl si trovava già a fare i conti con il momento applicativo della riforma, 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 Spl¹², introducendo il principio della separazione tra l'assetto proprietario, ed eventualmente gestionale, delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali rispetto alla fase in senso proprio erogativa del servizio¹³. La *ratio* di questa normativa risiede 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 e il suo titolare escluso dalla possibilità di svolgere lo stesso¹⁴. Tuttavia, il nuovo assetto gestorio è stato presto messo in discussione dal sorgere di un rilevante contenzioso costituzionale¹⁵ e dall'atto di messa in mora C(2002)2329 del 26 giugno 2002 della Commissione europea, la

(12) M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 219-220.

(13) Sul tema v. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 39.

(14) L.R. PERFETTI, *La riforma del settore operata dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 575; S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2001, p. 908.

(15) Con la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione del 2001, è sorta la questione circa la titolarità della competenza legislativa in materia di Spl, dato che essi non sono nominati negli elenchi di cui all'art. 117 della Cost. Le conclusioni cui la Consulta è pervenuta con la sentenza 272/2004 sono state nel ricondurre i Spl a rilevanza economica all'ambito materiale "trasversale" della tutela della concorrenza. Tale orientamento trova conferma anche nella recente sentenza della Corte costituzionale 3 novembre 2010, n. 325. In dottrina v. A. ZITO, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, p. 387 ss.; G. SCIULLO, *Stato, Regioni, e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7-8, 2004; C. BUZZACCHI, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 4, 2006, p. 797 ss.

quale rilevava come la disciplina nazionale continuava a consentire numerose ipotesi d'affidamento diretto dei servizi, in contrasto con il diritto comunitario¹⁶. Di fronte ai rilievi della Commissione, il legislatore ha tentato di rispondere intervenendo nuovamente sulla materia con l'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito nella legge 326/2003, ed ulteriormente modificato dall'art. 4 della legge 350/2005, che è andato a novellare completamente l'art. 113 del t.u.e.l. Quanto alla gestione dei servizi a rilevanza economica, il c.d. "lodo 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, con il socio privato 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 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 controllano¹⁷. Se l'intervento normativo del 2003 ha avuto lo scopo di restituire agli enti locali una più ampia possibilità di scelta tra i diversi moduli gestionali, esso ha sostanzialmente due delle tre soluzioni offerte orientandole nel mantenere ampi spazi d'intervento pubblico sui mercati locali, con aperture limitate a logiche effettivamente concorrenziali¹⁸, tradendo fondamen-

(16) G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in www.lexitalia.it, n. 12, 2003.

(17) Si tratta del modello di matrice comunitaria dell'*in house providing*, di cui si trova per la prima volta menzione nel Libro Bianco 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 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 e *Arge*, 15 giugno 2000, causa C-94/99. I principi della sentenza *Teckal* sono stati approfonditi nelle pronunce: *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03; *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, causa C-458/03; *Modling* del 10 novembre 2005, causa C-29/04; *ANAV* del 6 aprile 2006, causa C-410/04; *Commissione c. Italia* del 17 luglio 2008, causa C-371/05.

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

talmente quello che era stato lo spirito stesso della riforma del 2001, che aveva coniugato come momenti coessenziali 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 come unica modalità d'affidamento dello stesso¹⁹. Il punto di coabitazione tra disciplina generale dei SPL 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. 267/2000 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 dei mercati. Così, per il TPL si è passati da un'unica modalità fondata sulle gare ad evidenza pubblica ad una gamma di tre sistemi²⁰, in cui il modello della società mista e dell'affidamento *in house* ha 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. Di fronte a questo improvviso arresto della spinta liberalizzatrice, la repentina retromarcia del legislatore del 2004 non può certo stupire, vista l'urgenza di tornare all'assetto delineato dal "Burlando" che qualche effetto in termini d'efficientamento del sistema cominciava a produrre. Così, il comma 48 dell'art. 1 della legge 308/2004 ha inserito un comma 1-*bis* all'art. 113 del d.lgs. 267/2000, escludendo esplicitamente il settore del TPL dall'applicazione della disciplina generale dei SPL e riconducendolo così al solo alveo del d.lgs. 422/1997²¹. Tuttavia, la breve finestra temporale 2003-2004 ha rappresentato per il TPL ben più di un semplice incidente di percorso, ma un indice rivelatore che l'orizzonte ideologico di riferimento stava cambiando. Si cominciava a percepire nelle amministrazioni e nelle

(19) In tal senso, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., p. 252, e A. BOITANI, *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in *ASTRID-Rassegna*, 12, 2005, p. 6.

