

Giovanna Iacovone

*Il servizio di trasporto pubblico locale tra gestione diretta e modelli concorrenziali**

Sommario: *1.- Trasporto pubblico locale e modelli organizzativi dei servizi pubblici: considerazioni introduttive. 2.- Il quadro normativo nazionale: profili evolutivi nella prospettiva concorrenziale. 3.- La “concorrenza per il mercato” nei trasporti pubblici locali tra riforme e controriforme: il ruolo frenante delle società pubbliche e del regime “in house” quali strumenti di gestione diretta dei servizi. 4.- Il d.d.l. AS 772/2006 e le misure di attuazione della concorrenza “per il mercato” e “nel mercato” nei servizi pubblici locali. 5.- Segue: la partecipazione degli utenti alle procedure di definizione e valutazione degli standard qualitativi. 6.- Il punto di approdo della riforma: il “nuovo volto” della disciplina dei servizi di trasporto locale tra diritto interno e ordinamento comunitario. Profili problematici. 7.- Osservazioni conclusive.*

1. - Trasporto pubblico locale e modelli organizzativi dei servizi pubblici: considerazioni introduttive.

La riflessione sui servizi pubblici locali si colloca da sempre nel punto di confluenza di settori d’indagine diversi: dalla politica alle scienze giuridiche ed economiche, alla sociologia, ad altre discipline più marcatamente scientifico-tecnologiche, che trovano in questo tema terreno di elezione per gli opportuni approfondimenti.

Ma anche se ci si limiti – come, del resto, appare opportuno in questa sede – ad una indagine ricostruttiva rigorosamente ancorata a profili strettamente giuridici, ci si imbatte immediatamente in quella prospettiva, ormai ineludibile, che non solo non

* Il lavoro costituisce una rielaborazione, con note e aggiornamento, della relazione svolta al Convegno di Studi su “Privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici in Italia – Esperienze di riforma nel settore della sanità e del trasporto pubblico locale” svoltosi a Bari il 26 ottobre 2007 a conclusione della ricerca *Privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici in Italia e in Europa. Problemi di governance ed effetti sulla regolazione del lavoro*, co-finanziata dal Ministero dell’Università e della Ricerca, nell’ambito dei progetti di ricerca di interesse nazionale (Prin) 2004.

prescinde dall'analisi economica, ma ne riconosce in via di postulato la valenza ai fini di un inquadramento attendibile del fenomeno giuridico.

Tale modalità di approccio di ordine generale trova nel settore dei servizi pubblici locali – e, segnatamente in quello dei trasporti pubblici – particolari elementi di conferma: qui si incrociano, infatti, le problematiche connesse all'attuazione del principio della concorrenza e quelle inerenti alle finalità ed agli ambiti della funzione di regolazione, propria dei pubblici poteri nel rapporto con il mercato¹; le differenti concezioni in ordine al “servizio pubblico”, sempre più decisamente consapevoli della rilevanza, sul piano dei rapporti economici, delle corrispondenti attività, e l'angolo visivo di matrice comunitaria che – attraverso un percorso per vero tutt'altro che lineare – sembra ormai ammettere l'esistenza, soprattutto con riferimento ai servizi pubblici locali, di spazi logico-giuridici nei quali le regole della concorrenza trovano conformazioni del tutto peculiari in funzione di un'apertura graduale al mercato.

In questo contesto, per ricostruire gli aspetti qualificanti della relazione esistente tra monopolio, liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti pubblici locali, occorre considerare preliminarmente che lo stesso, pur se oggetto di una riforma abbastanza incisiva², ha comunque risentito delle incertezze evolutive che hanno caratterizzato a lungo la disciplina generale sui servizi pubblici locali contenuta nel Testo unico sugli enti locali³.

Infatti, pur se il settore dei trasporti pubblici locali è stato interessato, nell'ultimo quindicennio, da rinnovati tentativi di riforma, sia specifici che rivenienti

¹ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

² La riforma dei trasporti pubblici locali, imposta dalla situazione di grave crisi finanziaria in cui versava il settore, è stata avviata con la delega al Governo contenuta nella legge 28 dicembre 1995, n. 549, collegata alla legge finanziaria 1996 e poi reiterata nella legge 15 marzo 1997, n. 59, art. 4, co. 4, ed attuata con i due dd. l.gs. 19 novembre 1997, n. 422, e 20 settembre 1999, n.400. Il principale aspetto innovativo della riforma, con riferimento alla regolazione del mercato, ha riguardato l'obbligo di utilizzare meccanismi concorrenziali per l'affidamento del servizio, con l'obiettivo di accrescere l'efficienza dei soggetti gestori riducendo, al contempo, i costi di gestione e innalzando la qualità dei servizi.

³ Il riferimento attiene alla circostanza che la disciplina generale sui servizi pubblici locali di cui all'art. 113 del d.lgs. 10 agosto 2000, n. 267, derogatoria delle regole concorrenziali rispetto alla disciplina settoriale in considerazione, è stata per lungo tempo applicata altresì ai trasporti pubblici locali, invertendo la tendenza riformatrice inaugurata dal legislatore nel 1997. Sul punto, v. *infra*, par. 3.

di riflesso dal processo riformatore che ha interessato i servizi pubblici in generale, in sede nazionale non meno che locale, non va trascurato che tale percorso innovativo si iscrive, a sua volta, nel più ampio fenomeno giuridico che involge l'azione amministrativa, e concerne il crescente esercizio di funzioni amministrative e di attività di interesse generale da parte di soggetti privati; potenziamento costante, anche se dettato da fini diversi: dalla necessità di non oberare l'Amministrazione di compiti di gestione materiale e non strategica, all'apertura dell'amministrazione al settore privato in attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà⁴.

In considerazione delle difficoltà di individuare eventuali limiti generali a tale processo, il legislatore, nella recente rivisitazione della legge 7 agosto 1990, n.241, attuata con la l. 11 febbraio 2005, n.15, ha posto l'accento sulla natura oggettivamente amministrativa dell'attività d'interesse pubblico svolta secondo modelli *lato sensu* privatistici, rafforzando il reticolo di presunzioni gravanti sui soggetti privati gestori di servizi pubblici ed in tal modo prefigurando i parametri per l'attuazione di una sorta di equilibrio tra privatizzazione e funzionalizzazione dell'attività.

È noto, infatti, che, a norma del comma 1 *ter* dell'art. 1 della l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005, i soggetti privati preposti all'esercizio di attività sostanzialmente amministrative assicurano il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, vale a dire pubblicità, trasparenza ed economicità, nonché di quelli desumibili dall'ordinamento comunitario: proporzionalità, ragionevolezza, tutela del legittimo affidamento⁵.

Si tratta, dunque, di regole di base, funzionali alla conformazione delle attività di interesse generale al nucleo essenziale di norme e principi che governano il procedimento amministrativo e, più in generale, l'azione amministrativa, nella

⁴ La letteratura sul principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nel diritto interno, soprattutto, dopo la riforma di cui alla l. cost. n. 3 del 2001, è amplissima. Da ultimo, sui rapporti tra privati (soprattutto volontariato) e attività di interesse generale in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale *ex art.* 118, ult. co. Cost., cfr. lo studio approfondito di M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008.

⁵ L'attuazione dei principi di trasparenza e partecipazione è indicata da M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.* 2008, p. 51 ss. (spec. p. 55) tra gli obiettivi essenziali di una funzione di regolazione che sia effettivamente preordinata a favorire il mercato.

consapevolezza che quelle privatistiche non appaiono sufficienti a salvaguardare le garanzie sostanziali poste a tutela degli interessi connessi allo svolgimento di determinati compiti di rilevanza pubblicistica⁶.

Tale nucleo di concetti e di regole assurge a parametro di valutazione della disciplina di settore in materia di trasporti pubblici locali ed anche di quella da ultimo approvata sui servizi pubblici locali con l'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133 riveniente dalla originaria proposta di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nel disegno di legge AS 772/2006 (cosiddetto “Lanzillotta”) e dalle successive modifiche ed integrazioni. La normativa di riforma aspira a definire una disciplina governata da principi omogenei, trasversale rispetto a quelle settoriali, soprattutto con riferimento al profilo dell’attribuzione della gestione della prestazione.

Infatti anche per i servizi pubblici locali, come per quelli nazionali, il processo riformatore si è svolto attraverso un percorso a grandi linee analogo: dalla preliminare tappa della privatizzazione, dapprima solo formale, a quella successiva, definita sostanziale, riveniente dalla trasformazione di aziende e Amministrazioni autonome in enti pubblici economici e, ancora in seguito, in società per azioni.

