



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

LA DISCIPLINA DEL
TRASPORTO PUBBLICO LOCALE:
RECENTI SVILUPPI E PROSPETTIVE

a cura di
ALESSIO CLARONI

2011



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

96

2011



PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2011*
by Università degli Studi di Trento
Via Belenzani 12 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-380-0
ISSN 1972-1137

La prima edizione di questo libro © Copyright 2011 by Università degli Studi di Trento, Via Belenzani 12 - 38122 Trento, è pubblicata con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>>

Giugno 2011

LA DISCIPLINA DEL
TRASPORTO PUBBLICO LOCALE:
RECENTI SVILUPPI E PROSPETTIVE

a cura di

ALESSIO CLARONI

Università degli Studi di Trento 2011

INDICE

	Pag.
Intervento delle Autorità Accademiche <i>Gianni Santucci</i>	1
Saluti istituzionali <i>Roberto Andreatta</i>	3

PRIMA PARTE

SEMINARIO

LA DISCIPLINA DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE: RECENTI SVILUPPI E PROSPETTIVE

Introduce e presiede: Silvio Busti

Apertura dei lavori <i>Silvio Busti</i>	9
Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale <i>Silvio Busti</i>	11
<i>Silvio Busti</i>	73
La riforma del trasporto pubblico locale alla luce dell'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 <i>Alessio Claroni</i>	75

INDICE

	Pag.
<i>Silvio Busti</i>	95
L'affidamento <i>in house</i> del servizio di trasporto pubblico locale	
<i>Alessia Nicotera</i>	97
<i>Silvio Busti</i>	111
<i>Alessia Nicotera</i>	113
<i>Silvio Busti</i>	115
La gara a doppio oggetto	
<i>Stefano Zunarelli</i>	117
<i>Silvio Busti</i>	127

SECONDA PARTE

TAVOLA ROTONDA SUL TEMA:
“LO STATO ATTUALE DEL
TRASPORTO PUBBLICO LOCALE”

Coordina: Stefano Zunarelli

Apertura dei lavori	
<i>Stefano Zunarelli</i>	131

INDICE

	Pag.
Interventi:	
<i>Annita Serio</i>	133
<i>Stefano Zunarelli</i>	139
<i>Antonello Lucente</i>	141
<i>Stefano Zunarelli</i>	149
<i>Alessia Nicotera</i>	151
<i>Annita Serio</i>	153
<i>Alessia Nicotera</i>	155
<i>Antonello Lucente</i>	157
<i>Alessia Nicotera</i>	159
<i>Annita Serio</i>	161
<i>Alessia Nicotera</i>	163
<i>Stefano Zunarelli</i>	165
<i>Roberto Andreatta</i>	167
<i>Stefano Zunarelli</i>	171
Considerazioni conclusive	
<i>Silvio Busti</i>	173

INTERVENTO DELLE AUTORITÀ ACCADEMICHE

*Gianni Santucci**

Buongiorno a tutti, benvenuti in questa giornata di 1° aprile dedicata alla disciplina del trasporto pubblico locale che avviene proprio, per la data, in concomitanza con uno sciopero nazionale abbastanza impegnativo.

In qualità di Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche e anche a nome del Preside della Facoltà, Prof. Luca Nogler, con piacere saluto ed esprimo un augurio per un lavoro proficuo intorno ad un tema centrale: “La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive”.

Mi sia consentito ringraziare il Prof. Alessio Claroni, che è docente a contratto da tempo di “Diritto dei Trasporti”, disciplina che è stata insegnata con successo, anche sotto il profilo scientifico, da tanti anni dal Collega Silvio Busti, che è tornato con noi in veste di relatore.

Ringrazio anche tutti gli altri relatori che, gentilmente, sono voluti venire a Trento questa mattina.

Cedo immediatamente la parola al Dott. Roberto Andreatta, Responsabile del Servizio di Trasporto della Provincia autonoma di Trento e che porterà il saluto dell'Assessore ai Trasporti.

Grazie e auguri ancora di un ottimo lavoro.

* Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento.

SALUTI ISTITUZIONALI

*Roberto Andreatta**

Grazie, buongiorno.

L'Assessore doveva essere qui ma, purtroppo, è impegnato in Giunta in sostituzione del Presidente: si dispiace molto di non essere a questo appuntamento.

Mi ha pregato di portare il suo saluto, di portarlo ai partecipanti, di portarlo alle Autorità Accademiche, di portarlo agli altri relatori e gli dispiace perché sapeva dell'importanza del tema. Aveva intravisto i partecipanti, gli iscritti: si tratta di platea assolutamente qualificata, da Trentino Trasporti Esercizio a Trentino Trasporti, alle aziende extra-provinciali ed a tutti gli altri operatori del settore interessati.

L'Assessore ha riferito in Giunta, stamane, i dati dello sciopero e, quindi, il tema è di estrema attualità.

Ha riferito dei dati che, anche qui in Provincia, anche in ambito urbano, si sono rivelati elevati: il 90% di adesione sul servizio urbano, il che significa che, rapportati agli spostamenti quotidiani che la Provincia di Trento registra, circa 440.000, quel 20% rappresentato dagli 80.000 passeggeri del trasporto pubblico quotidiano, oggi hanno contribuito ad alimentare i 359.000 spostamenti quotidiani che avvengono col traffico privato e gli effetti si vedono immediatamente, si vedono in appoggio a Trento, si vedono nelle rotatorie, si vedono in autostrada.

Quindi in una giornata come questa, in cui emerge ancora una volta la strategicità del trasporto, specie quando non c'è, l'Assessore

* Dirigente Servizio Trasporti Pubblici della Provincia autonoma di Trento.

intende ringraziare la scelta del tema, che è un tema che la Provincia di Trento ha seguito con molta attenzione in tutti questi anni.

L'ordinamento autonomo ha consentito alla Provincia di legiferare con una propria disciplina in materia di servizi pubblici: nell'emanare la Legge provinciale n. 6 del 2004, la Provincia ha legiferato con un occhio molto attento al profilo nazionale, talmente attento che, in omaggio al principio di leale collaborazione, l'affidamento dei servizi che qui in Provincia di Trento è avvenuto in via diretta, con affidamento "*in house*" alla società a capitale interamente pubblico di proprietà di Provincia e di un centinaio di Comuni, è avvenuto, in omaggio al principio di leale collaborazione, previa comunicazione al Garante della Concorrenza e del Mercato.

Quindi il tema dell'art. 23-*bis* ma, ancora prima, del Disegno di Legge Vigneri, mi verrebbe da dire, è sempre stato seguito dagli Uffici dell'Assessorato proprio per l'ondivaga interpretazione che della pervasività della materia "concorrenza" veniva in vari momenti data dalla Corte costituzionale.

Oltre al tema del rapporto tra disciplina nazionale e provinciale, che oggi costituirà principalmente l'oggetto del convegno, l'Assessore auspica che un accenno sia anche rivolto al profilo, chiamiamolo, "Bersani", ossia al profilo delle aziende *multiservice*, della esclusività dell'oggetto sociale, che ancora il 23-*bis* richiama per il caso di affidamenti "*in house*". È un tema assolutamente delicato, variamente interpretato e con non troppa visibilità nelle sentenze dei T.A.R. e delle comunicazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, se non in qualche isolata pronuncia, ed è un tema assolutamente delicato perché, rimanendo al contesto locale, le attività "altre" rispetto all'attività istituzionale sono quelle che in qualche misura oggi contribuiscono a mantenere, diciamo, una situazione di bilancio non peggiore di quella che già si ha, tenuto conto del grado di socialità del settore. E quindi un accenno al tema "attività di mercato" rispetto alle attività isti-

SALUTI ISTITUZIONALI

tuzionali potrebbe essere opportunamente inserito nell'ambito dei lavori di questo convegno.

Sempre a nome dell'Assessore quindi torno a ringraziare tutti i partecipanti.

Trentino Trasporti Esercizio ha, poi, organizzato in chiusura di mattinata una visita presso la sede: è una sede realizzata qualche anno fa, di assoluta modernità, sotto tutti i punti di vista, e quindi credo che il Presidente Sebastiani sarà ben lieto di accompagnare chi volesse partecipare a questa visita guidata.

Di nuovo grazie a tutti e buon lavoro.

SECONDA PARTE

SEMINARIO

LA DISCIPLINA DEL TRASPORTO PUBBLICO
LOCALE: RECENTI SVILUPPI E PROSPETTIVE

INTRODUCE E PRESIEDE: SILVIO BUSTI

APERTURA DEI LAVORI

*Silvio Busti**

Ringrazio, innanzitutto, la Facoltà di Giurisprudenza e il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento per la collaborazione, assolutamente considerevole, che hanno voluto dare a questa iniziativa del Prof. Claroni, che mi ha sostituito in questo insegnamento di Diritto dei Trasporti, che ho svolto per 23 anni.

Quello attuale rappresenta il ventiseiesimo anno che sono a Trento, dove da qualche anno insegno solo Diritto del Turismo.

A Bergamo, attualmente, insegno Diritto Aeronautico e Diritto del Turismo: tuttavia, non ho abbandonato questo vecchio tema, a me caro, del trasporto pubblico locale, per il quale ricordo che, nel lontano a.a. 1985/1986, organizzai un primo convegno.

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

PROFILO STORICO DELLA DISCIPLINA DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

*Silvio Busti**

SOMMARIO: 1. Dai primi interventi legislativi complessi alla prima normativa quadro. – 1.1 Valenza della normativa statale per le Regioni e Province a statuto speciale. – 1.2 Obiettivi e contenuti della legge-quadro 151/1981. – 2. Conferme e sviluppi della prima disciplina organica. – 2.1 La legge-quadro 15 gennaio 1992, n. 21, sugli autoservizi pubblici non di linea per viaggiatori. – 2.2 La regolamentazione tecnica recata dal d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada). – 2.3 Persistente riserva e concessione dell'attività di trasporto pubblico locale nell'attuale legge della Provincia di Trento. – 2.4 Le deleghe al Governo per la riforma del settore. – 3. La riforma generale della disciplina dei servizi di trasporto pubblico locale di linea. – 3.1 Progressiva affermazione della procedura competitiva per la scelta dell'affidatario del trasporto pubblico locale. – 3.2 Tra innovazione ed immobilismo: primi differimenti della cessazione degli affidamenti in corso pur nell'affermata esigenza delle gare per individuare l'affidatario del servizio pubblico locale di linea. – 3.3 La difficile convivenza tra il nuovo testo unico sull'ordinamento degli enti locali e la normativa statale sul trasporto pubblico locale nel quadro della competenza legislativa dello Stato nella materia residuale. – 3.4 Verso l'auspicata fine degli affidamenti diretti del trasporto pubblico locale di linea. – 4. Il settore tra istanze di liberalizzazione e conservatorismo. – 4.1 Tentennamenti del legislatore nazionale e scarsa incisività del dettato comunitario. – 4.2 Un nuovo termine alla gestione interna od all'affidamento diretto del trasporto pubblico locale. – 4.3 Tra apertura e chiusura alla concorrenza nel settore in oggetto. – 4.4 Interventi della Consulta sulla concorrenzialità nei servizi pubblici locali. – 4.5 Ancora rinvii dell'obbligo di gara per l'affidamento del trasporto pubblico locale di linea.

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

1. Dai primi interventi legislativi complessi alla prima normativa quadro

Un'autentica, imponente cascata di provvedimenti normativi ha "investito" il trasporto pubblico locale – t.p.l. dopo la legge-quadro in materia 10 aprile 1981, n.151, che ha fatto seguito a tutta una serie di precedenti leggi regionali al riguardo, giustificate anche dal trasferimento, ai sensi dei d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 5 e 24 luglio 1977, n. 616 (art. 84 ss.), alle Regioni a statuto ordinario delle competenze amministrative, tra l'altro, su tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale, primario strumento di realizzazione dei servizi in parola, mentre venivano lasciate alla competenza statale le linee automobilistiche internazionali e quelle interregionali colleganti Regioni non finitime.

Ancor prima i pubblici autoservizi erano realizzati o da aziende municipalizzate, costituite dai Comuni o Province interessati in base al r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 (t.u. sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province), oppure venivano eseguiti da terzi concessionari per il trasporto di persone su itinerari fissi, in forza della l. 28 settembre 1939, n. 822, come modificata dal d.P.R. 28 giugno 1955, n. 771, per la devoluzione delle competenze (anche) in materia di autolinee dal Ministero dei Trasporti agli Ispettorati (poi Direzioni) compartimentali o Uffici distaccati della Motorizzazione civile.

Di concessione si può propriamente parlare solo qualora la Pubblica Autorità deleghi ad altri attività avocate *ex lege* alla mano pubblica. La l. 23 novembre 1973, n. 53, della Provincia di Trento, riservando alla stessa il trasporto pubblico locale (art. 3), giustamente qualificava "concessione" l'autorizzazione costitutiva del diritto, in capo a società di capitali partecipate almeno prevalentemente dalla Provincia medesima, di gestire il servizio in questione su tutto il territorio provinciale, così che tale esclusiva assorbiva anche i trasporti pubblici strettamente urbani. Per le concessioni in essere al momento

dell'entrata in vigore della predetta legge era previsto (artt. 5 e 6) il riscatto su delibera della Giunta provinciale, al fine d'una successiva concessione quinquennale appunto a società di capitali a prevalente partecipazione pubblica. L'affidamento in concessione alle predette società veniva ribadito nella successiva l. prov. 17 ottobre 1978, n. 43, eccettuati i servizi pubblici di linea sperimentali o straordinari per far fronte ad esigenze particolari ed eccezionali, per i quali era previsto l'affidamento ad un soggetto autorizzato dall'Assessore ai Trasporti.

1.1 Valenza della normativa statale per le Regioni e Province a statuto speciale

La legge-quadro 10 aprile 1981, n. 151, per l'ordinamento, ristrutturazione e potenziamento dei trasporti pubblici locali, rappresenta la prima normativa organica nazionale di posizione dei principi fondamentali a cui le Regioni a statuto ordinario sono chiamate ad attenersi nell'esercizio della propria potestà legislativa ed amministrativa in tema di trasporti collettivi urbani, extraurbani e regionali di persone e cose offerti in maniera indifferenziata, continuativa e periodica al pubblico, con frequenze, itinerari, orari e tariffe prestabiliti, cioè i servizi di linea (art. 1).

Come accennato, la predetta legge è indirizzata alle Regioni a statuto ordinario, vincolate nella loro attività legislativa dal dettato dell'art. 117 cost. anteriore alla riforma recata dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali di grande riforma economico-sociale, come appunto le leggi-quadro. Per le Regioni e Province a statuto speciale tale limite deve essere, oggi come al tempo della l.q. in parola, verificato alla luce degli statuti d'autonomia, adottati con Legge costituzionale ex art. 116 cost. anche nel testo originario.

Lo statuto d'autonomia del Trentino-Alto Adige (Trentino-Alto Adige/Südtirol a far tempo dalla l. cost.. 3/2001) vincola tuttora, nel suo dettato letterale (art. 8, nel richiamo dell'art. 4 d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), la legislazione delle Province autonome, in tema (tra l'altro) di trasporti pubblici di interesse provinciale e loro assunzione diretta e gestione a mezzo di aziende speciali, al rispetto non solo della Costituzione, dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, degli obblighi internazionali e interessi nazionali, ma anche delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica.

Tale dettato va oggi riletto alla luce della più marcata autonomia regionale, recata, come meglio si dirà, dalla ricordata l. cost.. 3/2001 (artt. 3 e 10) anche in tema di t.p.l., per la quale le disposizioni della medesima sul riparto di competenze normative ed amministrative tra Stato e Regioni si applicano anche alle Regioni a statuto speciale e Province autonome sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, nelle parti in cui la riforma costituzionale recata dalla predetta legge prevede forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già in essere: e però, quantomeno sino alla l. cost.. 3/2001, le leggi statali di riforma economico-sociale valevano, proprio in forza dello statuto di autonomia speciale, anche per le Province di Trento e Bolzano, così assoggettate anch'esse alla l.q. 10 aprile 1981, n. 151, col vantaggio di beneficiare dei fondi nazionali dalla stessa istituiti per investimenti e ripiano dei disavanzi d'esercizio.

1.2 Obiettivi e contenuti della legge-quadro 151/1981

Dalla l.q. in parola erano esclusi i trasporti pubblici locali non di linea, ossia gli autonoleggi ed i servizi di piazza, essendosi in precedenza demandata la loro regolamentazione al Comune interessato, salva la successiva approvazione della Regione (art. 85 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616).

Erano altresì esclusi dalla stessa l.q. (art. 1.1) i trasporti pubblici «di competenza dello Stato» cioè non trasferiti alla competenza amministrativa regionale dai d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 5 e 24 luglio 1977, n. 616, ossia gli autoservizi di linea a carattere internazionale od anche solo regionale se colleganti Regioni tra loro non finitime, nonché le linee ferroviarie in concessione o secondarie gestite dalle Ferrovie dello Stato (all'epoca ancora azienda autonoma facente capo al Ministero dei Trasporti), per le quali era prevista semplicemente una delega dallo Stato alle Regioni delle proprie competenze, che rimanevano pertanto allo Stato, e non un trasferimento delle stesse, cioè un vero e proprio decentramento amministrativo (art.86 d.P.R. 616/1977).

Ricadevano viceversa nell'ambito di applicazione della l.q. 151/1981 i servizi pubblici di navigazione lacuale, fluviale, lagunare, sui canali navigabili ed idrovie, compresi nel decentramento di cui all'art. 97 d.P.R. 616/1977, salva la competenza statale per i rapporti internazionali concernenti la navigazione sul lago Maggiore.

Il principio cardine indicato dal legislatore statale a quello regionale per la disciplina di dettaglio è, allora come oggi, quello della sussidiarietà (anche se all'epoca non pienamente conosciuto con tale espressione), per cui le Regioni sono chiamate a delegare, nei limiti del possibile, le proprie funzioni amministrative agli Enti locali, in grado di conoscere e tutelare più a fondo gli interessi della collettività locale (art. 1.3). Tale delega non può ovviamente investire le funzioni che le Regioni devono direttamente svolgere come appunto, secondo la l.q. in esame (artt. 2 e 3), la definizione della politica e dei piani regionali dei trasporti in armonia cogli obiettivi del piano generale nazionale; l'adozione di programmi di intervento finanziario in favore di investimenti ed esercizio del servizio di trasporto; l'individuazione dei bacini di traffico, definiti (art. 3, ult. c., l.q. in parola) come l'unità territoriale entro la quale attuare un sistema di trasporto pubblico integrato e coordinato in rapporto ai fabbisogni di mobilità, con particolare riguardo

alle esigenze lavorative, scolastiche e turistiche, nonché (si può aggiungere) commerciali; la fissazione di criteri per la successiva elaborazione dei piani di bacino di traffico da parte degli Enti locali; la definizione di indirizzi per la ristrutturazione ed organizzazione dei servizi di trasporto pubblico, compreso quello urbano; la promozione di forme associative tra Enti locali per l'esercizio delle funzioni amministrative su tali servizi ed un'ampia partecipazione dei predetti Enti alla preparazione ed attuazione dei piani regionali dei trasporti; la fissazione di sanzioni amministrative per irregolarità nei titoli di viaggio.

Le possibili forme di specifica organizzazione del t.p.l. venivano ridotte dalla l.q. in esame sostanzialmente a due: gestione diretta da parte dell'Ente pubblico, oppure indiretta.

La prima forma realizza la pubblicizzazione dei servizi di trasporto, ed è, o meglio era all'epoca, configurabile in due modi: *a*) gestione in economia, cioè effettuata senza alcuna separazione dalle altre attività proprie dell'Ente pubblico. L'autorità di bacino (Consorzio di Enti locali, Provincia, Regione) assumeva con propri mezzi e personale l'esercizio del servizio di trasporto. Naturalmente, al fine di conoscere l'andamento dell'esercizio di un'attività avente carattere imprenditoriale vi doveva essere nel soggetto-autorità di bacino una separazione della gestione contabile, a carattere peraltro interno, in quanto le entrate e le spese del servizio di trasporto erano pur sempre comprese in una o più voci di un unico bilancio generale; *b*) gestione diretta ma mediante azienda speciale. La costituzione di quest'ultima comportava un aumento degli organi dell'Ente in cui l'azienda fosse inquadrata, senza personalità giuridica distinta ma con fini speciali rispetto a quelli generali dell'Ente, e pertanto con autonomia organizzativa e discrezionalità nell'effettuare scelte operative.

Quanto alla forma indiretta, e cioè la concessione, la stessa era all'epoca senz'altro la più seguita.

Poiché ciascuna delle predette forme di gestione del servizio di t.p.l. era legittimata dalla l.q. in parola (art. 4.1) restava convalidata la riferita scelta del legislatore trentino di “concedere” il servizio pubblico collettivo di linea su strada a società di capitali a prevalente partecipazione pubblica, salva la più snella forma dell’autorizzazione per le auto-linee sperimentali e straordinarie, nel quadro della riserva di legge alla Provincia autonoma dei servizi in questione (art. 3 l. prov. Trento 23 novembre 1973, n. 53, e art. 2 l. prov. 17 ottobre 1978, n. 43). Analoga scelta è stata poi fatta dalla Provincia di Bolzano salvo che per l’identificazione del concessionario (artt. 1 e 6 l. prov. Bolzano 2 dicembre 1985, n. 16).

La l.q. 151/1981 ha tratto sotto un’unica competenza legislativa ed amministrativa i trasporti regionali, urbani ed extraurbani, sussu-mendoli tutti sotto un’unica autorità. In tal senso l’art. 3.4 della predetta legge ha posto per le Regioni il potere di stabilire un’organica disciplina per l’esercizio del trasporto pubblico locale, compreso quello urbano, nell’unitaria concezione del bacino di traffico come misura territorialmente ottimale del servizio: in precedenza si riteneva invalicabile il limite della competenza dei Comuni in materia di trasporto urbano, intendendosi per tale quello che collega il centro con i sobborghi (o questi ultimi tra loro) di uno stesso Comune in servizio ad esso interno, potendo in questo caso essere discrezionalmente riconosciuto dal Comune interessato come urbano il servizio stesso anche in assenza di quell’elemento di continuità dell’abitato attraversato, contemplato nell’art. 30 d. m. 8 ottobre 1955 (Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 1982, n. 527), mentre si considerava extraurbana la linea collegante due o più Comuni, od il centro abitato coll’aeroporto, anche se entrambi siti in un unico territorio comunale.

Sostanzialmente analogo appare il dettato dell’art.1 l. prov. Trento 17 ottobre 1978, n. 43, sia pur dedicato esclusivamente ai servizi su strada, salva la qualifica di urbano per quello svolto interamente e

senza soluzione di continuità entro un'area urbana anche appartenente a Comuni diversi.

Le norme di attuazione dello statuto speciale per il T.A.A. in materia di trasporti di interesse provinciale, emanate col d.P.R. 19 novembre 1987, n. 527, ribadiscono la competenza di ciascuna Provincia sui trasporti, nel rispettivo territorio, di persone e merci, di linea o meno, soggetti a concessione od autorizzazione, qual che sia la modalità impiegata (aerea piuttosto che stradale o ferroviaria o per acque interne), pur se tali trasporti si effettuino in altra Regione o Provincia: entrambi gli Enti territoriali in questione sono chiamati ad un'intesa sullo svolgimento del servizio pubblico.

2. Conferme e sviluppi della prima disciplina organica

Le scelte enunciate dalla riferita normativa sia statale che delle due Province autonome in tema di t.p.l. vengono confermate dalla l. nazionale 8 giugno 1990, n.142, sull'ordinamento delle autonomie locali, applicabile (sino alla sua abrogazione espressa da parte dell'art. 274 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 277, nuovo t.u. sull'ordinamento degli Enti locali) anche alle Regioni a statuto speciale e Province autonome se non in contrasto con le previsioni degli statuti di autonomia.

Nell'ottica del decentramento, vengono confermate alle varie Province le funzioni amministrative su viabilità e trasporti di interesse provinciale (art. 14 l. 142/1990), aggiungendosi poi disposizioni sulle competenze in materia delle Città metropolitane, in sostituzione della Provincia competente, qualora le funzioni su (tra l'altro) viabilità, traffico e trasporti coinvolgano i Comuni in stretto collegamento con la Città metropolitana ed integranti insieme ad essa l'area metropolitana (art. 17 ss.).

La l.q. del 1990 sulle autonomie locali legittimava un po' tutte le possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali nel loro decentramento a Province e Comuni, in una sorta di conferma per il t.p.l. delle forme proposte nella l. 151/1981: in economia, cioè direttamente in caso di modeste dimensioni del servizio; in concessione a terzi, in presenza però di motivi tecnici, economici e di opportunità sociale; a mezzo di azienda speciale od addirittura di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale in ragione della natura del servizio da erogare (art. 22 l. 142/1990). Si è aggiunto poi che l'azienda speciale (municipalizzata) doveva essere istituita come ente strumentale di quello locale, e così dotata di personalità giuridica, autonomia imprenditoriale e gestionale nonché di proprio statuto, e che l'attività di tale azienda doveva essere improntata a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, per il raggiungimento del pareggio di bilancio attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti (art. 23 l. 142/1990). Proprio per ottimizzare la gestione del servizio pubblico, Comuni e Province venivano legittimati a stipulare tra loro convenzioni per il coordinamento dell'attività od a costituire consorzi od unioni tra Comuni finitimi di piccole dimensioni per la gestione associata del servizio (artt. 25-27).

Riguarda precipuamente finanziamenti e contributi per l'accensione di mutui, finalizzati all'installazione di sistemi innovativi di trasporto rapido di massa a guida vincolata ed alla realizzazione di sistemi ferroviari passanti o di collegamento con aree aeroportuali, espositive ed universitarie, la l. nazionale 26 febbraio 1992, n. 211.

2.1 La legge-quadro 15 gennaio 1992, n. 21, sugli autoservizi pubblici non di linea per viaggiatori

Mira a semplificare i procedimenti amministrativi per l'ammissione all'attività di autoservizio non di linea per viaggiatori la l.q. 15 gennaio 1992, n. 21, dedicata al servizio di taxi e di noleggio con

conducente, effettuato con autovetture, motocarrozette, natanti o veicoli a trazione animale. Con la legge in questione, che fa espressamente salve le competenze normative ed amministrative delle Regioni a statuto speciale e Province autonome, le Regioni sono chiamate, nel rispetto dei principi fissati dalla predetta legge, a stabilire i criteri a cui dovranno poi attenersi i Comuni interessati nel redigere specifici regolamenti sull'esercizio degli autoservizi in parola.

La licenza o l'autorizzazione, rispettivamente per il servizio di taxi o di autonoleggio con conducente-n.c.c., è rilasciata per il singolo mezzo dall'amministrazione comunale interessata (art. 8). Il servizio di taxi si rivolge ad un'utenza indifferenziata all'interno dell'area comunale, con obbligatorietà della prestazione richiesta; lo stazionamento del mezzo deve essere attuato in luogo pubblico e le tariffe e modalità del servizio sono fissate dalla stessa amministrazione comunale (art. 2). Il servizio di n.c.c. si rivolge invece ad un'utenza specifica, chiamata ad avanzare presso la rimessa del noleggiante, situata nello stesso Comune che ha rilasciato l'autorizzazione per l'attività, specifica richiesta per una determinata prestazione a tempo o a viaggio, senza che il noleggiante sia tenuto ad accettare tale domanda (art. 3 come sostituito dall'art 29 d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito con l. 27 febbraio 2009, n. 14).

Le previsioni di legge mirano a chiarire la distinzione tra l'uno e l'altro servizio pubblico locale non di linea. Lo stazionamento dei mezzi adibiti a n.c.c. deve avvenire all'interno delle rimesse, e nei Comuni dove si effettui servizio di piazza, cioè taxi, la stessa sosta dei predetti veicoli deve essere fatta in rimessa. La prestazione del servizio di taxi è, come accennato, obbligatoria su richiesta, a differenza di quanto previsto per il n.c.c. I Comuni diversi da quello in cui si trovi la rimessa destinata allo stazionamento dei veicoli adibiti a quest'ultimo servizio possono limitarne l'accesso al proprio territorio. L'inizio ed il termine di ogni singolo servizio di n.c.c. devono avvenire presso la ri-

messa situata nel Comune che ha rilasciato l'autorizzazione, anche se l'utente può essere prelevato e portato a destinazione in altri Comuni. Inoltre nel n.c.c. l'autista deve compilare e tenere a bordo del mezzo per ogni prestazione un "foglio di servizio", enunciante i dati del conducente stesso e del committente, numero di targa del mezzo, orari e punti di inizio e termine della prestazione (artt. 3, 5-*bis*, 8 e 11 della l. 21/1992, nel testo risultante dal predetto d.l. 207/2008). I Comuni sono chiamati a stabilire, con regolamento, numero e tipo dei veicoli del servizio taxi o di n.c.c. nel proprio territorio, i requisiti per ottenere rispettivamente licenza od autorizzazione all'attività, le modalità per l'effettuazione del servizio ed i criteri per la determinazione delle tariffe per il servizio di taxi, mentre sono liberamente determinati i prezzi per il n.c.c. (art. 5).

2.2 La regolamentazione tecnica recata dal d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada)

Allineate al disposto delle ricordate l.q. sul trasporto collettivo locale di linea o sui particolari servizi di piazza (taxi) o n.c.c. appaiono le disposizioni di cui agli artt. 85 ss. d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (c. strada), emanato sulla base della l. 13 giugno 1991, n. 190, di delega al Governo per la revisione della disciplina della circolazione stradale. Vengono richiamate appunto le leggi speciali per le predette attività e ribadite le definizioni delle stesse, precisandosi *ad abundantiam* che è servizio di linea anche quello che, con caratteristiche di regolarità e predeterminazione di orari, percorsi e tariffe, si rivolge con offerta indifferenziata al pubblico, anche se questo è costituito da una particolare categoria di persone (il servizio per queste è ancora collettivo).

Al di là del dettaglio dei tipi di veicoli utilizzabili (cfr. in proposito l'emendamento recato all'art. 85.2 d.lgs. 285/1992 dall'art. 9 l. 29 luglio 2010, n. 120) e dei requisiti dei conducenti, è interessante os-

servare che nella normativa in parola si continua a parlare di concessione per il provvedimento amministrativo di legittimazione alla prestazione di servizi di linea per trasporto di persone su strada (art. 87.4 c. strada) e che ancora come concessione è qualificato dal d.P.R. 22 aprile 1994, n. 369, l'atto di autorizzazione a terzi per la gestione delle autolinee ordinarie rimaste nella competenza amministrativa dello Stato, ossia quelle internazionali o colleganti Regioni non finitime tra loro (art. 85 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616).

2.3 Persistente riserva e concessione dell'attività di trasporto pubblico locale nell'attuale legge della Provincia di Trento

In questo contesto normativo la Provincia di Trento emana la l. prov. 9 luglio 1993, n. 16, recante una nuova disciplina dei servizi pubblici di trasporto nel territorio provinciale, valida anche per quelli meramente interni ad un certo Comune (art. 1).

La Provincia è legittimata dalla predetta legge a costituire una s.p.a. a capitale prevalentemente pubblico, la Trentino Trasporti s.p.a., subentrante di diritto nelle concessioni per l'esercizio del trasporto collettivo locale rilasciate in precedenza ad altri soggetti, Atesina e Ferrovia Trento-Malè s.p.a., che si fondono appunto nel nuovo concessionario, nel presupposto, implicitamente riaffermato, della potestà primaria in capo allo stessa Provincia in tema di istituzione ed organizzazione dei servizi in questione in forza di riserva di legge, già esplicitamente affermata nella ricordata l. prov. Trento 23 novembre 1973, n. 53 (art. 3), espressamente abrogata dalla nuova l. prov. in materia (art. 49 l. prov. Trento n. 16/1993).