(20) Sul tema v. A.G. ARABIA, D. GARIGLIO, C. RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, Milano, Giuffrè, 2004.

(21) Sul punto v. M. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., p. 84.

imprese 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 affidamenti²², ma anche quando le proroghe arrivavano in ritardo nulla sembrava cambiare in quanto la norma che sanciva la fine degli affidamenti 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 SPL non sembrava certo una scelta definitiva. Non mancavano, infatti, iniziative legislative che si proponevano di orientare nuovamente l’oscillazione del pendolo nel senso dell’inclusione del TPL nella disciplina generale, come nel caso, nella passata Legislatura, del d.d.l. n. 772 del luglio 2006, cosiddetto “Lanzillotta”, di delega al governo per il riordino dei SPL.

Passando da quella che ormai è storia alla cronaca dell’attuale Legislatura, l’art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla legge 133/2008, ha costituito un’importante scossa all’assetto ordinamentale dei SPL che ha trovato un successivo assestamento nell’art. 15 del d.l. 135/2009 e nella relativa legge di conversione 166/2009, mentre l’emanazione del Regolamento in materia di SPL di rilevanza economica, di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 ha, per la prima volta, chiuso il cerchio del processo riformatore. Come vedremo, per il TPL ciò ha comportato un parziale “ritorno al passato”. Innanzitutto, si deve rilevare che l’art. 23-*bis*, nella dialettica tra inclusione ed esclusione, fa prevalere il primo indirizzo, riguardando “tutti” i SPL di rilevanza economica. Tuttavia tale schema del 2008 ha subito forti temperamenti nella legislazione successiva, ove si può constatare la “fuga” d’interi settori, come quelli della distribuzione del gas naturale e dell’energia elettrica e la gestione delle farmacie comunali²³, dalla disciplina generale. Si tratta di un processo di sottrazione, che va ad

(22) Il termine finale del periodo transitorio, fissato dal d.lgs. 400/1999 nel 31 dicembre 2003, è slittato da ultimo con il d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 al 31 marzo 2011.

(23) In particolare, l’art. 30, comma 26, della legge 99/2009, l’art. 15 del d.l. 135/2009 e legge 166/2009.

intaccare e disgregare la logica stessa di una disciplina che voleva imporre un *corpus* normativo generale e trasversale a tutti i SPL e 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 23-*bis*, facendo salve le disposizioni del d.lgs. 422/1997 "relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale"²⁴. Inoltre, il comma 1 dell'art. 23-*bis* prescrive una doppia prevalenza delle nuove disposizioni, tanto con riguardo alle discipline di settore con esso incompatibili, quanto con l'art. 113 del t.u.e.l.

Circa il nodo centrale delle modalità d'affidamento del servizio, l'art. 23-*bis* stabilisce che esso possa essere conferito in via ordinaria tramite procedure competitive ad evidenza pubblica a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, ovvero a società a partecipazione mista pubblica e privata, 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 servizio²⁵; *c*) che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%. Il comma 3 stabilisce che l'affidamento c.d. *in house* costituisce una modalità organizzativa in deroga a quella ordinaria, utilizzabile soltanto in casi eccezionali, "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"²⁶.

(24) Tale inciso appare superfluo, poiché le Regioni non sono enti locali.

(25) La formulazione della condizione di cui al punto *b*) ha subito una modifica in sede di conversione dell'art. 15 del d.l. 135/2009. Infatti, nell'originario testo si leggeva che la gara avrebbe dovuto avere ad oggetto "l'attribuzione dei compiti operativi", mentre l'emendamento approvato dal Senato ha circoscritto l'oggetto della gara agli "specifici compiti operativi". Se la prima formulazione 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 –, tale conclusione non appare oggi altrettanto scontata.