Come è noto, la prima fase della cd. privatizzazione dei servizi pubblici locali ha preso avvio dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, recante il nuovo ordinamento delle autonomie locali, che riconfigura l’azienda “municipalizzata” come ente pubblico economico, riconoscendole personalità giuridica e autonomia imprenditoriale (art.23, comma 1) e rivisitando i valori di efficacia, di efficienza e di economicità, quali criteri guida della gestione (art.23, comma 4)⁷.

⁶ Sull'interpretazione dell'art. 1, co. 1 *ter* della l. n.241 del 1990 e sull'esercizio privato di attività amministrative, G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, p. 89 e ss.; nonché, *ivi*, G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in part. p. 85; D. MARRAMA, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, p. 117 ss.

⁷ Su questa prima fase delle trasformazioni operate dalla legge n.142 del 1990, G. CAIA, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, G. Sanviti, Bologna, 1995, p. 55 e ss. Sulle radici dell'applicazione del criterio di economicità nel modello “azienda municipalizzata” cfr. C. ROMANELLI GRIMALDI – A. ANGIULI, *Profili istituzionali della organizzazione amministrativa*, Torino, 1990, p. 98 ss.

Il vecchio modello dell'azienda-organo⁸, invece, venne conservato – con il mutato *nomen* di “istituzione” - per l'erogazione dei servizi sociali che, non avendo carattere industriale, non avrebbero potuto esser gestiti utilmente da una impresa⁹.

In questa fase si impose una scelta fra il modello dell'azienda speciale – proposto dal legislatore in termini preferenziali - e quello della società per azioni, seppure con la partecipazione maggioritaria del Comune o della Provincia (art.22, comma 3, lett. e) l. cit.).

In realtà, nel processo in atto di “fuga dalla municipalizzazione”¹⁰, una volta ammessa la possibilità per i Comuni di partecipare a società per azioni, quest'ultimo modello prevalse, perché ben presto si constatò che la costituzione di una società comportava un procedimento più semplice di quello dell'assunzione diretta di un pubblico servizio attraverso la costituzione di un'azienda speciale¹¹.

⁸ Forma giuridica di gestione diretta del servizio individuata dalla legge giolittiana del 1903. Sul punto si veda la nota seguente.

⁹ L'articolazione dei servizi pubblici locali, la cui regolamentazione principale risalente alla prima metà del secolo scorso si ravvisa nella l. 29 marzo 1903, n. 103 (con il suo regolamento di attuazione approvato con r.d. 10 marzo 1904, n.108) e nel r.d. 15 ottobre 1925, n.2578, è stata ridisciplinata dalla l. 8 giugno 1990, n.142 che, all'art. 22, ha rivisitato gli strumenti di gestione previsti nel sistema precedente (gestione diretta in economia da parte dell'ente locale; gestione a mezzo di azienda municipalizzata; gestione attraverso concessione traslativa a terzi) ed ha introdotto nuovi istituti come l'istituzione e la società per azioni a prevalente capitale pubblico.

In particolare ha ridefinito la gestione mediante azienda speciale, trasformando la vecchia azienda municipalizzata in ente pubblico economico funzionalmente legato al Comune (la norma prefigurava un ente strumentale) ma dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto approvato dal Consiglio comunale o provinciale con la maggioranza richiesta dallo statuto dell'ente locale. La figura dell'azienda municipalizzata in vigore prima dell'entrata in vigore della l. n.142/90, invece, si caratterizzava quale semplice ampliamento della struttura-apparato del Comune in quanto organo speciale finalizzato alla gestione di un servizio pubblico del Comune, in quanto tale tenuta ad agire entro l'ambito limitato degli interessi dell'ente locale. Per una ricostruzione analitica della vicenda cfr. G. CAIA, “*Municipalizzazione dei servizi pubblici*”, voce dell'*Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990.

Sugli effetti della perdurante distinzione, nel t.u. sulla municipalizzazione, tra “assunzione diretta dei servizi” (da intendersi “quale gestione a mezzo di azienda municipalizzata”) e “gestione in economia” (“caratterizzata dall'affidamento del servizio ad un organo burocratico, interno alla compagine comunale, con proprio personale, al quale va necessariamente applicato il regime pubblicistico proprio degli altri dipendenti dell'Ente locale”) cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2008, n. 343, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sulla insussistenza di una definizione normativa di “servizio pubblico”, da ultimo cfr. A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico”*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 79 ss.

¹⁰ Per un'analisi incisiva del fenomeno definito “fuga dalla municipalizzazione”, F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir.amm.*, 2004, p. 37 ss., spec. p. 45.

Già nel 1969, comunque, S. CASSESE, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, Ricerche e studi Formez, 1969, p. 71 ss., evidenziava l'insufficienza del modello “azienda” e la “fuga” verso il modello societario.

¹¹ Sulle varie modalità di gestione dei servizi pubblici locali di cui alla legge n.142/1990 cfr., tra gli altri, M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, p. 7 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Regione e gov.*, 1992; D. SORACE, *Note sui “servizi pubblici locali” dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, II, 1993, p. 1141 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privati*, in *Servizi pubblici locali e*

Nella medesima direzione, volta all'attuazione della cd. privatizzazione sostanziale a livello locale, spinse altresì la rimozione dell'obbligo della partecipazione maggioritaria del Comune e della Provincia nelle s.p.a. di gestione dei servizi pubblici, intervenuta con il d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533, attuativo del disposto di cui all'art. 12, comma 1, l. 23 dicembre 1992, n. 498.

Anche se la matrice dell'elisione di tale limite è rinvenibile, assai probabilmente, nell'esigenza di fronteggiare con misure idonee il debito pubblico abnorme che minacciava l'economia italiana, tale necessità di "rientrare nei conti" in un sistema di finanza locale quasi interamente di natura derivata, approdò altresì al coinvolgimento delle imprese pubbliche erogatrici dei servizi pubblici locali nel processo di privatizzazione finalizzato al risanamento della spesa pubblica.

Già appare evidente, dall'assetto in tal guisa tratteggiato, il superamento dell'idea, ancora presente nella l. n. 142 del 1990, secondo la quale l'interesse pubblico sotteso ai servizi pubblici, implicante la doverosità degli stessi, avrebbe postulato il regime proprietario dell'erogatore.

Di qui alla liberalizzazione vera e propria il passo era breve e fu, in effetti, compiuto attraverso l'apertura al mercato - quindi ai meccanismi concorrenziali - delle attività sottese all'esercizio dei servizi pubblici. Sul piano normativo è nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), e segnatamente nel Titolo V, nel quale sono confluite le disposizioni sin qui considerate, che il percorso evolutivo richiamato trova il suo punto di approdo in diritto positivo.

Il quadro, pur sommariamente descritto, ha subito un'ulteriore variazione per effetto dell'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) - la cui

nuove forme di amministrazione, Atti del 41° Convegno di Studi amministrativi, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1996, p. 21 ss.; G. DI GASPARO, *L'impresa locale fra riserva e mercato*, in *Jus*, 1998, p. 157 ss.; G. ROSSI, *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative ed analisi delle problematiche)*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, III, p. 491 ss.; G. ALPA - A. CARULLO - A. CLARIZIA, *Le s.p.a. comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998; M.A. SANDULLI, *La gestione dei servizi pubblici locali nei settori speciali*, Relazione svolta all'incontro di studi indetto dall'IISA e tenutosi a Bologna il 18 novembre 2005, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2005; G. PIPERATA, "Servizi pubblici locali", in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 5527 ss.

influenza sulla disciplina dei trasporti pubblici locali sarà illustrata in seguito - ma che occorre sin d'ora richiamare quale conferma della discontinuità della evoluzione normativa in materia. Tale norma, introdotta la differenza tra servizi pubblici locali di rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza, con riferimento ai primi ha inteso, anche se con risultati discutibili, distinguere nettamente tra funzione dell'ente pubblico regolatore proprietario degli strumenti di erogazione del servizio e ruolo del privato incaricato della prestazione del servizio medesimo¹².

Non vanno, poi, trascurate le reiterate vicende modificative che hanno interessato l'art. 113 del Testo unico sugli enti locali, nel tentativo di discernere i servizi di rilevanza economica da quelli privi di tale carattere; con le inevitabili conseguenze sul piano dei modelli di scelta dei gestori o affidatari e dei connessi profili di compatibilità con le norme della Costituzione¹³ ed i principi dell'ordinamento comunitario¹⁴.

Non può, infatti, neppure esser tralasciato che sui percorsi di liberalizzazione dei servizi pubblici locali ha svolto un ruolo determinante il diritto comunitario, che ha preso in considerazione i servizi pubblici come oggetto privilegiato di misure di

¹² Parla di intento più dichiarato che realizzato, con riferimento all'art.35 citato nel testo, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte speciale, vol. III, Milano, 2003, p.2589.

