



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

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.