(26) Peraltro risulta problematico il coordinamento tra dette disposizioni sui SPL e

Oltre al requisito del controllo analogo e a quello della prevalenza dell'attività svolta dal soggetto affidatario con l'ente di riferimento, rilievo determinante assume, dunque, l'impossibilità per l'ente locale di rivolgersi efficacemente e utilmente al mercato, impossibilità che deriva da 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 4 obbliga, inoltre, l'ente affidante a dare adeguata pubblicità alla scelta e a motivarla in base ad un'analisi del mercato, nonché a trasmettere una relazione sugli esiti della predetta verifica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'espressione di un parere sui profili di competenza.

Tali oneri rappresentano per l'ente affidante un aggravio del procedimento 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. Se, quindi, l'art. 23-*bis* 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"²⁷, ci si deve chiedere se

l'art. 14, comma 32, del d.l. 78/2010, il quale pone il divieto, ai Comuni con meno di 30.000 abitanti, di costituire società e, altresì, li obbliga a mettere in liquidazione quelle esistenti, ovvero di cederne le partecipazioni, entro il termine del 31 dicembre 2011, fatte salve le previsioni dell'art. 3, commi 27, 28 e 29 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, mentre per i Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti la partecipazione è consentita ad una sola società. Se applicate ai Srl, tali disposizioni ridurrebbero le scelte organizzative dei Comuni di minore dimensione alla sola esternalizzazione del servizio. Preferibile appare una lettura orientata in termini di specialità dell'art. 23-*bis* rispetto all'art. 14 citato. In tal senso, C. SILEONI, L. ARCHIMI, *Le partecipazioni dei Comuni nelle società che gestiscono i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. L'art. 14 c. 32 del d.l. 78/2010 ed il principio di specialità dell'art. 23-bis, c. 2 lett. b) e c. 3 del d.l. 112/08 in subiecta materia*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 17 novembre 2010.

(27) Il modello della società mista è stato di recente oggetto della Comunicazione della Commissione europea 2008/C91/02, *Sull'applicazione del diritto comunitario degli*

una disciplina di settore come quella del Tpl, che ponga 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 23-*bis*, 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 analogo o superiore a quello indicato dall'art. 23-*bis*²⁸. A ben vedere, tuttavia, con riferimento all'art. 18 del d.lgs. 422/1997 non si può parlare tanto di abrogazione per incompatibilità con lo *jus superveniens* nella parte in cui tale articolo prevede il sistema "monistico" della gara, ma piuttosto appare configurabile un'applicazione della disciplina generale dell'art. 23-*bis* per i casi d'affidamento *in house* e a società mista non previsti dalla disposizione settoriale. Tale ultima interpretazione è stata confermata dal comma 3 dell'art. 12 del d.P.R. 168/2010, che ha soppresso dall'art. 18, comma 3-*bis*, del d.lgs. 422/1997 la parola "esclusivamente" con riferimento alla gara come unica modalità d'affidamento dei servizi. Se così è, allora, la disciplina generale dei Spl ha ancora una volta scalfito il sistema del decreto "Burlando", introducendo elementi che possono rappresentare un passo indietro rispetto al precedente disegno riformatore. 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.

appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (Ppp), in G.U.C.E. del 12 aprile 2008, e di numerose decisioni del giudice amministrativo, tra le quali si ricorda l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 3 marzo 2008, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza della Corte di Giustizia 15 ottobre 2009, C-196/2008, in www.dirittodeiservizipubblici.it, ha dato l'avallo comunitario alla c.d. "gara a doppio oggetto".

(28) In tal senso si è espressa anche l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nella segnalazione del 26 novembre 2008, p. 4.

Inoltre, il “nuovo” *in house* delineato dal comma 3 dell’art. 23-*bis* sembra marginalizzato ad ambiti ove un mercato rilevante non può esistere. Non appare casuale, in proposito, che i pareri resi dall’AGCM, ai sensi del comma 3 dell’art. 23-*bis*, siano 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 c.d. gara “a doppio oggetto” non possa comunque costituire un’efficace modalità alternativa d’apertura del mercato, ma perché non è chiaro quale sia il suo preciso oggetto, mentre è lasciata agli enti affidanti un’ampia potestà di determinarne in concreto i contenuti anche procedurali²⁹.

4. Il TPL nell’ordinamento comunitario: le novità del Regolamento 1370/07/CE

I profili evolutivi dell’intervento comunitario in materia di TPL mostrano che, nel corso degli anni, si è verificato un 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 per il settore³⁰. Inizialmente gli orga-

(29) Tali problematiche sono state solo parzialmente affrontate dal comma 4 dell’art. 3 del d.P.R. 168/2010.