La distinzione, fatta da quest'ultima l. prov., tra servizi pubblici di trasporto extraurbani ed urbani non ha particolare effetto per l'individuazione del soggetto chiamato a svolgere l'attività in parola,

cioè sempre la Trentino Trasporti s.p.a., con qualche eccezione di minor peso.

Ai sensi dell'art. 7 l. prov. 16/1993, la Giunta Provinciale e la predetta s.p.a. definiscono tra loro un accordo di programma per la gestione del trasporto extraurbano e la realizzazione degli investimenti, anche per i servizi urbani, con possibilità (art. 8) per la Trentino Trasporti di appaltare a terze imprese, dotate dei requisiti tecnici e finanziari stabiliti dalla stessa Giunta provinciale, quei servizi che si svolgano in periodi limitati di tempo od in zone decentrate, o comunque in condizione per cui il ricorso all'appalto risulti economicamente conveniente.

Ai sensi dell'art. 22 l. prov. in parola i Comuni provvedono alla gestione dei servizi pubblici di trasporto urbani in forme associative o di cooperazione per quelli che interessano più Comuni, avvalendosi della Trentino Trasporti, che pertanto appare l'affidatario "normale" del trasporto collettivo di persone nel territorio della Provincia, anche per quei servizi che la stessa decida, come poc'anzi detto, di appaltare a terzi.

La Giunta provinciale è chiamata ad istituire, ed affidare ad un concessionario individuato a seguito di gara secondo la normativa provinciale in tema di contratti pubblici, i necessari servizi di trasporto collettivo locale *diversi* da quelli urbani od extraurbani invece ricompresi nell'accordo di programma con la Trentino Trasporti per l'affidamento diretto alla stessa. A tale concessione "particolare" la l. prov. in parola attribuisce una durata massima di 9 anni per i servizi automobilistici o 70 per quelli ad impianti fissi, con possibilità di rinnovo e con rimessione ad un contratto di servizio per la definizione dell'attività richiesta al concessionario (art. 9).

Per i servizi speciali di trasporto di alunni non ricompresi nell'accordo di programma con la Trentino Trasporti (c. 3-*bis* dell'art. 11 della l. prov. Trento 16/1993, aggiunto dall'art. 8 l. prov. 2

febbraio 1996, n. 1), la Giunta provinciale (art. 11.2) può stipulare contratti di trasporto con un vettore a favore degli alunni stessi, potendo ricorrere a trattativa privata qualora l'importo presunto del servizio in questione risulti inferiore a quello minimo fissato dalla normativa comunitaria per l'obbligatorio ricorso alle procedure di gara (attualmente € 422.000 al netto di I.V.A. per gli appalti di servizi *ex art.* 215 del Codice dei contratti pubblici, emanato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in attuazione delle direttive 17 e 18/2004/CE).

Il ricorso alla gara, prevista dalla l. prov. in materia di contratti pubblici, è invece sempre necessario per l'affidamento, ancora in forma di concessione, di autolinee interregionali con percorso prevalente in Provincia di Trento, previa intesa con l'altra Regione o Provincia interessata (art. 18 l. prov. Trento 16/1993).

Altre eventuali eccezioni all'affidamento "normale" alla Trentino Trasporti del servizio pubblico di trasporto collettivo locale sono il ricorso a gara pubblica per i servizi urbani turistici privi di connessione con i trasporti extraurbani, nonché il possibile affidamento diretto, anziché mediante gara, dei servizi a chiamata od integrativi di quelli di linea, all'affidatario del trasporto scolastico, così da consentire a tale soggetto una certa continuità di impiego dei veicoli a sua disposizione (art. 22, c. 3-*bis*, *ter* e *quater*, l. prov. Trento 16/1993 negli emendamenti al testo originario).

Dalle municipalizzate della legge trentina del 1973 sul t.p.l. si passa alla "partecipata" Trentino Trasporti s.p.a. in una sorta di monopolio, od al più oligopolio, dell'attività. Le eccezioni al totale affidamento dei servizi in parola sono, come accennato, solo eventuali, potendo la Trentino Trasporti provvedere comunque a servizi speciali o turistici, se del caso tramite società da essa controllate o partecipate (art. 8.1 della l. prov. Trento 16/1993), soprattutto qualora i servizi urbani turistici appaiano connessi con quelli extraurbani (art. 22.3-*ter*); la Giunta provinciale può non individuare servizi da concedere a soggetti

diversi dal “normale” affidatario (art. 9.1) ed addirittura decidere di affidare a quest’ultimo il trasporto di alunni, integrando in tal senso l’accordo di programma già stipulato (art. 11.3-*bis*).

2.4 Le deleghe al Governo per la riforma del settore

Nella persistente latitanza, all’epoca, d’una ampia disciplina comunitaria in tema di trasporto pubblico, invece limitata alla previsione di obblighi di servizio pubblico per garantire una sufficiente mobilità delle persone, con facoltà per i Paesi membri di escludere da siffatti obblighi solo le imprese incaricate di trasporti urbani, extraurbani e regionali (art. 1.1 Reg. Consiglio CEE 26 giugno 1969, n. 1191, anche come modificato da quello n. 1893 del 20 giugno 1991), o mirata solo ai servizi automobilistici internazionali per viaggiatori (Reg. Consiglio CE 16 marzo 1992, n. 684, modificato da quello n. 11/1998/CE dell’11 dicembre 1997 e sostituito dal Reg. Parlamento europeo e Consiglio CE 21 ottobre 2009, n. 1073, efficace però dal 4 dicembre 2011, con una parziale liberalizzazione di tali servizi e l’importante introduzione della licenza comunitaria di legittimazione all’attività), il legislatore nazionale torna a pensare al trasporto pubblico, conferendo, con l’art. 2.51 della l. 28 dicembre 1995, n. 549, delega al Governo per la riforma del settore, con la previsione: *a)* dell’attribuzione alle Regioni di tutte le funzioni e responsabilità di programmazione e finanziamento dei servizi di trasporto locale; *b)* dell’ulteriore decentramento a Province e Comuni delle funzioni non abbisognanti di unitario esercizio regionale; *c)* della separazione, in capo alla Pubblica Amministrazione, delle funzioni di programmazione e regolazione da quelle di gestione del servizio, da conferirsi, queste ultime, a società di capitali o cooperative risultanti dalla trasformazione delle vecchie aziende speciali di cui alla l.q. 151/1981; *d)* di procedure di gara per l’affidamento dell’attività in pa-

rola, e di relativi contratti di servizio per garantirne efficienza, efficacia e qualità.

Nelle more per l'attuazione della predetta delega, veniva emanata la Legge "Bassanini" 15 marzo 1997, n. 59, recante un'ulteriore delega al Governo per la definizione generale delle funzioni conferite a Regioni ed Enti locali, con esclusione da quest'ultima delega di alcune materie (artt. 1.3 e 4), tra le quali *non* compaiono i trasporti, quindi ricompresi in tale delega. In particolare, il Governo è stato chiamato a garantire alle Regioni i compiti di amministrazione e programmazione dei servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale, nel rispetto, in particolare, dei principi di sussidiarietà, efficienza ed economicità, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, adeguatezza e copertura finanziaria dell'attività, differenziazione ed autonomia organizzativa nell'esercizio delle funzioni attribuite agli Enti locali; ad attribuire alle Regioni il compito di definire, d'intesa coi predetti Enti, il livello dei servizi minimi qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, così che i costi dei servizi ulteriori siano a carico di quegli Enti che ne programmino l'esercizio; a prevedere la stipula di contratti di servizio tra l'amministrazione affidante e l'affidatario del trasporto pubblico collettivo, col vincolo del conseguimento del rapporto di almeno 0,35 tra i ricavi da traffico ed i costi operativi, al netto di quelli dell'infrastruttura; ad incentivare il superamento degli assetti monopolistici ed a promuovere la concorrenzialità nella gestione dei trasporti urbani ed extraurbani (art. 4.4).

L'attuazione della legge 59/1997 in materia di trasporti pubblici collettivi viene realizzata con due decreti delegati, di cui quello speciale sul trasporto pubblico locale viene emanato prima di quello dedicato (tra l'altro) ai trasporti in generale, quasi a connotare l'urgenza, all'epoca, d'un nuovo assetto dei servizi di trasporto regionale e locale.

3. La riforma generale della disciplina dei servizi di trasporto pubblico locale di linea

Il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, pur intitolato al t.p.l., rappresenta una vera e propria riforma della disciplina dei servizi pubblici di trasporto collettivo, cioè di linea, quali che siano la modalità impiegata e l'ambito territoriale del servizio, considerato che tale decreto pone (art. 3) la distinzione tra i servizi di interesse nazionale e quelli di rilevanza solo regionale e locale, poi ripresa dal d.lgs. 31 dicembre 1998, n. 112, di attuazione della legge-delega n. 59/1997 per la definizione delle funzioni mantenute dallo Stato sui trasporti in generale, riconoscendosi (art. 104 ss. del d.lgs. 112/1998) alle Regioni ed agli Enti locali, secondo un criterio di residualità, tutte quelle non rimaste allo Stato, tra cui espressamente (art. 105.5 d.lgs. 112/1998) le funzioni già conferite appunto a Regioni ed Enti locali in materia di t.p.l. dal d.lgs. 422/1997.

Così, ai sensi prima del d.lgs. 422/1997 e poi anche del d.lgs. 112/1998, vengono ribadite le competenze di Regioni ed Enti locali in tema di programmazione ed organizzazione dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, aerei, lagunari, lacuali e fluviali, a dimensione regionale o tra Regioni (o Province autonome) finitime, ed operanti in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite ed aperti ad un'utenza indifferenziata: si tratta, cioè, dei trasporti collettivi di linea, salvaguardandosi l'ambito di operatività della riferita l.q. 15 gennaio 1992, n. 21, sugli autoservizi pubblici non di linea.

In una lettura residuale dell'art. 3 d.lgs. 422/1997, sono così di competenza amministrativa di Regioni ed Enti locali i servizi pubblici aerei interni ad una singola Regione, quelli di cabotaggio regionale marittimo o di trasporto automobilistico in ambito regionale, transfrontaliero o tra due Regioni finitime; quelli ferroviari ad eccezione dei servi-

zi internazionali e di quelli individuati, con d.m. Trasporti, come nazionali di percorrenza medio-lunga e caratterizzati da elevati standard qualitativi, talché vi possono essere servizi ferroviari pur colleganti più di due Regioni (o Province autonome) di competenza delle stesse, in quanto interessate al servizio, e non dello Stato. A quest'ultimo rimangono, in materia di t.p.l., le sole competenze per la firma di accordi e convenzioni internazionali sui servizi transfrontalieri, nonché in tema di sicurezza e linee guida per la riduzione dell'inquinamento cagionato appunto dai servizi di t.p.l. (art. 4 d.lgs. 422/1997).

Le Regioni, titolari di tutte le residuali competenze amministrative, sono chiamate a trasferire le stesse a Province, Comuni od altri Enti locali qualora non se ne richieda un esercizio unitario a livello regionale (artt. 6 e 7).

Disposizioni specifiche di decentramento amministrativo sono dettate per i servizi ferroviari di interesse regionale e locale, anche colleganti più di due Regioni, con subentro di queste rispetto allo Stato nei rapporti con le imprese ferroviarie concessionarie, compresa F.S. s.p.a.; nonché per i pubblici servizi marittimi ed aerei regionali e di navigazione nei laghi Maggiore, di Como e Garda, trasferiti alla competenza delle Regioni o Province autonome (artt. 8-11).

3.1 Progressiva affermazione della procedura competitiva per la scelta dell'affidatario del trasporto pubblico locale

L'attenzione del legislatore delegato si concentra particolarmente sull'organizzazione dei servizi, nell'intento di definire quelli minimi, sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità della collettività, anche attraverso la posizione di obblighi di servizio pubblico e di corrispondenti compensazioni economiche (artt. 16 e 17 d.lgs. 422/1997). L'obiettivo principale è però quello di realizzare progressivamente la concorrenza nelle attività in questione, individuandosi lo strumento a-

datto a tale scopo nell'affidamento a mezzo gara ad evidenza pubblica, col corredo di contratti di servizio per definire compiutamente l'oggetto della gara stessa, e cioè la prestazione richiesta al suo vincitore e le modalità di determinazione del relativo corrispettivo (art.18 ss. del d.lgs. 422/1997), per le quali si richiamano le previsioni dell'art. 2 l. 14 novembre 1995, n. 481, il quale, nei commi 12, lett. *e*), 17 e 18 definisce le tariffe come prezzi massimi unitari del servizio, da rivedersi periodicamente, rispetto a quello base di partenza, col metodo del *price cap* quale limite massimo della variazione di prezzo per un periodo pluriennale.

Nel dettato originario del d.lgs. 422/1997 la gara è sì vista come metodo opportuno per l'affidamento del servizio, ma non esclusivo, indicandosi come possibili alternative ancora la gestione diretta o l'affidamento diretto da parte delle Regioni o degli Enti locali a propri consorzi o aziende speciali, peraltro con l'obbligo, allora, di affidare tramite procedure competitive quote del servizio stesso (lett. *b*) e *c*) del c. 2 art. 18 d.lgs. 422/1997).

Il bacino di traffico di cui all'art. 3 l. 10 marzo 1981, n. 151 (non abrogata espressamente ma comunque superata dalla nuova normativa) diventa, nel predetto d.lgs., l'oggetto della procedura competitiva per l'individuazione dell'affidatario del t.p.l.

La via per il raggiungimento dell'obiettivo di garantire la concorrenza nel t.p.l. viene abbozzata nel c. 3 dell'art. 18 d.lgs. 422/1997 (con la trasformazione delle aziende speciali e consorzi in s.p.a. e cooperative tra ex dipendenti e la possibilità, allora, di affidamento diretto del servizio a tali società e cooperative per un periodo transitorio non superiore a 5 anni, con successivo ricorso a procedure competitive) e puntualizzata negli emendamenti recati al decreto delegato in esame dal d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400.

La scelta della procedura ad evidenza pubblica come unico strumento per l'affidamento del servizio di t.p.l. (le lett. *b*) e *c*) del c. 2

dell'art. 18 d.lgs. 422/1997 originario sono soppresse) viene proclamata (nuova lett. *a*) del predetto comma) con l'aggiunta della presenza necessaria, nel partecipante alla gara, dei requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti per il conseguimento dell'abilitazione all'autotrasporto di persone, già definiti nel d.m. Trasporti 20 dicembre 1991, n. 448, attuativo della direttiva Consiglio CE 21 giugno 1989, n. 438, di modifica di quella 12 novembre 1974, n. 562, e poi nuovamente stabiliti per intero dal d.lgs. 22 dicembre 2000, n. 395 (modificato dal d.lgs. 28 dicembre 2001, n. 478), di attuazione della direttiva Consiglio CE 1° ottobre 1998, n. 76, modificativa di quella 29 aprile 1996, n. 26 sull'accesso alla professione di vettore su strada di merci e viaggiatori (direttiva abrogata dal Reg. Parlamento europeo e Consiglio CE 21 ottobre 2009, n. 1071, recante la nuova disciplina comunitaria in materia con effetto dal 4 dicembre 2011).

3.2 Tra innovazione ed immobilismo: primi differimenti della cessazione degli affidamenti in corso pur nell'affermata esigenza delle gare per individuare l'affidatario del servizio pubblico locale di linea

L'assoluta necessità del ricorso a gare, in conformità alla normativa comunitaria sugli appalti pubblici di servizi e sulla base degli elementi del contratto di servizio, chiamato a definire preventivamente l'oggetto della gara stessa, viene però differita nel tempo attraverso la previsione d'un periodo transitorio «da concludersi comunque entro il 31 dicembre 2003», durante il quale all'Ente territoriale è stato concesso di mantenere tutti gli affidamenti in corso ai relativi titolari od ai soggetti risultanti da loro trasformazioni societarie, con l'obbligo però di affidare una quota di servizio o servizi speciali di t.p.l. proprio attraverso gare (c. 3-*bis*, aggiunto dal d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400, nell'art. 18 d.lgs. 422/1997).

La scadenza del predetto periodo transitorio doveva coincidere con l'automatica cessazione degli affidamenti diretti in corso.

La possibilità, per Regioni ed Enti locali, di differire la realizzazione delle procedure competitive sminuisce palesemente il principio della gara ad evidenza pubblica per l'individuazione dell'affidatario del t.p.l.

Si puntualizza contemporaneamente che la gara, qualora indetta, è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché dei piani di sviluppo e potenziamento di reti ed impianti, oltre che della fissazione d'un coefficiente minimo di utilizzazione per l'istituzione od il mantenimento delle singole linee esercite (nuova lett. *a*) del c. 2 art. 18 d.lgs. 422/1997).

Si riafferma la necessità, per Regioni ed Enti locali, di trasformare rapidamente gli esistenti aziende speciali e consorzi di t.p.l. in società di capitali o cooperative a responsabilità limitata, anche tra ex dipendenti (nuovo c. 3 art 18 d.lgs. 422/1997).

L'emendamento di cui al d.lgs. 400/1999 ha altresì introdotto, quale elemento dell'accordo di programma per il subentro delle Regioni allo Stato quali concedenti i servizi ferroviari di interesse regionale e locale, il trasferimento (realizzato con d.p.c.m. 16 novembre 2000, in *Suppl. ord.* alla G.U. 30 dicembre 2000, n. 303) a titolo gratuito, nel demanio o patrimonio regionale, dei beni ed impianti destinati al servizio ferroviario, sia per le ferrovie in concessione a soggetti diversi da F.S. s.p.a. che per quelle già in gestione commissariale governativa.

Alle imprese di trasporto ferroviario viene garantito l'accesso alla rete ferroviaria nazionale, nella distinzione tra gestore dell'infrastruttura e del servizio ferroviario voluta già dalla direttiva comunitaria 29 luglio 1991, n. 440, e poi dai numerosi suoi emendamenti. Alle predette imprese ferroviarie si richiede di raggiungere, entro il 1° gennaio 2000, il rapporto di almeno 0,35 tra ricavi di traffico e costi operativi, al

netto di quelli dell'infrastruttura (nuovi commi 4 e 5 art. 8 d.lgs. 422/1997).

3.3 La difficile convivenza tra il nuovo testo unico sull'ordinamento degli Enti locali e la normativa statale sul trasporto pubblico locale nel quadro della competenza legislativa dello Stato nella materia residuale

Ben poco allineato ai criteri ispiratori della pressoché contemporanea normativa sul t.p.l. appare il nuovo ordinamento degli Enti locali (Comuni, Province e, in prospettiva, Città metropolitane) recato da un testo unico delle leggi in materia – t.u.e.l. approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (abrogativo della ricordata l. 8 giugno 1990, n. 142), il cui art. 113 proclama che i servizi pubblici locali, rivolti a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (art. 112 t.u.e.l.), non esclusi i servizi di trasporto, possono essere gestiti in economia, specialmente in caso di modeste dimensioni dell'attività, o in concessione a terzi per ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale, oppure a mezzo di azienda speciale o di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale locale od anche senza quest'ultimo requisito, con individuazione dei soci privati attraverso procedure di gara ad evidenza pubblica (dettato originario degli artt. 113 e 116 t.u.e.l.). La scelta della forma di gestione dei servizi pubblici locali in generale appare rimessa, nel testo unico in parola, all'amministrazione locale tra un'ampia varietà di modelli, in contraddizione coll'indirizzo, enunciato poco tempo prima dal riferito d.lgs. 400/1999, di privilegiare per il trasporto collettivo di linea di persone il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica.

Quest'ultimo criterio è stato poi introdotto, per la generalità dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, dall'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448 (Finanziaria 2002), che, nel riscrivere il dettato originario dell'art. 113 t.u.e.l., precisa (nuovo c. 5) che l'esercizio dei

predetti servizi deve essere svolto in regime di concorrenza e soprattutto affidato a società di capitali individuate con pubblica gara, dalla quale vengono escluse le società che, in Italia o all'estero, già gestissero a qualunque titolo i predetti servizi in virtù d'un affidamento diretto o d'una procedura ad evidenza pubblica, od a seguito dei relativi rinnovi, con estensione di tale divieto alle società controllate o controllanti ed ulteriormente a quelle controllate o collegate a queste ultime, nonché ai soggetti investiti della gestione dell'infrastruttura impiegata per l'erogazione del servizio.

L'incompatibilità tra il ricordato "rigore" dell'art. 18.2 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, come modificato dal d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400, che per l'individuazione dell'affidatario del t.p.l. impone la procedura competitiva ad evidenza pubblica, ed il "possibilismo" del dettato originario dell'art. 113 t.u.e.l. va risolto, a nostro avviso, in favore della normativa posteriore. Quest'ultima, come accennato, si riferisce (art. 112 t.u.e.l.) universalmente ai servizi pubblici locali aventi per oggetto la produzione di beni ed attività rivolti a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, senza alcun segno di esclusione del servizio di trasporto rivolto ad una molteplicità di utenti.

Come autorevolmente ribadito (C. cost. 19 febbraio 1976, n. 29), la massima per cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* non esclude «un'estensione della legge generale posteriore tale da non tollerare eccezioni»: e questo appare proprio il caso in discussione.

Un'analoga capacità espansiva dell'art. 113 t.u.e.l. non sembra invece ipotizzabile in rapporto alla disciplina degli autoservizi pubblici non di linea, di cui alla ricordata l. 15 gennaio 1992, n. 21, considerato che gli stessi sono svolti "a domanda", allo scopo di soddisfare le esigenze del trasporto individuale o di piccoli gruppi di persone (servizio di taxi, ex art. 2 l. 21/1992) o d'una utenza specifica (noleggio con con-

ducente, senza obbligo di prestazione del servizio, *ex artt.* 3 e 8.3 l. 21/1992), talché mancano la realizzazione di fini sociali e la promozione dello sviluppo economico delle comunità locali richieste nei servizi pubblici oggetto degli artt. 112 ss. d.lgs. 267/2000, identificabili propriamente in quelli di interesse generale ed ampio utilizzo da parte d'una indistinta molteplicità di utenti, come nei trasporti collettivi di persone e non da parte d'una utenza specifica.

Il disposto originario dell'art. 113 t.u.e.l., fino all'entrata in vigore dell'emendamento recato dall'art. 35 l. 448/2001, il quale fa salve le disposizioni speciali ai singoli servizi pubblici locali, prevaleva, in quanto posteriore, sulle disposizioni del d.lgs. 422/1997, come modificato dal d.lgs. 400/1999, con esso incompatibili, come appunto quella del c. 2 dell'art. 18 d.lgs. 422/1997, nel testo modificato dall'art. 1 d.lgs. 400/1999, nella parte in cui impone l'indefettibilità del ricorso a gara pubblica per l'affidamento del trasporto locale collettivo una volta concluso il periodo transitorio di mantenimento dei pregressi affidamenti, mentre il ricordato dettato originario dell'art. 113 t.u.e.l. lasciava agli Enti locali un'ampia scelta per la forma di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali, non escluso e pertanto compreso quello di trasporto collettivo di persone.

La l. 28 dicembre 2001, n. 448, elimina il parziale conflitto tra provvedimenti legislativi, anteriore e posteriore, validi per il t.p.l., facendo salve le disposizioni previste per il singolo servizio, prevalenti allora anche su quelle successive dettate per la generalità dei servizi pubblici locali. Ma, sino alla vigenza dell'emendamento recato dall'art. 35 l. 448/2001, all'originaria versione dell'art. 113 t.u.e.l., era venuto meno per il t.p.l. il principio della necessità della procedura competitiva per l'affidamento del servizio: principio poi affermato in generale per i servizi pubblici locali anche dall'art. 35 l. 448/2001 nel modificare il dettato originario dell'art. 113 t.u.e.l.

A questo punto occorre giustificare come sia stato possibile, per il legislatore nazionale, emanare il predetto art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, e come siano rimasti ancor oggi in vigore provvedimenti normativi “quadro” sul t.p.l., come il riferito d.lgs. 422/1997, nel testo emendato, che nel suo ordito (ricordiamo per inciso) ha finito per privare di rilievo la prima legge-quadro in materia, n. 151 del 1981.

Va messo in rilievo che, ai sensi degli artt. 117 e 118 cost., nel testo risultante dalla ricordata l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, la materia del t.p.l. rientra nella competenza residuale legislativa e regolamentare delle Regioni. Infatti tale materia non risulta ricompresa in alcuna di quelle attribuite, in via esclusiva od anche solo concorrente, allo Stato, ai sensi dei c. 2 e 3 dell’art. 117 (testo attuale) cost.: in tema di trasporti il legislatore statale è direttamente investito di competenza concorrente, per la posizione dei principi fondamentali, solo in ordine a porti ed aeroporti civili e grandi reti di trasporto e navigazione, certo non identificabili nei servizi di t.p.l., pertanto riservati, secondo criterio di residualità (art. 117, c. 4, cost.), alla competenza legislativa regionale.

Peraltro, alcune materie o funzioni di competenza legislativa statale hanno una capacità espansiva tale da riverberare i propri effetti su altre pur di esclusiva spettanza del legislatore regionale, legittimandosi quindi costituzionalmente un intervento normativo a livello nazionale tale da vincolare, talvolta, le Regioni in settori residuali. Tra queste materie o funzioni “trasversali”, di competenza statale, spicca la tutela della concorrenza, sotto il profilo non solo della protezione, ma anche della promozione dell’assetto concorrenziale del mercato, investendo così le modalità di gestione e l’affidamento dei servizi pubblici locali nella loro rilevanza economica. L’intervento del legislatore nazionale non può peraltro superare il limite dell’adeguatezza e proporzionalità per il raggiungimento del predetto obiettivo di tutela della concorrenza, potendo così comprimere l’iniziativa regionale solo nei limiti del necessario a tal fine (*ex plurimis*, C. cost. 13-27 luglio 2004, n. 272).

L'esigenza di unitarietà nazionale, salvaguardata dall'art. 5 cost., implica quella d'un intervento normativo statale che garantisca l'uniformità di fondo dell'attività amministrativa a livello locale, quale che sia il territorio di riferimento, giustificandosi così la posizione, da parte del legislatore nazionale nei confronti di quello regionale, di criteri comuni, per lo svolgimento territoriale di tale attività, "adeguati" ma nel contempo "proporzionati" al raggiungimento del predetto obiettivo di uniformità anche nei settori di competenza legislativa residuale della Regione.

Così continuano, anche dopo la riforma costituzionale del riparto di funzioni legislative, regolamentari ed amministrative tra Stato e Regioni ed Enti locali, a valere gli interventi normativi statali mirati a garantire la tutela della concorrenza e l'unitarietà dell'esercizio della funzione amministrativa nel settore del t.p.l., nei riferiti limiti della loro proporzionalità ed adeguatezza a tali scopi. Vanno altresì considerate, nella medesima ottica, l'esigenza di garantire il diritto alla mobilità dei cittadini (art. 16 cost.), la promozione dello sviluppo economico del Paese e quindi del commercio a livello nazionale con ovvie ricadute favorevoli anche per le Regioni, nonché la tutela dell'ambiente o la salvaguardia della sicurezza: materie o funzioni riservate, in via esclusiva o quantomeno concorrente, alla legislazione nazionale e capaci di incidere sull'assetto del t.p.l. tanto da giustificare un intervento legislativo statale, come quello di cui al d.lgs. 422/1997 non solo di conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ma anche di determinazione dei criteri di organizzazione del servizio in questione; ovvero come quello di cui al d.lgs. 267/2000, anche come emendato, nella parte riguardante l'organizzazione, l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali in generale.

3.4 Verso l'auspicata fine degli affidamenti diretti del trasporto pubblico locale di linea

Le rilevanti trasformazioni del disposto dell'art. 113 t.u.e.l., intervenute dopo quella di cui all'art. 35 l. 448/2001 che, come riferito, ha fatto salve in generale le disposizioni relative ai singoli settori, come appunto (aggiungiamo noi) quelle del d.lgs. 422/1997 e successive modifiche sul t.p.l., e rotto con l'ampia facoltà di scelta dell'Ente locale circa le forme di gestione dei servizi pubblici locali, imponendo la procedura ad evidenza pubblica nell'individuazione del soggetto, una società di capitali, a cui affidare il servizio nel rispetto del principio di concorrenza, interessano il t.p.l. quando affiancano alla gara altri due criteri per individuare l'affidatario dei servizi pubblici locali in generale: l'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato in cui solo il socio privato deve essere scelto con gara secondo linee-guida emanate dalle autorità competenti, oppure il conferimento del servizio a società a capitale interamente pubblico purché l'Ente o gli Enti pubblici, titolari del capitale sociale, esercitino sulla stessa società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con gli Enti controllanti (nuovo c. 5 dell'art. 113 t.u.e.l., introdotto dall'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326).

Quest'ultima, ulteriore modifica del dettato dell'art. 113 t.u.e.l. circa le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di interesse economico generale è espressamente dichiarata inderogabile ed integrativa della disciplina di settore (nuovo c. 1 dello stesso), per il resto fatta salva, mentre, come riferito, l'emendamento recato al predetto articolo dall'art. 35 l. 448/2001 manteneva «ferme le disposizioni previste per i singoli settori» e quindi non intaccava le previsioni di cui al d.lgs. 422/1997, ed alle sue successive modifiche, sull'inderogabile ricorso alla gara per l'affidamento del t.p.l.

Si è prevista poi, stavolta in difetto di specifiche disposizioni di settore, una proroga sino al 31 dicembre 2006 degli affidamenti in atto dei servizi pubblici in generale (art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, di modifica dell'art. 113 t.u.e.l. come emendato dall'art. 35 l. 448/2001). Subito dopo si è ammesso un differimento di tale termine, attraverso accordi particolari con la Commissione europea, non superiore ad un anno in caso di preventiva costituzione, mediante fusioni, d'una nuova società capace di servire un bacino d'utenza almeno doppio di quello originariamente servito dalla società maggiore, oppure di due anni qualora l'impresa affidataria si trovi, anche in seguito a fusioni, ad operare in un ambito corrispondente a quello provinciale o più ampio sotto un profilo di efficacia ed efficienza (l. 24 novembre 2003, n. 326, di conversione del predetto d.l. 269/2003).

Al balletto di modifiche dell'art. 113 t.u.e.l., che abbraccia indistintamente i servizi pubblici locali di interesse economico generale, e soprattutto di proroghe dei relativi affidamenti in atto, si è accompagnato (l. 27 febbraio 2004, n. 47, di conversione del d.l. 24 dicembre 2003, n. 355, c.d. "milleproroghe") un differimento di due anni del termine del 31 dicembre 2003, che era stato introdotto, come momento finale degli affidamenti diretti in atto del t.p.l., dal c. 3-*bis* dell'art. 18 d.lgs. 422/1997 nel testo risultante dal d.lgs. 400/1999. Una possibile proroga, sempre di due anni, degli affidamenti dei servizi pubblici ferroviari regionali in essere alla fine del 2003 era già stata concessa alle Regioni dall'art. 11.3 della l. 1° agosto 2002, n. 166.

Ogni possibilità di conflitto (anche solo parziale) tra l'art. 113 d.lgs. 267/2000 t.u.e.l., man mano emendato, ed il d.lgs. 422/1997 e sue successive modifiche, speciale in materia di t.p.l., viene espressamente eliminata dalla l. 15 dicembre 2004, n. 308, che inserisce (art. 1.48) nell'art. 113 t.u.e.l. il c. 1-*bis*, per il quale tutto il disposto del predetto art. 113 non si applica al t.p.l., «che resta disciplinato dal d.lgs. 422/1997 e successive modificazioni», per il peculiare oggetto di

quest'ultimo provvedimento normativo e cioè, come riferito, il servizio collettivo locale di linea per viaggiatori.