¹³ La Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità dell'art. 113 t.u.e.l. con riferimento al riparto di competenza tra Stato e Regioni, ha dovuto distinguere tra servizi pubblici locali "a rilevanza economica" e servizi privi di tale rilevanza, al fine di ricondurre la disciplina di cui all'art. 113 t.u.e.l., avente ad oggetto i primi, nell'ambito della tutela della concorrenza, riconoscendo, così, la competenza statale e salvando dalla scure dell'illegittimità costituzionale il citato art. 113: cfr. Corte cost., 13-27 luglio 2004, n. 272, tra l'altro in *Aedon*, n. 3/2004, in *Foro it.*, 2005, I, 2648.

L'aspetto del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di disciplina dei servizi pubblici è stato peraltro affrontato più volte dalla Corte costituzionale: cfr., proprio in materia di trasporti pubblici locali, Corte cost. 3 marzo 2006, n. 80, in *www.cortecostituzionale.it* che - affermata l'inapplicabilità ai servizi pubblici di trasporto locale della norma di cui all'art. 113, co. 15 *bis* t.u.ee.ll. - ha escluso la compatibilità costituzionale di alcune norme di leggi regionali con le quali erano state disposte proroghe ulteriori delle concessioni di servizi in corso, rispetto a quelle previste dalla normativa statale, ritenendo gli interventi legislativi delle Regioni volti a differire il termine dell'attuazione, a regime, del sistema dell'evidenza pubblica, illegittimamente incidenti sulla tutela della concorrenza, riservata alla competenza esclusiva dello Stato. Cfr., altresì, Corte cost., 23 gennaio 2006, n. 29, *ivi*.

¹⁴ Cfr A. ANGIULI, *Nuove forme di gestione dei servizi culturali: le problematiche giuridiche*, in *Pubblico & Privato nella gestione di Biblioteche e Centri di documentazione: problematiche ed esperienze*, Atti del 6° Workshop, Bari, 20 giugno 2003, a cura di M. A. Abenante, Teca del Mediterraneo, Bari, 2003, p. 15, che, occupandosi dei modelli di gestione di musei e biblioteche, aveva rilevato che "l'affidamento diretto di servizi privi di rilevanza industriale ... riconduce ad una scelta di natura sostanzialmente fiduciaria la individuazione del soggetto affidatario di un servizio, che pur essendo privo di rilevanza industriale, potrebbe tuttavia assumere un rilievo di tipo economico".

L'Autore, pertanto, sottolineava come la incompatibilità di tale disciplina con la normativa comunitaria avesse comportato una procedura formale di infrazione a carico dello Stato italiano per violazione del principio della concorsualità nella scelta del contraente pubblico, *lato sensu* inteso.

liberalizzazione, dirette alla costruzione del mercato interno, coordinando i diversi approcci regolatori dei singoli Stati membri in relazione agli assetti organizzativi (e, conseguentemente, ai modelli di gestione ed erogazione) dei servizi di interesse generale, ai quali potrebbero ricondursi, non senza qualche aspetto problematico, anche i trasporti pubblici¹⁵.

L'incidenza della prospettiva comunitaria nel settore oggetto di analisi è certamente ravvisabile in una sorta di filo conduttore presente nelle diverse misure di liberalizzazione volta a volta introdotte ed identificabili nell'abrogazione o riduzione dei diritti speciali ed esclusivi attribuiti ai soggetti pubblici (Stato ed enti locali) talora coniugata con la necessaria considerazione dei principi consacrati nell'art. 86 del Trattato U.E. e, più in generale, nella rimozione delle posizioni di supremazia delle Amministrazioni che costituivano, di fatto, barriere giuridiche e tecniche all'esercizio, da parte di soggetti terzi, delle attività di pubblico servizio.

Ed inoltre - pur se con valutazioni non univoche¹⁶ - in precise norme del Trattato (art.16) che, sottolineando l'intrinseco collegamento tra servizi d'interesse economico generale e coesione sociale, ne riconoscono la "mission", pur nell'ambito di un contesto generale ispirato a scelte di liberalizzazione dei mercati.

Sotto altro profilo, il rinnovamento sul piano della disciplina organizzativa ha trovato impulso fondamentale nel fallimento della costruzione esclusivamente pubblicistica, secondo lo schema delle prestazioni rese ai privati, sviluppatosi in un contesto ideologico-giuridico di Stato-autorità, all'interno del quale erano stati a lungo ricondotti e chiusi anche i servizi pubblici.

¹⁵ Sulla categoria dei servizi di interesse economico generale e sulla incompatibilità tra la doverosità del servizio ed il concetto di liberalizzazione cfr. L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. Chiti e G. Greco e coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta, parte speciale, t. IV, Milano, 2007, p. 1791 ss..

¹⁶ Sottolinea la valenza meramente politica e culturale della norma M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 91 ss.. Diversa sembra la prospettiva di R. ARRIGONI, *Servizi pubblici locali: concorrenza, regolazione, mercati*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008, p. 670 ss., spec. p. 673 ss., che ritiene di cogliere, in tale norma, il segnale di un'attenuazione delle regole del mercato nella disciplina comunitaria.

2. - Il quadro normativo nazionale: profili evolutivi nella prospettiva concorrenziale.

In questo *trend* si inquadra altresì la disciplina dei trasporti¹⁷ ed in particolare quella dei trasporti pubblici locali, che risente in modo ancor più incisivo dell'impatto dell'ordinamento comunitario e dei principi da esso espressi, trattandosi di un settore da decenni caratterizzato da una profonda crisi dovuta in massima parte ad un perdurante dissesto finanziario e ad una contrazione della domanda di trasporto collettivo.

La vicenda è nota e può, pertanto, essere richiamata solo sinteticamente. Durante l'arco temporale ricompreso tra gli anni '70 ed '80 le Amministrazioni locali hanno dovuto confrontarsi con una crescita dei costi operativi di gran lunga superiore rispetto ai ricavi da traffico, che diventavano sempre più inadeguati, anche a causa della perdita di clientela del servizio pubblico a vantaggio dei mezzi di trasporto privati. Era, così, venuto ad instaurarsi una sorta di circolo vizioso consistente nella crescita di disavanzi delle aziende pubbliche e nella conseguente corresponsione di finanziamenti straordinari di ripiano da parte dello Stato e della Regione; processo che aveva a sua volta innescato un inarrestabile deterioramento della qualità del servizio¹⁸.

In tale contesto di servizio pubblico "assistito" si inserisce la riforma dei trasporti pubblici locali, avviata con la delega al Governo contenuta nella legge n. 549 del 1995 collegata alla legge finanziaria per il 1996 e poi reiterata nella legge n. 59 del 1997, art. 4, comma 4 (prima legge Bassanini) che ridefinisce i meccanismi di riparto delle competenze tra Amministrazioni centrali e locali ed introduce gli

¹⁷ Sulla disciplina in materia di trasporti si vedano N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale*, a cura di S. Cassese, cit., p. 2272 ss; D.U. GALETTA - M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. Chiti e G. Greco, cit, p. 2173 ss.; L. GIANI - A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008, p. 525 ss.

¹⁸ Per l'approfondimento dell'analisi, A. BOITANI - C. CAMBINI, *Il trasporto pubblico locale in Italia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 45 ss.

strumenti giuridici per una revisione sostanziale del regime delle attività, attraverso "il superamento degli assetti monopolistici (...) e per introdurre regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi" (*ivi*).

A tale delega è stata data attuazione con il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, successivamente modificato con il decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 400.

Il principale obiettivo, quantomeno dichiarato, nella riforma del settore trasporti (c.d. riforma Burlando) era costituito dalla fine dei monopoli locali.

Il legislatore del 1997, infatti, ha descritto uno schema gestionale chiaramente ispirato al modello comunitario riferito alle attività oggetto del relativo settore in attuazione del regolamento CEE del Consiglio n. 1191/1969 del 26 giugno 1969, modificato con il successivo regolamento CEE 1893 del 2 giugno 1991.

La scelta che ne emerge, anche in considerazione dell'assenza di una imposizione normativa in tal senso¹⁹, appare volta a superare il previgente regime caratterizzato dalla presenza di gestioni in esclusiva assegnate mediante concessione ed a ridisegnare in modo sostanziale il ruolo del soggetto pubblico.

Infatti agli enti locali il d.lgs n. 422/1997 ha riservato le attività di indirizzo, programmazione e vigilanza²⁰, affermando, invece, con riferimento alla gestione, la regola della necessaria "esternalizzazione" del servizio, da affidare esclusivamente tramite gara; con conseguente espresso divieto degli affidamenti diretti, salva la previsione di un periodo transitorio, che avrebbe dovuto durare fino al 2003, quale termine ultimo previsto per le gestioni derivanti da tali affidamenti²¹.

¹⁹ Il regolamento C.E. n.1191/1969 e s.m.i. non si occupava, infatti, di modalità di affidamento dei servizi pubblici di trasporto, incentrandosi la relativa disciplina sulla tendenziale e progressiva abolizione degli obblighi di servizio pubblico e sulle misure compensative per le imprese nelle fattispecie di permanenza di obblighi di tale natura e consistenza.