(30) La specialità del settore è stata riconosciuta già nel Trattato di Roma, che ai trasporti ha dedicato il Titolo IV (ora Titolo VI del Trattato sul Funzionamento UE), ed in particolare l’articolo 77 (ora art. 93), che ha previsto 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. A partire dalla costituzione della CEE, gli Stati membri sono stati chiamati a decidere sull’alternativa tra eliminare gli obblighi di servizio (OPS) – da intendere quali obblighi che l’impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni –, ovvero prevedere adeguate compensazioni per il loro svolgimento. La decisione del Consiglio 65/271/CEE del 13 maggio 1965 ha cercato di ridurre gli OPS e a compensarne equamente gli oneri. Successivamente, i Regolamenti (CEE) 1191/69 e 1107/70 del 4 giugno 1970 hanno disciplinato rispettivamente le condizioni alle quali potevano essere imposti e compensati gli OPS, e i parametri di legalità degli aiuti di Stato quali misure per il coordinamento dei trasporti al di fuori delle fattispecie regolate dal Regolamento 1191/69. Al descritto quadro, il Regolamento (CEE) 1893/91 ha apportato tre importanti novelle, dando la potestà agli Stati di escludere dal campo d’applicazione del Regolamento 1191/69 le imprese la cui attività fosse limitata alla fornitura di servizi urbani, extraurbani e regionali, imponendo

ni comunitari non si sono preoccupati delle modalità attraverso le quali i contratti di servizio fossero stipulati, considerando che il settore era caratterizzato da mercati nazionali 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 presentavano denunce alla Commissione per violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione, alcune delle quali facevano iniziare delle vere e proprie procedure d'infrazione³¹. Alla luce di tali circostanze la Commissione si è fatta carico della necessità di adottare una disciplina che garantiscesse la trasparenza nella fase di stipulazione e d'esecuzione dei contratti di servizio. A tal fine, l'organo comunitario ha presentato sin dal 2000 una proposta di regolamento³², che ha affrontato un lungo ed accidentato percorso legislativo all'esito del quale è stato adottato il Regolamento (CE) 1370/2007 del 23 ottobre 2007. L'indirizzo di politica del diritto impresso da tale atto è quello della concorrenza "regolamentata", la quale costituisce lo strumento che può assicurare la trasparenza e l'efficienza dei servizi e che deve comunque tener conto dei fattori di coesione sociale e territoriale, di sostenibilità ambientale e di sviluppo regionale. Che tale atto normativo costituisca un vero e proprio ripensamento sulla strada della liberalizzazione del TPL³³ è fatto palese sin dal suo art. 1, par. 1, ove si enuncia che lo scopo dell'intervento normativo è quello di delimitare la sfera dell'in-

alle imprese l'obbligo della separazione contabile tra attività oggetto di contribuzione pubblica e le altre attività prestate dall'impresa e introducendo il contratto di servizio quale strumento regolatorio disciplinante i rapporti tra pubblica Autorità e l'impresa. 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 particolare con la sentenza della Corte di Giustizia *Altmark* del 24 luglio 2003, causa C-280/00.

(31) Infrazione 2003/5033 (DE) – Lettera di costituzione in mora del 13 ottobre 2004.

(32) Proposta di regolamento COM(2000) 7 def., GUCE n. C 365 E10, del 19 dicembre 2000, p. 169 ss.

(33) R. CANGIANO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica... e ritorno*, in *Economia pubblica*, 2005, p. 93.

tervento 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 o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire³⁴. Il Regolamento riconosce alla pubblica Autorità l'opzione tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio senza che possa individuarsi qualche forma di gerarchia tra queste due modalità. L'art. 5, par. 2, stabilisce, infatti, che le Autorità hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico o di procedere all'aggiudicazione diretta³⁵ di contratti di servizio ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale 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 positivamente 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. Si tratta di una *summa* degli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per cui se ne deve arguire la portata meramente esemplificativa³⁶, mentre ciò che risulta decisivo è il riscontro in concreto 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 control-

(34) Non appare casuale che nel primo considerando del Regolamento si citi proprio l'art. 16 del Trattato che afferma che i servizi d'interesse economico generale fanno parte dei valori comuni dell'Unione.