Per il trasporto non di linea, cioè alla domanda, la l. nazionale 11 agosto 2003, n. 218, nel quadro della libertà di iniziativa economica e di tutela della concorrenza, attribuisce effetti distorsivi di quest'ultima all'utilizzo di autobus, da noleggiare con conducente, acquistati con sovvenzioni pubbliche non aperte alla totalità delle imprese (art. 1.3), per poi riconoscere alle Regioni interessate i più ampi poteri in ordine all'autorizzazione, non soggetta a limiti territoriali, ad effettuare servizio di noleggio d'autobus con conducente per trasporto di persone, ed al controllo di tale attività (art. 5).

4. Il settore tra istanze di liberalizzazione e conservatorismo

Le istanze di liberalizzazione dell'attività e di tutela della concorrenza nel trasporto collettivo locale di linea di viaggiatori continuano ad essere disattese attraverso il riconoscimento della facoltà, per le Regioni (nonché Province autonome) e salve le gare ad evidenza pubblica già avviate od addirittura concluse, di prorogare sino al 31 dicembre 2006 gli affidamenti già in atto per qualsiasi servizio di t.p.l. (nuovo termine inserito nel c. 3-*bis* dell'art. 18 d.lgs. 422/1997 dall'art. 1.394 della l. 23 dicembre 2005, n. 266, c.d. finanziaria 2006), venendo poi consentita al legislatore regionale un'ulteriore proroga di quelli ancora in essere a fine 2006, prima per uno e successivamente per un ulteriore anno (art. 3.2-*bis*, aggiunto all'art. 3.2 d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, dalla legge di conversione 23 febbraio 2006, n. 51), in favore dei soggetti che, appunto alla fine del 2006, presentassero almeno una delle condizioni societarie descritte nelle lett. *a)* e *b)* del c. 3-*ter* aggiunto, dall'art. 1.393 della l. 23 dicembre 2005, n. 266, nell'art. 18 d.lgs. 422/1997, come modificato. Tali condizioni appaiono di fatto proprie

dei servizi “su gomma”: per le aziende partecipate da Regioni o Enti locali, che sia stato ceduto, a mezzo gara pubblica, almeno il 20% del capitale sociale o dei servizi eserciti a società o cooperative non partecipate dai predetti Enti; oppure che sia stato costituito un nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie del t.p.l. nel territorio nazionale ovvero si sia costituita una società consortile partecipata da almeno due di tali società, sulla base d’un piano industriale unitario per una determinata Regione o per bacini contigui di traffico, allo scopo di accrescere il livello di efficacia del servizio in parola.

Peraltro i soggetti affidatari e fruitori di tali proroghe non avrebbero poi potuto, per tutta la durata delle stesse, partecipare a gare attivate per l’affidamento di servizi di t.p.l. nel resto del territorio nazionale (c. 3-*septies* aggiunto nell’art. 18 d.lgs. 422/1997 dall’art. 1.393 della l. 23 dicembre 2005, n. 266). Nei medesimi periodi i predetti affidatari erano chiamati a migliorare le condizioni di sicurezza, economicità, efficacia e sostenibilità ambientale del servizio, anche attraverso (c. 3-*quater* e *quinquies* introdotti nell’art. 18 d.lgs. 422/1997 dall’art. 1.393 della l. 266/2005) la multimodalità e l’integrazione tariffaria dei servizi “su gomma” e “su ferro”, beneficiando delle compensazioni previste dal Reg. Consiglio CE 26 giugno 1969, n. 1191 e successive modifiche (poi abrogato da quello n. 1370 del 23 ottobre 2007), in caso di obblighi di servizio pubblico che l’impresa di trasporto non assumerebbe, quantomeno nelle stesse condizioni e misura, ove considerasse il proprio interesse economico (art. 2 Reg. 1191/69/CE).

In ogni caso, cioè indipendentemente dalle ulteriori proroghe dell’affidamento, si è fatto obbligo alle società controllate a capitale interamente pubblico, esercenti il trasporto collettivo locale, di affidare con gara, entro la fine 2006, almeno il 20% dei servizi già eserciti a soggetti privati od a società non partecipate dagli stessi Enti controllanti

(c. 3-*sexies* introdotto nell'art. 18 d.lgs. 422/1997 dall'art. 1.393 della l. 266/2005).

Quasi contemporaneamente è intervenuta la scure della C. cost. 22 febbraio-2 marzo 2006, n. 80, su alcune disposizioni regionali (art. 1.11, lett. *b*) e *f*), l. Calabria 7 agosto 1999, n. 23; art. 2.2 l. Liguria 17 giugno 2003, n. 17; art. 3.1 della l. Veneto 26 novembre 2004, n. 30 e art. 25 l. Veneto 25 febbraio 2005, n. 8) che, anteriormente alle predette proroghe da parte del legislatore nazionale, avevano *motu proprio* differito gli affidamenti in corso. La Consulta ribadisce, a difesa del disposto del d.lgs. 422/1997, la legittimità ed esclusività dell'intervento legislativo statale a tutela della concorrenza nel t.p.l., cancellando conseguentemente le iniziative regionali in proposito, e per altro verso contemporaneamente ammonendo il legislatore nazionale che «la fissazione d'un termine massimo entro il quale deve concludersi la fase transitoria e quindi generalizzarsi l'affidamento mediante procedure concorsuali dei servizi di trasporto locale assume un valore determinante e garantisce che si possa giungere davvero in termini certi all'effettiva apertura alla concorrenza».

Viceversa il legislatore statale dopo aver provveduto, soprattutto sotto il profilo della sicurezza e del diritto alla mobilità delle persone, al riordino dei servizi automobilistici interregionali (pertanto *non* locali) colleganti più di due Regioni, e così di competenza dello Stato, liberalizzando, in favore dei soggetti dotati dei previsti requisiti di onorabilità, capacità tecnica e finanziaria, tale attività a partire dal 1° gennaio 2011 (artt. 3 e 9 d.lgs. 21 novembre 2005, n. 285), termine poi differito al 1° gennaio 2014 dall'art. 5.7-*ter* d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito in l. 26 febbraio 2010, n. 25 (“milleproroghe”) e dopo aver emanato, con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive comunitarie n. 17 e 18 del 31 marzo 2004, escludendo dalle regole di tale Codice sulle procedure di aggiudicazione gli appalti di servizi pubblici di

trasporto mediante autobus qualora sia consentito svolgere tale attività in regime di liberalizzazione (art. 23 del predetto Codice) ha disatteso i moniti della C. cost. per la generale apertura alla concorrenza nel settore del t.p.l. di linea per viaggiatori.

4.1 Tentennamenti del legislatore nazionale e scarsa incisività del dettato comunitario

La l. nazionale 26 febbraio 2007, n. 17, nel convertire il d.l. “milleproroghe” 28 dicembre 2006, n. 300, ha sostituito, nel c. 3-*bis* dell’art. 18 d.lgs. 422/1997, il termine del periodo transitorio “normale” degli affidamenti in corso dei servizi di t.p.l., già prorogato al 31 dicembre 2006, con quello di fine 2007, dal quale sarebbero poi decorse le ulteriori proroghe particolari eventualmente assentite sino ad altri due anni (*ex c. 2-bis* aggiunto all’art. 3.2 d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, dalla l. di conversione 23 febbraio 2006, n. 51) ad opera sempre di leggi regionali, in favore di soggetti presentanti almeno una delle due condizioni dettagliate nel c. 3-*ter* dell’art. 18 d.lgs. 422/1997, inserito, come detto, dall’art. 1.393 della l. 266/2005.

Ancor prima, peraltro, con l’auspicio di effetti favorevoli alla concorrenza, il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248, ha conferito (art.12) ai Comuni la facoltà di prevedere che il trasporto pubblico collettivo di linea di passeggeri venga effettuato anche da privati, in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali, sia pure solo per periodi predeterminati e «in ambito comunale ed intercomunale», e che il Comune sede di scalo ferroviario, portuale od aeroportuale debba consentire l’accesso allo scalo in questione da parte degli operatori autorizzati dai vari Comuni del bacino dallo stesso servito.

Sempre il predetto d.l. 223/2006 ha invece concesso (art. 6), in tema di trasporto locale alla domanda, ai Comuni di bandire concorsi

pubblici o riservati ai titolari di licenza di taxi, in deroga ai c. 1 e 2 dell'art. 8 della ricordata l. 15 gennaio 1992, n. 21, per l'assegnazione a titolo oneroso di licenze eccedenti la prevista programmazione numerica.

La sensazione è che il legislatore nazionale, per il servizio di t.p.l. sia di linea che alla domanda, abbia operato, dopo il d.lgs. 422/1997, sull'onda delle pressioni da parte delle categorie imprenditoriali interessate al settore, senza una precisa linea di interventi per l'ordinato sviluppo del servizio stesso.

Di scarso peso, a tale scopo, appare l'intervento comunitario *in subiecta materia* recato dal Reg. Parlamento europeo e Consiglio CE 23 ottobre 2007, n. 1370, mirato, almeno nelle enunciazioni del preambolo, a promuovere la concorrenza nel trasporto pubblico di persone su rotaia e strada, a livello intracomunitario od interno ai vari Paesi membri e quindi anche locale, secondo principi di trasparenza, parità degli operatori e proporzionalità degli interventi della pubblica autorità rispetto alle esigenze di regolazione del mercato.

Premesso che dall'applicazione del dettato comunitario in parola sono dal medesimo (art.1.2) esclusi i trasporti pubblici di persone prestati soprattutto per interesse storico o turistico, le scelte sull'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto mediante gara o meno appaiono rimesse, dalla predetta normativa, ai vari ordinamenti dei Paesi membri, sia pure con precise limitazioni.

L'autorità competente ad intervenire nei trasporti pubblici di persone su strada o per ferrovia in una zona geografica determinata (art. 2 lett. *b*) è sì chiamata in generale ad aggiudicare i contratti di servizio pubblico (art. 2, lett. *i*) mediante gara ad evidenza pubblica (art. 5.3), ma con tutta una serie di eccezioni previste al riguardo dalla stessa normativa comunitaria e valide sino a contrario avviso dei legislatori nazionali in senso favorevole alla procedura competitiva.

Infatti, «a meno che sia vietato dalla legislazione nazionale», l'autorità competente a livello locale può, secondo il legislatore comunitario, fornire essa stessa il servizio in questione od aggiudicare direttamente contratti di servizio pubblico ad un soggetto giuridicamente distinto su cui la predetta autorità è chiamata ad esercitare un controllo quantomeno analogo a quello esercitato sulle proprie strutture: però, nell'ipotesi di esercizio di tale facoltà dovranno essere rispettate tutte le condizioni indicate nelle lett. da *a*) ad *e*) di cui alla stessa disposizione (art. 5.2 Reg. 1370/2007/CE) legittimante la predetta scelta, al fine di assicurare l'effettività del controllo dell'autorità affidante sull'affidatario e di evitare che questi trascuri il servizio affidatogli per accaparrarsene altri, sia pur attraverso la partecipazione a competizioni ad evidenza pubblica. La giurisprudenza comunitaria (Corte giustizia CE, III sez., 13 novembre 2008, nel procedimento C-324/07) ha in generale chiarito cosa si debba intendere per controllo analogo, statuendo che lo stesso deve essere effettivo anche se non identico ed individuale.

L'aggiudicatario d'un contratto di servizio (per una durata massima di 10 anni per i servizi con autobus e 15 per quelli su rotaia), denominato «operatore interno» (art. 2, lett. *j*), e qualsiasi altro soggetto su cui il primo abbia un'influenza anche minima potranno, secondo il dettato comunitario, esercitare attività di trasporto pubblico di passeggeri su strada e ferrovia solo all'interno del territorio di competenza dell'autorità affidante o su linee in uscita verso territori vicini, restando conseguentemente esclusa una loro partecipazione a gare per la prestazione del servizio in parola al di fuori del predetto territorio. L'operatore interno potrà, per il regolamento in esame, partecipare ad una gara per l'aggiudicazione dei servizi in parola non prima di due anni dalla scadenza del proprio contratto di affidamento diretto ed a condizione che sia stato deciso di sottoporre a gara l'aggiudicazione del servizio affidato al predetto operatore, e che quest'ultimo non abbia concluso altri contratti di servizio pubblico di trasporto di persone su

strada o per ferrovia ad aggiudicazione diretta (art. 5.2, Reg. 1370/2007/CE).

Ancora con previsione derogabile, in senso contrario, dalle particolari normative nazionali, il legislatore comunitario ammette l'affidamento diretto esterno del servizio il cui valore annuo medio sia stimato come inferiore ad 1 milione di euro o che riguardi un movimento – passeggeri inferiore nel complesso a 300.000 km l'anno: soglie entrambe raddoppiabili nel rapporto con un'impresa operante con non più di 23 veicoli (art. 5.4).

Sempre con prevalenza d'una contraria disposizione nazionale, è ammesso l'affidamento diretto, per una durata non superiore ai 10 anni, del pubblico servizio ferroviario fatta eccezione per altri servizi su rotaia, come metropolitane o tram (art. 5.6 Reg. 1370/2007/CE): il regolamento comunitario in parola riprende invece tutto il proprio vigore di disciplina imperativa (restandone la vigenza, e la conseguente abrogazione dei Regg. CE n. 1191/69 e 1107/70 nella stessa materia, peraltro differite al 3 dicembre 2009, *ex* artt. 10 e 12 Reg. 1370/2007/CE) quando contempla provvedimenti di emergenza per fronteggiare un'imminente o già sussistente interruzione del servizio: provvedimenti da prendersi, per una durata non superiore ai 2 anni, sotto forma di aggiudicazione diretta d'un contratto di servizio pubblico, o di proroga consensuale di quello in scadenza, o di imposizione (peraltro impugnabile dall'obbligato) dell'obbligo di effettuare i trasporti, per ferrovia o su strada, richiesti dall'autorità competente (art. 5.5 Reg. 1370/2007/CE).

Le riferite disposizioni non si applicano (artt. 5.1 e 8.1) ai contratti di servizio pubblico per il trasporto di passeggeri a mezzo autobus o tram, aggiudicati secondo le dirr. 17 e 18/2004/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e Consiglio, recepite nel nostro ordinamento col ricordato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, modificato ed integrato dal d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, c.d. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Si tratta di contratti di servizio pubblico che

prevedono, a carico dell'amministrazione pubblica, compensazioni per l'impresa affidataria tali da coprire i costi dell'attività e garantire un ragionevole margine di profitto. Tali contratti (c.d. *gross cost*) pongono il rischio dell'attività in parola a totale carico dell'amministrazione e vanno pertanto aggiudicati necessariamente con gara ad evidenza pubblica, per rendere trasparente e possibilmente contenere l'ammontare della compensazione, non solo compatibile col mercato comune ma anche dispensata dall'obbligo di notifica preventiva di cui all'art. 88.3 Trattato (art. 9 Reg. 1370/2007/CE).

La mancata effettuazione della gara è consentita dal legislatore comunitario (art. 5.1 Reg. 1370/2007/CE) solo qualora chi intenda assumere il trasporto pubblico ne accetti il rischio d'impresa (contratti *net cost*). Si tratta della fattispecie denominata «concessione di servizi» negli artt. 3.32 e 30 Codice contratti pubblici e sottratta alle disposizioni sostanziali dello stesso, e così alle formali procedure competitive ad evidenza pubblica. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire e sfruttare economicamente il servizio in questione, beneficiando dei ricavi da traffico, con l'aggiunta eventuale d'un prezzo pattuito in proposito a carico della pubblica amministrazione in sede di contratto di servizio, qualora al concessionario venga imposto di praticare all'utenza prezzi, della propria attività, inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile d'impresa, ovvero qualora si tratti di assicurare la qualità del servizio stesso. Il prezzo in parola non ha comunque la funzione di garantire il concessionario dal rischio dell'operazione contrattualmente assunta, in particolare qualora i ricavi siano scarsi per l'esiguo numero dei fruitori del servizio o nel caso di impreviste complicazioni e difficoltà nella sua effettuazione.

Solo qualora non sia l'amministrazione competente a sopportare il rischio della gestione e fornitura del pubblico servizio possono en-

trare in gioco, secondo il legislatore comunitario e salvo il contrario avviso del Paese membro, le gestioni o gli affidamenti diretti.

Proprio la ricorrente possibilità, per il legislatore nazionale, di scelte opposte a quelle suggerite dal regolamento comunitario in parola, comporta la sostanziale incapacità di quest'ultimo a garantire un uniforme, e soprattutto duraturo, regime del t.p.l. in funzione d'un suo risanamento.

Oltretutto, il dettato comunitario lascia ai Paesi membri un lungo periodo transitorio, sino al 3 dicembre 2019 (cioè 10 anni dall'entrata in vigore del Reg. 1370/2007/CE), per adeguarsi gradualmente alle sue previsioni, certo non draconiane, sull'aggiudicazione dei servizi di trasporto collettivo di persone offerti in maniera continuativa e senza discriminazione al pubblico (artt. 2, lett. *a*), e 8 Reg. predetto). Per inciso lo stesso dettato (art. 12) si interessa anche dei servizi pubblici per il trasporto di merci, solo per porre, in relazione a questi ultimi, la validità sino al 3 dicembre 2012 del ricordato Reg. 1191/69/CE, anche come modificato, abrogandolo per il resto, talché da tale data l'organizzazione comunitaria dei servizi pubblici *cargo* resterà assoggettata esclusivamente ai principi generali del Trattato (salva, beninteso, la disciplina dell'abilitazione professionale all'attività, rivisitata col Reg. Parlamento europeo e Consiglio CE 21 ottobre 2009, n. 1072, efficace dal 4 dicembre 2011 ed abrogativo dei Regg. 881/1992/CE e 3118/1993/CE e della Dir. 94/2006/CE).

4.2 Un nuovo termine alla gestione interna od all'affidamento diretto del trasporto pubblico locale

Quasi sorprendentemente non è intervenuta alcuna proroga alla scadenza del termine del 31 dicembre 2007, previsto dal ricordato d.l. 28 dicembre 2006, n. 300, come quello "normale" per il manteni-

mento degli affidamenti in corso del servizio di t.p.l., sia pur con cessione mediante gara di quote dello stesso o di servizi speciali.

A questa sorta di “dimenticanza” ha provveduto la l. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica), introducendo nello stesso la disposizione dell’art. 23-*bis* che contempla sì, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica generale, tra cui espressamente i trasporti (c. 10, lett. *d*), il normale affidamento della loro gestione attraverso gara, ma con possibilità di eccezioni, sia pur solo sino alla fine del 2010. Va evidenziato che il disposto in questione prevale sulle discipline di settore, come il d.lgs. 422/1997, con esso incompatibili (c. 1) e che la nozione di servizio locale ricomprende, ai sensi del predetto articolo, anche i servizi di interesse regionale, come emerge dal dettato del c. 7, quando ammette espressamente non solo gli Enti locali ma anche le Regioni a definire, nel quadro delle rispettive competenze, i bacini di gara per i diversi servizi (in tal senso anche il parere AS 1232 del 11 gennaio 2011 dell’AGCM, sulla scorta di Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369 e sez. III, 25 settembre 2007, n. 322).

La deroga all’ordinario ricorso alla gara, entro il nuovo periodo di transizione, viene consentita solo qualora le caratteristiche economiche, sociali, morfologiche ed ambientali del contesto territoriale in cui si svolgerà l’attività in questione non permettano un efficace ricorso al mercato, nel rispetto sempre dei principi comunitari di accessibilità, universalità ed adeguato livello del servizio (art. 23-*bis*, c. 1, 2 e 3).

Il titolare della gestione del servizio pubblico locale (o parimenti, se soggettivamente diverso, il gestore delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali dell’Ente locale, utilizzati per l’erogazione del servizio) non può, salvo che si tratti di una società quotata in borsa (eccezione non contemplata nel ricordato Reg. 1370/2007/CE), gestire servizi dello stesso tipo, ulteriori ovvero in ambiti territoriali di-

versi, né ovviamente partecipare a gare per essi, eccetto la prima procedura competitiva svolta per l'attribuzione proprio del servizio già al medesimo affidato (art. 23-*bis*, c. 9 originario).

L'amministrazione competente (compresa, come detto, quella regionale per i servizi di propria competenza) deve adeguatamente pubblicizzare e motivare la scelta di rinunciare all'affidamento mediante gara, e trasmettere contestualmente la relativa decisione e documentazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM (ed all'Autorità di regolazione del settore, però tuttora assente per i trasporti), chiedendo in proposito alla medesima un parere obbligatorio ma non vincolante, che l'AGCM deve rendere entro 60 giorni dal ricevimento delle comunicazioni inviate dalla predetta amministrazione (art. 23-*bis*, c. 4 originario). Non sono previste conseguenze particolari per l'inutile decorso di tale termine, scaduto il quale ben potrebbe la Pubblica Amministrazione provvedere in merito al servizio pubblico locale senza la procedura competitiva. Dalla documentazione da inviare alla AGCM, ovviamente prima dell'affidamento del servizio, deve emergere la convenienza di rinunciare alla gara ad evidenza pubblica, per le caratteristiche economiche, sociali ed ambientali del settore di mercato in questione, che deve essere descritto. Vanno altresì enunciati, *inter alia*, i previsti volumi e valori economici del servizio, gli eventuali finanziamenti prospettati, gli elementi individuanti e qualificanti l'impresa che aspira all'affidamento diretto ed il chilometraggio medio per ogni veicolo che sarà impiegato nell'attività in parola.

Qualora sia opportuno, è consentito a Regioni ed Enti locali di affidare simultaneamente con unica gara una pluralità di servizi pubblici locali, per un'identica durata, non superiore alla media di quelle consentite per ciascun affidamento (art. 23-*bis*, c. 6). Ancora a Regioni ed Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni, unificata con quella Stato-Città Autonomie Locali, spetta definire i bacini di gara del servizio, in fun-

zione della realizzazione di economie di scala e scopo, dell'efficienza ed efficacia dell'attività, nonché dell'integrazione dei trasporti collettivi a domanda debole con quelli maggiormente richiesti dall'utenza (art. 23-*bis*, c. 7), dandosi infine dettagliata delega al Governo per l'emanazione di regolamenti attuativi (c. 10 originario) ed abrogandosi il riferito art. 113 t.u.e.l. nelle parti incompatibili con lo stesso art. 23-*bis* in esame (c. 11 dello stesso).

La dichiarata prevalenza dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, aggiunto dalla l. di conversione, sulle discipline di settore eventualmente incompatibili ha garantito una sicura individuazione della normativa applicabile. Il disposto in parola si applica anche alle Regioni a statuto speciale e Province autonome, siccome volto a tutelare concorrenza, libertà di stabilimento e di attività imprenditoriale, ed a garantire il diritto degli utenti alla universalità ed accessibilità a servizi pubblici locali di adeguato livello, nell'esercizio, da parte del legislatore statale, della propria competenza su materie trasversali capaci di influire su altre pur pacificamente di competenza residuale regionale o delle Province autonome, come il t.p.l., non espressamente escluso (a differenza di altri servizi) dall'ambito di applicazione del predetto art. 23-*bis* (testo originario) e pertanto in esso ricompreso (in tal senso anche C. cost. 21 dicembre 2007, n. 452).

Proprio all'affidamento diretto d'un servizio di t.p.l. in provincia di Trento è dedicato un parere dell'AGCM (AS 518 del 19 marzo 2009), in cui si ribadisce l'assoggettamento anche delle Regioni a statuto speciale o Province autonome al disposto dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, come convertito nella l. 133/2008, quale norma che contempla la procedura competitiva per l'aggiudicazione dei servizi pubblici locali a tutela della concorrenza e con possibilità di deroga solo di fronte a peculiari caratteristiche del territorio servito, da dimostrarsi dall'Ente territoriale interessato, con indicazione delle misure, che lo

stesso deve adottare, di adeguata pubblicità della propria scelta particolare e di preventiva verifica negativa di possibili alternative di mercato.

Beninteso, al dettato dell'art. 23-*bis* in esame è consentito di derogare alle discipline nazionali di settore, ma non a quella comunitaria che, come accennato, pone dei paletti, alla scelta (consentita dall'ordinamento comunitario sino quasi alla fine 2019, se non vietata dalla legislazione nazionale del Paese membro) della gestione interna del trasporto pubblico da parte dell'amministrazione locale o dell'affidamento diretto ad altro soggetto dalla medesima controllato (art. 5.2, lett. da *a*) ad *e*), Reg. 1370/2007/CE): tali paletti si impongono anche all'Ente locale od alla Regione, qualora faccia uso di tale possibilità di scelta, di nuovo consentita espressamente dal d.l. 112/2008 in parola, dopo il divieto scaturente dalla mancata proroga del termine del 31 dicembre 2007, fissato dalla ricordata l. 26 febbraio 2007, n. 17, di conversione del d.l. 28 dicembre 2006, n. 300, per la "normale" cessazione degli affidamenti diretti in corso del servizio in parola.

4.3 Tra apertura e chiusura alla concorrenza nel settore in oggetto

L'illusione che si sia giunti ad un punto fermo dura poco, perché ben presto il legislatore nazionale interviene *in subiecta materia* con provvedimenti "a pioggia", di prolungamento, in qualsiasi modo, degli affidamenti del servizio pubblico di trasporto di persone, al di là di misure di finanziamento come quelle recate dall'art. 25 l. 28 gennaio 2009, n. 2.

Si comincia, in forma di emendamento al c. 1 dell'art. 18 d.lgs. 422/1997, con l'attribuire ai contratti di servizio del trasporto pubblico ferroviario, comunque affidato, una durata minima di 6 anni, rinnovabile di altri 6, nei limiti degli stanziamenti di bilancio, finendosi così con l'autorizzare una temporalmente ampia conferma degli attuali

affidamenti diretti del predetto servizio ferroviario (art. 7.3-*ter* l. 9 aprile 2009, n. 33, di conversione del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5).

Il successivo art. 61 l. 23 luglio 2009, n. 99 (disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese) consente alle autorità competenti, per tutti i trasporti pubblici regionali e locali di interesse economico generale, compresi quelli su strada, di avvalersi, anche in deroga alla disciplina di settore, delle previsioni di cui all'art. 5 c. 2, 4, 5 e 6 e soprattutto dell'art. 8.2 del riferito Reg. 1370/2007/CE, le quali, come accennato, ammettono quantomeno sino al 3 dicembre 2019 la gestione in proprio e l'affidamento diretto dell'attività in parola, e dopo tale termine li ammettono comunque in favore del gestore del servizio che ne accetti il rischio d'impresa, salva l'esigenza d'un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture nell'ipotesi di affidamento, ad un soggetto distinto dall'autorità affidante, del servizio di trasporto collettivo di persone su strada od a mezzo tram e metropolitana, escluso dalla facoltà per l'autorità competente di aggiudicare discrezionalmente i contratti di servizio pubblico, assentita invece per quello ferroviario (in tal senso i c. 2 e 6 dell'art. 5 e il c. 2 dell'art. 8 Reg. 1370/2007/CE). Secondo la nuova norma in esame l'aggiudicatario avrebbe potuto anche essere contemporaneamente affidatario diretto, cioè senza gara, di altri servizi di trasporto pubblico oppure essere una società collegata o controllata dall'Ente locale aggiudicante od addirittura essere il titolare delle infrastrutture del servizio.

Come legge posteriore, addirittura speciale al t.p.l., il disposto dell'art. 61 l. 99/2009 "supera", derogandolo, quello del ricordato art. 23-*bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112, inserito per i servizi pubblici locali di rilevanza economica generale dall'art. 1.1 della l. di conversione 6 agosto 2008, n. 133. Tale deroga fa venir meno soprattutto l'obbligatorietà della procedura competitiva prevista a partire della fine 2010 nel predetto art. 23-*bis* originario.

Nelle parti non incompatibili con la nuova e speciale norma, che non abroga espressamente quella dell'art. 23-*bis* né regola interamente la stessa materia da esso disciplinata, continua a valere il dettato di quest'ultimo articolo (art. 15 disp. prel. al c.c.).

Per inciso, vale la pena di annotare che l'art. 63 l. 99/2009 attribuisce espressamente anche alle Regioni a statuto speciale e Province autonome le funzioni ed i compiti di programmazione ed amministrazione dei servizi ferroviari di interesse locale in concessione alla F.S. (ora Trenitalia) s.p.a., già delegati, con decorrenza 1° giugno 1999, alle Regioni a statuto ordinario dall'art. 9.1 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422.

Quasi nel timore che l'ampiezza, anche temporale, del possibile ricorso, da parte delle pubbliche amministrazioni interessate, alla gestione od affidamento diretto del servizio, occasionsi un intervento della Consulta a tutela della concorrenza nel trasporto pubblico di interesse economico generale, cioè collettivo, la l. 3 agosto 2009, n. 102, di conversione del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 (c.d. "anticrisi"), aggiunge l'art. 4-*bis* per imporre alle autorità competenti che nella scelta diretta dell'aggiudicatario del servizio in parola si avvalgano delle ricordate previsioni dell'art. 5.2 Reg. 1370/2007/CE di assegnare contestualmente e con gara pubblica almeno il 10% del servizio stesso a soggetti non controllati concretamente dal medesimo aggiudicatario.

Alla società affidataria del servizio proprio per effetto del ricorso, da parte della Pubblica Amministrazione competente, alla facoltà di scegliere direttamente l'aggiudicatario ai sensi del predetto regolamento comunitario, è fatto divieto di partecipare a procedure competitive per l'affidamento del t.p.l. in altri ambiti territoriali.

I provvedimenti normativi che si sono via via succeduti a partire da quello di riforma organica della disciplina del trasporto collettivo regionale e locale, di cui al d.lgs. 422/1997 e successive modifiche, non hanno la pretesa di disciplinare *ex novo* l'intera materia in oggetto, ma

si limitano ad interventi parziali che si sovrappongono l'uno all'altro, facendo venir meno, nell'ambito del nuovo, il precedente dettato con quello incompatibile, al fine di ovviare ad esigenze, quantomeno ritenute tali, di protezione ed ordinato sviluppo del mercato.

Un tale scopo conduce ad una revisione, coll'art. 15 d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 20 novembre 2009, n. 166, dei criteri per l'affidamento dei diversi servizi pubblici di rilevanza economica generale in ambito regionale e locale, non esclusi e pertanto ricompresi quelli di trasporto collettivo, attraverso una serie di emendamenti all'originario ordito dell'art. 23-*bis* introdotto, come riferito, dalla l. di conversione 133/2008 nel d.l. 112/2008, per affermare i principi di concorrenza e libera prestazione di tali servizi.

Questi emendamenti, siccome posteriori ed assoluti nel loro limitato oggetto, costituito dai criteri di aggiudicazione del servizio e dal regime transitorio degli affidamenti eventualmente in essere, derogano alle precedenti, diverse disposizioni con identico oggetto, anche se espressamente dedicate al singolo servizio, come quelle di cui ai ricordati artt. 61 l. 99/2009 e 4-*bis*, inserito nel d.l. 78/2009 dalla l. 102/2009 di conversione, o dello stesso d.lgs. 422/1997, se incompatibili col nuovo regime.

Da tali novità resta tra l'altro escluso il trasporto ferroviario regionale, di cui viene ribadito l'assoggettamento al d.lgs. 422/1997 anche per l'organizzazione del servizio e per la durata di 6 anni, più altri 6 eventuali, per i relativi contratti (regola aggiunta al c. 1 dell'art. 18 d.lgs. 422/1997 dal ricordato c. 3-*ter* dell'art. 7 d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in l. 9 aprile 2009, n. 33).

Non viene invece confermata, nemmeno per il servizio ferroviario locale, la facoltà per Regioni ed Enti locali di aggiudicare i contratti di servizio di trasporto collettivo locale sulla base delle accomodanti previsioni dell'art. 5, c. 2, 4, 5 e 6 e dell'art 8.2 Reg. 1370/2007/CE, come era invece consentito dal ricordato art. 61 l. 99/2009 e, con

l'aggiunta di qualche limitazione, dall'art. 4-*bis*, aggiunto nel d.l. 78/2009 dalla l. di conversione 102/2009.