²⁰ Ai sensi dell'art.14 del d.lgs. n.422/97 le Regioni assumono un ruolo di programmazione che si sostanzia nella definizione dei piani di bacino e dei piani regionali di trasporto, nella determinazione dei servizi minimi, ossia relativi alle esigenze essenziali di mobilità dei cittadini, nonché, in funzione della soddisfazione di tali esigenze, nella determinazione dell'integrazione tariffaria, nella individuazione delle modalità di attuazione e revisione dei contratti di servizio pubblico, nonché di un sistema di vigilanza (monitoraggio) sul servizio. Agli enti locali, le regioni trasferiscono con legge tutte le funzioni ed i compiti in materia di trasporto pubblico locale "che non richiedano l'unitario esercizio a livello locale".

²¹ Come è noto, attraverso l'affidamento diretto l'ente locale attribuisce la gestione del servizio direttamente, cioè senza l'espletamento di procedure di evidenza pubblica. Tale modalità di assegnazione, riveniente dall'art. 22 della l.

Ne è derivata una riforma settoriale caratterizzata da un'apertura alle dinamiche concorrenziali, il cui aspetto qualificante è rappresentato, in particolare, dall'imposizione della procedura di gara per la selezione del gestore.

A tale principio si ispira la norma di cui all'art.18, allorché dispone che l'affidamento di tutti i servizi di trasporto pubblico locale avvenga tramite gara pubblica volta ad individuare il gestore del servizio, sulla base degli elementi preindividuati nel contratto di servizio.

Ne consegue che, - secondo il disegno tracciato dalla legge Burlando - al termine del confronto concorrenziale svolto nell'ambito di una procedura concorsuale, solo l'operatore che abbia presentato la migliore offerta risulterà abilitato ad esercitare il servizio affidato all'ente locale.

Non sfugge, tuttavia, neppure ad un'analisi preliminare, che l'apertura alla concorrenza, prefigurata dal d.lgs. n. 422/1997, riguardi esclusivamente la procedura di scelta (a monte) dell'unico operatore economico affidatario della gestione del servizio di trasporto pubblico, vale a dire la finalizzazione ad una "concorrenza per il

n.142/1990 con riferimento a società per azioni a partecipazione pubblica, aziende speciali e istituzioni, ha subito alcune trasformazioni, anche indotte da una procedura di infrazione avviata nel 2000 dalla Commissione europea e originata proprio sulla disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali dettata dal citato art. 22.

Il sistema posto sotto osservazione dalla Commissione europea riguardava una fattispecie in cui alla gestione delle reti e, separatamente, del servizio (erogazione del servizio), si poteva provvedere attraverso l'affidamento diretto a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche in forma associata. Successivamente, con le modifiche apportate all'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 dall'art.35 della l. n.448/2001, a sua volta innovato dal d.l. 269/2003, la possibilità di fare ricorso all'affidamento diretto è stata consentita solo "a società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico..., a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

La gestione del servizio, inoltre, ai sensi dell'art.113, co.5° lett. b) del citato d.lgs n.267/2000, può essere assegnata direttamente a società a capitale misto nelle quali il socio privato venga scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica. Con riguardo a tale disposizione normativa occorre comunque rammentare l'orientamento giurisprudenziale che la considera non conforme alla giurisprudenza comunitaria. In particolare viene in rilievo, la decisione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 26 ottobre 2006, n. 589 che ha disapplicato l'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs.18 agosto 2000, n. 267 affermando che la costituzione di una società mista, pure se il socio sia stato individuato a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Sul punto, tuttavia, il convincimento non è unanime. Infatti la sez. II del Consiglio di Stato, nel parere del 18 aprile 2007, n. 456, ha affermato l'equivalenza tra il contratto di società e l'appalto, considerando conseguentemente ammissibile l'affidamento diretto di un servizio rientrante nell'ambito applicativo della direttiva n.18/2004 effettuato da un'Amministrazione aggiudicatrice in favore di una società mista, costituita dalla stessa Amministrazione e da altri soci privati, individuati mediante apposita gara ad evidenza pubblica. L'idea espressa dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato, tuttavia, non appare condivisa dall'Ad. plen. Cons. Stato n. 1 del 2008 (sulla quale v. *infra*, sub nota n. 39) secondo cui il modello elaborato dalla II sez. del Consiglio di Stato "si manifesta come suscettibile di interpretazioni *praeter legem*, che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di Giustizia".

mercato”, circoscritta all'accesso al mercato nel settore del trasporto pubblico, assai diversa dalla c.d. “concorrenza nel mercato”, che corrisponde alla liberalizzazione del mercato, in base alla quale si consenta a tutti gli operatori economici, in possesso dei requisiti di legge, l’esercizio del servizio di trasporto.

Si osserva, tuttavia, sin d’ora che la concorrenza *nel* mercato, con conseguente (o coincidente) liberalizzazione totale del mercato, non costituisce valore in sé, considerate le ragioni di interesse generale e di utilità sociale sottese a tale servizio, che ne impediscono una riduzione a parametri di tipo esclusivamente economico.

In realtà, il tema è assai problematico e caratterizzato da impostazioni anche notevolmente divergenti, sicché le considerazioni svolte in questa sede appaiono preordinate soltanto a porre in evidenza alcune delle implicazioni rilevanti.

Secondo tendenze neo-liberiste, di tipo, per così dire, fondamentalista, vi sarebbe una sorta di vizio d’origine o di errore di prospettiva in impostazioni teoriche tendenti in qualche misura a preservare dal libero gioco delle forze economiche alcuni settori particolarmente sensibili poiché densi di valori sociali²².

E’ stato, infatti, talora osservato che la letteratura economica dell’ultimo ventennio sottolinea e dimostra l’equazione secondo la quale la minore invasività della regolazione dei mercati (dunque: l’affidamento del mercato alla libera espansione delle forze economiche) produrrebbe crescita economica; ed anzi la stessa crescita economica sarebbe legata quasi da un rapporto di proporzionalità inversa alla misura della regolazione dei mercati.

E poiché la crescita economica giova non solo alle imprese ma all’ “intero tessuto sociale”²³, l’utilizzo degli ordinari canoni logici dovrebbe indurre a ritenere che non solo l’imprenditore, ma anche il singolo trovi piena soddisfazione dei propri

²² La posizione radicale riportata nel testo è riconducibile a DJANKOV, SIMEON & GLAESER, EDWARD & LA PORTA, RAFAEL & LOPEZ-DE-SILANES, FLORENCIO & SHLEIFER, ANDREI, 2003. “*The new comparative economics*,” *Journal of Comparative Economics*, Elsevier, vol. 31(4), pages 595-619, December.; RAFAEL LA PORTA & FLORENCIO LOPEZ-DE-SILANES & ANDREI SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, NBER Working Papers 13608, National Bureau of Economic Research, Inc. 2007, i quali tendono a contrapporre gli ordinamenti di *common law* a quelli “napoleonici”, di *civil law*, i primi basati su sistemi più semplici e favorevoli alla crescita, i secondi caratterizzati da processi burocratici rivenienti dalla centralizzazione del potere pubblico, incompatibili con il *free market*.

²³ M. D’ALBERTI, *Il Diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, cit., p. 51.

interessi, in uno con quelli degli altri componenti della collettività, dal funzionamento del mercato, senza necessità di correttivi o di altre forme di intervento.

Una impostazione così radicale non è, pervero, sostenuta in modo generalizzato: persino coloro i quali osservano e studiano gli effetti della globalizzazione sui mercati e sulle politiche pubbliche non pervengono sempre a risultati così netti a favore delle libertà economiche²⁴.

Si chiede, infatti, allo Stato (e, in genere, ai pubblici poteri) non già di astenersi puramente e semplicemente da ogni intervento suscettibile di ripercuotersi, anche indirettamente, sul mercato, ma di favorire, attraverso misure regolatorie, il miglioramento degli andamenti economici, fornendo “adeguate certezze agli operatori”²⁵.

Si profila in tal modo lo spazio per una “disciplina pubblica dei mercati”, realizzata pur sempre attraverso “norme e misure di diritto amministrativo”, ma definita “nuova” perché criteri ispiratori, tipologie e contenuti di tali misure sono fortemente diversi da quelli individuati ed applicati in passato.

Ed anzi, il riscontro della presenza di elementi propri del diritto amministrativo nella regolazione dei rapporti economici in tutti i sistemi giuridici - superata ogni aprioristica contrapposizione tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* ed ogni pregiudiziale incompatibilità tra diritto amministrativo e regole dell'economia - è assunto a presupposto di un rinnovato ruolo del diritto amministrativo, ridisegnato dalle norme sopranazionali (internazionali e comunitarie) che, incidendo su un'economia ormai globalizzata, è chiamato a svolgere una funzione diversa da quella tradizionale²⁶.