(35) Nel caso di aggiudicazione diretta risulta necessario che detta scelta sia motivata. In proposito v. art. 7, par. 4, del Regolamento 1370/2007.

(36) In tal senso C. TESSAROLO, *La disciplina comunitaria del trasporto di passeggeri*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 13 giugno 2008.

lo analogo quando l'impresa affidataria fosse partecipata da privati³⁷. Il Regolamento stabilisce, invece, che la proprietà pubblica totalitaria, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito 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 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 servizio³⁸ a prescindere dalle modalità di scelta del socio privato, che potrebbe essere un socio meramente finanziario. Del resto la citata Comunicazione della Commissione europea sui PPPI stabilisce che essa non riguarda gli appalti e le concessioni disciplinati dall'art. 5, par. da 2 a 7, del Regolamento 1370/2007³⁹. 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 interno⁴⁰. Un sicuro elemento di discontinuità che emerge dal Regolamento è, invece, relativo 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 gara; nel Regolamento

(37) Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, causa C-26/03, in *Diritto e giustizia*, 2005, p. 93 ss.

(38) È quanto emerge dalla Comunicazione della Commissione COM(2006) 805 del 12 dicembre 2006.

(39) È ciò che è riportato nella nota n. 7 della Comunicazione 2008/C91/02.

(40) Sul punto v. C. IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, Jovene, 2008, p. 47.

1370/2007 è, invece, delineato come un sistema organizzativo della pubblica Autorità relativamente ai propri organi e alle loro funzioni, espressione del potere d'auto-organizzazione proprio di qualsiasi amministrazione⁴¹. A fronte della facoltà di auto-produrre il servizio, l'atto 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, ed il divieto di partecipare a gare organizzate in altri bacini di traffico. Per garantire eque condizioni di concorrenza, le limitazioni alla facoltà d'auto-produzione dei servizi sono, dunque, poste non sul piano della scelta del modello organizzativo, bensì su quello della capacità a svolgere servizi nel mercato⁴². La seconda modalità prospettata dal Regolamento è quella della sua esternalizzazione, la quale non si esplica soltanto 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'art. 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 km 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 par. 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 PMI⁴³, i contratti di servizio non hanno un rilievo comunitario, la disposizione del par. 6 trova la sua giustificazione

(41) A. DEL DOTTO, *L'in house providing e il paradosso del caffè*, in www.altalex.it, 12 gennaio 2009.

(42) Un'ulteriore limitazione è posta dalla lettera e), par. 2, dell'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007, nel caso di subappalto.

(43) Il *favor* per lo sviluppo delle PMI è stato delineato dalla Comunicazione COM(2008) 394, del 25 giugno 2008, della Commissione, c.d. *Small Business Act per l'Europa*.

nel 25° Considerato del Regolamento, secondo cui il trasporto ferroviario ha una propria specialità a causa dell'entità degli investimenti e del costo delle infrastrutture, per cui il legislatore comunitario non ha voluto realizzare un'ulteriore apertura del mercato di tali servizi. Da tale quadro descrittivo si evince che il Regolamento 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 liberalizzazioni nei paesi in cui tali processi si erano già avviati. Infatti, l'art. 5, par. 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 non risultava in contraddizione con tale indirizzo. Nonostante ciò il legislatore nazionale non ha resistito alla tentazione di cogliere la "ghiotta occasione" offerta dalle disposizioni comunitarie⁴⁴, intervenendo due volte per precisarne la portata applicativa. L'art. 61 della legge 99/2009 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'art. 5, par. 2, 4, 5 e 6, e di cui all'art. 8, par. 2, del Regolamento 1370/2007. Successivamente, l'art. 4-bis della legge 102/2009 ha precisato che le Autorità competenti, qualora affidino i servizi *in house*, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo.

5. *Un tentativo di operare una ricostruzione del sistema*

Il descritto policentrismo normativo⁴⁵ obbliga l'interprete ad operare

(44) Rileva G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 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".

(45) Sul tema, v. A. D'ATENA, *L'impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti* in *Scritti in onore di L. Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 383 ss.