L'art. 15 d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito nella l. 20 novembre 2009, n. 166, conferisce la propria valenza temporale all'intero ordito, non suscettibile di frazionamento, dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, che lo stesso modifica. Pertanto, nella sua assolutezza, complessità e completezza e per il suo oggetto, il disposto dell'art. 23-*bis* in parola, appunto come modificato, prevale sulle precedenti disposizioni col medesimo incompatibili e dallo stesso *non* espressamente salvate, a differenza di quanto invece fatto per il d.lgs. 422/1997 in rapporto ai servizi ferroviari regionali.

L'entrata in vigore del predetto art. 15 d.l. 135/2009 chiude il brevissimo interregno dell'art. 61 l. 99/2009 e dell'art. 4-*bis* d.l. 78/2009 e la conseguente facoltà, per le pubbliche amministrazioni competenti, di avvalersi delle ampie scelte assentite, con salvezza però del contrario dettato nazionale, dalla normativa comunitaria per l'affidamento dei servizi pubblici di trasporto di persone su strada e ferrovia (artt. 5.2 e 4 Reg. 1370/2007/CE).

Il nuovo imperativo dettato nazionale esige, con l'espressa esclusione di alcuni servizi tra cui quello ferroviario (art. 23-*bis* 1 e 2, come emendato) che il conferimento della gestione del servizio pubblico regionale o locale di interesse economico generale avvenga a seguito di procedura competitiva in favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite, beninteso nel rispetto dei principi comunitari e relativi ai contratti pubblici, di economicità, efficienza ed efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, proporzionalità nonché parità di trattamento, oppure anche senza gara ad evidenza pubblica in favore allora d'una società a partecipazione mista pubblica e privata, nella quale il socio privato partecipi almeno per il 40% e sia stato scelto mediante gara avente ad oggetto anche i compiti di gestione del servizio. Si tratta della c.d. gara a doppio oggetto, la cui legittimità postula il rispetto dei

principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento e l'accertamento dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e gestionali in capo al socio privato per l'attività da svolgere (Corte giustizia CE, III sez., 15 ottobre 2009, nel procedimento C-196/08). Una volta individuati il partner privato e la sua funzione gestionale, si può procedere all'affidamento diretto del servizio, senza alcun bisogno di conferire alcuna quota dello stesso a soggetti diversi dalla società affidataria, come invece sostanzialmente richiesto poco tempo prima dal ricordato art. 4-*bis* d.l. 78/2009.

Solo di fronte alla comprovata impossibilità di ricorrere al mercato dei servizi in questione per eccezionali situazioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, l'Ente competente può affidare, direttamente e senza bisogno di cercare un socio privato, il servizio pubblico regionale o locale ma soltanto ad una società a capitale interamente pubblico, partecipata e controllata concretamente dallo stesso Ente, dotata dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* ed operante prevalentemente con lo stesso soggetto pubblico controllante (nuovo c. 3 dell'art. 23-*bis*, mentre il dettato originario si limitava a chiedere che l'aggiudicazione diretta fosse rispettosa «dei principi della disciplina comunitaria»). L'affidamento diretto dovrà essere, come secondo il disposto originario dell'art. 23-*bis* in esame, adeguatamente motivato e pubblicizzato, col contestuale interessamento dell'AGCM, con la novità che il parere della stessa, sempre non vincolante, non è obbligatorio per i servizi dal presunto valore economico complessivo inferiore ad una soglia rimessa alla determinazione prima della stessa Autorità e poi del regolamento governativo di attuazione del nuovo art. 23-*bis* in parola (c. 4-*bis* dello stesso, nella versione di cui al d.l. 135/2009 rispettivamente originario e modificato dalla l. di conversione). Il silenzio dell'AGCM per 60 giorni dal ricevimento dell'istanza dell'Ente locale è equiparato ad un parere favorevole (nuovo c. 4).

Nel nuovo art. 23-*bis* e nell'ottica dell'inderogabile ricorso alla procedura competitiva ad evidenza pubblica per l'individuazione del gestore del servizio pubblico regionale o locale, compreso il trasporto collettivo di persone su strada, viene articolato il periodo transitorio degli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore di tale disposizione, invece fissato unitariamente, con scadenza al 31 dicembre 2010, nel dettato originario dell'art. 23-*bis* d.lgs. 112/2008.

Tale data viene in qualche caso mantenuta, in altri differita, ma comunque abbondantemente meno di quanto previsto, salva (come detto) contraria disposizione nazionale, dal riferito art. 8.2 Reg. 1370/2007/CE, il quale fissa il 3 dicembre 2019 per l'avvio delle gare (art. 5.1) o per il c.d. *in house*, col rispetto allora dei ricordati paletti fissati nell'art. 5.2, da cui sono eccettuati i servizi minori o ferroviari *ex* art. 5, c. 4 e 6, dello stesso regolamento comunitario.

In particolare, le gestioni totalmente *in house* ancora operanti alla data del 22 agosto 2008, già prorogate in forza del dettato originario dell'articolo in esame, cessano automaticamente ed improrogabilmente il 31 dicembre 2011; analoga scadenza colpisce gli affidamenti diretti a società miste pubblico-private, per le quali la scelta del socio privato sia stata fatta con gara *non* a doppio oggetto, mentre se la procedura competitiva ha interessato anche i compiti operativi del socio privato la scadenza sarà quella prevista nello stesso contratto di servizio; quest'ultima scadenza vale anche per gli affidamenti diretti, in corso alla data del 1° ottobre 2003, ad una società a partecipazione pubblica già quotata in borsa alla stessa data od a quelle controllate dalla medesima, purché la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015, cessando altrimenti automaticamente e, rispettivamente, alle date del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015, qualora non sia già scaduto lo stesso contratto di servizio; per tutte le altre gestioni è fissato inderogabilmente il termine fina-

le del 31 dicembre 2010 (nuovo c. 8 dell'art. 23-*bis*, nel testo risultante dall'art. 15 d.l. 135/2009 come convertito). Con l'eccezione delle società quotate in borsa e del socio privato selezionato con gara a doppio oggetto e partecipante per almeno il 40% alla società affidataria del servizio, i gestori d'un servizio pubblico regionale o locale a seguito di qualsiasi affidamento diverso dalla procedura competitiva, le loro società controllate o controllanti e quelle controllate dalla medesima controllante, nonché gli affidatari della gestione delle infrastrutture del servizio separata dall'esercizio dello stesso, non possono, per tutta la durata della gestione ad essi affidata, acquisire quella di altri servizi, persino in ambiti territoriali diversi da quello di competenza, né effettuare analoghe attività per conto di altri affidatari d'un qualsiasi servizio pubblico regionale o locale di rilevanza economica generale (nuovo testo della prima parte del c. 9 dell'art. 23-*bis*, sostanzialmente allineato all'originario dettato).

L'emendamento, recato dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, nel convertire il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, rischia di privare di rilevanza l'ultima parte del c. 9 dell'art. 23-*bis*, come risultante dall'emendamento stesso. Anteriormente a tale legge di conversione, la predetta parte di disposizione, al pari del corrispondente dettato originario dell'art. 23-*bis*, prevedeva che gli affidatari diretti del servizio pubblico locale (compreso quello regionale, ad esclusione del ferroviario) potessero, ovviamente all'approssimarsi della scadenza dell'affidamento in corso, concorrere alla prima gara per il nuovo affidamento dello specifico servizio già da loro gestito. L'attuale ultima parte del comma in questione consente agli affidatari diretti di «concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara *successiva* (corsivo nostro) alla cessazione del servizio [...] avente ad oggetto i servizi da essi forniti». Ma se è cessato il servizio, non opera più il divieto di cui al primo periodo del comma in esame, limitato a «tutta la durata della gestione», talché gli ormai ex affidatari possono partecipare a tutte le procedure competitive

ad evidenza pubblica per qualsiasi servizio pubblico locale (nel senso indicato): a meno che si voglia intendere l'emendamento in questione come rivolto ad allargare, a tutto il territorio nazionale ed a tutti i servizi dello stesso tipo di quello specificamente gestito e prossimo a scadenza ma non ancora cessato, la possibilità, per il suo affidatario, di partecipare alla gara bandita per un affidamento con decorrenza immediatamente successiva alla data di cessazione del servizio ancora gestito dal predetto affidatario al momento del bando.

Ben dopo il prorogato (c. 9, lett. *e*), dell'art. 15 d.l. 135/2009) termine fissato dal c. 10 dell'art. 23-*bis*, vengono emanate, nelle forme contemplate dall'art. 17.2 l. 23 agosto 1988, n. 400, e così con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, le norme regolamentari governative di attuazione del predetto articolo, seguendo accuratamente i dettami posti al riguardo nello stesso comma.

Tra questi spiccano la chiarezza e completezza del bando di gara o delle lettere di invito (art. 226 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici) e l'esigenza di tenere ben distinte le funzioni di regolazione da quelle di gestione, perseguita nel regolamento in parola attraverso la puntuale indicazione dei soggetti esclusi da cariche amministrative e gestionali nel servizio pubblico locale (nel senso indicato) o dalle commissioni preposte alle procedure competitive ad evidenza pubblica (art. 9 d.P.R. 168/2010). Ben inteso, una persona che ha ricoperto funzioni in un Ente territoriale può amministrare o gestire una società di servizi appartenente, anche solo per una quota, ad un Ente territoriale di diverso grado (c.d. trasversalità) come, ad es., nel caso che entri nel consiglio di amministrazione di una società comunale chi ha svolto attività amministrativa o gestionale nella Provincia in cui ha sede tale società, a meno che la stessa Provincia partecipi al capitale della società in questione (art. 8.3 d.P.R. in parola).

La concorrenzialità e liberalizzazione nella prestazione dei servizi pubblici regionali e locali, compresi quelli di trasporto con la riferi-

ta eccezione dei servizi ferroviari (come ribadito nell'art. 1 del d.P.R. in esame sulla base delle riferite modifiche recate all'art. 23-*bis* originario dal d.l. 135/2009), possono subire una riduzione da parte dell'Ente locale o della Regione solo per effetto d'una rigorosa verifica dell'incapacità, per la libera iniziativa economica privata, di garantire un servizio collettivo adeguato ai bisogni della collettività locale ed a seguito d'una delibera dello stesso Ente sull'opportunità d'un regime di esclusiva del servizio. La predetta verifica deve essere periodica e la relativa delibera è soggetta ad «adeguata pubblicità» e va trasmessa all'AGCM.

La riserva del servizio non esclude per i terzi l'autoproduzione dello stesso per uso proprio o di società controllanti o controllate.

Per evitare che il titolare d'un diritto di esclusiva trascuri il servizio affidatogli per svolgere attività in altri mercati, gli si fa obbligo di provvedere a queste mediante società separate. Inoltre, qualora il predetto soggetto renda disponibili a tali società beni o servizi, anche informativi, acquisiti nel mercato riservato, il medesimo soggetto deve rendere partecipi degli stessi beni e servizi anche le imprese concorrenti con quelle dallo stesso partecipate o controllate negli altri mercati (art. 2 d.P.R. 168/2010 nel richiamo dell'art. 8.2-*bis* e *quater* e dell'art. 9 l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Viene determinata in 200.000 euro annui la soglia del valore economico del servizio da sottoporre obbligatoriamente al parere dell'AGCM, preventivo rispetto alle successive iniziative dell'amministrazione competente circa l'affidamento, diretto o meno, del servizio stesso (art. 4 d.P.R. in parola). Il parere in questione resta *non* vincolante, secondo quanto previsto sia in generale dall'art. 22 l. 10 ottobre 1990, n. 287, istitutiva dell'AGCM, che dal c. 4 dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, che non attribuiscono una siffatta vincolatività a tale parere e non sono, ovviamente, superabili da un regolamento meramente attuativo di quest'ultima disposizione.

Al di là del dubbio che il c. 4 dell'art. 4 d.P.R. 168/2010 si riferisca esclusivamente ai servizi del settore idrico, nel richiamo fatto al precedente c. 2, dedicato espressamente solo a tale settore, si osserva che è comunque l'Ente affidante a dover verificare la convenienza d'una gestione *in house* per i cittadini e, in caso negativo, «anche su segnalazione» e non imposizione da parte dell'AGCM, a procedere alla revoca dell'eventuale affidamento diretto e ad avviare la gara ad evidenza pubblica (art. 4.4 del predetto d.P.R.).

Per l'acquisto di beni e servizi da parte delle società *in house* e di quelle miste affidatarie del servizio pubblico locale (nell'ampio senso indicato) suona scontato il rinvio (art. 6 d.P.R. 168/2010) alle disposizioni del d.lgs. 163/2006, Codice dei contratti pubblici, qualora l'importo di tale acquisto raggiunga o superi la soglia di cui all'art. 28 dello stesso, cioè 211.000 euro (appalti pubblici di forniture e servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse dalle autorità governative centrali, cioè in sostanza dai vari Ministeri). Peraltro, anche ricorrendo tale condizione il Codice dei contratti pubblici non ha valore cogente per gli acquisti di beni o servizi finalizzati alla realizzazione dell'oggetto sociale da parte delle società *in house* e miste con capitale pubblico anche non maggioritario, diverse da organismi di diritto pubblico e costituite per la produzione di servizi pubblici locali in regime non concorrenziale, purché la scelta del socio privato sia avvenuta con gara pubblica ed il medesimo possa dirsi qualificato in ordine all'attività corrispondente all'oggetto della società affidataria ed inoltre questa provveda direttamente, in misura superiore al 70%, alla realizzazione del servizio per cui è stata costituita (art. 6.2 d.P.R. 168/2010, nel rinvio all'art. 32.3 d.lgs. 163/2006).

Altrettanto scontato appare, per le predette società, il rinvio all'art. 35.3 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 163, t.u.sul pubblico impiego, per le operazioni di assunzione del personale dipendente. Il richiamo alle stesse regole di procedura selettiva pubblica nel pubblico impiego,

per il reclutamento del personale delle società *in house* e miste affidatarie di servizi pubblici locali (sempre nell'ampio senso indicato), con la ribadita eccezione delle società quotate in mercati regolamentati, mira ad evitare, per quanto possibile, ombre di clientelismo.

L'avvio della procedura pubblica di assunzione del personale dovrà essere rapportato ad una programmazione triennale del relativo fabbisogno. Tale procedura dovrà poi essere adeguatamente pubblicizzata; imparziale, anche per effetto di criteri rigorosi nella scelta dei membri della commissione; rispettosa delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; decentrata sul territorio, economica e veloce, oggettiva e trasparente, con forme di preselezione e l'ausilio di sistemi automatizzati (art. 7 d.P.R. 168/2010, nel richiamo dell'art. 35 d.lgs. 165/2001).

Il principio di reciprocità presiede alla possibilità, per le imprese extracomunitarie, di partecipare a gare per l'affidamento di servizi pubblici regionali e locali nel nostro Paese (art. 9 d.P.R. in esame).

Mira a garantire la continuità del servizio, in caso di subentro nella sua gestione, il dettato dell'art. 10 d.P.R. 168/2010, particolarmente per la cessione dei beni strumentali non interamente ammortizzati.

Nei contratti di servizio e nelle carte di qualità dei servizi dovranno essere specificamente contemplate forme di tutela non giurisdizionale dei diritti degli utenti del servizio pubblico regionale e locale, per la quale viene proposta, in allegato al d.P.R. in esame, una sorta di formulario della domanda di avvio della procedura conciliativa, salve le discipline di settore e le disposizioni di cui all'art. 2.461 l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008), appunto in tema di tutela dei consumatori soprattutto attraverso il continuo monitoraggio della qualità del servizio (art. 11 d.P.R. in parola).

Si procede infine, un po' superfluamente, ad individuare le disposizioni abrogate ai sensi del c. 10, lett. *m*), dell'art. 23-*bis*

d.l. 112/2008; ad affermare la prevalenza del Reg. 1370/2007/CE e degli statuti speciali e relative norme di attuazione, e ad eliminare l'avverbio «esclusivamente» nel c. 3-*bis*, secondo periodo, dell'art. 18 d.lgs. 422/1997: avverbio incompatibile con la possibilità, sia pur eccezionale, di affidamenti senza gare pubbliche, prevista dal predetto art. 23-*bis*, il quale già abroga le norme con esso incompatibili, solo individuate dal regolamento attuativo.

4.4 Interventi della Consulta sulla concorrenzialità nei servizi pubblici locali

Il regolamento governativo in parola prevede altresì (art. 5) la disciplina attuativa del patto di stabilità interno a cui gli affidatari *in house* dei servizi pubblici regionali e locali erano stati in precedenza assoggettati dal c. 10, lett. *a*), dell'art. 23-*bis* in oggetto. Sennonché proprio la previsione del patto interno di stabilità anche per le imprese o società affidatarie dirette del servizio è stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta con sentenza 3-17 novembre 2010, n. 325, al termine d'un complesso giudizio di legittimità che ha interessato pressoché per intero il dettato del predetto articolo. Il patto in questione attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente (art. 117.3 cost.), per cui il legislatore statale non può delegare al Governo l'emanazione di norme regolamentari su tale patto (considerato in diritto n. 12.6 della predetta decisione), come invece disposto dalla lett. *a*) del c. 10, spettando appunto tale competenza regolamentare al legislatore regionale (art. 117.6 cost.). L'incostituzionalità della norma di delega trascina con sé la disposizione regolamentare attuativa, da considerarsi pertanto invalida ed inefficace.

Per il resto, la C. cost. salva l'art. 23-*bis* in questione, dichiarando per contro l'illegittimità d'una serie di disposizioni regionali perché invasive della competenza legislativa esclusiva statale.

Innanzitutto viene affermata la compatibilità della recente normativa statale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica con quella comunitaria, nella sostanziale omogeneità tra la “domestica” definizione di tali servizi e la nozione di servizio economico generale impiegata nei Trattati comunitari e nello stesso Reg. 1370/2007/CE, e del resto richiamata nell’art. 23-*bis*.1 per tratteggiare il proprio ambito di applicazione, cioè un’attività oggettivamente riferita ad «uno specifico e peculiare mercato».

La Consulta evidenzia che la normativa comunitaria sull’affidamento diretto e la gestione in proprio, da parte dell’Ente territoriale, dei servizi d’interesse economico generale, è molto meno rigorosa di quella “domestica” sugli stessi servizi, la quale addirittura amplia i casi di necessaria applicazione della gara ad evidenza pubblica, comprimendo così la possibilità di derogare ai principi comunitari in tema di concorrenza (considerato in diritto n. 6 e 6.1). Le Regioni non possono nemmeno lamentare la violazione della Convenzione europea relativa alla Carta delle autonomie locali, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 e ratificata con l. 30 dicembre 1989, n. 439, atteso soprattutto il carattere generale e definitorio delle disposizioni della stessa, tanto che «le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge», con un rinvio appunto «alla normativa nazionale» (considerato in diritto n. 6.2).

Viene poi ribadito che la disciplina dell’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali (nel senso di non avvocati alla competenza amministrativa dello Stato: considerato in diritto n. 12.3.16 e 12.5) di rilevanza economica va ricondotta alla tutela ed alla promozione della concorrenza, materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 17.2, lett. *e*), cost.), e che non è irragionevole, in rapporto appunto alla concorrenzialità, una disciplina restrittiva degli affidamenti *in house*, sull’esempio del «divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia, introdotto dai non censurati art. 35 l.

448/2001 e 14 d.l. 269/2003» (considerato in diritto n. 8.1.1 e 8.1.2). Inoltre tale competenza legislativa esclusiva statale «comprende anche la disciplina amministrativa relativa all'organizzazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, a prescindere dall'avocazione allo Stato di competenze amministrative degli altri livelli territoriali di governo» (considerato in diritto n. 12.3.16).

La Consulta giustifica anche il regime transitorio degli affidamenti diretti in atto, allo scopo di «attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione» (considerato in diritto n. 8.2, 13.1.1 e 13.2.3), senza peraltro far parola della circostanza che differimenti delle scadenze di tali affidamenti si erano già più volte e lungamente succeduti prima di quello recato dall'art. 23-*bis*, nel testo sia originario che modificato. A nostro sommo avviso, l'irragionevolezza della legge sta invece nelle continue, indiscriminate e non eccezionali proroghe degli affidamenti diretti in via di scadenza, proprio perché contrarie alla promozione della concorrenza, diversamente da quanto preteso dalle Regioni, che lamentano la minor ampiezza del regime transitorio di cui all'art. 23-*bis* in questione rispetto a quanto consentito in proposito dal dettato comunitario (sino al 3 dicembre 2019, *ex art. 8.2 Reg. 1370/2007/CE*): censura dichiarata inammissibile per genericità, però con la precisazione che «il diritto comunitario consente in ogni caso al legislatore interno di prevedere limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie» (considerato in diritto n. 11.2.1).

Per ragioni analoghe viene archiviata la lamentela che il c. 8 dell'art. 23-*bis* costringe, a differenza del diritto comunitario, l'affidatario «diretto (non solo *in house provider*) a svolgere la propria attività esclusivamente nei confronti degli enti affidanti» (considerato in diritto n. 11.2.2).

La tutela della concorrenza investe ogni aspetto delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali (nell'ampio senso indicato), e così

anche la determinazione della soglia minima per la richiesta del parere dell'AGCM sull'affidamento diretto in casi eccezionali. Lo Stato è pertanto titolare anche della potestà regolamentare in proposito (art. 117.6 cost.), convalidandosi in tal modo il c. 4-*bis* dell'art. 23-*bis*, anche come modificato e (aggiungiamo noi) il relativo disposto regolamentare dell'art. 4 d.P.R. 168/2010 (considerato in diritto n. 12.4).

L'esigenza di evitare frammentazioni nelle gestioni dei servizi pubblici regionali e locali giustifica poi, sempre nel quadro della tutela della concorrenza, la norma del c. 7 dell'art. 23-*bis*, che vincola Regioni ed Enti locali ad una serie di criteri e soprattutto all'intesa con la Conferenza unificata Stato-Città ed autonomie locali e Stato-Regioni, nella determinazione, da parte di queste ultime o degli Enti locali, dei bacini di gara (considerato in diritto n. 12.5).

Ancora alla materia della tutela della concorrenza, siccome finalizzata ad evitare distorsioni dell'assetto concorrenziale del servizio nella fase dell'acquisizione degli strumenti necessari alla sua gestione, attengono le disposizioni (c. 10, lett. *a*), art. 23-*bis* e artt. 6 e 7 d.P.R. 168/2010), in tal modo convalidate dalla Consulta, che impongono la procedura ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale. Sempre alla predetta materia attiene la determinazione della dimensione ottimale della gestione del servizio, giustificandosi così la disposizione (c. 10, lett. *b*), art. 23-*bis*) che delega il Governo a prevedere che i Comuni con un limitato numero di residenti possano associarsi per svolgere le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali (considerato in diritto n. 12.6).

In generale la Consulta evidenzia la ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza dell'intervento legislativo statale di cui all'art. 23-*bis* in oggetto, che favorisce, nei servizi pubblici regionali e locali, la concorrenzialità auspicata sia dall'ordinamento interno che da quello comunitario, pur senza escludere, ove giustificato da particolari situazioni locali, un affidamento *in house* del servizio, ben potendo il legi-

slatore statale porre anche norme di dettaglio nelle materie di competenza esclusiva, come quella della tutela della concorrenza (considerato in diritto n. 13.2.1 e 13.2.2).

Infine, non contrasta con l'art. 119 cost. la possibilità, per le società a partecipazione pubblica, di beneficiare di consistenti proroghe degli affidamenti diretti, subordinatamente solo alla progressiva riduzione di tale partecipazione (c. 8, lett. *d*), art. 23-*bis*). Il predetto parametro costituzionale garantisce a Regioni ed Enti locali un patrimonio, però «attribuito secondo i principi generali determinati dallo Stato nelle materie di sua competenza legislativa, fra cui [...] la tutela della concorrenza, disciplinata [...] proprio dalle norme censurate» (considerato in diritto n. 17.2).

Ma se la Consulta salva, nella sostanza pressoché per intero, l'art. 23-*bis* in questione, non può però esimersi, poco tempo dopo, dal rimmetterlo in gioco, ammettendo, con sentenza 12-26 gennaio 2011, n. 24, un referendum abrogativo dello stesso, a seguito di dichiarazione, da parte dell'Ufficio centrale per il referendum con ordinanza del 6 dicembre 2010 (in G.U. 1° aprile 2010, serie gen., n. 76), della legittimità della richiesta referendaria popolare.

La C. cost. avalla il quesito referendario, dichiarandone l'estraneità ai limiti in proposito previsti dall'art. 75 cost. (leggi tributarie, di bilancio o sistema finanziario, norme costituzionali o a contenuto costituzionalmente vincolato, amnistia e indulto, ratifica di trattati internazionali) e la chiarezza, quantomeno nell'intento proclamato dai promotori del referendum, «di limitare gli eccessi delle cosiddette privatizzazioni della gestione dei servizi pubblici locali» (ritenuto in fatto n. 4). In particolare la Consulta sottolinea che l'eventuale abrogazione referendaria non comporterà inadempimenti ad obblighi comunitari, posto che l'art. 23-*bis* «integra solo una delle diverse possibili discipline» nazionali, nel quadro del «minimo inderogabile per gli Stati membri» in tema di assetto concorrenziale del mercato dei servizi pubblici locali di

rilevanza economica (considerato in diritto n. 4.2.1), e che la c.d. «normativa di risulta» non comporterebbe comunque, all'esito eventualmente positivo del referendum in parola, «un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o [...] imposti dalla Costituzione».

La Consulta va poi alla ricerca di tale normativa di risulta, nel presupposto, confortato da altra giurisprudenza costituzionale (C. cost. 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 40, e soprattutto 3-7 febbraio 2000, n. 31) e di legittimità (Cass. 8 giugno 1979, n. 3284) che l'abrogazione referendaria, al pari di quella legislativa ed a differenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale, opera soltanto *ex nunc*, cioè non fa perdere fin dall'origine efficacia alla norma abrogata e pertanto non ha normalmente alcun effetto ripristinatorio delle disposizioni che quest'ultima avesse a propria volta abrogato, le quali restano così abrogate ed inefficaci, senza alcuna reviviscenza: in altri termini, l'effetto abrogativo si realizza al momento dell'entrata in vigore della norma sottoposta al referendum e non può essere toccato da quest'ultimo, che (ovviamente se accolto) produce effetti a partire da un momento decisamente posteriore e cioè dal giorno successivo a quello di pubblicazione nella G.U. del d.P.R. dichiarativo del risultato positivo del referendum abrogativo (art. 37 l. 25 maggio 1970, n. 352, Norme sui referendum).

Resterebbero così espressamente abrogati i commi dell'art. 113 t.u.e.l. indicati nella lett. a) dell'art. 12 d.P.R. 168/2010, a propria volta abrogato in forza dell'abrogazione della norma dallo stesso attuata. I commi in questione riguardano il conferimento della titolarità del servizio, le relative procedure competitive, il regime transitorio degli affidamenti diretti, e conseguentemente la Consulta, nel caso di abrogazione referendaria dell'art. 23-bis che ridisciplina tali profili del servizio pubblico locale in generale, individua nella normativa comunitaria

quella immediatamente applicabile al predetto servizio (considerato in diritto n. 4.2.2.).

Per il t.p.l. su strada, tranvia o metropolitana tale conclusione andrebbe, sempre all'esito positivo del referendum in parola, verificata in relazione alle disposizioni dedicate al predetto servizio, come il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, come successivamente modificato, o gli art. 4-*bis* d.l. 1° luglio 2009, n. 78, introdotto dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, e 61 l. 23 luglio 2009, n. 99, i quali ultimi hanno finito in rapida successione, come detto, per derogare ai criteri rigorosi enunciati, per individuare l'affidatario dell'attività, dal d.lgs. 422/1997, il quale è stato fatto espressamente salvo (si ricorda) solo per il servizio ferroviario dallo stesso art. 23-*bis*, e resta salvo per tale attività indipendentemente dalle vicende di quest'ultimo articolo: vicende viceversa interessanti lo stesso d.lgs. 422/1997 per i trasporti pubblici locali (regionali compresi) di linea diversi da quello ferroviario e le altre disposizioni succitate, non espressamente abrogate dall'art. 12 d.P.R. 168/2010.

Quest'ultimo ha espressamente eliminato, come detto, solo l'avverbio «esclusivamente» dall'art. 18.3-*bis* del d.lgs. 422/1997, sembrando a questo punto voler salvare il resto di tale decreto e soprattutto di quest'ultimo articolo, che pone i criteri di individuazione del gestore del t.p.l., diventati però, dopo la cancellazione del predetto avverbio, concorrenti con quelli posti dall'art. 23-*bis*, siccome compatibili con questi ultimi. L'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* rimetterebbe in primo piano il dettato del d.lgs. 422/1997, in specie del suo art. 18.3-*bis*, sia pur senza la previsione della gara ad evidenza pubblica come *esclusivo* criterio dell'affidamento del t.p.l., in linea con l'orientamento comunitario di ammettere tale attività anche se *in house*, però «soggetta a controlli rigorosi» (Considerando n. 18 del Reg. 1370/2007/CE per i trasporti collettivi su strada, tranvia e metropolitana, ritenendosi addirittura, come detto in riferimento al Considerando n. 26 dello stesso, «giustificato consentire alle autorità competen-

ti di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia»), come quelli di cui al ricordato art. 5 Reg 1370/2007/CE, riportati anch'essi in primo piano dall'eventuale abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, come successivamente modificato e parzialmente censurato dalla Consulta.

Sembrano invece tacitamente e definitivamente abrogati, per incompatibilità con la successiva norma dell'art. 23-*bis*, i ricordati artt. 4-*bis* d.l. 78/2009 e 61 l. 99/2009, siccome ammissivi di criteri di affidamento del t.p.l. meno severi di quelli poi voluti abbastanza rigorosamente dall'art. 23-*bis* in questione. Un'eventuale abrogazione referendaria di quest'ultimo non farebbe comunque rivivere tali disposizioni, per il riferito carattere *ex nunc* degli effetti di tale abrogazione.

4.5 Ancora rinvii dell'obbligo di gara per l'affidamento del trasporto pubblico locale di linea

In questo tormentato, se non addirittura evanescente, quadro della disciplina dei servizi pubblici regionali e locali, compresi i trasporti collettivi di persone (esclusi quelli ferroviari), in attesa (il 13 giugno 2011) dei risultati del referendum abrogativo dell'intero art. 23-*bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come successivamente modificato e nel testo risultante a seguito della ricordata sentenza 325/2010 della Consulta, interviene un altro rinvio del più vicino termine di cessazione degli affidamenti diretti del t.p.l. di cui alla lett. e) del c. 8 del predetto articolo, prorogato dal 31 dicembre 2010 al 31 marzo 2011 ad opera dell'art. 1.1 d.l. "milleproroghe" 29 dicembre 2010, n. 225. Lo stesso d.l. (art. 1.2) ha delegato ad un successivo regolamento governativo, nell'ottica della delegificazione, la possibile, ulteriore proroga, sino al 31 dicembre 2011, del predetto nuovo termine: quest'ultima data sarebbe stata, allora, una scadenza comune agli affidamenti diretti di cui alle

lett. *a)*, *b)* ed *e)* del c. 8 dell'art. 23-*bis*, di definizione del regime transitorio degli stessi.

La l. 26 febbraio 2011, n. 10, nel convertire il predetto d.l., ha alleggerito la procedura di emanazione del provvedimento dell'eventuale, ulteriore proroga, eliminandone la forma del decreto governativo di cui all'art. 17.2 l. 23 agosto 1988, n. 400, ed esigendo soltanto che il d.p.c.m. di differimento del termine del 31 marzo 2011 sia assunto previo parere della Commissione parlamentare per la semplificazione e delle altre Commissioni competenti per le conseguenze di carattere finanziario.