Tali consapevolezza non escludono, tuttavia, la constatazione dell'attuale

²⁴ Un importante insegnamento viene da quella parte della dottrina che sottolinea come la realizzazione degli imperativi economici, la cui importanza è in decisa ascesa grazie alla globalizzazione ed alle discipline ultranazionali, non può significare sacrificio di interessi collettivi e pubblici, di valori sociali, di diritti fondamentali; e che un ruolo fondamentale, al riguardo, può essere svolto dai pubblici poteri attraverso l'attuazione di una regolazione che favorisca tutto ciò, sostenuti da una solida analisi economica. In tal senso M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, cit., p. 62. In sintonia con il richiamato orientamento R. ARRIGONI, *Servizi pubblici locali: concorrenza, regolazione, mercati*, cit..

²⁵ M. D'ALBERTI, *Il Diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, cit., p. 57.

²⁶ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit..

convivenza di regole proprie dei due sistemi (concorrenza per il mercato e concorrenza nel mercato) e - quel che più rileva - della ritenuta compatibilità comunitaria di forme di affidamento diretto, intese quali modelli organizzativi intranei al soggetto pubblico titolare di competenze in materia.

3. - La “concorrenza per il mercato” nei trasporti pubblici locali tra riforme e controriforme: il ruolo frenante delle società pubbliche e del regime “in house” quali strumenti di gestione diretta dei servizi.

Se ci si soffermi sulla disciplina introdotta al fine dell'affermazione della concorrenza “per” il mercato nel settore dei trasporti pubblici, si rileverà immediatamente che il legislatore nazionale ha previsto un'attuazione graduale di tale principio, contemplando espressamente un periodo transitorio.

Nell'ambito di tale approccio scaglionato, la prima fase può essere individuata nella trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali o in cooperative a responsabilità limitata (entro il 31 dicembre 2000), in cui l'ente titolare del servizio avrebbe potuto restare socio unico per non più di due anni (con la previsione di poteri sostitutivi del Sindaco o del Presidente della Provincia e affidamento con gara in caso di ulteriore inerzia).

Durante il richiamato arco temporale, invece, è stata contemplata la facoltà di mantenere tutti gli affidamenti già in corso in capo ai concessionari ed alle società derivanti dalle trasformazioni imposte dal comma 3 della medesima norma. Tale periodo transitorio, la cui scadenza, inizialmente fissata al 2003, è poi slittata al 31 dicembre 2007²⁷, potrebbe in concreto non ritenersi ancora concluso a causa della facoltà di concessione, da parte delle Regioni, di una ulteriore proroga biennale a favore degli affidatari del servizio che versino nelle particolari condizioni di cui all'art. 18, co. 3 *ter*, d. lgs. n. 422/1997 ed abbiano, perciò, attuato modifiche

²⁷ Art.18, co. 3 *bis*, d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, come modificato dal comma 394 dell'art. 1, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (l. finanziaria 2006) e dal comma 4 *bis* dell'art.6, d.l. 28 dicembre 2006, n.300, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

societarie nella direzione di una parziale esternalizzazione. Secondo l'indicato disegno organizzativo, soltanto dopo l'esaurimento di tale periodo transitorio la gestione dei servizi di trasporto pubblico sarebbe stata affidata esclusivamente tramite le procedure concorsuali previste al comma 2, lett. a) dello stesso articolo 18.

Se ci si arresti alla considerazione del dato normativo in sé, sembra potersi ravvisare in esso l'espressione di una prima - non significativa - tappa verso la liberalizzazione, quantomeno con riferimento all'accesso al mercato.

E in effetti, inizialmente il processo di riforma si era concretamente messo in moto²⁸: la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni fu completata rapidamente, peraltro in coerenza con la già richiamata "fuga dalla municipalizzazione" che aveva caratterizzato tutti i servizi pubblici locali a far tempo dalla seconda metà degli anni '90; furono attivati processi di risanamento e, soprattutto, cominciarono ad esser avviate alcune gare per l'esternalizzazione della gestione dei servizi²⁹.

A partire dal 2002, invece, emerge una chiara controtendenza, in concomitanza con alcuni interventi normativi che - come è stato più volte sottolineato³⁰ - hanno rappresentato una sorta di controriforma dei servizi pubblici locali.

La prospettiva della liberalizzazione comincia ad allontanarsi innanzitutto con l'approvazione dell'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) che, con riferimento ai servizi pubblici locali, introduceva la possibilità dei c.d. appalti *in house*, i cui termini sono stati precisati, normativamente, dall'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326) in conformità ai presupposti indicati dalla Corte di Giustizia per il ricorso legittimo a

²⁸ Per un' analisi dell'evoluzione della disciplina dei trasporti pubblici locali e dei condizionamenti "controriformisti" esercitati dall'incertezza normativa che ha investito la regolamentazione generale sui servizi pubblici, si veda A. BOITANI, *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Astrid*, n.12 del 2005.

²⁹ Di tale processo dà atto R. PEDERSINI, *La riforma del trasporto pubblico locale: regole, attori, esperienze*, in corso di pubblicazione con il Mulino.

³⁰ In particolare F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, cit., p. 37 ss. V. anche L. IERA, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, in *Gior. dir. amm.*, n. 11, 2006, p. 1203 ss.; S. SANTIAPICHI, *Il trasporto pubblico locale dopo la riforma dei servizi pubblici*, in *www.lexitalia.it*, n. 3, 2002; A. BOITANI, *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, cit., loc. cit., nonché A. BOITANI e C. CAMBINI, *Il trasporto pubblico locale in Italia.*, cit., p. 45 ss.; A. MASSARUTTO, *La riforma dei servizi pubblici locali. Liberalizzazione, privatizzazione o gattopardismo?*, in *Mercato, concorrenza e regole.*, n. 1, 2002, p. 107 ss.

tali modalità di affidamento³¹.

Nel frattempo, peraltro, all'approssimarsi della data del 31 dicembre 2003 - indicata dal c.d. "decreto Burlando" come termine finale del periodo transitorio durante il quale era stato consentito l'affidamento diretto dell'appalto per la gestione dei trasporti pubblici locali e promossa l'attuazione "a regime" dell'affidamento mediante gara - è intervenuta la l. 1 agosto 2002, n. 166³², che ha autorizzato le Regioni a posticipare il termine di due anni.

In particolare, l'art. 14 del richiamato d.l. n. 269 del 2003 ha fatto proprio il principio affermato dalla Corte di Giustizia secondo cui la regola generale del ricorso a gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di appalti o concessioni aventi ad oggetto servizi pubblici può essere esclusa nelle ipotesi (eccezionali?) in cui il servizio sia svolto direttamente dall'Amministrazione titolare della competenza, ovvero affidato a società sulla quale essa eserciti un controllo analogo a quello svolto su propri servizi, e che realizzi la parte più importante della propria attività in favore dell'ente o degli enti locali che la controllano (c.d. affidamento *in house*).

In ragione della sussistenza di entrambi i presupposti, l'ente affidatario non dovrebbe ritenersi "terzo" rispetto all'Amministrazione titolare del servizio, bensì considerarsi come *longa manus* dell'Amministrazione stessa. Mancherebbe, dunque, l'elemento dell'alterità, identificandosi tale fattispecie con un'ipotesi di autoproduzione, da parte della p.A., di beni e servizi all'interno della propria struttura organizzativa, senza ricorrere a terzi³³.

Delineatasi, dunque, la previsione normativa in ordine all'affidamento *in house*, non sono state più bandite gare, neppure per la gestione dei trasporti pubblici locali e

³¹ Cfr. *infra*, le note seguenti del paragrafo.

³² "Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti".

³³ Al riguardo M. CAMMELLI e M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, 2008, 12, osservano come, il modello delle società *in house* si sia evoluto sotto la spinta del diritto interno e della giurisprudenza comunitaria, "per divenire, sostanzialmente la moderna versione della gestione diretta in economia" e quindi sottolineano la marginalità, in ordine alla disciplina applicabile, della veste giuridica privatistica che, comunque, non costituisce un argine all'applicazione delle norme tipiche dell'agire amministrativo, non consentendo neppure la conservazione dei meccanismi della *governance* societaria.

quelle già avviate sono state, per la maggior parte, sospese o revocate³⁴.

Giova sottolineare che l'utilizzo di tale modello organizzativo, anche nel settore del servizio di trasporto pubblico locale, ha superato il vaglio della compatibilità comunitaria: la Corte di giustizia³⁵, infatti, ribadendo il proprio orientamento generale³⁶, ha ritenuto che “gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene”. Deve, tuttavia, sottolinearsi che la Corte, nella medesima sentenza ha, altresì, specificato che, “trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario”, le due condizioni del controllo analogo e della prevalenza dell'attività “devono essere interpretate restrittivamente”.