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 giuridico⁴⁶. Nei precedenti paragrafi l'attenzione è stata rivolta ai rapporti tra le fonti interne, e in particolare tra disciplina di settore e quella generale sui SPL, e si è dato atto come queste ultime prevalgano su quelle speciali dettate dal d.lgs. 422/1997 in virtù della clausola contenuta nel comma 1, secondo capoverso, dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008. Con l'entrata in vigore del Regolamento 1370/2007, tale ordito normativo si è ulteriormente complicato, non solo per l'introduzione di un'altra fonte di regolazione del settore, ma anche in considerazione che lo stesso atto comunitario stabilisce, all'art. 8, un periodo transitorio e lascia agli Stati membri un qualche margine di discrezionalità nel determinare le modalità d'affidamento dei servizi durante tale periodo, mentre il legislatore nazionale, con le leggi 99/2009 e 102/2009, ha operato un esplicito rinvio alla fonte comunitaria. Iniziamo con il considerare i rapporti tra normativa comunitaria e quella interna⁴⁷. L'art. 288 del Trattato sul Funzionamento UE (*ex art.* 249 Tce) 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 necessità di alcun atto di recepimento da parte di questi ultimi. La diretta applicabilità implica che non risulta

(46) L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 6, 2001, p. 925. V., inoltre, E. CASTORINA, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio "comune"*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 6, 1998, p. 1177 ss.

(47) Sul rapporto tra fonti comunitarie ed interne v. A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Diritto Unione Europea*, 2001, p. 591 ss.; L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, cit.; E. CASTORINA, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio "comune"*, cit.; A. CELOTTO, *Le modalità di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 6, 1999, p. 1473 ss.; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, in *Diritto Unione Europea*, 4, 2005, p. 651 ss.; R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Diritto Unione Europea*, 1, 2008, p. 1 ss.; G. VESPERINI, *Il diritto europeo e la ripartizione nazionale delle competenze tra lo Stato e le Regioni*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 6, 2008, p. 1427 ss.

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 P.A.⁴⁸. Il problema sorge nel caso di antinomia tra norme comunitarie ed interne ed è stato risolto, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale c.d. "Granital"⁴⁹, facendo prevalere le prime sulle seconde a livello interpretativo mediante la "non applicazione" delle disposizioni nazionali. Trasponendo tali considerazioni al TPL, ne risulta che gli operatori del settore dovranno considerare i possibili conflitti tra le disposizioni del Regolamento 1370/2007 e le norme interne, e ogni qual volta ravvisino sussistere tale conflitto dovranno applicare le disposizioni comunitarie e non quelle interne. È il caso, per esempio, dell'art. 18, comma 1, del d.lgs. 422/1997, che prevede la durata massima dei contratti di servizio, il quale non troverà applicazione perché la medesima fattispecie è regolata dall'art. 4, parr. 3 e 4, del Regolamento comunitario. Quanto alle relazioni tra le fonti per quanto attiene alle modalità d'aggiudicazione dei contratti di servizio, si rileva che l'art. 5, parr. 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 si conforma alle modalità di cui all'art. 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'art. 5. In tal modo la portata cogente di tali disposizioni è differita, mentre le stesse sono da considerare come parametro di verifica dell'adempimento di un'obbligazione di

(48) R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 376.

(49) Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, nota come *Granital*, in *Giur. cost.*, I, 1984, p. 1098 ss. V. inoltre successive sentenze 48/1985, 141/1986 e 168/1991.

risultato posta in capo agli Stati membri⁵⁰. La conclusione che si può trarre 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 noti al nostro ordinamento⁵¹. Come si è visto, hanno inciso sulle modalità d'affidamento dei contratti di servizio, ossia sull'art. 18 del d.lgs. 422/1997, una nutrita serie di disposizioni quali l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella legge 133/2008, l'art. 61 della legge 99/2009, l'art. 4-*bis* della legge 102/2009, l'art. 15 del d.l. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009.

Vista la congerie di norme da coordinare, appare opportuno procedere con ordine e cercare di ricostruire la disciplina applicabile *ratione temporis*. Sui rapporti tra le disposizioni sui SPL e l'art. 18 del d.lgs. 422/1997, si è già detto, e in questa sede preme soltanto ricordare che, alla luce della novella del 2008, le regole applicabili all'affidamento dei servizi di TPL risultavano essere l'art. 23-*bis* 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 99/2009 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'art. 5, par. 2, 4, 5 e 6, e di cui all'art. 8, par. 2, del Regolamento 1370/2007. Con questo articolo, il legislatore ha operato un rinvio recettizio alle disposizioni comunitarie facendo entrare in vigore il loro contenuto

(50) V. il secondo capoverso del par. 2 dell'art. 8 del Regolamento (CE) 1370/2007.