Nel d.p.c.m. 25 marzo 2011 (ulteriore proroga di termini relativa al Ministero della Gioventù, in G.U., serie gen., 21 marzo 2011, n. 74), il differimento degli affidamenti diretti in questione, peraltro solo sino al 30 settembre 2011, viene motivato come «necessario in quanto non risultano ancora erogate le risorse finanziarie finalizzate alle esigenze del trasporto pubblico locale».

La concorrenzialità può attendere... *c'est l'argent qui fait la guerre.*

*Silvio Busti**

Lascio la parola al Prof. Claroni, che presenta una relazione sulla riforma del trasporto pubblico locale alla luce dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, modificato sia dalla legge di conversione che, soprattutto, dal d.l. 25 settembre 2009 n. 135.

Prego.

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

LA RIFORMA DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE
ALLA LUCE DELL'ART. 23-BIS DEL
DECRETO LEGGE 25 GIUGNO 2008, N. 112

*Alessio Claroni**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *L'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112: cenni preliminari.* – 2.1 *Ambito di applicazione.* – 2.2 *Le modalità di affidamento del servizio previste nell'ambito dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008.* – 2.3 *Il regime transitorio alla luce dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008.* – 2.4 *Il Decreto del Presidente della Repubblica del 7 settembre 2010, n. 168.*

1. Premessa

Il presente contributo intende offrire alcuni spunti di riflessione circa un provvedimento in riferimento al quale, in questi ultimi anni, si sono aperte intense discussioni, segnatamente rappresentato dall'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 6 agosto 2008, n. 133.

Come è noto, l'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 è intervenuto, disciplinandolo, nel settore dei servizi pubblici locali e, segnatamente, di quelli espressamente individuati come «di rilevanza economica».

Preme rilevare come sulla distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi pubblici privi di tale rilevanza, si sia e-

* Docente a contratto di Diritto dei Trasporti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

spresso il Consiglio di Stato con propria sentenza n. 5072 del 30/08/2006 a tenore della quale «Va qualificato a rilevanza economica un servizio pubblico nel quale è presente una rilevante componente economica tesa ad assicurare non la mera copertura delle spese ma anche un potenziale profitto d'impresa. La valutazione relativa al carattere privo o meno di rilevanza economica del servizio in affidamento non può andare disgiunta da una considerazione globale dell'attività posta in essere dalla società affidataria».

In tale contesto, più recentemente, la Corte costituzionale, con propria sentenza n. 325 del 17/11/2010 ha osservato che «sebbene in ambito comunitario non venga mai utilizzata l'espressione "servizio pubblico locale di rilevanza economica", ma solo quella di "servizio di interesse economico generale" (Sieg), la nozione comunitaria di Sieg, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di Spl di rilevanza economica hanno "contenuto omologo". Lo stesso c. 1 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai Spl di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di "servizi di interesse generale in ambito locale" di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria. Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento, infatti, ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni. Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica. La disciplina comunitaria del Sieg e quella censurata del Spl divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla regola

dell'evidenza pubblica: a) la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; b) lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei Spl ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto».

Ciò premesso, la norma in parola estende la disciplina connessa al concetto di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" anche al settore a noi caro, quale è quello del trasporto pubblico locale, che, in tal modo, deve sottostare ai precetti individuati dalla disposizione normativa in esame. A tal proposito, infatti, preme sin d'ora rilevare come sia il primo comma dell'art. 23-bis in parola a prevedere che «le disposizioni contenute nell'art. 23-bis si applicano a tutti i servizi pubblici locali [...]».

E d'altra parte, a tal proposito, non rappresenta un concetto nuovo quello secondo cui il "trasporto pubblico locale" rientra nella più ampia categoria dei "servizi pubblici", rappresentando indiscutibilmente una attività rivolta a prestare alla collettività, globalmente considerata, beni e servizi essenziali per la funzionalità di ciascuno dei suoi membri¹.

Vale la pena ricordare, al riguardo, che già una disposizione legislativa degli inizi del ventesimo secolo riconduceva la tipologia di trasporto in parola al novero dei servizi pubblici.

¹ PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 391, delinea il trasporto pubblico locale come un servizio in cui l'ente locale richiede all'impresa di trasporti di fissare uniformemente il prezzo dei biglietti, indipendentemente dalle zone servite, e ad un livello molto inferiore a quello che eguaglia il costo marginale (totale), con ciò consentendo alla collettività tutta di usufruire del servizio di trasporto collettivo. L'eventuale conseguente disavanzo dell'impresa che gestisce il servizio è finanziato dall'ente locale medesimo con risorse che gli provengono dai contribuenti.

Sul trasporto pubblico locale quale servizio pubblico, cfr. CARNEVALE VENCHI, *Trasporti in concessione* (voce), in *Enc. Dir.*, XLIV, 1109; COLACITO, *Autolinee* (voce), in *Enc. Giur.*, IV, 1; *Dizionario Enciclopedico del diritto* (diretto da Francesco Galgano), Padova, 1996, 1504.

Il legislatore, infatti, già nel R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 dal titolo «Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province», indicava espressamente tra i servizi pubblici "municipalizzabili" e, cioè, il cui esercizio poteva essere assunto direttamente da parte dei Comuni e delle Province, ogni «impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni» (art. 1).

2. L'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112: cenni preliminari

Tornando alla disposizione normativa in esame, non può prescindersi dal rilevare come si tratti di una disposizione non scevra, dal 2008, di importanti modifiche, che hanno inciso, in maniera rilevante, sull'assetto della norma medesima, così rendendola complessa e, in molti casi, discussa.

In estrema sintesi, con riferimento all'argomento a noi caro, preme segnalare come la disposizione in parola sia stata modificata, prima, dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 20 novembre 2009, n. 166), quindi, più recentemente, dal decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 26 febbraio 2011, n. 10).

Per completezza, deve osservarsi come sui contenuti della norma abbia, altresì, inciso il Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168, recante «Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133».

Da ultimo, è doveroso, inoltre, rilevare come la Corte costituzionale, con propria sentenza n. 24 del 12 gennaio 2011, abbia dichiarato l'ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo popolare dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112. Ciò a conferma della discutibilità, per alcuni, o della discussione, per altri, che la norma è in grado di produrre.

2.1 Ambito di applicazione

Si è già avuto modo di precisare come l'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, nel disciplinare i "Servizi pubblici locali di rilevanza economica", estenda il proprio ambito di applicazione anche al trasporto pubblico locale.

Peraltro, l'applicazione della disposizione in esame al settore del trasporto pubblico locale trova ulteriore conferma nel comma 10, lett. *d*) dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, laddove si rinvia al Governo l'adozione di uno o più regolamenti volti ad armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, anche con riferimento alla materia dei trasporti.

Più specificamente, ma sempre in questo contesto, assume, altresì, rilevanza il recente parere con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato² si è espressa relativamente ad alcuni quesiti che le erano stati posti in merito all'applicabilità della disciplina di cui all'articolo 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 all'affidamento di servizi di trasporto pubblico regionale su gomma, in particolare chiedendo di chiarire se la disciplina dettata dall'articolo 23-*bis*, riguardante l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, si applichi soltanto ai servizi pubblici di pertinenza dei Comuni e delle Province o anche delle Regioni e, nell'ipotesi in cui l'Autorità ritenga che il

² Parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS793 dell'11 gennaio 2011, in Bollettino 2/2011.

concetto di servizi pubblici locali non ricomprenda quello di servizi regionali, di precisare se la materia del trasporto regionale su gomma sia soggetta alle norme contenute nel decreto legislativo n. 422/97 o piuttosto a quelle contenute nel regolamento comunitario n. 1370/2007³, che si discostano sensibilmente dalle prime con riguardo alle modalità di affidamento dei servizi e alla gestione degli stessi nel periodo transitorio.

Orbene, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avuto modo di precisare, tra l'altro, che «se con la locuzione “servizi pubblici locali” si fa generalmente riferimento ai servizi svolti dagli enti pubblici locali – vale a dire da Province e Comuni –, ciò non appare tuttavia implicare che i “servizi pubblici locali” siano esclusivamente quelli svolti da tali enti. Infatti, dal più ampio contesto della normativa speciale di settore emergono elementi che sembrano giustificare l'adozione di un'interpretazione estensiva della norma di cui all'articolo 23-*bis*, tale da ricomprendere anche i servizi regionali. [...] Sulla base di quanto precede, l'Autorità ritiene che anche i servizi pubblici regionali, con la sola esclusione dei servizi ferroviari, siano ricompresi nell'ambito di applicazione dell'articolo 23-*bis*»⁴.

³ Regolamento CE 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, pubblicato nella G.U.U.E. 3 dicembre 2007, n. L 315.

⁴ Nell'ambito del parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS793 dell'11 gennaio 2011 è stato, inoltre, affermato che «Con riferimento al quesito relativo all'individuazione della disciplina applicabile ai servizi di TPL, a fronte dell'entrata in vigore del regolamento comunitario n. 1370/2007, successivo alla disciplina nazionale di cui al decreto legislativo n. 422/97, e meno restrittivo della precedente con riferimento all'obbligo di ricorrere allo strumento della gara per l'affidamento dei servizi, l'Autorità precisa quanto segue. La normativa nazionale vigente consente alle amministrazioni competenti sia di procedere ad affidamenti diretti dei servizi di trasporto nel rispetto dei principi e delle norme comunitarie e, in particolare, del regolamento 1370/2007, sia di ricorrere alle procedure di gara per l'aggiudicazione dei contratti di servizio, come previsto dal decreto legislativo n. 422/97. L'Autorità osserva, tuttavia, che l'articolo 23-*bis*, come da ultimo modificato dall'articolo 15 della legge n. 135/09, prevede che il conferimento della gestione dei servizi pubblici debba avvenire in via ordinaria per il tramite di procedure competitive ad evidenza pubblica, o a fa-

Proprio a questo proposito, è il medesimo primo comma dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (nonché l'art. 1 del succitato Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168) a contestualizzare la norma, individuandone il relativo ambito di applicazione.

In tal senso, come si è già avuto modo di accennare, si precisa che «le disposizioni contenute nell'art. 23-bis si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili», facendo tuttavia salva una serie di disposizioni tra le quali figurano quelle previste dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale.

Il Legislatore ha, così, optato per l'applicazione di un criterio di prevalenza dell'articolo *de quo* rispetto alle norme di settore con esso incompatibili⁵, ivi comprese, alla luce di tutte le considerazioni che precedono, quelle in materia di trasporto pubblico locale.

Sul punto, può non essere così scontato il significato da attribuire, con riferimento al settore del trasporto pubblico locale, al susposto concetto della prevalenza previsto dall'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112. Ciò, in ragione del fatto che, da un lato, il nuovo art. 117 cost., nell'escludere il trasporto pubblico locale dal novero delle materie riservate alla potestà legislativa esclusiva statale, ne ha implicitamente prevista l'attribuzione esclusiva in capo alle Regioni⁶; dall'altro, sul trasporto pubblico locale incide una normativa che,

vore di società miste a partecipazione pubblica e privata per le quali la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica».

⁵ CHINÉ, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il corriere del merito*, 3/2009, 238, precisa che “nella medesima lunghezza d’onda, si colloca la disposizione recante espressa abrogazione dell’art. 113 del T.U.E.L.”, “nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo” (comma 11 dell’art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112).

⁶ Quanto affermato riceve, peraltro, conforto dal parere emesso dal Consiglio di Stato in data 27 marzo 2002, secondo cui, in base al “nuovo art. 117 cost. introdotto dalla L. Costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 [...] il trasporto pubblico locale deve ora considerarsi materia di competenza regionale”.

nella scala gerarchica delle fonti del diritto, rappresenta una fonte di grado superiore anche rispetto alla legge ordinaria, rappresentata dalla normativa comunitaria (e, a tal proposito, sia sufficiente ricondurre l'attenzione al Regolamento CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio CEE n. 1191/69 e CEE n. 1107/70).

Prima di procedere oltre nell'indagine giova osservare come parte della dottrina⁷ tenga a precisare che l'art. 23-*bis* in commento possa rappresentare una sorta di "sovrascrittura" delle disposizioni già previste dall'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali": ciò è vero, non potendosi, tuttavia, ignorare come una differenza, non trascurabile con riferimento al contesto a noi caro, tra l'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 e quel provvedimento sia rappresentato dal fatto che il settore del trasporto pubblico locale è espressamente escluso dalla disciplina di cui all'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267⁸.

Ciò detto, la *ratio* che connota l'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, è individuata al suo primo comma, laddove si prevede che «Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibi-

⁷ MURATORI, Servizi pubblici locali: una riforma «strisciante», in *Ambiente & sviluppo*, IPSOA, 12/2008, 1046.

⁸ Il comma 1-*bis*. dell'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 precisa, infatti, che "Le disposizioni del presente articolo non si applicano al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni".

lità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere *e*) e *m*), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione».

Di talché, per fare opera di chiarezza, gli obiettivi della norma possono sintetizzarsi, essenzialmente, nella volontà del Legislatore, di vedere garantiti, nell'ambito della più ampia disciplina relativa all'affidamento ed alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i principi di libera concorrenza nella prestazione dei servizi di trasporto pubblico locale, nonché, a favore di tutti gli utenti, di universalità ed accessibilità dei servizi medesimi unitamente al riconoscimento del livello essenziale delle prestazioni, assicurando, nel contempo, un adeguato livello di tutela degli utenti medesimi.

La norma, quindi, appare rivolta non solo ai protagonisti del mercato ivi disciplinato e, quindi, ai soggetti affidatari che gestiscono il servizio di trasporto pubblico locale ma, anche, agli utenti medesimi del servizio, curandone espressamente le esigenze in termini di fruizione di un servizio accessibile a tutti ed universale.

In particolare, a tal proposito, si è rilevato che, per “*servizio universale*” deve intendersi quello che «fa riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale in base a cui taluni servizi sono messi a disposizione di tutti i consumatori ed utenti finali fino al livello qualitativo stabilito, sull'intero territorio di uno Stato membro, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi»⁹, ad un prezzo equo.

⁹ LOSTORTO (a cura di), *I servizi pubblici. Il quadro normativo, l'organizzazione, i modelli gestionali*, Milano, 2007, 146.

2.2 Le modalità di affidamento del servizio previste nell'ambito dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008.

L'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, dedica il proprio secondo ed il proprio terzo comma alle modalità di affidamento del servizio pubblico locale, in particolare distinguendo tra conferimento della gestione in via ordinaria (secondo comma) e conferimento in deroga alle modalità di affidamento ordinario (terzo comma).

Più in dettaglio, il secondo comma dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, nel disciplinare il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali (e, quindi, anche del trasporto pubblico locale) in via ordinaria, ne individua due differenti modalità, delle quali, preme precisarlo, la seconda rappresenta quella meglio conosciuta come gara a doppio oggetto:

- a) conferimento della gestione a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica;
- b) conferimento mediante affidamento diretto (cioè senza gara ad evidenza pubblica) della gestione del servizio pubblico locale a società a capitale misto pubblico e privato, a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e che:
 - i. la procedura di gara sia a doppio oggetto (cioè riguardi la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio);
 - ii. al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Si tiene a precisare che, in applicazione di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 3 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010, anche le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive di cui alla pre-

detta lett. a) del secondo comma dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112.

In deroga ai predetti conferimenti ordinari della gestione dei servizi di trasporto pubblico locale, il Legislatore ha, altresì, previsto, al terzo comma dell'art. 23-bis, che «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “*in house*” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Si tratta, in quest'ultimo caso, della cosiddetta gestione *in house*.

Sia concesso, solo, osservare come, in tale contesto, il successivo quarto comma del medesimo art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, introduca la necessità sia di una previa pubblicità adeguata alla scelta, sia di una motivazione, in base ad un'analisi di mercato, dell'Ente affidante che abbia optato per la formula della gestione *in house*, con trasmissione di una relazione da parte dell'Ente affidante medesimo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, “per un parere obbligatorio (ma non vincolante)”¹⁰, da rendere entro 60 giorni dalla ricezione della predetta relazione (decorso il termine di 60 giorni dalla ricezione della relazione, “il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole”).

Con maggior precisione, è d'uopo rilevare che l'art. 4 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010 ha disposto che «gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rile-

¹⁰ In questi termini, Corte costituzionale, sentenza n. 24 del 12 gennaio 2011.

vanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'articolo 23-*bis*, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro annui».

Sul punto, la dottrina ha osservato che né il Regolamento, né l'art. 23-*bis* «definiscono le conseguenze in caso di parere negativo dell'Antitrust, determinando quindi una “modesta e indiretta” efficacia della norma». La medesima dottrina ha, tuttavia, concluso che «ciò nonostante, è facile ritenere che il parere eserciterà una forte influenza sul giudice amministrativo se chiamato a pronunciarsi»¹¹.

2.3 *Il regime transitorio alla luce dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008*

Significativo è il comma 8 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (da ultimo modificato ad opera del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito in legge dalla Legge 26 febbraio 2011, n. 10), il quale individua una serie di disposizioni disciplinanti il regime transitorio degli affidamenti non conformi alle ipotesi di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali (in via ordinaria e *in house*) previste dai commi 2 e 3 del medesimo art. 23-*bis*.

In tale contesto, la norma prevede che:

- a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “*in house*” cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'Ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Tuttavia, esse

¹¹ ISFORT – ISTITUTO SUPERIORE DI FORMAZIONE E RICERCA PER I TRASPORTI (a cura di), *Il lungo percorso della Riforma del Trasporto Pubblico Locale – Una lettura “critica” delle norme*, febbraio 2011, 14. La medesima dottrina osserva che “nel valutare l'*in house* non si può non tener conto di quanto previsto dall'art. 4-*bis* della legge 102/09 che impone alle autorità competenti di *aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo*. Tale norma non può che aggiungere un ulteriore elemento di scoraggiamento all'uso di questa forma di affidamento diretto”.

cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalità indicate per le società a partecipazione mista pubblica e privata;

- b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a*) del comma 2 dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'Ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;
- c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a*) del comma 2 dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica quotate in borsa 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% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% 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; infine,

- e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi sopracitati cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'Ente affidante.

Con riferimento a quest'ultimo periodo transitorio, preme precisare come l'art. 1 del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 26 febbraio 2011, n. 10) abbia fissato al 31 marzo 2011 il termine di scadenza previsto alla succitata lett. e) del comma 8 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, prevedendo, altresì, che «con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, può essere disposta l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2011» (secondo comma).

In applicazione della disposizione da ultimo citata, a norma del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 marzo 2011, il predetto termine transitorio è stato, da ultimo, prorogato alla data del 30 settembre 2011.

Preme, inoltre, precisare come, con riferimento alla applicazione di quanto previsto dalla lett. e) del succitato comma 8 dell'art. 23-*bis*, l'art. 15, comma 1-*bis*, del decreto 135/2009 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 20 novembre 2009, n. 166) abbia disposto che «[...] nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano sono fatti salvi, nel rispetto delle attribuzioni previste dagli statuti delle predette regioni e province autonome e dalle relative norme di attuazione, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61 della Legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

2.4 Il Decreto del Presidente della Repubblica del 7 settembre 2010, n. 168

Il Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010 si configura quale Regolamento di attuazione dell'articolo 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, essendo stato emanato a norma del comma 10 della predetta disposizione normativa.

Si tratta di un Decreto che va ad incidere, in maniera approfondita, su aspetti specifici relativi alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nonché, conseguentemente, del trasporto pubblico locale.

Dalla lettura del Regolamento si avverte, dunque, la volontà di offrire un inquadramento estremamente articolato (e, per certi versi, innovativo anche rispetto a quanto previsto dal medesimo art. 23-*bis* in esame) della materia, laddove, tuttavia, non può prescindersi dal rilevare che, nelle intenzioni del Legislatore del 2008 e, segnatamente, ai sensi del comma 10, lett. *d*) dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, i regolamenti ivi previsti devono rispondere al fine di "armonizzare" (e, quindi, solo di riordinare, consolidare, accordare) la nuova disciplina e quella di settore. Può, dunque, essere legittimo domandarsi se la disposizione legislativa in parola oltrepassi l'esigenza espressamente indicata nell'ambito dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 e, dunque, possa essere sproporzionata rispetto allo scopo e, per tali ragioni, fonte di confusione.

Ciò premesso, l'ambito di applicazione del Regolamento in parola è individuato nell'art. 1 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010, che, con riferimento al settore dei trasporti, si conforma a quello già previsto dal comma 1 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, invero non estendendolo al servizio di trasporto ferroviario regionale, per il quale si rinvia al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422.

L'art. 2 del Regolamento in parola, nel disciplinare le “Misure in tema di liberalizzazione”, si pone l'obiettivo di limitare l'attribuzione di diritti di esclusiva alla ipotesi in cui, «in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea [...] a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità». In tale ultimo caso, all'esito della verifica, gli Enti locali sono tenuti ad adottare una delibera quadro «che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale» (secondo comma). Alla delibera deve essere data adeguata pubblicità ed essere inviata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla Legge n. 287/1990.

Di particolare interesse è l'art. 3 del Regolamento, teso ad individuare le “norme applicabili in via generale per l'affidamento” dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e, dunque, anche dei servizi di trasporto pubblico locale.

In tale contesto, assume indubbia rilevanza il terzo comma del succitato art. 3, nella parte in cui individua, in maniera analitica, una serie di aspetti contenutistici propri del bando di gara o della lettera di invito, e ciò, nelle intenzioni del Legislatore, “al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati”.

In particolare, la norma da ultimo citata precisa che «il bando di gara o la lettera di invito:

- a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
- b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia

partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

- c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;
- d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;
- e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;
- f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'*articolo 10*, comma 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'*articolo 10*, comma 2;
- g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio».

Si tratta di una norma che, a parere di chi scrive, può suscitare dubbi interpretativi di non poco conto.

Si consideri, a tal proposito, la predetta lett. *a)* del terzo comma dell'art. 3 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010.

All'evidenza, tralasciando la complessità concettuale che la connota, se essa in parte riprende un concetto già espresso nell'ambito della lett. *a)* del secondo comma dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997 (*a*

tenore del quale «Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziale per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti»), sembra, tuttavia, esatto ritenere come risultino, quantomeno, non evidenti e certe (a differenza di quanto invece previsto dal succitato decreto legislativo del 1997) le misure concretamente adottabili per evitare che la disponibilità delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante ai fini della valutazione delle offerte.

Giova, ai fini dell'indagine, infatti ricordare che la predetta lett. a) del secondo comma dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997 espressamente prevede che «il bando di gara deve altresì assicurare che i beni di cui al periodo precedente» (e, cioè, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per l'effettuazione del servizio) «siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica».

Ciò è tanto più vero se si considera che l'art. 10 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010, nell'imporre un obbligo di cessione dei beni in caso di subentro dal precedente gestore a quello subentrante, trova applicazione esclusivamente con riferimento ai beni strumentali ed alle loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio.

Alla luce della estensione che può essere ascritta alla locuzione “reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali essenziali per l'esercizio”

del trasporto pubblico locale¹², l'eco delle conseguenze della succitata problematica può essere potenzialmente significativo.

Altra questione controversa è quella relativa alla durata dell'affidamento che, a norma della lett. c) del terzo comma dell'art. 3 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010, deve essere «commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore». Sul punto, parte della dottrina ha osservato come la norma in parola non consideri l'ipotesi in cui «non siano previsti investimenti, in quanto le immobilizzazioni materiali sono rese disponibili dal soggetto affidante tramite formule diverse dall'acquisto»¹³.

Il quarto comma dell'art. 3 del Regolamento è rivolto all'ipotesi della gara a doppio oggetto, precisando che «[...] il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

¹² CORTE DEI CONTI, *La gestione del trasporto pubblico locale e lo stato di attuazione della riforma a livello regionale – Relazione comparativa e di sintesi sull'andamento dei trasporti locali*, delibera n. 1/2003 ha evidenziato che «il vero problema consiste nel definire i concetti di dotazioni, reti ed impianti che attualmente costituiscono buona parte del capitale delle aziende gerenti e che dovrebbero essere conservati in mano pubblica. Mentre è incontestato identificare gli impianti con il patrimonio immobiliare (officine, depositi e altri immobili essenziali alla gestione del servizio ad eccezione, in generale, degli uffici) e le reti con le linee ferrotranviarie su sede fissa, appare meno netta la nozione di dotazioni. Secondo un orientamento estensivo dovrebbero rientrarvi i mezzi; secondo altra tesi, viceversa, il legislatore avrebbe inteso far riferimento unicamente ai beni immobili diversi dagli impianti. Le accennate incertezze evidenziano come lo snodo centrale della questione sia costituito proprio dalla sorte del materiale rotabile la cui acquisizione da parte degli enti committenti importerebbe un impegno economico di non poco momento». Sempre sul punto, opportunamente, ALVISI, *Assetti proprietari e strumentali contrattuali concernenti i beni destinati all'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale*, in *Contratto e impresa*, 2004, fasc. 3, 1348, segnala come «il problema riguarda la sorte in concreto non solo del materiale rotabile ma, altresì, di beni immateriali, come i software che compongono i sistemi per il controllo a distanza dei veicoli (i c.d. sistemi di telerilevamento), degli impianti radio, degli hardware, delle stazioni operative e dei sistemi di bigliettazione, in quanto si tratta di beni realizzati ed acquistati dalle ex municipalizzate con investimenti cospicui e contributi in rilevante percentuale degli enti locali».

¹³ ISFORT – ISTITUTO SUPERIORE DI FORMAZIONE E RICERCA PER I TRASPORTI (a cura di), *Il lungo percorso della Riforma del Trasporto Pubblico Locale – Una lettura "critica" delle norme*, febbraio 2011, 13.

- a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
- b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-*bis*, comma 2;
- c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione».

Gli artt. 5, 6 e 7 del Regolamento in parola, rispettivamente dedicati al patto di stabilità interno, all'acquisto di beni e servizi ed all'assunzione di personale da parte delle società “*in house*” e delle società miste, impongono stringenti vincoli rivolti ai soggetti affidatari *in house* di servizi pubblici locali nonché, per quanto riguarda gli ultimi due articoli citati, ai soggetti affidatari a seguito di gara a doppio oggetto.

Suscita, a tal proposito, perplessità la circostanza secondo cui si sia deciso di estendere gli obblighi previsti dagli artt. 6 e 7 che precedono ai soggetti affidatari a seguito di gara a doppio oggetto (e non anche a quelli individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica) laddove, invero, una siffatta estensione potrebbe non apparire coerente con la riconduzione della gara a doppio oggetto tra le modalità di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali in via ordinaria (e ciò ai sensi del secondo comma dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112).

Infine, un accenno merita il principio della separatezza tra l'amministrazione e la gestione del servizio pubblico locale cui è dedicato l'art. 8 del Regolamento in parola e che, in un'ottica di tutela della concorrenza del mercato, ha, ormai, trovato piena cittadinanza nell'ambito del diritto dei trasporti, latamente inteso.

*Silvio Busti**

Grazie Prof. Claroni, innanzitutto per essere rimasto nei 20 minuti.

Mi offre lo spunto soltanto per alcune rapidissime osservazioni.

Innanzitutto ha ricordato le municipalizzate: le municipalizzate dell'epoca sono diventate le partecipate di adesso.

Altro punto toccato dal Prof. Claroni: prevale l'art. 23-bis d.l. 112/2008, come modificato soprattutto dal d.l. 135/2009, sul decreto legislativo 422 del 1997? Personalmente, ritengo che si tratti di una coesistenza difficile – come dico poi io in una parte anche della mia relazione – coesistenza difficile poiché il d.P.R. attuativo dell'art. 23-bis, di cui ha parlato esaurientemente il Prof. Claroni, era stato incaricato, dalla norma delegante, e cioè dallo stesso 23-bis, di individuare le disposizioni abrogate.

Questo d.P.R. abroga, del decreto legislativo 422 del '97, solo la parola “*esclusivamente*”.

Cosa diceva questo d.P.R. prima di questo “*esclusivamente*”? Che le c.d. procedure competitive, ad evidenza pubblica, rappresentavano lo strumento esclusivo del futuro, per così dire, del trasporto pubblico locale.

Benissimo, si toglie questo “*esclusivamente*”, cosa rimane a questo punto del decreto legislativo 422 del '97? Rimane, appunto, la previsione di un affidamento del servizio di trasporto pubblico locale mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica che, badate bene, è, anch'esso, uno strumento previsto, poi, dall'art. 23-bis quale prassi

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

normale per l'affidamento dei servizi pubblici locali, compreso quello di trasporto.

Ecco perché preferirei parlare, piuttosto che di “prevalenza”, di “coesistenza”. Togliendosi l’“*esclusivamente*”, è chiaro che il d.lgs. 422 del '97 può tranquillamente coesistere con l'art. 23-*bis* del successivo d.l. 112/2008, come modificato.

Il problema, a questo punto, però, diventa questo: se passa positivamente il referendum abrogativo del 23-*bis*, riprende vigore in maniera esclusiva il d.lgs. 422 del '97, sia pur, badate bene, senza l'avverbio “*esclusivamente*” perché, come vi ho detto, la Corte costituzionale è costante nell'orientamento per cui i referendum abrogativi non fanno rivivere le disposizioni che in precedenza erano state abrogate dalla legge oggetto del referendum abrogativo.

Quindi, se passasse il referendum abrogativo di cui vi dicevo, del 12-13 giugno 2011, cosa succederebbe? Succederebbe che rimarrebbe il decreto legislativo 422 del 1997, ma senza l'avverbio “*esclusivamente*”, perché l'avverbio “*esclusivamente*” è, e resterà, se del caso, abrogato.

Per cui rimarrà in piedi la previsione della procedura competitiva ad evidenza pubblica, ma non come necessario strumento esclusivo dell'affidamento del trasporto pubblico locale.

Spero di essere stato chiaro, nei limiti di tempo, e comunque di questo problema accennavo verso la parte finale della mia relazione.

Cedo, quindi, la parola all'Avv.ssa Alessia Nicotera, Vicedirettore Generale di ASSTRA, che è appunto l'Associazione delle imprese del trasporto pubblico locale, che ci parlerà dell'affidamento “*in house*” del servizio di trasporto pubblico locale e soprattutto, son sicuro, ci chiarirà cosa si intende con questa terminologia di matrice anglosassone.

Prego.

L’AFFIDAMENTO *IN HOUSE* DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

*Alessia Nicotera**

Buongiorno a tutti.

Vi ringrazio, innanzitutto, dell’invito a parlare a questo convegno, che cade, come si diceva prima, in una data particolarmente significativa, visto che si attendeva per ieri la pubblicazione dell’ennesimo Decreto di proroga degli affidamenti diretti, che ormai si protraggono da circa 15 anni e cioè dall’emanazione del d.lgs. n. 422 del 1997.

Mi ha fatto molto piacere ascoltare le relazioni precedenti perché hanno ricostruito esattamente tutta la sequenza “infernale” di norme, decreti-legge, sentenze che hanno letteralmente tartassato il settore del trasporto pubblico regionale e locale in questi ultimi 15 anni.

Sembra quasi di “dare i numeri” citando tutti gli estremi di riferimento delle leggi che, dal 1925 in poi, ma soprattutto ultimamente, in questi ultimi 15 anni, hanno interessato il settore del trasporto pubblico regionale e locale, tra l’altro in modo piuttosto confuso, direi quasi randomico: vengono veramente i brividi! Anche perché, in questo modo, si costringono gli interpreti e gli operatori del settore a dei ragionamenti, a degli “incastri” che, alla fine, sono anch’essi veramente “infernali”.

Tra l’altro, se paragoniamo la situazione italiana rispetto a quella degli altri Paesi europei, questa sequenza “infernale” di norme diventa ancora più evidente.