Emerge in modo evidente come le problematiche connesse all'affidamento *in house* attengano essenzialmente all'individuazione di eventuali limiti strutturali delle

³⁴ Quest'ultima ipotesi si è verificata in vari Comuni italiani ed anche nella città di Bari. Infatti, entrata in vigore la disciplina di cui all'art. 14 del d.l. n. 269/2003, il Comune di Bari ha deciso di non proseguire la gara indetta per l'affidamento del servizio di trasporto e di affidare, fino al 2012, il servizio stesso all' AMTAB SpA, società il cui capitale sociale è interamente di proprietà comunale, avente come scopo sociale lo svolgimento in via esclusiva dell'attività di erogazione del servizio di trasporto pubblico locale urbano e sottoposta a totale controllo da parte della stessa Amministrazione comunale in virtù del contratto di servizio e di ulteriori strumenti.

Emblematica della scarsa apertura degli enti locali nei confronti dell'applicazione di misure concorrenziali ai servizi pubblici locali, con conseguente *favor* per l'affidamento *in house*, appare l'ammissione fatta dalla Giunta comunale che, nel deliberare di non dare ulteriore corso alla gara per l'affidamento del servizio, ha anche espressamente deciso di “proseguire la privatizzazione (n.d.r. in realtà, liberalizzazione) all'esito dell'affidamento del servizio”, così rivelando la consapevolezza che, attraverso l'affidamento *in house*, si sospendeva il processo verso l'assetto competitivo del mercato e le sue possibilità di apertura.

³⁵ Corte giust. C.E. 6 aprile 2006 (C-410/04), in www.curia.europa.eu, su quesito proposto da Tar Puglia, Bari, sez. III, ord. 22 luglio 2004 n. 885, in *Urb. App.*, n. 2, 2005, p. 223 ss., con commento di P. LOTTI.

Tuttavia su tale problematica da ultimo è intervenuto il Consiglio di Stato con la decisione dell' 8 aprile 2008, di cui attualmente è disponibile soltanto il dispositivo n. 301/2008 di annullamento della sentenza 8 febbraio 2007, n. 362 con la quale la III sez. del Tar Puglia -Bari, sulla base della interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, aveva ritenuto la legittimità dell'operato dell'Amministrazione comunale.

³⁶ Corte giust. C.E., sentenza Parking Brixen del 13 ottobre 2005 (C-458/03), in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2005, n. 6, p. 1907 con nota di F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la “neutralità delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali; nonché in Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2006, n.1, p. 227 ss. con nota di M. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: La Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing.*

forme societarie che evitino il potenziale conflitto con le regole ordinarie di affidamento dei servizi pubblici locali.

Alla base del principio enucleato dalla giurisprudenza comunitaria sono ravvisabili da un canto la convinzione della necessità di favorire una regolazione aperta alle dinamiche concorrenziali, dall'altro la connessa preoccupazione di evitare un uso distorto degli affidamenti diretti, talora impropriamente ricondotti nell'ambito della gestione *in house*.

L'esigenza di individuare rigorose misure contenitive dell'ammissibilità di affidamenti che prescindano da procedure di evidenza pubblica riviene, del resto, dall'idea dell'incompatibilità di tali meccanismi di "scelta" del contraente con i principi della concorrenza, sia per la sottrazione al libero mercato di quote di contratti pubblici, con conseguente esclusione dell'accesso allo stesso da parte delle imprese ordinarie; sia per la costituzione di un'ingiusta posizione di privilegio in favore dell'impresa affidataria rispetto alle altre, non soltanto nell'ambito dei contratti pubblici, ma altresì nel mercato dei contratti privati, con evidente alterazione della *par condicio*³⁷.

Conseguentemente l'elaborazione giurisprudenziale - interna e comunitaria - si è fatta carico dell'individuazione di una serie di requisiti specifici atti a tradurre in concreto non solo il concetto di "controllo analogo", ma anche quello della prevalenza dell'attività svolta dall'impresa controllata nel rapporto con l'ente controllante.

Così, al fine della integrazione degli estremi del "controllo analogo", è stata affermata la necessaria sussistenza di poteri pubblici pregnanti, tali da realizzare un "controllo strutturale" che, però, non potrebbe limitarsi agli aspetti formali inerenti alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario. Infatti, onde prevenire l'eventualità - distorsiva delle ordinarie dinamiche del mercato - che il soggetto economico, avvantaggiato dall'affidamento diretto perché

³⁷ Una compiuta analisi delle molteplici distorsioni economiche causate dall'affidamento diretto, anche in considerazione della giurisprudenza comunitaria in materia, è contenuta in Cons. Giust. amm. reg. sic., 4 settembre 2007, n.719, in www.giustizia-amministrativa.it

interamente pubblico, potesse rientrare nel circuito privato successivamente all'acquisizione del servizio, sia la Corte di Giustizia che il Consiglio di Stato hanno escluso a lungo che lo statuto dell'affidatario diretto potesse prevedere la cessione, anche solo di parte, del capitale azionario a futuri soci privati³⁸.

Il che comporta altresì la non riconducibilità in via generale del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing* anche in caso di partecipazione pubblica maggioritaria³⁹.

Il percorso sin qui ricostruito non sembra, tuttavia, aver ancora trovato uno stabile punto di approdo, sia normativo⁴⁰ che giurisprudenziale, come, del resto, riconosciuto dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la richiamata sentenza n. 1 del 2008.

Infatti, - se si è bene inteso - l'affidamento diretto - dunque, una metodologia derogatoria rispetto alla pubblica gara - sembra aprirsi, pur se in modo non indiscriminato, anche a soggetti (società miste) dichiaratamente esclusi dal novero concettuale delle società *in house*. C'è, tuttavia, da chiedersi se il criterio discrezionale da ultimo richiamato dal giudice amministrativo ed incentrato sull'identità dell'oggetto della gara per l'individuazione del socio privato operativo e del servizio, poi affidato direttamente dall'ente locale alla società mista in tal modo costituita sia effettivamente idoneo a salvaguardare in ogni caso i valori della concorrenzialità e del mercato.

Non potrebbe, infatti, escludersi *a priori* che il parco delle imprese private potenzialmente interessate ad una gara pubblica per l'affidamento puro e semplice

³⁸ Corte giust. C.E., 11 maggio 2006, C-340/04, in www.curia.europa.eu; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514; Cons. Giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹ La non riconducibilità al modello *in house* delle società miste è stata ribadita dall'Ad. plen. del Cons. di Stato, 3 marzo 2008, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché in *Contr. Stato enti pubbl.*, n. 2/2008, p. 210 ss., con nota di P. della PORTA (*Forme societarie e affidamenti diretti: primo monito (indiretto) della plenaria*) e in *Foro amm. C.d.S.* n. 3/2008, I, p. 740, con nota di C. ACOCELLA - F. LIGUORI, (*Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*) cui era stata rimessa la questione del legittimo ricorso all'affidamento diretto dalla V sez. con decisione 23 ottobre 2007, n. 5587, al fine di individuare "una linea ermeneutica omogenea ed unitaria, ferma restando la necessità di considerare con attenzione le peculiarità di ciascuna fattispecie e la consapevolezza che si tratta di materia ancora *in itinere*, poiché oggetto di interventi normativi.

⁴⁰ Il percorso normativo è ricostruito, in particolare, nel paragrafo seguente.

del servizio pubblico locale sia diverso da quello costituito dagli aspiranti privati disponibili ad assumere il ruolo di *partners* di soggetti pubblici per la gestione in forma societaria del medesimo servizio.

Senonché, a ben guardare, non può neanche ipotizzarsi una distinzione tra mercati, poiché l'unico requisito generale dell'interlocutore dell'ente pubblico che sia alla ricerca del socio privato tramite gara è quello più comune, costituito dallo status di imprenditore, ai sensi del codice civile.

Invero, persino l'orientamento più recente della Corte di Giustizia sembra delineare un varco nelle maglie - in precedenza assai ristrette - entro cui accogliere l'affidamento diretto.

In particolare, il giudice comunitario, assumendo come presupposto la necessità di tener conto, oltre che delle disposizioni normative, altresì delle circostanze che *in concreto* siano ravvisabili nella fattispecie *sub iudice*, ha affermato che la valutazione in ordine alla sussistenza del requisito definibile "controllo analogo", ai fini dell'ammissibilità dell'affidamento diretto, debba esser effettuata non già sulla base delle astratte previsioni statutarie, bensì alla luce delle condizioni esistenti alla data dell' "aggiudicazione" dell'appalto pubblico.

In tal modo ritenendo che, in assenza di una effettiva ed attuale partecipazione di privati al capitale della società aggiudicataria, tale mera ed astratta possibilità non appaia sufficiente ad inverare la mancata soddisfazione della condizione relativa al controllo analogo dell'autorità pubblica⁴¹.