(51) Sull'interpretazione dei testi normativi v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU, E. MESSINEO, L. MENGONI, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980.

sostanziale 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. Pertanto, applicando il principio secondo cui la *lex specialis posterior derogat legi priori generali*, il TPL è tornato ad avere una propria regolamentazione settoriale basata sul combinato disposto dell'art. 61 della legge 99/2009, per le modalità d'affidamento dei servizi diverse dalla gara, e dell'art. 18 del d.lgs. 422/1997, per la gara. L'art. 4-bis della legge 102/2009 ha precisato che le autorità competenti, qualora si avvalgano dell'affidamento *in house*, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi.

E arriviamo al d.l. 135/2009 e alla relativa legge di conversione. Le modifiche apportate dall'art. 15 di tale articolato all'art. 23-bis del d.l. 112/2008 hanno fatto salve le disposizioni del d.lgs. 422/1997 "relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale". Sostanzialmente tale enunciato normativo esclude dalla disciplina sui SPL 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 SPL 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. 23-bis, così novellato, e quelle degli artt. 18 del d.lgs. 422/1997, 61 della legge 99/2009 e 4-bis della legge 102/2009, all'esito del quale è possibile scorgere qual è l'orizzonte regolatorio degli affidamenti nel settore. Come si è visto, il comma 2 dell'art. 23-bis 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 mista. Quanto alla disciplina dell'*in house*, essa è regolata dal più stringente assetto delineato dal comma 3 dell'art. 23-bis, che supera quindi il regime delineato dall'art. 61 della legge 99/2009. Sempre in materia di *in house*, si ritiene che non possa trovare applicazione l'art. 4-bis della legge 102/2009. Infatti, le fattispecie in cui è legittimo ricorrere a tale modalità organizzativa delineate dal comma 3 dell'art.

23-*bis* sono qualificate come “eccezionali” e ricorrono, quindi, in ipotesi in cui un mercato non sussiste. Se il presupposto dell'*in house* è proprio l'assenza di un mercato di riferimento, sarebbe irragionevole chiedere all'Autorità che voglia avvalersi di tale modalità organizzativa di mettere a gara il 10% del servizio stesso. 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 1370/2007 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. 23-*bis*, anche il par. 5, che attiene all'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. 23-*bis* 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 SPL il par. 4, che disciplina gli affidamenti diretti per i servizi “sotto soglia”. Nell'art. 23-*bis*, 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'Antitrust. 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 applicazione il combinato disposto dell'art. 18 del d.lgs. 422/1997, dell'art. 61 della legge 99/2009 e dell'4-*bis* della legge 102/2009.

6. Conclusioni

Dalla trattazione che si è svolta appare abbastanza chiaro che il baricentro normativo del TPL abbia subito una traslazione dal d.lgs. 422/1997 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 di centralità, ma diventa anche la fonte recessiva

al cospetto della prevalenza tanto del Regolamento 1370/2007, che della disciplina generale sui SPL. Se il baricentro si è spostato, tuttavia, il TPL non sembra avere ancora trovato un nuovo punto d'equilibrio dato che, per motivi diversi, né la disciplina comunitaria, né quella sui SPL, appaiono offrire un orizzonte normativo stabile per il settore. Il legislatore comunitario, infatti, ha differito l'efficacia proprio delle disposizioni del Regolamento 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, l'atto comunitario, se da un lato consentirà una scelta incondizionata tra autoproduzione ed esternalizzazione dei servizi, ammettendo, in alcune ipotesi, anche il loro affidamento diretto, 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 costituito dal "come" il servizio può essere gestito, ossia l'alternativa tra quello che abbiamo definito sistema "monistico" della gara e un sistema ove, accanto alla gara, rimangono aperti spazi per forme alternative di produzione e affidamento dei servizi. D'altro canto, anche l'art. 23-*bis* non pare rappresentare un approdo definitivo per il TPL, giacché 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 si fonda su di un chiaro superamento di tale logica. Questa diversità teleologica si riflette, inevitabilmente, sullo stesso modo di considerare istituti come l'affidamento *in house*, ma anche la società mista. Inoltre, la normativa sui SPL soffre di elementi intrinseci di debolezza come l'instabilità che si è rivelata negli ultimi mesi ancora elevata, mentre il processo di "fuga" dall'art. 23-*bis*, una volta avviato, appare un meccanismo difficile da arrestare, minando alla radice la logica stessa di siffatta normativa. Ciò osservato, sarebbe semplicistico, e forse anacronistico, invocare un "ritorno" al "Burlando", perché esso, negli anni, ha perso gran parte della sua forza innovatrice e non risponde appieno all'assetto delle competenze delineato dalla riforma costituzionale del 2001. Tutte queste considerazioni di segno nega-