Capita spesso a noi dell’Associazione di incontrare i nostri colleghi francesi, tedeschi, spagnoli e mi diverto, tra virgolette, a vedere il

* Vice Direttore Generale ASSTRA.

loro sguardo, ogni volta in cui facciamo lo scambio annuale sulle leggi di riforma del trasporto pubblico locale. I nostri colleghi ormai ci prendono in giro, ci chiedono: “Anche quest’anno avete una nuova legge?”; mi domandano i francesi: “Allora qual è la novità dell’ultimo semestre, dell’ultimo anno, dell’ultima Finanziaria?”. Perché, effettivamente, è da 15 anni che ci incontriamo ed è da 15 anni che esordiamo con la frase: “Abbiamo una novità!”. Siamo letteralmente tartassati da norme e da ragionamenti che poi, in realtà, si pongono davvero come dei sofismi giuridici.

Come si è visto, il settore del trasporto pubblico locale era partito con un decreto legislativo sufficientemente chiaro, il 422/1997, il quale conteneva degli indirizzi piuttosto chiari. Tuttavia da tale Decreto in poi, a causa dell’intreccio “infernale”, di cui dicevo, della normativa sui servizi pubblici locali, si è assistito ad un continuo “balletto”.

Si è oscillato, infatti, tra l’opzione della gara ed il ricorso all’*“in house”*. Si è poi stabilito che la norma prevale sulla disciplina incompatibile, per poi decidere che non si tratta di un rapporto di incompatibilità, ma di un rapporto di genere a specie, essendo una normativa generale e l’altra, invece, speciale. Senza contare, infine, la discussione sul Regolamento europeo.

Alla fine, siamo al 1° aprile del 2011 e non sappiamo, ad oggi, se avremo la proroga fino a settembre del 2011, come se poi questo settore, che è un settore di assoluta rilevanza economica, un settore essenziale per la vita dei cittadini, non avesse in realtà bisogno di altro.

Si parlava prima della concorrenzialità.

Tutta questa sequenza di norme in realtà ha un suo filo conduttore, che è quello volto a sviluppare un mercato, una concorrenza, una competizione in un settore strategico ed essenziale, quale è quello del trasporto pubblico regionale e locale, e l’evoluzione delle norme testimonia sicuramente questa volontà di andare verso il mercato, verso la concorrenza e la competizione.

Ed ogni anno il Legislatore si “inventa” qualcosa. Prima Alesio Claroni citava le norme sulla cessione dei beni ed il fatto che questo non debba costituire un elemento discriminante nella valutazione delle offerte. Ci si inventa quindi ogni giorno un elemento che aggiunge un pezzo in più e che serve proprio per favorire la massima competitività del settore.

Mi domando tuttavia se, nonostante tutta questa sequenza di norme, la concorrenzialità in realtà non abbia bisogno, fondamentale, di poche regole chiare. Abbiamo bisogno, invero, di poche regole che siano chiare, certe e definitive e, soprattutto, di una serie di condizioni che siano essenziali.

Siamo distratti dalle interpretazioni delle varie norme: se siano speciali, se siano generali, se siano prevalenti, se siano incompatibili e via dicendo, ma poi in realtà questo settore soffre di una crisi anche piuttosto significativa.

La concorrenzialità impone che vi siano delle condizioni, che sono la certezza delle regole innanzitutto e, come ribadito ormai da anni in tutte le occasioni possibili ed immaginabili, di una programmazione, che ciascun soggetto cioè faccia il proprio compito, quindi che gli Enti facciano una programmazione, facciano una rete di servizi minimi, stanziino le risorse che servono a coprire quei servizi minimi senza che poi si arrivi alla fine di ogni anno ad aspettare la Legge Finanziaria e non sapere se ci saranno le risorse per il trasporto pubblico locale, se ci saranno i tagli, se non ci saranno, in quale misura e via discorrendo.

Quindi, alla fine, oggi sono messe sicuramente in discussione quelle che sono le condizioni di diritto e di fatto per una concorrenza che sia vera.

Venendo invece all’*“in house”*, mi premeva fare una precisazione rispetto a quello che diceva prima il Prof. Busti relativamente alla eventuale abrogazione dell’art. 23-*bis*.

Se è vero, infatti, che è venuto meno l'avverbio "esclusivamente", il decreto legislativo n. 422/1997, nel caso dell'abrogazione dell'art. 23-*bis*, riprenderebbe sicuramente vigore, seppur la gara non sarebbe comunque l'unica forma di affidamento dei servizi e questo, non soltanto per la presenza o meno dell'avverbio "esclusivamente", ma perché è presente, nella già citata e caotica sequenza di norme, la Legge n. 99 del luglio del 2009, la quale, poco prima dell'entrata in vigore in Italia del Regolamento europeo n. 1370/2007, avvenuta a dicembre, ha statuito in modo piuttosto chiaro ed esplicito che anche in deroga alla disciplina di settore, qualunque essa sia (decreto legislativo n. 422, con o senza l'art. 23-*bis*) si può fare ricorso alle forme di affidamento previste dall'art. 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6 e all'articolo 8, paragrafo 2 del Regolamento comunitario n. 1370/2007 (cfr. art. 61).

Tale articolo, sostanzialmente, fa riferimento a tutte le forme di affidamento diretto previste dalla normativa comunitaria, tra cui l'"*in house*", l'affidamento diretto ferroviario, l'affidamento diretto c.d. sotto soglia e l'affidamento diretto in casi di emergenza.

Di conseguenza, oggi, la legittimità degli affidamenti diretti previsti dalla normativa comunitaria ed operanti nel nostro Paese, a condizione che la normativa nazionale non li vieti (quest'ultima disposizione, peraltro, sembra sì un gioco di parole, ma è un punto su cui, in realtà, si è discusso tantissimo proprio in sede europea) porta in realtà alle conclusioni che si dicevano prima, per cui oggi, con o senza art. 23-*bis*, le forme di affidamento dei servizi di trasporto pubblico sono: la gara, l'affidamento "*in house*", l'affidamento diretto ferroviario, l'affidamento sotto soglia e via dicendo.

Con riferimento all'"*in house*", prima, parlando della concorrenzialità, pensavo al momento storico in cui, in Italia, si è introdotta per la prima volta tale nozione.

Ciò è avvenuto nel 2003, quando è stato emanato il Decreto Buttiglione. Ricordo il paradosso di come quel Decreto in realtà era sta-

to modificato, introducendo l'“*in house*”, in risposta ad una procedura di infrazione comunitaria con cui l'Italia era stata accusata di non avere una normativa sufficientemente concorrenziale. Quindi, per tutta risposta, il Governo italiano introdusse l'affidamento “*in house*” in questo decreto-legge.

L'affidamento “*in house*”, tra l'altro, ha subito un'evoluzione anche a livello comunitario, all'interno dello stesso Regolamento n. 1370/2007, perché, comunque sia, al di là del fatto che la nozione di “affidamento *in house*” in realtà sia una nozione di derivazione comunitaria, essa è una creazione dei giudici della Corte di Giustizia, nasce quindi per via “pretoria”, per via della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, ad un certo punto, ha fatto riferimento al c.d. affidamento “*in house providing*” inteso come autoproduzione.

In altre parole, l'Ente pubblico non ha bisogno di rivolgersi ad un mercato esterno, a soggetti terzi, ma decide di gestire “da sé” i servizi, senza che questo vada a coinvolgere la normativa in materia di appalti o concessioni, che sono stati già efficacemente ricordati prima in merito alla distinzione, più o meno corrispondente, tra affidamento *gross cost* che corrisponderebbe alla nozione comunitaria di “appalto” e l'affidamento, invece, *net cost* che corrisponderebbe alla nozione comunitaria di “concessione”, anche se poi in realtà, in Italia, tale distinzione non viene fatta proprio per effetto del d.lgs. n. 422/1997, il quale non entra nel merito di questa distinzione, poiché statuisce che, al di là della scelta tra l'appalto e la concessione, se si fa la gara, occorre applicare la normativa sugli appalti in ogni caso. Peraltro tutte le leggi regionali hanno fatto una scelta in tal senso.

L'affidamento “*in house*” è, quindi, una nozione che trae le proprie origini proprio dalla giurisprudenza comunitaria. In particolare, occorre ricordare la sentenza “Teckal”, la quale fa riferimento al rapporto di delegazione interorganica tra l'Ente, l'“operatore interno”, co-

me viene definito dalla normativa sui trasporti e l'Ente proprietario, azionista, controllante ed affidante del servizio.

Ed è proprio la giurisprudenza ad aver elaborato i requisiti che oggi costituiscono la base di tutti gli affidamenti "*in house*", che sono quelli della proprietà, del controllo analogo, dell'attività prevalente o esclusiva a favore dell'Ente affidante o controllante, che veniva citata e sollecitata prima.

Come vi dicevo, la giurisprudenza comunitaria elabora la nozione di "*in house*" proprio al di fuori della normativa in materia di appalti e concessioni, partendo dal presupposto che non vi sia un rapporto di terzietà tra il soggetto affidatario "*in house*" e l'Ente affidante e tutto questo a prescindere dalla forma giuridica del soggetto che risulta poi essere l'affidatario dei servizi, perché, come ammesso dalla stessa giurisprudenza comunitaria, l'affidatario "*in house*" può essere un soggetto costituito in forma societaria.

Prima si citava il Testo Unico sulla municipalizzazione.

In Italia siamo probabilmente più abituati a fare immediatamente il paragone tra "*in house*" e municipalità o azienda speciale, essendo quest'ultima memoria e retaggio del nostro ordinamento giuridico.

L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria ha portato a ritenere la legittimità dell'affidamento "*in house*" a favore di società pubbliche al 100%, condizione, peraltro, imposta dalla normativa italiana, la quale non ammette quindi altre forme di soggetti, quali ad esempio l'azienda speciale e l'azienda municipalizzata che sono ormai sparite, per effetto di tutte le varie Bassanini citate poc'anzi dal Prof. Busti.

L'affidatario, anche se è un soggetto con una sua autonoma personalità giuridica e appare terzo rispetto all'Ente affidante, in realtà non lo è, per effetto di tutta una serie di controlli, di poteri di indirizzo e di amministrazione che l'Ente va ad esercitare sul soggetto affidatario "*in house*".

La nozione comunitaria di affidamento "*in house*" è stata quindi recepita nel nostro ordinamento nazionale attraverso il decreto del 2003. Il settore del trasporto pubblico locale aveva all'epoca, come punto di riferimento, il decreto legislativo n. 422 del '97, il quale prevedeva il 31 dicembre del 2003 come termine di scadenza per l'effettuazione delle gare.

Ad ottobre del 2003 venne emanato il Decreto Buttiglione, poi convertito in legge nel novembre del 2003, con il quale il Legislatore decise, da quel momento, di consentire l'effettuazione di affidamenti "*in house*" e di ricorrere anche alla c.d. gara a doppio oggetto, anche se quest'ultima consisteva in un partenariato pubblico-privato, e non era senz'altro la gara a doppio oggetto di cui all'art. 23-*bis* attuale.

Il Decreto Buttiglione ha trovato applicazione nel settore dei trasporti per un anno, fino alla Delega ambientale, la quale, nel dicembre dell'anno successivo, ha statuito il ritorno all'applicazione, per tale settore, del decreto legislativo n. 422/1997, il quale recava ancora l'avverbio "esclusivamente", per cui l'unica forma di affidamento prevista era la gara.

Successivamente c'è stata tutta la sequenza delle norme di riforma dei servizi pubblici locali che si è evoluta nel prosieguo, prevalendo sulle norme di settore incompatibili ed ha portato a legittimare l'affidamento "*in house*" anche in Italia.

Parallelamente si è sviluppata anche un'altra forma di affidamento "*in house*", cui faceva cenno stamattina, nell'introduzione, il Dottor Andreatta, che è quella delle società strumentali previste dal Decreto Bersani, laddove si fa riferimento all'oggetto sociale esclusivo.

Ma tali società strumentali prestano dei servizi che non sono rivolti alla collettività, essendo bensì rivolti direttamente all'Ente affidante. Esse quindi non svolgono servizi pubblici locali, ma solo attività strumentali per conto dell'Ente. Si pensi, ad esempio, alle società che

gestiscono l'anagrafe del Comune, alle società che provvedono alla riscossione dei tributi.

In tale contesto si è andata ad inserire la discussione sul Regolamento europeo emanato a fine 2007 ed entrato in vigore nel 2009.

Vi accennavo prima, a questo proposito, a quel gioco di parole che in realtà è stato oggetto di una grandissima discussione proprio sull'affidamento "*in house*", dal momento che la prima versione del Regolamento n. 1370 era di fatto molto simile al testo del decreto legislativo italiano n. 422 del 1997, e si poneva quindi in un'ottica assolutamente pro concorrenza. L'unica forma di affidamento prevista era infatti la gara. Era possibile ricorrere anche a forme di affidamento diretto ma solamente in casi eccezionali, motivati e tassativamente previsti.

In sede di discussione del Regolamento, c'è stata una forte opposizione di Francia e Germania tanto che per un paio di anni la sua emanazione è stata bloccata, per poi giungere nel 2007 ad un accordo politico che ha portato alla versione attuale del Regolamento n. 1370, molto più "soft" rispetto alla versione originariamente elaborata dalla Commissione europea e nella quale si mettono in qualche modo sullo stesso piano tutte le forme di affidamento dei servizi.

La regola rimane sempre la gara e tutte le altre forme di affidamento sono consentite a condizione che la normativa nazionale non lo vieti. Si prevedono quindi l'"*in house*", l'affidamento diretto ferroviario etc., a condizione, come già detto, che la normativa nazionale non lo vieti.

Quella fu una posizione di compromesso raggiunta in sede di accordo politico proprio a causa della forte contrapposizione tra Paesi come l'Italia e l'Olanda, che premevano a quell'epoca per la concorrenza e Paesi, come la Francia e la Germania, che andavano invece in senso esattamente opposto.

Si rimise allora la decisione sostanzialmente al Legislatore nazionale, prevedendo diverse forme di affidamento, poiché peraltro nella

normativa comunitaria, in quel momento, non si poteva fare a meno di prevederle, ma facendo decidere al Legislatore nazionale se consentirli o meno.

Da lì una serie di discussioni in merito al rapporto tra la normativa italiana e la normativa europea: dal momento che il decreto legislativo n. 422/1997 prevedeva l'avverbio "esclusivamente", per un paio di anni ci si è domandati circa la possibilità di fare affidamenti "*in house*" che a quell'epoca, in Italia, in realtà non era nemmeno consentita per effetto del 422.

Nel frattempo si era inserito anche l'art. 23-*bis* che prevedeva invero tale modalità di affidamento, sovrapponendosi alla normativa in materia di trasporto pubblico locale.

Si è poi chiarito in via definitiva con l'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 che l'affidamento "*in house*" e le altre forme di affidamento diretto sono espressamente consentite e legittime nell'ordinamento nazionale, anche in deroga alla disciplina di settore.

Tale articolo, quindi, ha risolto in parte tutte le discussioni su quali siano, quali saranno, se con art. 23-*bis* o senza, le forme di affidamento dei servizi previste dal coacervo di norme che intervengono sul settore del trasporto pubblico locale.

In via generale, sia la normativa europea che la normativa italiana considerano l'affidamento "*in house*" una modalità eccezionale, derogatoria alla regola della gara, ma, d'altra parte, i principi del Trattato sono assolutamente in questo senso. Quindi, quando l'Ente affidante ritiene di dare luogo alla c.d. autoproduzione, si può ricorrere all'affidamento "*in house*".

Una delibera della Corte dei Conti della Lombardia del 2008 va oltre questa "gerarchia" fra gara e affidamento "*in house*" perché stabilisce che nessuna norma può impedire ad un Ente pubblico, ad un Ente titolare di servizi pubblici, di gestirsi servizi "in casa", perché se ritiene che quella sia la forma economicamente più conveniente nessuna nor-

ma lo può impedire, al di là dello stabilire la gara come regola e l'“*in house*” come eccezione.

Peraltro, occorre precisare come sia stato solo il Regolamento comunitario sui trasporti a dettare una disciplina sull'“*in house*”, quest'ultimo, di derivazione giurisprudenziale. Tale Regolamento ha recepito i principi dell'“*in house*” di derivazione giurisprudenziale e li ha tradotti in norma, andando perfino oltre la stessa giurisprudenza comunitaria, perché sia la giurisprudenza comunitaria che il Legislatore italiano richiedono che la società sia al 100% pubblica e questo è un principio importante con riferimento all'“*in house*”, perché attiene alle modalità di esercizio del controllo.

Il Regolamento europeo, invece, non ritiene che il requisito del 100% pubblico sia una condizione essenziale ed ammette quindi la presenza anche di soggetti privati nella compagine sociale, a condizione che il controllo analogo, quel controllo cioè pregnante che l'Ente deve esercitare sulla società sì terza rispetto ad esso, ma di fatto è come se fosse una “*longa manus*” dell'Ente, possa essere desunto attraverso altri elementi.

Il Legislatore nazionale, nel rapporto con la normativa europea, ha fatto una scelta più restrittiva, richiedendo, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, il requisito del 100% pubblico. Di conseguenza, nel rapporto con la normativa europea e nel rispetto della normativa europea, l'art. 23-*bis* può legittimamente introdurre un criterio più restrittivo rispetto a quello previsto nel Regolamento comunitario e ciò non inficia la legittimità dell'affidamento “*in house*”.

Gli altri requisiti attengono, come già accennato, alla necessità di avere il c.d. controllo analogo, ovvero un'influenza dominante dell'Ente sulla società che gestisce il servizio, che può ben qualificarsi come operatore interno.

A questo proposito, sono stati elaborati tutta una serie di criteri che vanno poi calati anche nell'ambito del Codice civile e del diritto

societario, perché poi si crea questa strana commistione tra discipline civilistiche (visto che si tratta pur sempre di società per azioni, di società di capitali ed i poteri del socio, dell'azionista sono quelli previsti dal Codice civile) ed i requisiti stringenti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria e dal Legislatore nazionale.

Si tratta quindi di individuare nello statuto, negli atti *a latere* che regolano i rapporti tra l'Ente e la società, le modalità di esercizio di tale controllo poiché la giurisprudenza richiede che si vada anche al di là di quelli che sono i poteri previsti ordinariamente per l'azionista.

Sostanzialmente, si vuole che l'Ente influenzi in modo effettivo le decisioni strategiche della società e questo viene richiesto in modo abbastanza forte, tant'è vero che ci sono delle sentenze che ritengono che la presenza di una *holding*, di una società cioè che fa da "filtro" tra l'Ente e la società affidataria "*in house*", potrebbe in qualche modo compromettere l'esercizio di questo controllo. In alcuni casi, addirittura, anche se si tratta di casi veramente isolati, si è arrivati ad applicare la disciplina della direzione del coordinamento dei gruppi di società, come se l'Ente affidante fosse sostanzialmente un capogruppo, come se la Provincia o il Comune si atteggiassero a capogruppo, con l'applicazione di tutta una serie di regole previste proprio dal Codice civile in materia di direzione e coordinamento della società, basti pensare, ad esempio alla responsabilità degli amministratori, alla resa del conto della società, degli amministratori nei confronti dell'Ente. Come se tutto questo andasse a configurare una sorta di *holding* tra Ente ed azionista.

La giurisprudenza ammette anche che il controllo analogo possa essere esercitato in modo congiunto, ove la società affidataria sia partecipata da più Enti e richiede inoltre che l'attività prevalente venga esercitata per conto degli Enti azionisti.

L'art. 23-*bis* cita espressamente la nozione di "attività prevalente" esercitata nei confronti dell'Ente azionista.

Parte della giurisprudenza espressasi sul punto ha richiesto espressamente l'esclusività, mentre ci sono pronunce che fanno riferimento ad un criterio che in realtà trova poi un riscontro nella normativa sugli appalti, che è quello dell'80%, indipendentemente dall'essere soggetto affidatario con *gross cost* o *net cost*.

Peraltro, anche se vi fosse un *gross cost*, la normativa sugli appalti consente l'affidamento "*in house*" proprio nei settori speciali dell'art. 218 del Codice degli appalti. Il criterio della prevalenza viene indicato, in termini di percentuali, con l'80% dell'attività svolta a favore dell'Ente. Rimarrebbe quindi un 20 per cento, secondo la norma, di attività che si può svolgere nei confronti di altri soggetti, salvo poi essere l'art. 23-*bis* piuttosto restrittivo da questo punto di vista.

Il suo comma 9, infatti, prevede tutta una serie di divieti, tra l'altro molto stringenti, che pongono davvero il problema della compatibilità o della prevalenza tra l'art. 23-*bis* ed il decreto legislativo n. 422, poiché ci sono delle norme, oggettivamente simili, che perseguono la stessa finalità ma con modi completamente differenti. Diventa quindi difficile capire che cosa prevalga e che cosa sia più logico.

Il comma 9 è oggettivamente così restrittivo da porsi poi totalmente in contrasto con altre norme, quali, in particolare, le regole sulla partecipazione alle gare e con le altre norme del Decreto n. 422, nonché con le norme del Regolamento comunitario che, ad esempio, consentono agli affidatari "*in house*" di partecipare alle gare da due anni prima della messa a gara dei propri servizi, mentre secondo la normativa italiana non potrebbero proprio partecipare, se non unicamente alla propria gara.

Se l'Ente ha la certezza che fra due anni i suoi servizi verranno messi a gara, non vedo perché non si debba poter applicare la normativa comunitaria che statuisce, al pari degli altri Paesi europei e degli altri affidatari diretti europei, di poter concorrere dappertutto. Non vedo per-

ché gli italiani non debbano consentire questa possibilità in presenza, chiaramente, di quei requisiti e a parità di condizioni.

Tutti questi requisiti devono chiaramente essere posseduti in modo permanente e cumulativo. In altre parole, il requisito del 100% pubblico, del controllo analogo, dell'attività prevalente non sono tra loro alternativi, ma devono essere posseduti, ripeto, in modo cumulativo e permanente.

La normativa italiana introduce un passaggio ulteriore perché richiede un parere preventivo obbligatorio dell'Antitrust.

Su questo aspetto si inserisce quella discussione, di cui parlavo prima, sull'ambito regionale o locale del parere dell'Antitrust. Come Associazione abbiamo a suo tempo sostenuto che il *23-bis* si applichi, in realtà, esclusivamente ai servizi pubblici locali che sono i servizi pubblici degli Enti locali, quindi non anche a quelli regionali, individuando una sorta di “doppio regime” per i servizi locali e per quelli regionali.

L'Antitrust ha smentito questo tipo di impostazione sulla base del ragionamento che si è fatto prima. Ne condivido la finalità, che è quella di rendere omogenea una disciplina già sufficientemente contorta e complessa. Dal punto di vista giuridico, oggettivamente, mi sembra invece una forzatura perché fino a che non verrà cambiato il diritto amministrativo italiano, la Regione non è un Ente locale ed i servizi pubblici locali sono e rimangono quelli degli Enti locali.

Se tuttavia la finalità è quella di rendere il quadro normativo complessivo più chiaro, ben venga allora un'omogeneità di disciplina.

Da ultimo, gli affidatari “*in house*”, al pari di tutti gli affidatari diretti, incontrano tutta una serie di limiti previsti dal comma 9 dell'art. *23-bis* e da altre norme che si inseriscono in materia di società pubbliche in generale e quindi indipendentemente dalla forma di affidamento utilizzata. C'è una sorta di vero e proprio “accanimento” nei confronti della normativa del Legislatore sulle società pubbliche, anche

se in realtà non c'è da esprimere alcuna preferenza sul pubblico e sul privato, essendo importante che i servizi vengano gestiti con efficienza.

Tutto l'insieme delle norme che il Legislatore sta emanando in questi ultimi anni va assolutamente in un senso molto restrittivo, forse eccessivamente restrittivo nei confronti delle società pubbliche, tale per cui, in alcuni casi, si possono ipotizzare delle disparità di trattamento, dal momento che la società pubblica si trova gravata da maggiori oneri, parlo ad esempio delle regole sugli appalti, delle regole della Tremonti sul personale, dei tagli etc., rispetto ad una società privata che, invece, a parità, tra l'altro, di condizioni e di corrispettivo, dispone di una snellezza operativa maggiore.

Vi ringrazio.

*Silvio Busti**

Penso di poter ringraziare a nome di tutta la platea l'Avv.ssa Alessia Nicotera per la sua chiarissima relazione, su cui concordo interamente, ad eccezione di un punto: quello relativo alla persistente vigenza, anche eventualmente a seguito di esito positivo del referendum, sia dell'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 che del successivo, in ordine di tempo, art. 4-*bis* del decreto-legge n. 78 del 2009, quest'ultimo, tutto sommato, un semplice perfezionamento della disposizione precedente.

Orbene, queste due disposizioni sono assolutamente incompatibili col nuovo testo dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008 portato dal decreto-legge 25 settembre del 2009 n. 135, nel senso che tale Decreto pone dei criteri molto precisi per "sfuggire" al c.d. affidamento ordinario, mediante gara o affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata, per cui c'è contrasto tra la disposizione successiva del decreto-legge n. 135 del 25 settembre del 2009 di modifica del d.l. 112/2008 e quei due articoli di cui vi citavo, entrambi anteriori al settembre del 2009.

E, tra l'altro, il brocardo della giurisprudenza costituzionale in base al quale "*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*" è tutto da verificare alla luce dell'imperatività della disposizione, pur generale, successiva.

Ora la disposizione di cui dicevo, il decreto-legge del 25 settembre 2009, n. 135, modificativo dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, posteriore alle due norme che vi ho citato, si riferisce a qualsiasi tipologia di trasporto pubblico locale, al di là della circostanza che sia regionale,

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

comunale o provinciale. Questo nuovo dettato dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, come risultante d.l. n. 135 del 2009 sembra avere proprio carattere imperativo, non lascia, cioè, spazio alle “scappatoie”, per così dire, che erano consentite dall'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 e, ripetuto, concesse, sia pur in misura minore, anche dal successivo art. 4-*bis* introdotto dalla Legge di conversione del decreto-legge n. 78 del 2009.

Di conseguenza avrei qualche perplessità in merito alla affermazione in base alla quale, in caso di referendum abrogativo positivo dell'art. 23-*bis*, riprenderebbero vigore le disposizioni di cui all'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 e all'art. 4-*bis* del decreto-legge n. 78 del 2009, come introdotto dalla legge di conversione, perché, come già detto, l'effetto del referendum abrogativo dell'art. 23-*bis* non richiama in vita le disposizioni precedenti. Queste ultime, se ed in quanto abrogate espressamente, tacitamente o implicitamente dalla norma che a sua volta viene eliminata dal referendum abrogativo, non riprendono vita ma rimangono abrogate, per cui, secondo la mia modesta opinione (e qui mi fa piacere anche un eventuale dibattito dottrinale, tanto per dirvi com'è dubbia la disciplina del trasporto pubblico locale), se anche venisse abrogato, a seguito del referendum abrogativo, l'art. 23-*bis*, ripetuto, non riprenderebbero vigore le disposizioni di cui all'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 e nemmeno di cui all'art. 4-*bis* del decreto-legge n. 78 del 2009 perché sono antecedenti al decreto-legge del 25 settembre 2009, quest'ultimo del tutto incompatibile, nella modifica recata all'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, con le precedenti disposizioni: il che comporta l'abrogazione tacita, a mio avviso, delle succitate, precedenti disposizioni.

*Alessia Nicotera**

Io sono, invece, di altro avviso.

L'art. 61 è sì del 2009, ma l'art. 23-*bis*, se è vero che è stato modificato nel 2009, è, in realtà, una norma del 2008.

Io non vedo incompatibilità, perché l'art. 61 e l'art. 23-*bis* sostanzialmente ammettono le stesse cose: l'art. 61 non fa altro che recepire, con volontà molto chiara ed esclusivamente per il settore del trasporto pubblico locale, la volontà del Legislatore comunitario di consentire le forme di affidamento diretto, tra cui anche l'affidamento "*in house*", oltre all'affidamento diretto ferroviario.

La norma comunitaria prevede infatti l'"*in house*" esattamente nel rispetto dei principi della giurisprudenza comunitaria.

L'art. 23-*bis* non fa altro che legittimare per tutti i servizi pubblici locali, ivi compreso il trasporto, la possibilità di ricorrere a determinate forme di affidamento, ivi compreso l'affidamento diretto, l'affidamento c.d. "*in house*", per cui non vedo contrasto tra le due norme, tale per cui l'art. 23-*bis*, norma successiva generale rispetto alla norma speciale anteriore, vada ad abrogare implicitamente quella norma.

In realtà, è come se l'una costituisse il presupposto dell'altra. E ciò è tanto vero che l'art. 23-*bis*, nel momento in cui afferma la possibilità di fare l'affidamento "*in house*", lo fa richiamando i principi comunitari che, per il settore del trasporto, non sono solo dei principi, ma rappresentano vera e propria norma; norma che è diventata legittima per effetto di una norma di due mesi anteriore al 23-*bis*. Per cui, comunque sia, nella sequenza normativa, in realtà, le due disposizioni non

* Vice Direttore Generale ASSTRA.

sono in contrasto perché entrambe vanno nel senso di rendere possibile l'affidamento "*in house*".

Che l'art. 23-*bis* l'abbia fatto legittimamente, introducendo dei paletti ulteriori rispetto a quelli della normativa comunitaria, avendone il potere in tal senso, chiaramente questo non inficia l'art. 61 proprio perché è nel potere del Legislatore nazionale introdurre dei paletti ulteriori. Mi riferisco, ad esempio, al requisito del 100% pubblico, al parere preventivo dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, alle condizioni geomorfologiche che devono legittimare l'affidamento "*in house*"; ma questo è un potere del Legislatore nazionale, il quale, nell'ambito di una potestà che gli è stata data dal Legislatore comunitario e recepita dal Legislatore nazionale stesso, ben può decidere di rendere più difficoltoso l'affidamento "*in house*".

Le due norme, quindi, hanno esattamente la stessa identica finalità, difatti non ho mai pensato che l'art. 61 e, tantomeno, l'art. 4-*bis* potessero essere abrogati implicitamente dall'art. 23-*bis*.

Tali norme, peraltro, non risultano essere annoverate tra le disposizioni abrogate dal Regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis*: non c'è un'abrogazione esplicita dell'art. 61 e dell'art. 4-*bis*.

Di conseguenza, così come il Legislatore italiano ha abrogato l'avverbio "esclusivamente", allo stesso modo avrebbe ben potuto abrogare espressamente anche l'art. 61, questo tuttavia non è stato fatto.

Peraltro, l'art. 61 altro non è che il recepimento integrale del Regolamento europeo.

*Silvio Busti**

Mi fa piacere questo dibattito tra me e l'Avv.ssa Nicotera proprio perché la dice lunga su come sia contorta questa normativa, come sia di difficile comprensione, come sia veramente un "rompicapo".

Secondo la mia modesta e personale opinione, dal momento che non c'è giurisprudenza sul punto, l'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, come modificato dal decreto-legge del 25 settembre 2009 n. 135, convertito poi con una Legge del 20 novembre del 2009 (disposizione, quindi, successiva alla Legge n. 99/2009, di cui parlava anche l'Avv.ssa Nicotera) pone, a mio avviso, una norma molto più rigorosa circa la possibilità di "bypassare", per così dire, l'affidamento attraverso una procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Quindi, essendo la norma successiva molto più rigorosa rispetto a quella precedente, è in grado di "bloccare" la normativa ad essa precedente e ciò comporta l'abrogazione implicita della norma precedente.

Se venisse meno, attraverso l'abrogazione referendaria, l'art. 23-*bis* nel suo testo attuale, in forza della già citata giurisprudenza costituzionale, secondo la quale il referendum abrogativo opera *ex nunc*, ciò non farebbe rivivere, a mio avviso, l'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 e l'art. 4-*bis* del d.l. 78/2009, che, tutto sommato, ha quasi la stessa formulazione dell'art. 61 della Legge n. 99 del 2009.

Questo dibattito la dice assai lunga su come la mancanza di chiarezza normativa e, soprattutto, su come il rischio di un referendum abrogativo dell'art. 23-*bis* possa lasciare spazio a molte questioni.