Potrebbe, invero, osservarsi che la rinnovata linea di demarcazione individuata dalla Corte di Giustizia si presti, in realtà, ad operazioni volte a falsare il mercato: infatti una società a capitale interamente pubblico il cui statuto consenta lo svolgimento di vere e proprie attività imprenditoriali diverse da quelle inerenti al servizio eventualmente affidato in modo diretto, e l'eventuale apertura futura al capitale privato ben potrebbe affacciarsi al mercato più esteso (del resto già presente

⁴¹ Corte giust. C.E., 17 luglio 2008, causa C-371/05, in *GiustAmm.it*, n. 7/2008, nonché in *www.lexitalia.it*, 7-8/2008 e in *Edilizia e territorio* n. 31/2008, pp. 35 ss. e 10 ss., con commento di R. MANGANI (*In house, Corte U.e. più morbida sui requisiti per poterlo realizzare*).

nei programmi imprenditoriali della società) dopo aver ottenuto, a condizioni di chiaro favore poiché al di fuori di ogni competizione con altre imprese, l'affidamento diretto del servizio; ed anzi godendo altresì degli effetti, anche indiretti, della qualificazione rivenienti dalla prestazione dello stesso e, più in generale, del *know how* derivante dal denaro pubblico affluito al patrimonio societario.

Né varrebbe a scongiurare una eventualità di questo genere il vincolo all'oggetto sociale esclusivo, ora imposto dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. "Bersani") conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248 alle "società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali"⁴².

Tale limite, infatti, non ha carattere generale, ma opera esclusivamente per le società interamente pubbliche o miste partecipate da Amministrazioni regionali e locali che abbiano ad oggetto "la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività", con esclusione espressa dei servizi pubblici locali.

E, con riferimento a questi ultimi, se è vero che la normativa di principio di recente introduzione (art. 23 *bis*, comma 9° d.l. n. 112 del 2008, conv. nella legge n. 133/2008) preclude a coloro che abbiano conseguito l'affidamento di un servizio pubblico bypassando le procedure di evidenza pubblica la possibilità di acquisire, anche indirettamente, la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, è vero altresì che tale obbligo di attività esclusiva in favore dell'Amministrazione esercente il controllo analogo - poiché rivolto ai "soggetti titolari della gestione" - sembra circoscritto alla durata del rapporto contrattuale instaurato tramite affidamento diretto.

Se, inoltre, si consideri che il richiamato divieto non è, comunque, applicabile alle società quotate in mercati regolamentari, la successiva spendibilità sul mercato

⁴² Tale norma è stata ritenuta conforme alla Costituzione da Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, in *GiustAmm.it*, n. 8/2008, nonché in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2008, sulla base della sua riconduzione rispettivamente alla materia "Ordinamento civile", e "tutela della concorrenza", essendo essa volta "a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa" e ad "eliminare distorsioni della concorrenza stessa".

dell'oggettiva posizione di privilegio conseguita dall'affidatario diretto del servizio, in violazione della “*par condicio*”, si delinea in modo assai netto⁴³.

Sicché i nuovi principi sembrano costituire l'indice di una sorta di ripensamento generale da parte della giurisprudenza comunitaria sui limiti all'affidamento diretto, in contraddizione con l'interpretazione assai restrittiva⁴⁴ circa l'operatività della deroga alle procedure di gara fornita fino alla pronuncia più recente e condivisa dall'orientamento dei giudici nazionali⁴⁵.

Or, il delinarsi di rivisitazioni in ordine alla consistenza dei limiti al legittimo affidamento diretto a soggetti solo formalmente esclusi – parte importante del diritto comune europeo, applicabile anche in ambito locale - non può che contribuire ad alimentare quel clima di incertezza che ha caratterizzato la normazione sui servizi pubblici locali, rallentandone il processo di effettiva riforma e ponendo le premesse per un vero e proprio *révirement* con riferimento ai trasporti pubblici locali.

Non va, infatti, trascurato che le disposizioni normative che, modificando l'art. 113 del d.lgs n. 267 del 2000, hanno disciplinato l'affidamento *in house*, in un primo tempo erano state ritenute applicabili ai servizi pubblici locali, ivi compresi quelli di

⁴³ Non diverse considerazioni suscita il riferimento alla specifica normativa di settore contenuta nell'art. 18, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 422 del 1997: pur se tale norma dovesse ritenersi tuttora vigente - il che appare per vero improbabile, stante la chiara affermazione dell'applicabilità a tutti i servizi pubblici locali delle disposizioni contenute nell'art. 23 *bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, con “prevalenza sulle relative discipline di settore con esse incompatibili - dalla sua applicazione deriverebbe, cessato il periodo transitorio di proroga degli affidamenti in corso, la esclusione dalla partecipazione alle prime gare pubbliche “a regime” delle società che, in Italia o all'estero, “gestisc(a)no” (dunque con carattere di attualità) “servizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non di evidenza pubblica e delle società dalle stesse controllate o ad esse collegate (...)”.

Ciò senza considerare che tale norma è stata fatta oggetto di una interpretazione adeguatrice, alla luce della nuova disciplina introdotta dal d.l. n. 112/1998, persino dall'A.G.C.M. che, con segnalazione (AS461) del 30 giugno 2008, formulava alcune osservazioni sul principio di reciprocità, sottolineando che la preclusione ivi prevista avrebbe, in modo perverso, favorito, nella prima stagione delle gare, “l'aggiudicazione al precedente affidatario, spesso l'unico partecipante alla gara”.

⁴⁴ Si vedano, al riguardo, la citata giurisprudenza comunitaria ed, in particolare, la sentenza Parking Brixen e la sentenza Anav. Sullo specifico orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo il quale il capitale sociale delle società *in house* non deve in alcun modo essere aperto ad azionisti privati, V. PARISIO, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, Padova, 2007, p. 411, la quale in nota riporta una sentenza del Tar Puglia, Lecce, 8 novembre 2006, n. 5197 che sottolinea come la Corte di Giustizia abbia più volte statuito che la possibilità di apertura ai privati del capitale sociale di un soggetto affidatario *in house* di servizi pubblici locali dia luogo ad una violazione delle direttive in materia di appalti pubblici.

Sul percorso involutivo della Corte di Giustizia “in tema di *in house*, al fine di ricondurre nell'alveo dei principi comunitari un modulo organizzatorio”, sostanzialmente ideato dalla stessa Corte, ma poi sfuggito di mano con effetti senz'altro pregiudizievoli per il mercato, cfr. A. CLARIZIA, *Appalti in house: il Consiglio di Stato tenta di forzare la Corte di Giustizia*; ID., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*; ID., *La Corte suona il de profundis per l'in house*, tutti in www.Giustamm.it

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 3 marzo 2008, n. 1, cit..

trasporto⁴⁶.

E che, soltanto nel 2004⁴⁷, dopo un lungo periodo di incertezza interpretativa ed applicativa, un ulteriore intervento del legislatore ne aveva espressamente escluso l'applicabilità ai servizi di trasporto pubblico locale⁴⁸.

Nel frattempo, tuttavia, la “controriforma” dei servizi pubblici locali aveva

⁴⁶ Sull'affidamento *in house* dei servizi pubblici. cfr. almeno G. GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461 ss.; A. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 537 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 260 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, n., 2003, p. 93 ss.; B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza (commento a Cons. di Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316)*, in *Urb. App.*, 2003, p. 1419; A. MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, p. 849 ss.; F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il diritto dell'economia*, 2/4, 2004, p. 605; L. PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. - Cds*, 2004, p. 1160 ss.; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazione a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia (nota alla sentenza Corte di Giustizia Ce, sez. I, 11 gennaio 2005)*, in *Foro amm. - Cds*, 2005; ID., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing, e partenariato pubblico-privato*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, p. 915; R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è “casa” per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, IV, p.136 ss.; ID., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2005, p. 179; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 327 ss.; R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 ss.; B. GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm. - CdS*, 2006, p. 44 e ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario (commento a Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, in causa c-458/03 - Parking Brixen)*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 2, 2006, p. 133 ss.; M. G. ROVERSI MONACO, *I caratteri della gestione in house*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 12, 2006, p. 1371 ss.; M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. - Tar*, 2006, p. 1161 ss.; L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *Dir. pubbl. comp. rur.*, n. 1, 2007, p. 347 ss.; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2007, n. 1, p. 1 ss.; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2007, n. 1, p. 17 ss.; I. MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di “controllo analogo”*, in *Foro amm. - Tar*, 2007, p. 2245 e ss.; G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica Amministrazione*, a cura di C. FRANCHINI, *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2007, T.I., p. 382 ss..