tivo potrebbero far pensare che, allo stato, l'assetto normativo del TPL è ben lungi da trovare una sua razionale sistematizzazione e che risulta difficile rintracciare alcune tendenze di fondo che possano indirizzarne lo sviluppo. Sul punto, tuttavia, il livello della normazione comunitaria qualche risposta la offre. Come si è osservato, nel Regolamento 1370/2007 si può scorgere un indirizzo 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 obiettivi qualsiasi regolamentazione del settore dovrebbe essere costruita, avendo riguardo non tanto alla dimensione di mercato dei servizi, ma partendo da quella di servizio universale che li connota, sfruttando a tal fine tutti i modi organizzativi che l'ordinamento comunitario prevede e promuove⁵². In questo modo la concorrenza non assurge più ad essere un valore in sé, ma diventa uno degli strumenti per il conseguimento di detti obiettivi. Se, quindi, il legislatore comunitario ha lasciato una certa discrezionalità agli Stati membri sulle modalità secondo le quali le autorità competenti possono intervenire nel settore del TPL, ma non ha lasciato altrettanta libertà sugli obiettivi di politica del diritto da perseguire, il rapporto di strumentalità tra mezzi e fini così delineato può riflettersi sulla stessa valutazione di conformità al diritto comunitario della normativa nazionale. Si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui si voglia ripercorrere la strada della gara come unica modalità d'affidamento dei servizi: non sempre tale strumento può risultare idoneo a valorizzare quei fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale che l'ordinamento comunitario vuole promuovere. Pertanto, sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale scegliesse senza ambiguità tra le opzioni normative che il Regolamento 1370/2007 lascia aperte, non vietando o limitando le modalità d'affidamento diverse dalla gara. Del resto, quello che sin dal par. 1 è stato indicato come uno dei maggiori pregi del sistema delineato dal d.lgs. 422/1997, ha costituito, alla prova dei fatti, anche uno dei suoi più evidenti limiti, non consentendo agli enti

(52) In tal senso, v. la recente Comunicazione della Commissione, COM(2009) 615, del 19 novembre 2009, sullo sviluppo di partenariati pubblico-privato (PPP).

alcuna alternativa alle gare. Nonostante la chiarezza di questo monolitico paradigma, le amministrazioni che non vi hanno aderito hanno eluso il dato legislativo semplicemente con la mera inerzia, obbligando in questo modo lo Stato ad estendere, di 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 hanno, invece, proseguito nella strada di apertura dei propri mercati, mentre alcune Regioni hanno impresso un forte indirizzo politico per lo svolgimento delle procedure di gara, adottando anche lo strumento dell'incentivo finanziario⁵³. 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. A ben vedere, quindi, un sistema basato su di una pluralità di soluzioni potrebbe rappresentare una realistica via d'uscita dal "transitorio che non finisce più", e non rappresenterebbe, di per sé, la chiusura definitiva dei mercati locali, ma demanderebbe alle scelte 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 virtuose⁵⁴ e una certa differenziazione delle stesse politiche degli enti locali. In tal modo, la libertà di scelta della forma organizzativa, coniugata alla responsabilità degli amministratori sulla scelta operata, potrebbe costituire un equilibrato approdo ove contemperare le esigenze del mercato, di socialità del servizio e di salvaguardia dei capitali locali, quel nuovo "paradigma" al quale le modalità di gestione del TPL potrebbero ispirarsi.

(53) Per esempio, un orientamento pro-concorrenziale è stato espresso dalla Regione Piemonte con d.G.R. n. 57-10312/2008, la quale ha subordinato l'erogazione delle risorse aggiuntive agli enti soggetti di delega alla pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento dei servizi di TPL.

(54) In tal senso, C. IAIONE, in *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 141.