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

SILVIO BUSTI

Lascio ora la parola al Prof. Zunarelli, il quale parlerà del sistema della gara a doppio oggetto. Prego.

LA GARA A DOPPIO OGGETTO

*Stefano Zunarelli**

Innanzitutto lasciatemi ringraziare il Prof. Busti ed il Prof. Claroni per questo invito a trattare di un argomento che sanno essermi molto caro.

Io credo che questa iniziativa sia uno dei migliori esempi di quella collaborazione tra Università, Istituzioni locali e mondo delle imprese del territorio che dovrebbero caratterizzare, a mio avviso, una nuova fase di presenza dell'Università nella nostra società civile. Quindi complimenti al Prof. Busti ed al Prof. Claroni per avere bene interpretato questo nuovo ruolo.

Cercherò di essere molto sintetico nell'illustrare quello che è uno degli elementi maggiormente innovativi del nuovo testo dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, vale a dire, lo strumento della gara a doppio oggetto. Gara a doppio oggetto che, come è già stato sottolineato, costituisce una delle modalità ordinarie di affidamento dei servizi pubblici locali e, quindi, anche dei servizi di trasporto pubblico locale, che non determina tutte quelle complicazioni di carattere anche procedurale, ma non solo procedurale, che sono proprie della gara per l'affidamento della gestione del servizio, come è stato ottimamente illustrato dall'Avv.ssa Nicotera.

Si era posto il problema della compatibilità della gara a doppio oggetto con l'ordinamento comunitario e, in particolare, con la disciplina in materia di trasporto pubblico.

* Ordinario di Diritto dei Trasporti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna.

Credo che questi dubbi siano stati definitivamente superati con il confronto che c'è stato tra il Ministero dei Trasporti e la Commissione, in occasione, tra l'altro, della gara per la "privatizzazione" di Tirrenia, nell'ambito della quale era stato proposto proprio lo schema della gara a doppio oggetto, anche con riferimento alle società regionali di Tirrenia. Tale schema è stato valutato positivamente dalla Commissione ai sensi della complessiva regolamentazione comunitaria, quindi anche prescindendo dalla considerazione del fatto che ci troviamo nel periodo transitorio. Di conseguenza, ad oggi, problemi di compatibilità non si dovrebbero più porre e, a mio avviso, può ritenersi compatibile lo schema della gara a doppio oggetto con gli schemi previsti dal Regolamento comunitario.

Che cos'è la gara a doppio oggetto? È definita dal comma 2, lettera *b)* dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, quando sia previsto l'affidamento «a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a)* [...]», che sono quelli che disciplinano l'affidamento della gestione dei servizi in via ordinaria, «le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Quindi non si tratta, come giustamente detto dall'Avv.ssa Nico-tera, di una semplice *partnership*, di un semplice partenariato pubblico-privato. Si tratta di una vera e propria modalità di affidamento del servizio, che passa, da un lato, attraverso una procedura di affidamento semplificata, paradossalmente semplificata, se vogliamo e, dall'altro, attraverso una gara per l'individuazione del socio privato: due elementi che si combinano tra loro. Cercherò di spiegare il perché di questa mia qualificazione.

Quali sono le ragioni che possono indurre un Ente locale a scegliere lo strumento della gara a doppio oggetto piuttosto che l'affidamento per via ordinaria o l'affidamento “*in house*” di cui si è appena parlato?

Innanzitutto, per evitare le turbolenze, *in primis*, di carattere sindacale e, in ogni caso, con le comunità locali, determinate, normalmente, dall'affidamento attraverso una vera e propria gara pubblica. In qualche modo, la gara a doppio oggetto, che prevede la continuità della gestione del servizio da parte dello stesso soggetto partecipato dall'Ente locale anche e anzi, di regola, in via maggioritaria, è sicuramente un percorso che rassicura molto di più le comunità locali e, ovviamente, le organizzazioni sindacali, rispetto ad una vera e propria gara per l'affidamento, che, per definizione, avverrà o che potrà avvenire a beneficio di un nuovo soggetto.

In secondo luogo, per evitare alcuni passaggi problematici delle gare per l'affidamento. Per questo parlavo di gara semplificata, perché, al di là del fatto che si applichino anche alla gara a doppio oggetto gli stessi principi e, sottolineo, solo i principi della normativa comunitaria e del Codice dei contratti pubblici, non trovano tuttavia applicazione, in questo caso, alcuni dei passaggi più critici delle classiche gare per l'affidamento del servizio.

Ha già fatto un cenno il Prof. Claroni, ed è uno degli aspetti più problematici del d.P.R. attuativo dell'art. 23-*bis*, il n. 168 del 2010, al destino dei beni c.d. strumentali ma essenziali per la gestione del servizio.

L'art. 10 del d.P.R. n. 168/2010 prevede infatti che tali beni siano trasferiti a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami, dal precedente gestore al gestore subentrato. Questa è una disposizione che, in assenza di particolari cautele da parte dell'Ente affidante e di una preventiva ed immagino dura negoziazione con il precedente gestore, ove non siano già state previste delle specifiche disposizioni del contratto di servizio

in precedenza in essere, è destinata a creare non pochi problemi e, a mio avviso, è una disposizione che presenta inoltre degli aspetti di dubbia legittimità costituzionale, nella misura in cui prevede un passaggio gratuito della proprietà di beni che, ancorché siano stati, dal punto di vista contabile, integralmente ammortizzati, ben possono mantenere comunque, e nella stragrande maggioranza dei casi mantengono, un loro rilevante valore di mercato.

Nel momento in cui il patrimonio aziendale rimane intatto ed attraverso quello stesso patrimonio aziendale si continui a gestire il servizio, proprio perché è lo stesso soggetto che continua nell'esercizio del trasporto pubblico, la gara a doppio oggetto consente di evitare questi passaggi particolarmente problematici propri delle gare per l'affidamento del servizio.

L'Ente locale può, altresì, perseguire un proprio disegno di efficientamento dell'impresa partecipata, attraverso il coinvolgimento di un privato gestore, come partner industriale nella gestione e, da ultimo, e questa può forse diventare la ragione principale per l'opzione in favore della gara a doppio oggetto piuttosto che quella per il semplice affidamento, la gara a doppio oggetto consente all'Ente locale di monetizzare immediatamente il valore della propria azienda o, per lo meno, della quota della propria azienda oggetto di cessione.

Mi spiego meglio. Nel momento in cui mette a gara il servizio, congiuntamente al 40% delle quote societarie, l'Ente locale monetizza immediatamente quello che è un proprio patrimonio, una quota del patrimonio aziendale che altrimenti non riuscirebbe ad acquisire come disponibilità finanziaria in termini immediati. Ed è un'acquisizione che diventa definitiva, perché se la gara a doppio oggetto viene protratta nel tempo e quindi alla scadenza del primo affidamento si perviene ad un'ulteriore gara a doppio oggetto, non solo la monetizzazione già realizzata si consolida, ma, in ipotesi, il maggior valore dell'azienda può

condurre progressivamente anche ad un aumento del valore della quota finanziariamente disponibile.

Ciò detto, vediamo quali sono, molto rapidamente, gli elementi desumibili dal quadro normativo che caratterizzano la gara a doppio oggetto.

La legge, l'abbiamo visto, prevede innanzitutto che la gara debba avere ad oggetto, tra l'altro, «l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio», quindi non è l'integralità della gestione del servizio a diventare oggetto della gara, ma solo gli «specifici compiti operativi».

Non è chiarito dal Legislatore che cosa significhi l'espressione «specifici compiti operativi». Si è prospettato da parte di alcuni che questi ultimi possano consistere nella semplice attribuzione del ruolo di amministratore delegato ad un soggetto indicato dal socio privato. Le formule utilizzate dal Legislatore, a mio avviso, non consentono di pervenire a questa conclusione.

Il d.P.R. n. 168/2010, al comma quarto, lettera *b*) dell'art. 3 specifica che «il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso [...]», quindi, a mio avviso, questo introduce un elemento di operatività concreta in capo al socio privato.

Conseguentemente alcuni aspetti, alcuni elementi che compongono il servizio nel suo complesso dovrebbero essere immediatamente affidati al socio privato e di questi il socio privato dovrebbe acquisire la responsabilità. Ci si può riferire a determinati aspetti dell'organizzazione o della progettazione del servizio, ad esempio la manutenzione del parco veicolare, ma alcuni specifici compiti operativi dovrebbero essere oggetto di affidamento al soggetto privato.

Per quel che riguarda, invece, la partecipazione, si prevede che questa non debba essere inferiore al 40%.

Nulla vieta, tuttavia, che la quota posta a base della gara e quindi oggetto di trasferimento temporaneo al privato possa anche eccedere il 50%, anche se, non va nascosto, questo potrebbe determinare dei problemi non piccoli in sede poi di attuazione degli adempimenti previsti al termine dell'affidamento perché, come voi tutti sapete, in base al diritto societario, gli obblighi che possono derivare in capo ad un soggetto, relativamente al trasferimento di quote societarie, sono comunque diritti di credito, non vi è un diritto reale del cedente sulla quota, quindi se il soggetto è proprietario di oltre il 50%, o si rifiuta di retrocedere la quota o, peggio ancora, diventa insolvente, in questi casi i problemi che possono aprirsi possono veramente essere di non piccola entità, quindi il suggerimento è di mantenersi al di sotto del 50%, in ogni caso.

Per quel che riguarda la procedura di gara, il comma quarto dell'art. 3 del d.P.R. n. 168/2010 di cui ho accennato prima, specificamente dedicato alle gare a doppio oggetto, prevede alcune puntualizzazioni.

Molto rapidamente, si prevede che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivi del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie.

Si parla di qualità e corrispettivi del servizio, quindi di tutto il servizio, non solo degli specifici compiti operativi oggetto di affidamento al partner privato, quindi dovrà essere il risultato globale, sul piano qualitativo e di costo del servizio, che dovrà essere valutato dalla Commissione di gara.

Il fatto che “prevalgano di norma” su quelle riferite al prezzo delle quote societarie è un elemento di flessibilità che il Legislatore introduce abbastanza frequentemente. Ci si può domandare quali possano essere le eccezioni a questa regola. Ci si può immaginare quando il patrimonio della società, le cui quote sono oggetto di trasferimento, sia talmente rilevante da assumere un'importanza di gran lunga preponde-

rante rispetto al valore della qualità del corrispettivo del servizio: probabilmente in questo caso si può prevedere che il peso attribuito al prezzo di trasferimento delle quote possa anche essere prevalente rispetto a quello della qualità dei corrispettivi del servizio. Però, ripeto, questa è l'eccezione, la regola che pone il Legislatore è quella opposta.

Ancora, e questo è l'aspetto davvero qualificante, si prevedono criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

Quindi, già preventivamente, in sede di bando di gara, debbono essere previsti i criteri in base ai quali l'Ente locale liquiderà, riacquistandone la proprietà, la quota trasferita al socio privato limitatamente al periodo oggetto dell'affidamento. Quindi, se l'affidamento avrà durata di 8 anni, dovranno già essere previsti i criteri sulla base dei quali sarà determinato il prezzo di riacquisto, da parte dell'Ente pubblico cedente, delle quote che sono state oggetto di cessione al partner privato. Questo è precisamente uno dei momenti in cui si realizza l'interesse del partner privato ad intervenire in una procedura di gara a doppio oggetto, e cioè, al di là di alcune valutazioni strategiche che sono avvenute in passato (voi ben sapete che a Genova è stata realizzata una gara a doppio oggetto e, probabilmente, in quel caso l'interesse del partner privato era assai più strategico, cioè di ingresso in un mercato ritenuto interessante che non di realizzazione di un risultato finanziario interessante nel breve periodo, cosa poi smentita in effetti dai fatti), l'interesse fisiologico del partner privato dovrebbe essere quello di ottenere un beneficio sul piano economico.

Questo potrebbe effettivamente realizzarsi introducendo, al di là di improbabili dividendi che possono essere distribuiti dalla società durante il periodo di affidamento, sempre possibili e auspicabili ma non propriamente probabili, attraverso la previsione di criteri, per la determinazione del prezzo di riacquisto, premiali a beneficio del socio privato che, intervenendo sulla gestione, abbia consentito un efficientamento

della società di gestione o comunque abbia consentito all'Ente locale di realizzare gli obiettivi che si è posto sul piano dell'assetto gestionale del servizio.

È proprio attraverso i criteri per la determinazione del prezzo di riacquisto che si può rendere interessante ed appetibile, per un'impresa privata, l'ingresso nella società di gestione del servizio e, quindi, la partecipazione alla gara a doppio oggetto.

Due parole soltanto per enfatizzare quali sono i documenti che dovranno essere posti a base di una gara a doppio oggetto.

Su questo tema, Federmobilità, diretta dalla Dott.ssa Serio, che parteciperà poi all'ultima fase dei lavori di questo incontro, ha elaborato un documento molto articolato, a cui ho avuto l'onore di partecipare, in cui sono esaminati dettagliatamente i vari aspetti della procedura di gara a doppio oggetto che, per vari aspetti, si differenzia rispetto alla gara ordinaria per l'affidamento.

Molto sinteticamente, il bando di gara dovrà non solo precisare gli specifici compiti operativi cui sarà tenuto il partner privato ma, altresì, prevedere, quale criterio di aggiudicazione, la qualità ed il corrispettivo del servizio, quale elemento predominante rispetto al prezzo offerto per le quote societarie.

Secondo aspetto, lo statuto della società dovrà entrare tra i documenti di gara ed essere poi necessariamente adeguato al riconoscimento, al partner privato, di un certo tipo di possibilità di intervento nella vita della società stessa, così come dovrà essere previsto uno schema di patto parasociale, che identifichi con precisione i termini dei rapporti tra soggetti pubblici-soci pubblici e partner privato in sede di gestione della società, durante il periodo dell'affidamento. Dovrà, ovviamente, essere allegato uno schema di contratto di servizio che contenga quegli elementi di flessibilità collegati agli specifici compiti operativi affidati al partner privato.

Da ultimo, e ripeto, questo è l'aspetto più peculiare, dovrà essere allegato uno schema di contratto di opzione, vale a dire il contratto sulla base del quale avverrà il riacquisto, da parte del socio pubblico, o dei soci pubblici, delle quote oggetto di trasferimento al partner privato. Tra l'altro, lo schema di opzione potrà ovviamente essere a beneficio del successivo partner privato che dovesse essere identificato, laddove l'Ente locale decida di ricorrere nuovamente ad una gara a doppio oggetto al termine dell'affidamento, il che ovviamente non è necessario. Ben potrà il soggetto pubblico, o i soggetti pubblici, optare per una vera e propria gara per l'affidamento del servizio. Ma allora, in questo caso, cautele di tipo diverso si dovranno porre, cioè assicurarsi che il partner privato si impegni a far partecipare la società mista alla futura gara per l'affidamento del servizio, secondo le modalità che saranno poi convenute con i soggetti pubblici.

Certamente la regola, comunque, è che il contratto di opzione preveda quegli elementi di carattere premiale a beneficio del socio privato che ha ben operato e di cui vi ho fatto cenno prima.

Vi ringrazio.

*Silvio Busti**

Ringraziamo tutti il Prof. Zunarelli, per aver ben delineato il sistema della gara a doppio oggetto.

Lascio il mio posto al Prof. Zunarelli, il quale coordinerà ora la Tavola Rotonda, cui parteciperanno l'Avv.ssa Nicotera dell'ASSTRA, la Dott.ssa Serio di Federmobilità, il Dott. Lucente per ANAV ed il Dott. Andreatta, che rivedo volentieri dopo qualche anno, quale funzionario dell'Assessorato dei Trasporti della Provincia di Trento.

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

SECONDA PARTE

TAVOLA ROTONDA SUL TEMA:
“LO STATO ATTUALE DEL
TRASPORTO PUBBLICO LOCALE”

COORDINA: STEFANO ZUNARELLI

APERTURA DEI LAVORI

*Stefano Zunarelli**

Passiamo ai problemi concreti degli Enti locali e delle imprese, non soltanto di quelle pubbliche ma di tutte le imprese, anche di quelle private, che si pongono nella fase attuale di implementazione della normativa di cui abbiamo ampiamente discusso.

Darei, immediatamente, la parola alla Dott.ssa Serio, Direttore di Federmobilità.

* Ordinario di Diritto dei Trasporti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna.

*Annita Serio**

L'ampia e approfondita illustrazione degli aspetti normativi che regolano il settore di chi mi ha preceduto mi ha fatto venire in mente una citazione attribuibile a Mao Tse-Tung: "Grande la confusione sotto il cielo, dunque la situazione è eccellente".

Ovviamente non è questo il caso del trasporto pubblico locale perché di confusione ce n'è tanta: i relatori hanno sottolineato una serie di criticità interpretative legate alla sequenza di modifiche, abrogazioni, interventi riformatori (vedi servizi ferroviari) che hanno caratterizzato l'iter approvativo della normativa vigente nella quale anche per gli addetti ai lavori è difficile orientarsi. È comprensibile quindi il comportamento prudentiale di alcune amministrazioni pubbliche che, in una situazione di incertezza dei finanziamenti come quella attuale, devono comunque assicurare il servizio e assumere scelte di governo della mobilità indubbiamente "rischiose" per le conflittualità che possono essere generate dal contesto normativo in costante evoluzione.

Detto questo, vorrei evidenziare gli aspetti di maggiore criticità del nuovo sistema regolatorio su cui si è concentrata gran parte dell'attenzione dei decisori del settore e primo fra questi la questione dell'affidamento *in house* alla cui soluzione è legata la stessa sopravvivenza dell'art. 23-*bis*.

Infatti il prossimo giugno siamo chiamati ad esprimerci sul quesito referendario riguardante appunto l'abrogazione di tutto l'art. 23-*bis* chiesto per il servizio idrico integrato ma che purtroppo ha coinvolto anche tutti gli altri servizi a rilevanza economica disciplinati dall'art. 23-*bis* compreso il t.p.l.

* Direttore di Federmobilità.

Come è noto, il comma 3 definisce regole più rigorose di quelle comunitarie per l'affidamento *in house* e consente l'affidamento diretto della gestione, solo in presenza di condizioni eccezionali che, per peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono “un efficace e utile ricorso al mercato” (l'affidamento può avvenire solo a società a intero capitale pubblico, partecipata dall'Ente locale nel rispetto dei principi comunitari in materia di controllo analogo e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'Ente o gli Enti pubblici che la controllano).

Sul punto si è espressa la Corte Costituzionale, prima con l'importante sentenza 325 del 3 novembre 2010 riguardante la legittimità di una buona parte dell'articolo e poi con la sentenza n. 24 del 2011 relativa all'ammissibilità del referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 23-*bis*.

La Corte, nella motivazione per l'ammissibilità del referendum, nel precisare che in considerazione dell'ambito di applicazione dell'art. 23-*bis* il ricorso abrogativo non può non coinvolgere tutti i servizi pubblici locali (e non solo il servizio idrico), ha fatto due importanti sottolineature in merito:

- alla maggiore rigidità della normativa nazionale rispetto a quella comunitaria (che non è né costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 della Costituzione né in contrasto con la normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri))
- e
- agli effetti dell'eventuale abrogazione referendaria, precisando che «in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, non deriva alcuna lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa

contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabile richiesto dall'ordinamento comunitario».

Quindi, sembra di capire che, il referendum, pur essendo vitale per la vigenza dell'art. 23-*bis* non determina, comunque, in caso di un esito positivo della consultazione, un vuoto legislativo stante la vigenza del d.lgs. 422/97 e del Regolamento comunitario 1370.

Sotto il profilo applicativo mi vorrei soffermare poi su un altro aspetto importante e pregiudiziale a tutto il resto: l'ambito di applicazione delle norme (servizi di t.p.l. su gomma regionali/provinciali/comunali o solo provinciali/comunali?).

Infatti, mentre non possono esserci dubbi sul trasporto ferroviario regionale (l'art. 23-*bis* disciplina l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e fa salve, per il trasporto ferroviario regionale, le disposizioni del d.lgs. 422/97) il problema invece si presenta per i servizi regionali su gomma.

Il punto controverso riguarda nello specifico il significato da attribuire alla locuzione "servizi pubblici locali" a cui generalmente si fa riferimento per i servizi svolti dagli Enti pubblici locali (Province e Comuni) dalla quale discenderebbe l'esclusione dei servizi regionali su gomma.

Sul tema esistono due correnti di pensiero. Una (che, come prima abbiamo sentito, è condivisa anche dall'ASSTRA) sostiene, sulla base di una interpretazione letterale delle norme, l'applicazione dell'art. 23-*bis*, solo ai servizi di t.p.l. su gomma "locali", ossia a quelli di ambito provinciale e comunale.

L'altra, invece, espressa dall'Antitrust in un parere sollecitato dalla Regione Abruzzo, con una interpretazione di natura più sostanziale, sostiene che le disposizioni in questione devono essere osservate anche per i servizi su gomma regionali.

L'Autorità, infatti, ritiene che i servizi pubblici locali non sono "esclusivamente" quelli svolti da Province e Comuni e per sostenere la

sua tesi ricorda la normativa speciale di settore e richiama, fra l'altro, il comma 7 dello stesso art. 23-*bis* (che attribuisce alle Regioni e agli Enti locali il compito di definire i bacini di gara per i diversi servizi al fine di consentire lo sfruttamento di economie di scala e garantire il raggiungimento della dimensione minima efficiente del servizio).

La rilevante portata dell'intervento dall'Antitrust è evidente: in assenza di riferimenti espliciti, il parere suddetto, pur non avendo forza di legge, costituisce un precedente di interpretazione qualificata che difficilmente potrà essere ignorato dalle stazioni appaltanti e certamente avrà un peso determinante ai fini della decisione del giudice nelle eventuali controversie.

A mio giudizio, al di là degli aspetti più propriamente giuridici, il parere dell'Antitrust non solo chiarisce uno degli aspetti più controversi dell'art. 23-*bis* ma soprattutto ha il merito di aver dato risposta all'esigenza di una pianificazione di livello regionale dei servizi e alla necessità anche di natura finanziaria di governo del settore nel rispetto del principio delle competenze dei vari livelli istituzionali.

D'altra parte, relativamente all'ambito regionale dei servizi da mettere in gara, l'interpretazione dell'Antitrust è anche in linea con l'evoluzione delle scelte politiche che alcune Regioni hanno fatto di recente, vedi l'ultima in ordine tempo, la Regione Toscana, che ha deciso di fare una gara unica per tutti i t.p.l. regionali.

A proposito del ruolo dell'Antitrust rispetto ai profili applicativi dell'art. 23-*bis*, voglio anche ricordare che, nello stesso parere, l'Autorità è intervenuta in tema di modalità di affidamento dei servizi con particolare riferimento ai criteri in presenza dei quali le amministrazioni locali possono ricorrere all'affidamento *in house* e ha puntualizzato l'eccezionalità dell'istituto dell'affidamento diretto che secondo l'Autorità deve essere utilizzato solo per le ipotesi tassativamente individuate dal comma 3 "in cui sia riscontrata l'impossibilità di rivolgersi al mercato".

A mio giudizio tuttavia le vicende normative degli ultimi dieci anni pur rallentando il processo di liberalizzazione del settore hanno comunque stimolato, sotto questo profilo, un dibattito costruttivo. Il sistema paradossalmente è “cresciuto” malgrado le innumerevoli difficoltà interpretative (in alcuni casi veri sofismi di tipo giuridico) e, dall’entrata in vigore del decreto legislativo n. 422 del 1997, ha messo a punto alcuni strumenti essenziali per un corretto e trasparente rapporto Enti-gestore, vedi i contratti di servizio e le stesse gare – dove queste sono state fatte. Rimangono tuttavia alcuni nodi di fondo da risolvere e primo fra questi la separazione fra il ruolo di regolatore e gestore del servizio, uno dei principi cardine del 422 e che fino a oggi non ha trovato risposte.

Significativa del clima complessivo di incertezza è anche la proroga anno per anno dei termini per la scadenza del periodo transitorio entro cui avviare le procedure di gara. Attualmente sono fissati a settembre 2011 e con ogni probabilità, stante il permanere delle difficoltà sopra richiamate, saranno ulteriormente prorogati (le Regioni, in sede di Decreto “mille proroghe”, avevano chiesto un rinvio fino alla definizione delle risorse necessarie al t.p.l. ritenendo l’assenza di chiarezza, sotto il profilo finanziario, un impedimento oggettivo all’avvio di procedure di affidamento nuove o di rinnovi contrattuali).

Una situazione dunque piuttosto instabile e problematica dove l’intreccio fra regole non sufficientemente definite e l’incertezza sui finanziamenti crea un clima di tensione e conflittualità anche fra le stesse Regioni. In questi giorni, ad esempio, è stata raggiunta con fatica un’intesa per introdurre, per la prima volta, il principio della premialità nella ripartizione fra le Regioni dei 425 milioni di euro, che erano stati dati con la manovra di luglio. Lo scontro fra chi poteva dimostrare di aver fatto una serie di innovazioni per il settore e rivendicava il giusto riconoscimento e chi invece ha operato con meno incisività è stato duro

e tenuto conto della scarsità delle risorse disponibili potrà ulteriormente acuirsi in sede di federalismo fiscale.

Le stesse considerazioni valgono per il rapporto Stato-Regioni. Sono note le difficoltà che hanno portato all'accordo del 16 dicembre, riguardante il finanziamento dei servizi del trasporto pubblico locale e come questo sia rimasto solo un impegno fino a diventare la *condicio sine qua non* per l'approvazione in sede di Bicamerale del d.lgs. sul federalismo regionale.

E con queste premesse è difficile supporre che la situazione possa migliorare nei prossimi mesi soprattutto sotto il profilo finanziario.

*Stefano Zunarelli**

Darei subito la parola al Dott. Lucente dell'ANAV, in rappresentanza delle imprese private del settore.

Prego.

* Ordinario di Diritto dei Trasporti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna.

*Antonello Lucente**

Buongiorno a tutti. Un ringraziamento innanzitutto per l'organizzazione di questo seminario estremamente interessante ed un saluto da parte del Direttore Generale di ANAV, Dott. Tullio Tulli, che oggi sostituisco a causa di un impegno sopraggiunto in altra sede.

Qual è il punto di vista delle imprese private sullo stato attuale della riforma del trasporto pubblico locale? La Dott.ssa Serio ha da ultimo evidenziato come l'avvio della riforma sia fortemente condizionato dall'incertezza, e dall'insufficienza, delle risorse finanziarie destinate al settore. Con la manovra economica di luglio sono stati tagliati alle Regioni, ed in particolare a quelle a statuto ordinario, trasferimenti statali destinati a finanziare i servizi di t.p.l. per oltre 1 miliardo e 600 milioni di euro. Con successivi passaggi, dalla legge di stabilità in poi, sono state reintrodotte risorse per circa 1 miliardo e 200 milioni di euro: permane quindi una differenza di 400 milioni di euro relativi, in particolare misura, agli investimenti.

Nonostante, allo stato attuale, vi sia un'esigenza di maggiore finanziamento dei servizi di t.p.l., lo scenario che è maturato nell'ultimo anno va verso una prospettiva di riduzione delle risorse disponibili per il settore. È anche sotto l'aspetto del perseguimento dell'equilibrio finanziario che le misure di liberalizzazione del mercato previste nella riforma introdotta con l'articolo 23-bis dovrebbero sortire degli effetti positivi: la limitazione del ricorso agli affidamenti diretti, la promozione delle gare per l'affidamento dei servizi, il *favor* per i partenariati pubblico-privati, dovrebbero condurre ad una maggiore efficienza allocativa delle risorse, contrastando gli attuali divari e distorsioni.

* Responsabile Servizio Economico Legislativo dell'ANAV.

Il percorso di liberalizzazione del settore del t.p.l., tuttavia, è stato rimandato da ormai 15 anni, per effetto dei continui interventi normativi volti a procrastinare il vincolo dell'affidamento dei servizi tramite gara introdotto nel '97 con il Decreto Burlando. Tra i diversi motivi di quello che, con un gioco di parole, potremmo definire "*periodo transitorio permanente*" rientra, a pieno titolo, la mancanza nel decennio passato di risorse finanziarie sufficienti, ciò che ha impedito l'avvio, su basi economiche stabili, dell'attività di pianificazione e programmazione dei servizi da parte degli Enti affidanti, propedeutica all'avvio delle gare e che ha frenato gli investimenti degli operatori.

Sembrirebbe oggi, per quanto detto, contraddittorio sostenere la necessità di un'ulteriore proroga del periodo transitorio di validità degli attuali affidamenti diretti, adesso stabilito dall'art. 23-*bis*. Potrebbe sembrare strano che proprio un'associazione come l'ANAV, che aderisce a Confindustria e che rappresenta le imprese private del settore, abbia sostenuto la richiesta delle Regioni di prorogare il termine di scadenza *ex lege* degli affidamenti non conformi ai principi concorrenziali stabiliti nella riforma. Se si lascia da parte la teoria e si ha presente la realtà dei fatti è, tuttavia, evidente che la proroga è necessaria proprio perché in uno scenario finanziario incerto, nel quale gli Enti affidanti non possono quantificare i corrispettivi da porre a base d'asta, mancano i presupposti indispensabili per effettuare delle procedure concorsuali che garantiscano adeguati livelli di servizio ai cittadini e giuste remunerazioni agli operatori.

All'incertezza finanziaria si somma l'incertezza del quadro normativo di riferimento. Ciò che, nella fase attuale, sta di fatto determinando la paralisi di una nuova fase di programmazione dei servizi da parte delle Amministrazioni locali. Quelle grandi speranze che si riponevano nel Regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*, adottato con il recente d.P.R. n. 168/10, ed al quale era demandata l'armonizzazione della nuova disciplina con la normativa di settore, sono state infatti disattese.

L'articolo 23-*bis*, è opportuno ricordare, al suo comma 10, prevedeva la possibilità di emanare più regolamenti settoriali e questo sarebbe stato sicuramente preferibile perché avrebbe consentito il maggiore approfondimento di diverse questioni lasciate irrisolte dalla norma primaria: in particolare, le questioni connesse al complesso coordinamento della normativa nazionale con il Regolamento comunitario n. 1370 di cui si è in precedenza parlato.

L'articolo 12 del d.P.R. attuativo "liquida" l'intera questione dell'armonizzazione tra la nuova normativa nazionale e la disciplina comunitaria settoriale con una frase: «il presente regolamento si applica in quanto compatibile con il regolamento 1370». In buona sostanza, il districarsi nell'incrocio di norme di diverso rango e di diversa portata (comunitarie, nazionali, generali, settoriali), appropriatamente definito dall'Avv. Nicotera come un incrocio "infernale", viene lasciato all'interprete, agli operatori del settore. Ma in assenza di un dato normativo chiaro le esegesi possibili sono diverse e, come è naturale, riflettono gli interessi particolari dei differenti interpreti: Enti affidanti, affidatari diretti dei servizi, operatori che già gestiscono i servizi in esito ad una procedura di gara. L'ultima parola, quindi, è in molti casi lasciata ai giudici. Ma anche la giurisprudenza, purtroppo, non offre soluzioni univoche.

Basti pensare, a tale proposito, alle recenti sentenze dei giudici amministrativi sulla portata del comma 9 dell'articolo 23-*bis* e dei divieti in esso previsti per gli affidatari diretti: in particolare quello di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi ulteriori rispetto a quelli gestiti in via diretta, salvo la deroga prevista in caso di "prime gare". La questione è particolarmente attuale poiché, ovviamente, è connessa alla disciplina del periodo transitorio degli attuali affidamenti "non conformi". Ebbene, quattro, cinque sentenze emesse dai giudici amministrativi hanno posto, ciascuna, dei principi diversi e non hanno,

certo, contribuito a chiarire cosa debba intendersi per "prime gare" e quale sia, di conseguenza, l'ambito applicativo della deroga.

Nell'incertezza del diritto e nell'incertezza finanziaria viene frenata, di fatto, la possibilità di pianificazione e programmazione da parte tanto degli Enti affidanti che degli operatori, ciò che ostacola il rilancio e lo sviluppo del comparto. L'esigenza prioritaria delle imprese private, credo da tutti condivisibile, è l'adozione delle misure idonee a superare questo stato di incertezza sulle regole e sulle risorse.

Desidero svolgere alcune riflessioni sintetiche anche rispetto al dibattito teorico, aperto da quanti mi hanno preceduto e che mi ha molto interessato, sulla prevalenza dell'art. 23-*bis* rispetto all'art. 61 della legge 99/09 e sull'abrogazione implicita di quest'ultimo. Vorrei contribuire al dibattito che si è generato segnalando che la legge n. 166 del 20 novembre 2009, nel modificare il decreto-legge n. 135 del 25 settembre 2009, aggiunge all'art. 15, il comma 1-*bis*, il quale crea una forma di coordinamento tra la nuova versione dell'art. 23-*bis* e l'art. 61.

Trovandoci oggi in una Regione a statuto speciale ciò può particolarmente interessare, in considerazione dell'ambito applicativo della disposizione. Il comma 1-*bis* dell'art. 15 statuisce che: «Ai fini dell'applicazione dell'articolo 23-*bis*, comma 8, lettera *e*) – che fissa la prima scadenza del periodo transitorio previsto per gli affidamenti diretti – nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano sono fatti salvi [...] i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Questo inciso porterebbe, a mio parere, a ritenere che l'art. 61 sia da ritenersi abrogato a seguito della modifica dell'art. 23-*bis*. Di questa forma di coordinamento, altrimenti, non si sarebbe ravvisata la necessità.

Ma anche in ipotesi di abrogazione, permangono dei limiti al coordinamento tra le due norme: la salvaguardia è infatti prevista per i contratti relativi al solo t.p.l. su gomma ed esclusivamente per le Regioni a statuto speciale. Proprio nel Trentino, segnalo, non so se facendo ricorso all'art. 61, si è scelto l'affidamento "*in house*" per la gestione dei servizi di t.p.l..

Un'ulteriore annotazione che vorrei effettuare è relativa all'incertezza che si è generata con riferimento ai vincoli di operatività posti alle società miste costituite con gara a doppio oggetto, incertezza derivante dal fatto che l'ultima versione dell'art. 23-*bis* ha definito come ordinaria la procedura della gara a doppio oggetto, ponendola, in qualche modo, sullo stesso piano della procedura di gara per l'affidamento dei servizi. In apparente contrasto, nel comma 9 dell'art. 23-*bis*, laddove vengono disciplinati i divieti alla c.d. operatività *extra moenia* degli affidatari diretti, si stabilisce che coloro che sono in affidamento diretto non possono partecipare a gare per acquisire servizi ulteriori e che tali divieti sono estesi anche alle società miste. L'apparente contraddizione, a mio avviso, è stata efficacemente risolta dalla recente sentenza n. 325 della Corte Costituzionale, laddove la stessa, nello stabilire la differenza tra la disciplina comunitaria e la disciplina nazionale, ha chiaramente affermato che il Legislatore nazionale può dettare disposizioni maggiormente concorrenziali ed ha sostanzialmente ritenuto, a mio parere giustamente, che l'affidamento con gara a doppio oggetto sia comunque una forma di affidamento diretto.

Perché una forma di affidamento diretto? Perché, come correttamente segnalava il Prof. Zunarelli, la gara a doppio oggetto risponde, tra l'altro, all'esigenza di dare continuità al soggetto pubblico, evitando le turbative di varia natura che conseguirebbero ad una sua totale fuoriuscita dalla gestione dei servizi. Il rimedio individuato nella gara a doppio oggetto implica, di fatto, che, invece di aprire al mercato il 100% del valore dell'attività economica, si apre al mercato soltanto una

quota dello stesso, con il limite minimo dell'attribuzione al socio privato di una quota di partecipazione non inferiore al 40%. Ne risulta, evidentemente, una chiusura parziale del mercato, a fronte della quale mi sembra corretto che si vada incontro a dei vincoli, dovuti anche al particolare oggetto sociale della società mista che si viene a costituire. Per queste ragioni non sembra affatto incoerente il vincolo posto all'operatività *extra moenia* delle società miste costituite con gara a doppio oggetto. Esistono poi ulteriori vincoli, e vado a rispondere ad un tema che è stato evidenziato dal Prof. Claroni, ovvero quelli relativi all'acquisizione di beni e servizi nel mercato a valle ed all'assunzione del personale.

Le disposizioni a riguardo sono state, rispettivamente, adottate negli artt. 6 e 7 del Regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*. Non era sufficientemente chiaro, tuttavia, se i vincoli previsti, oltre che per le società "*in house*", anche per le società miste a partecipazione pubblico-privata, fossero connessi alla sola presenza di capitale pubblico e prescindessero dalle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. La Corte Costituzionale ha invece chiarito, di fronte ad una puntuale contestazione delle Regioni, che la delega attribuita in materia dall'art. 23-*bis* al Regolamento riguarda la tutela della concorrenza perché volta ad impedire che gli affidatari diretti possano avvantaggiarsi della loro rendita di posizione per distorcere anche il mercato a valle e che, sempre con riferimento alla tutela della concorrenza, gli affidatari diretti sono tenuti al rispetto dei principi concorsuali di assunzione del personale.

Risulta, quindi, evidente, che i vincoli previsti concernono le sole società miste costituite con gara a doppio oggetto ovvero affidatarie dirette dei servizi e non riguardano, invece, soggetti con capitale misto pubblico-privato che gestiscono i servizi in esito ad una procedura di gara.

Vorrei concludere riprendendo un accenno che faceva la Dott.ssa Serio in merito all'attuale disparità nell'attribuzione delle ri-

sorse destinate al finanziamento del t.p.l., disparità che riflette un'inefficiente allocazione dei finanziamenti attribuiti secondo la metodologia della "spesa storica". Nell'attuale scenario economico-finanziario del settore è, a mio parere, determinante porre soluzione a tale problema, contestualmente, se possibile, alla fase di *start up* del processo di liberalizzazione del mercato. Un'allocazione efficiente di risorse finanziarie limitate consentirebbe, infatti, di salvaguardare lo sviluppo di un settore al quale è riconosciuta da tutti una valenza strategica straordinaria, per la soluzione delle problematiche ambientali e di quelle connesse alla congestione del traffico in ambito urbano, ma anche per l'importante ruolo nella economia del Paese.

A tal fine assume un ruolo estremamente importante il passaggio dal metodo di finanziamento basato sulla spesa storica a quello fondato sul costo standard, principio di cui si è accennato e che è contenuto nella legge Delega sul federalismo fiscale. I Decreti Delegati sinora emanati contengono a riguardo una serie di ulteriori principi che dovranno essere concretizzati in disposizioni da introdurre con Decreti Ministeriali sulla base di criteri simili a quelli adottati per gli studi di settore. I dati utili dovranno essere puntualmente definiti e successivamente raccolti presso le diverse amministrazioni locali. Insomma un processo che si prospetta, purtroppo, estremamente lungo e complesso.

In estrema sintesi, in un panorama di risorse che vanno via via riducendosi, l'unico modo per pensare di sviluppare il settore del trasporto pubblico locale è quello di arrivare ad una maggiore efficienza allocativa. Attraverso il costo standard, se correttamente definito e implementato, sarà possibile rendere disponibili le risorse finanziarie laddove esse effettivamente servono, evitando molti sprechi che oggi ancora esistono.

Grazie.

*Stefano Zunarelli**

Prima di dare la parola all'Avv.ssa Nicotera, debbo a questo punto prendere posizione sul problema relativo agli effetti dell'eventuale abrogazione dell'art. 23-*bis*.

Personalmente simpatizzo con l'interpretazione data dall'Avv.ssa Nicotera: l'art. 61 ha aperto un'ampia porta all'utilizzazione, nel nostro ordinamento, di tutti gli strumenti previsti dal Regolamento comunitario n. 1370. Col nuovo testo dell'art. 23-*bis* si è ristretta questa porta, sono stati posti dei "paletti".

Se verrà abrogato il 23-*bis*, vengono meno tali "paletti" e la porta si apre. Rimane aperta, come era rimasta aperta, peraltro, in virtù di una norma non espressamente abrogata.

Passo, quindi, la parola all'Avv.ssa Nicotera.

* Ordinario di Diritto dei Trasporti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna.

*Alessia Nicotera**

Mi fa piacere questo tipo di interpretazione. Non ritornerei più, a questo punto, sulla sequenza delle norme, anche perché, considerato che l'avverbio "esclusivamente" è venuto meno, ciò vuol dire che le altre forme sono consentite. Possiamo discutere ampiamente sull'art. 61, però, in ogni caso, la porta in qualche modo ormai si è aperta.

Per tornare alla domanda iniziale del Prof. Zunarelli, mi sembra che i problemi delle aziende, pubbliche o private che siano, siano stati assolutamente evidenziati. Chiaramente, occorre segnalare che le imprese pubbliche hanno qualche problema in più, ma, nella globalità dei problemi che sono stati messi in luce poc'anzi, esse sono assolutamente accumulate dalle stesse problematiche, perché, è evidente, occorrono delle regole che siano poche e chiare, possibilmente, accompagnate da politiche della mobilità che favoriscano l'uso del mezzo pubblico.

Sì, è vero, c'è stato uno stanziamento di risorse. L'accordo risolve un problema contingente, cioè aiuta a ridurre il taglio, ma, siamo partiti dal 30%, quindi questa "boccata di ossigeno" ci consente di ipotizzare un taglio minore, tuttavia non risolve il problema perché, in realtà, occorre un qualcosa di strutturale.

Un qualcosa di strutturale si era fatto con la Finanziaria del 2008, quindi il problema a livello statale si era risolto, poi il problema subentra a livello regionale quando si perde il vincolo di destinazione di queste somme, per cui queste somme vanno a finire in un "calderone" e, magari, vengono destinate ad altri scopi; i trasporti, invece, vengono messi sempre in coda ed arrivano quindi "in affanno", chiaramente, rispetto agli altri settori.

* Vice Direttore Generale ASSTRA.

ALESSIA NICOTERA

Non c'è quindi una programmazione dei servizi, non c'è una programmazione di risorse, tutto questo rende ben difficile stabilire il corrispettivo sulla base del quale andare a fare la gara, per un tot di anni. In altre parole, l'Ente sa di avere le risorse per il 2011, ma non è dato sapere se ci saranno per gli anni successivi. Non si conoscono quali siano le risorse, in quali quantità, se ci sono i tagli, o meno.

*Annita Serio**

A questo proposito, c'è un altro aspetto da sottolineare: la Finanziaria del 2008 ha eliminato una serie di fonti finanziarie e le ha sostituite con un aumento, a favore delle Regioni, delle accise. Ora, se diminuisce, come di fatto sta succedendo, il numero dei veicoli circolanti, e quindi anche l'uso, il consumo della benzina, del gasolio etc., diminuiscono correlativamente anche le entrate per Regioni. Un problema questo che non è stato ancora risolto e che costituisce un'ulteriore difficoltà per l'accordo Stato-Regioni.

* Direttore di Federmobilità.

*Alessia Nicotera**

Questo è, peraltro, un paradosso del settore del trasporto pubblico locale, il quale si finanzia con le risorse derivanti dell'accisa del trasporto privato: questa è proprio una contraddizione in termini di tale comparto del trasporto!

In più, le norme comunitarie che abbiamo tanto citato oggi stabiliscono delle regole che sono piuttosto chiare su come si determina il corrispettivo, su come si determina la compensazione. Quindi, non solo deve essere certa ma deve essere determinata in un certo modo, quindi deve avere caratteristiche di compensazione degli oneri che devono essere sostenuti dalle imprese, pubbliche o private che siano, affidatari "in house", affidatari diretti, affidatari con gara; qualunque sia la modalità di affidamento del servizio vanno rispettate quelle regole. Tali regole, stabilite dal Legislatore comunitario, in Italia sono frutto di discussione in sede giudiziale.

* Vice Direttore Generale ASSTRA.

*Antonello Lucente**

In Italia, infatti, è purtroppo ancora posto in discussione il diritto degli operatori a vedersi riconosciuto il margine di utile all'interno dei contributi/corrispettivi per la gestione dei servizi.

* Responsabile Servizio Economico Legislativo dell'ANAV.

*Alessia Nicotera**

In sede giudiziale, peraltro, si afferma che il settore del trasporto pubblico locale si configura quale settore speciale e che il Codice degli appalti, in tale contesto, non prevede la revisione dei corrispettivi.

Ci si ritrova allora nel paradosso per cui, a monte, non si ha diritto alla revisione del corrispettivo, perché nel Codice degli appalti il 115 non sarebbe citato, quando, tuttavia, a valle, per tutti gli approvvigionamenti, per tutti i fornitori, si deve applicare la revisione prezzi. Questa rappresenta una contraddizione del nostro sistema.

In più, lo si è detto tante volte, gli investimenti nel nostro Paese sono oggettivamente pochi in questo settore: il parco veicoli in Italia ha un'anzianità ben superiore a quella degli altri Paesi europei.

A ciò si aggiunga come il Ministero dell'Ambiente parrebbe avere intenzione di recepire indirizzi della Comunità Europea, privi di valenza cogente per gli Stati membri, per cui, nel momento in cui si indicano le gare, non per l'acquisto dei veicoli, ma per i servizi di t.p.l., chi partecipa deve disporre di veicoli omologati Euro 5 o Euro 6. Occorre considerare che tale scelta potrebbe determinare una paralisi totale del funzionamento del sistema, a meno che non vengano fornite ulteriori risorse al fine precipuo di ammodernare e sostituire l'attuale parco mezzi.

* Vice Direttore Generale ASSTRA.

*Annita Serio**

Considerando anche il valore complessivo di ciò di cui si sta parlando: stiamo parlando di milioni di euro!

* Direttore di Federmobilità.

*Alessia Nicotera**

Stiamo, infatti, parlando di un investimento di milioni di euro che va ad incidere, per quello che riguarda l'ambiente, l'inquinamento ambientale, sul 3%. L'inquinamento che deriva dai veicoli del trasporto pubblico incide del 3% rispetto al traffico privato, che incide del 97%.

* Vice Direttore Generale ASSTRA.

*Stefano Zunarelli**

Ringrazio l'Avv.ssa Nicotera.

Per concludere, il Dott. Andreatta ci parlerà dei problemi specifici della Provincia di Trento.

* Ordinario di Diritto dei Trasporti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna.

*Roberto Andreatta**

Grazie, volevo solo riportare un accenno, al livello locale, di tutto quanto sentito questa mattina.

Oggi è la giornata dello sciopero che le organizzazioni sindacali hanno indetto sul tema del contratto alla mobilità unico e dei tagli.

Il Presidente di ASSTRA, in più occasioni, ha ricordato che le prospettive del contratto unico determinerebbero costi insostenibili per le aziende, dall'altro lato, la situazione finanziaria è quella descritta.

Per arrivare al livello locale, occorre dar conto della nostra Società Trentino Trasporti Esercizio, affidataria *"in house"* del servizio di trasporto pubblico locale, rispetto alla quale viene esercitato un controllo davvero analogo, in termini di verifica degli atti, previo assenso preventivo, come richiesto dall'adunanza del Consiglio di Stato con la nota sentenza n. 1, e ciò nonostante, in un contesto del tutto serio, "asburgico" di controllo dei conti di questa Azienda, il fisiologico incremento dei costi di produzione e del personale si attesta in un 3% annuo.

Sulla scorta di affermazioni, peraltro vere, riferite al costo del personale notevolmente superiore nel contesto italiano rispetto a quello francese, piuttosto che in altri, nonché riferite alle posizioni dell'Unione europea che aveva rilevato che, in contesti europei, laddove la gara è stata introdotta, il costo del trasporto era del 30% in meno circa, pare di capire che si tenta di trasferire sull'azienda, ed unicamente sull'azienda, la vicenda "risparmio dei costi".

E, di fatto, ci si trova di fronte, anche nei contesti più virtuosi e di eccellenza, come ad esempio quello a noi vicino di Trentino Trasporti Esercizio, alla contraddizione per cui non è possibile "raschiare" infi-

* Dirigente Servizio Trasporti Pubblici della Provincia autonoma di Trento.

nitamente sui costi di produzione e di personale. Quindi, la vicenda “fate le gare” parrebbe un rimedio non sempre e non del tutto sufficiente per risolvere il problema della compatibilità dei costi con quello del mantenimento del livello dei servizi.

Tra l'altro, rileviamo anche la difficoltà degli operatori, che si trovano di fronte alla lettura delle norme ma anche di fronte all'indizione della gara, con tutti i problemi che riguardano, tra l'altro, il sub-affidamento ed il contratto collettivo da applicare alle imprese sub-affidatarie.

Ci si domanda sino a quale limite ci si possa spingere nel sub-affidamento ad imprese che hanno un costo, quelle private intendo, inferiore al costo dell'autotranviere tipico, perché nel momento in cui il sub-affidatario dovesse eseguire un turno di servizio esattamente identico a quello del collega autoferrotranviere, è evidente che qualche problema rispetto all'inquadramento del suo contratto si porrebbe.

Ma, dicevo, ciò che rileviamo come operatori del settore è che, pur decidendo eventualmente gli Enti di effettuare la gara, manca, ad oggi, ed eventualmente questa Tavola Rotonda può servire anche per ispirare posizioni in questi termini, una disciplina vera sul trattamento economico-giuridico del personale di fronte alle gare.

Ci aveva provato la Regione Lombardia, prevedendo l'istituzione di un fondo di solidarietà in caso di esuberi.

Certamente però, se da un lato è vero che il costo del personale rappresenta il 65% dei costi aziendali, e se è vero che è contraddittorio invocare la crescita di trattamento economico di fronte ai tagli, essendo quest'ultima una contraddizione di due fattori che non si conciliano, dall'altro lato è pur vero che manca comunque una disciplina, esistente probabilmente in altri settori industriali, e so che ASSTRA ha avviato dei ragionamenti in questo senso, che preveda quale debba essere il miglior modo di gestire la vicenda del costo del personale e della stessa produttività del personale.

TAVOLA ROTONDA

Quando si parla, cioè, di “standardizzazione”, un altro tema che ci ha interessati nelle note, nelle corrispondenze che abbiamo avuto con il Garante della Concorrenza, crediamo che l’unica vera standardizzazione sia eventualmente possibile sul trattamento economico-giuridico del personale.

Ho detto alcune cose che, dal punto di vista degli operatori, costituiscono i veri nodi, anche solo per pensare, eventualmente, ad una gara che sia a doppio oggetto oppure che sia per l’intero affidamento del servizio.

Grazie.

*Stefano Zunarelli**

Ringrazio il Dott. Andreatta. Passo la parola al Prof. Busti per la conclusione dei lavori.

* Ordinario di Diritto dei Trasporti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

*Silvio Busti**

Ringrazio il Prof. Zunarelli.

Come in tutte le conclusioni dei lavori, non tornerò sulla diatriba, ovviamente, della vigenza dell'art. 61 l. 99/2009 anche perché nella mia relazione osservo che poi, al di là dell'abrogazione, o meno, di tale articolo, i risultati sono sempre gli stessi, dal momento che, in caso di abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* in questione, entra in gioco il Regolamento comunitario che è estremamente "lassista" sulla possibilità degli affidamenti diretti. Entra in gioco anche il d.lgs. n. 422 del 1997 che, attraverso la cancellazione del ricordato avverbio "esclusivamente" ad opera dell'abrogazione espressa attuata dal d.P.R. n. 168 del 2010, diventa a quel punto anch'esso "lassista".

Al di là di questo, torno rapidamente all'apertura dei lavori.

Leggo nell'opuscolo la parola "seminario". A me oggi sembra che qui si sia "seminato" abbastanza: spero che sia stato "seminato" qualcosa di costruttivo, cioè che sia stata portata all'attenzione, non soltanto degli avvocati, ma soprattutto degli addetti ai lavori, la problematica "infinita" relativa al servizio di trasporto pubblico locale.

Attendiamo l'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno. Personalmente, mi auguro che non si raggiunga il *quorum*, di modo che l'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, nel testo attualmente vigente, rimanga in vita! E, piaccia o non piaccia, avremmo comunque una normativa sufficientemente certa, al di là che sia soddisfacente o meno.

* Ordinario di Diritto della Navigazione Aerea ed Aerospaziale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

SILVIO BUSTI

Ripeto, l'aver chiamato questo incontro "seminario" va a grande merito del Prof. Claroni che è stato veramente il motore, l'animatore di questo Convegno e al quale dovrebbero andare i ringraziamenti di tutti e al quale va, in particolare, il mio ringraziamento personale.

I ringraziamenti poi vanno senz'altro alla Facoltà di Giurisprudenza di Trento, al Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento e, in particolare, vorrei ringraziare la Segretaria del Dipartimento di Scienze Giuridiche di Trento, la Sig.ra Carla Boninsegna, che si è occupata dell'organizzazione di questo seminario. Ringrazio, ovviamente, i relatori: il Prof. Zunarelli, il Prof. Claroni, l'Avv.ssa Nico-tera; ringrazio gli interventori: il Dott. Andreatta, la Dott.ssa Serio, il Dott. Lucente.

Ringrazio, infine, la Trentino Trasporti Esercizio per l'appoggio che ci ha dato, e l'Assessorato ai Trasporti della Provincia di Trento.

Speriamo che questo sia l'avvio di una serie di incontri, proprio su questa tematica nonché, eventualmente, su altre tematiche che interessano il Diritto dei Trasporti.

Grazie ancora a tutti.

1. *Legal Scholarship in Africa* - MARCO GUADAGNI (1989)
2. *L'insegnamento della religione nel Trentino-Alto Adige* - ERMINIA CAMASSA AUREA (1990)
3. *Il nuovo processo penale. Seminari* - MARTA BARGIS (1990)
4. *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario* - MAURO BUSSANI (1992)
5. *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale* - GIANMARIA AJANI (1993)
6. *Il giudizio di "congruità" del rapporto di cambio nella fusione* - LUIGI ARTURO BIANCHI (1993)
7. *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza del mercato* - FRANCO PELLIZZER (1993)
8. *La legge controllata. Contributo allo studio del procedimento di controllo preventivo delle leggi regionali* - EMANUELE ROSSI (1993)
9. *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* - DAMIANO FLORENZANO (1994)
10. *Dall'organizzazione allo sviluppo* - SILVIO GOGLIO (1994)
11. *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata* - CARLO CASONATO (1995)
12. *Lezioni di diritto del lavoro tedesco* - ULRICH ZACHERT (1995)
13. *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* - MICHELE GRAZIADEI (1995)
14. *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici* - LUISA ANTONIOLLI DEFLORIAN (1996)
15. *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata* - BARBARA MARCHETTI (1996)
16. *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (1997)
17. *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale* - EMANUELE CUSA (1997)

QUADERNI PUBBLICATI NELLA COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

18. *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto* - FRANCESCO PALERMO (1997)
19. *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese* - CARLO CASONATO (1998)
20. *Scritti inediti di procedura penale* - NOVELLA GALANTINI e FRANCESCA RUGGIERI (1998)
21. *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato* - ALBERTO M. MUSY (1999)
22. *L'Anti-Rousseau di Filippo Maria Renazzi (1745-1808)* - BEATRICE MASCHIETTO (1999)
23. *Rethinking Water Law. The Italian Case for a Water Code* - NICOLA LUGARESÌ (2000) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
24. *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project* - MAURO BUSSANI e UGO MATTEI (2000)
25. *Considerazioni in tema di tutela cautelare in materia tributaria* - ALESSANDRA MAGLIARO (2000)
26. *Rudolf B. Schlesinger – Memories* - UGO MATTEI e ANDREA PRADI (2000)
27. *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte* - GIANDOMENICO FALCON e CRISTINA FRAENKEL (cur.) (2000)
28. *La responsabilità civile. Percorsi giurisprudenziali* (Opera ipertestuale. Libro + Cd-Rom) - GIOVANNI PASCUZZI (2001)
29. *La tutela dell'interesse al provvedimento* - GIANDOMENICO FALCON (2001)
30. *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza* - ANNA SIMONATI (2002)
31. *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2002)
32. *Storia, istituzione e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800). 2° Colloquio europeo Martini, Trento 18-19 ottobre 2000, Università degli Studi di Trento* - (a cura di) HEINZ BARTA, GÜNTHER PALLAVER, GIOVANNI ROSSI, GIAMPAOLO ZUCCHINI (2002)

33. *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi. Contiene l'inedito "Poteri prorogati delle camere e stato di guerra"* - (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e ROBERTO D'ORAZIO (2002)
34. *Il principio dell'apparenza giuridica* - ELEONORA RAJNERI (2002)
35. *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata* - GABRIELLA DI PAOLO (2002)
36. *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi. Atti della Giornata di studio - Trento, 22 giugno 2000* - (a cura di) MAURIZIO MANZIN (2002)
37. *Ricordi Politici. Le «Proposizioni civili» di Cesare Speciano e il pensiero politico del XVI secolo* - PAOLO CARTA (2003)
38. *Giustizia civile e diritto di cronaca. Atti del seminario di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 7 marzo 2003* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2003)
39. *La glossa ordinaria al Decreto di Graziano e la glossa di Accursio al Codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici* - RUGGERO MACERATINI (2003)
40. *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi. Un bilancio della normativa trentina alla luce del nuovo testo unico sull'edilizia. Atti del Convegno tenuto nella Facoltà di Giurisprudenza di Trento l'8 maggio 2003* - (a cura di) DARIA DE PRETIS e ALESSANDRO MELCHIONDA (2003)
41. *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada* - CARLO CASONATO (ED.) (2004)
42. *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno "Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola". Giornata di Studio in onore di Umberto Pototschnig (Trento, 14 maggio 2003). In appendice: U. Pototschnig, SCRITTI VARI (1967-1991)* - (a cura di) DONATA BORGONOVO RE e FULVIO CORTESE (2004)
43. *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania - Austria - Italia* - CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE (2004)
44. *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI e FRANCESCO PALERMO (2004)
45. *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese* - ANNA SIMONATI (2004)

46. *Profitto illecito e risarcimento del danno* - PAOLO PARDOLESI (2005)
47. *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA e CARLO CASONATO (2005)
48. *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli* - MARINO MARINELLI (2005)
49. *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18 marzo 2005* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA e GIOVANNI PASCUZZI (2005)
50. *L'Italia al Palazzo di Vetro. Aspetti dell'azione diplomatica e della presenza italiana all'ONU* - (a cura di) STEFANO BALDI e GIUSEPPE NESI (2005)
51. *Appalti pubblici e servizi di interesse generale. Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Novembre - Dicembre 2004* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e DARIA DE PRETIS (2005)
52. *Il termalismo terapeutico nell'Unione europea tra servizi sanitari nazionali e politiche del turismo* - ALCESTE SANTUARI (2006)
53. *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2006)
54. *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
55. *Dialoghi sul danno alla persona. Saggi raccolti nell'ambito della seconda edizione dei "Dialoghi di diritto civile" tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento (a.a. 2004-2005)* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2006)
56. *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. 26 novembre 2004* - (a cura di) CARLO CASONATO e MARCO BERTI (2006)
57. *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato* - CARLO CASONATO (2006) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
58. *La famiglia senza frontiere. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2006)

59. *Sicurezza informatica: regole e prassi*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 6 maggio 2005 - (a cura di) ROBERTO CASO (2006) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
60. *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: le forme di tutela del turista-consumatore*. Atti del Convegno. Trento-Rovereto, 4-5 novembre 2005 - (a cura di) SILVIO BUSTI e ALCESTE SANTUARI (2006)
61. *La Società Cooperativa Europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana?* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Economia di Trento il 24 giugno 2005 - (a cura di) ANTONIO FICI e DANILO GALLETTI (2006)
62. *Le impugnazioni delle delibere del c.d.a. Premesse storico-comparatistiche* - SILVANA DALLA BONTÀ (2006)
63. *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 10-11 marzo 2006 - (a cura di) ELENA IORIATTI FERRARI (2007)
64. *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2007)
65. *Il contratto di trasporto di persone marittimo e per acque interne* - ALCESTE SANTUARI (2007)
66. *Il Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007 - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007) (volume non destinato alla vendita; versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
67. *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* - GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007) (volume non destinato alla vendita; versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
68. *Modelli sanzionatori per il contrasto alla criminalità organizzata. Un'analisi di diritto comparato* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI (2007)
69. *Il fattore "R". La centralità della riscossione nelle manovre di finanza pubblica. Atti del Convegno. Trento, 17 novembre 2006* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2007)
70. *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007 - (a cura di) ROBERTO CASO (2008) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)

71. *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia* - LAURA BACCAGLINI (2008)
72. *Libertà di riunione - Versammlungsfreiheit in Italien* - CLEMENS ARZT (2008)
73. *Diligentia quam in suis* - GIANNI SANTUCCI (2008)
74. *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*. Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento Maggio - Giugno 2007 - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE COZZIO (2008)
75. *L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive* - CARLO BONA e BARBARA BAZZANELLA (2008)
76. *Bioetica e confessioni religiose*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 12 maggio 2006 - (a cura di) ERMINIA CAMASSA e CARLO CASONATO (2008)
77. *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco* - CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE (2008)
78. *Problemi attuali della giustizia penale internazionale. Aktuelle Probleme der Internationalen Straffjustiz*. Atti del XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 26-27 ottobre 2007. Akten des XXVII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 26.-27. Oktober 2007 - (a cura di / herausgegeben von) GABRIELE FORNASARI e ROBERTO WENIN (2009)
79. *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e Open Access*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008 - (a cura di) ROBERTO CASO (2009) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
80. *Il superamento del passato e il superamento del presente*. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana - (a cura di) EMANUELA FRONZA e GABRIELE FORNASARI (2009)
81. *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*. Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006) - (a cura di) MASSIMO MIGLIETTA e GIANNI SANTUCCI (2009)
82. *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici* - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA - (edizione italiana a cura di) GABRIELE FORNASARI ed EMANUELE CORN (2009)

83. *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni* - (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e SANDRO MANICA (2009)
84. *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore* - SIMONETTA VEZZOSO (2009) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
85. *The concept of «subordination» in European and comparative law* - LUCA NOGLER (2009)
86. *Procedimento penale di pace e principi costituzionali*. Atti del Convegno organizzato dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige e dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento. Trento, Facoltà di Giurisprudenza, 1 e 2 febbraio 2008 - (a cura di) MARCELLO LUIGI Busetto (2009) (volume non destinato alla vendita)
87. *Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 5 maggio 2009 - (a cura di) ROBERTO CASO e FEDERICO PUPPO (2010) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
88. *Il divieto di macellazione rituale (Shechitah Kasher e Halal) e la libertà religiosa delle minoranze* - PABLO LERNER e ALFREDO MORDECHAI RABELLO (con una presentazione di ROBERTO TONIATTI) (2010)
89. *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'Istituto* – DONATA BORGONOVO RE (2010)
90. *Verso quale federalismo? La fiscalità nei nuovi assetti istituzionali: analisi e prospettive* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2010)
91. «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena I* – MASSIMO MIGLIETTA (2010) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
92. *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie* – (a cura di) LAURA MONTANARI, ROBERTO TONIATTI, JENS WOELK (2010)
93. *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, ENRICO SCIANDRELLO (2011)
94. *Fascicolo Sanitario Elettronico e protezione dei dati personali*, PAOLO GUARDA (2011) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)
95. *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina* – (a cura di) GABRIELE FORNASARI ed EMANUELA FRONZA

QUADERNI PUBBLICATI NELLA COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

96. *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, a cura di ALESSIO CLARONI (2011) (versione digitale disponibile su <http://eprints.biblio.unitn.it/>)