Il tema è, tuttavia, strettamente collegato a quello delle società pubbliche e miste, della loro natura giuridica e delle connesse problematiche concernenti (i limiti del)l'assoggettabilità delle stesse alle norme proprie del diritto societario. Su tali aspetti cfr. *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 15-17 settembre, 2005, Milano, 2006 (ed ivi la Relazione di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, che pone l'accento su una prospettiva ricostruttiva che consideri adeguatamente gli effetti della natura pubblica delle risorse economico-finanziarie della società).

Su una linea non diversa si colloca il contributo di G. SALA, *La società “pubblica” locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in AA.VV., *La società pubblica tra diritto privato e diritto comunitario*, a cura di V. Domenichelli, Atti del Convegno di studi di Padova, 8 giugno 2007, Padova, 2008, p. 9 ss..

⁴⁷ Art. 1, co. 48, l. 15 dicembre 2004, n. 308, recante “Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione”.

⁴⁸ Sul punto M. MAZZAMUTO, *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, 2003, p. 243 ss..

determinato un'inversione di tendenza anche nel settore oggetto di analisi, mutamento che può ritenersi tuttora in atto presso numerose Amministrazioni locali, che avevano ritenuto di avvalersi della *chance* dell'affidamento diretto antecedentemente al divieto normativo che, peraltro, avrebbe comunque precluso soltanto la stipula di nuovi contratti nel settore dei trasporti, con il regime dell'*in house*, non apparendo destinato ad incidere su quelli in corso.

A ciò può aggiungersi che l'art. 23 *bis* d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. in legge il 6 agosto 2008, n. 133 - del resto coerentemente con scelte di fondo sottese alla disciplina dei vari d.d.l. precedenti - pur aderendo alla metodologia dell'armonizzazione delle diverse discipline di settore in materia di servizi pubblici locali, appare sostanzialmente orientato verso una unificazione della normativa di principio dettata per tutti i servizi pubblici locali, con prevalenza sulle regolamentazioni settoriali eventualmente incompatibili: sicché l'applicazione del principio comunitario di nuovo conio, che attribuisce rilevanza esclusiva non già alle previsioni statutarie in ordine ad una eventuale società mista, ma al mancato utilizzo attuale delle potenzialità statutarie da parte di tale soggetto (una sorta di clausola: *rebus sic stantibus*), alla luce della nuova normativa, potrebbe produrre effetti dirompenti sulla concorrenza anche in materia di trasporti pubblici locali.

Or, se all'introduzione (o meglio alla reintroduzione) di forme di affidamento diretto a società *in house* e miste, si aggiunga la previsione, da parte del legislatore del 1997, del presupposto mantenimento della possibilità, per l'ente locale, di costituire (o di partecipare a)) società di capitali, nonché della conseguente facoltizzazione delle operazioni di privatizzazione, non può che condividersi la conclusione secondo la quale l'applicazione del d.lgs. n. 422 del 1997 e s.m.i. ha senz'altro legittimato gli enti locali allo svolgimento "diretto" di funzioni gestorie.

Può anzi osservarsi che, proprio la legittimazione alla gestione diretta del servizio costituisce uno dei motivi principali della opposizione dura e pervicace dei poteri locali all'apertura del mercato alla concorrenza in quei settori storicamente riservati alle aziende di loro proprietà e di diretta derivazione, in quanto irrinunciabili

strumenti di governo politico ed economico del territorio. D'altro canto è verosimilmente nel primato del potere politico-amministrativo l'indice rivelatore dell'assenza, nella disciplina dei servizi pubblici locali, di un sistema di regolazione simile a quello istituito per i servizi nazionali e caratterizzato dalla terzietà del soggetto regolatore rispetto agli interessi delle parti: sia dell'esercente il servizio che dell'utente⁴⁹.

Del resto, una eccessiva politicizzazione degli atti di regolazione mal si concilia con la natura giuridica stessa e con il nucleo essenziale ed irrinunciabile della funzione regolativa.

Sembra, infatti, evidente che gestione del servizio pubblico e attività di regolazione non possano far capo ad uno stesso soggetto, pur se pubblico e perciò, per definizione, tributario di una funzione non egoistica.

Se, infatti, la regolazione - quale che sia l'accezione che si ritenga di condividere⁵⁰ - non ricomprende, comunque, qualsiasi tipo di intervento pubblico nell'economia, ma soltanto quelle attività volte a conformare e ad indirizzare il mercato avente ad oggetto servizi pubblici⁵¹; oppure a creare artificialmente gli effetti del mercato concorrenziale in determinate aree di attività economica eccezionalmente rette da situazioni di monopolio⁵², appare addirittura illogico che il gestore del servizio sia una derivazione diretta del soggetto pubblico⁵³ che, in un

⁴⁹ Anche con riferimento ai servizi pubblici nazionali è stata comunque rilevata una tendenza a decostruire il sistema di regolazione concepito nelle legge generale istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l. n. 481 del 1995) ed a sostituirlo con un sistema in cui non v'è chiarezza tra prerogative politiche e competenze tecniche. Su questo tema si v. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 97 ss.; sia consentito altresì di rinviare a G. IACOVONE, *Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità*, in *Foro amm (TAR)*, 2003, p. 2085 e ss.

⁵⁰ Per una ricostruzione concettuale delle varie teorie sul punto sia consentito ancora una volta il rinvio a G. IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004, p. 109 ss.

⁵¹ Cfr. M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2002, p. 15 ss; L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, p. 277 ss.

⁵² F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., p. 50 ss.; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO - M. D'ALBERTI; ID., *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 265; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

⁵³ C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, p. 376 ss., evidenzia i rischi di conflitti di interesse in capo agli enti locali, derivanti dallo svolgimento diretto o indiretto del servizio pubblico, sottolineando altresì l'urgenza di una effettiva attività di regolazione, quale presupposto imprescindibile per la liberalizzazione dei servizi pubblici locali. L'A. rileva altresì

contesto di liberalizzazione, ancorchè circoscritta ai profili di accesso al mercato (concorrenza per il mercato), sia deputato ad individuare *ex ante* le condizioni del corretto funzionamento del mercato stesso⁵⁴.

Tale singolare rapporto organizzativo sembra altresì disattendere taluni dei caratteri fondamentali della distinzione tra l'attività di regolazione e l'attività amministrativa di gestione: se, infatti, soltanto la prima prende in considerazione le situazioni degli utenti, vale a dire dei beneficiari dell'osservanza delle regole relative al corretto funzionamento del settore e del controllo sulla conformità ad esse dello svolgimento dell'attività di impresa, deve rilevarsi che nel d.lgs. n. 422/97 vi è un unico richiamo al rispetto dei principi sull'erogazione dei servizi pubblici come fissati dalla carta dei servizi del settore trasporti, contenuto nell'art.19 che disciplina i contratti di servizio costituenti lo strumento attraverso il quale viene regolato il rapporto tra ente locale e gestore.

In questo contesto, quindi, sembra che la fissazione degli standard qualitativi minimi del servizio sia effettuata nell'ambito del rapporto contrattuale tra soggetto pubblico e impresa, secondo logiche di gestione del servizio, piuttosto che di indirizzo dell'attività a garanzia di un idoneo temperamento con gli interessi privati⁵⁵; che la funzione regolatrice assuma un ruolo servente rispetto alla funzione amministrativa di gestione; e che, in definitiva, la disciplina sia diretta a tutelare l'Amministrazione nell'ambito del rapporto giuridico con il gestore, piuttosto che l'assetto competitivo del mercato indotto da una corretta regolazione e le sue possibilità di apertura.

come tale rapporto, nei termini di presupposizione delineati, sia necessario per passare da una situazione di monopolio legale ad altra di concorrenza, mostrando così, se ne interpreto bene il pensiero, di aderire alla concezione che intravede nella regolazione lo strumento per la creazione artificiale delle condizioni di mercato.

Tale necessario rapporto è altresì preso in considerazione, anche se con riferimento a profili di politica economica, da C. CAMBINI e T. VALLETTI, *Concorrenza senza regolazione? Non ancora, grazie*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2003, p. 385 ss..

⁵⁴ Sui riflessi negativi che l'affidamento diretto del servizio alla società *in house* produce sulla liberalizzazione del mercato, cfr. E. PIGA, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, in *Foro amm. - CdS*, 2007, spec. p. 2670.

⁵⁵ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit. p. 101 ss..

4. - Il d.d.l. AS 772/2006 e le misure di attuazione della concorrenza “per il mercato” e “nel mercato” nei servizi pubblici locali.

L'incompletezza e la parzialità dell'attuazione di modelli concorrenziali, anche nella disciplina dei servizi di trasporto locale, sono state poste alla base di un percorso di riforma che ha preso l'avvio dal disegno di legge delega governativo n. 772 del luglio 2006 per il riordino dei servizi pubblici locali, che, tuttavia, non è riuscito a superare il vaglio di entrambe le Camere, prima della fine della legislatura, nonostante i numerosi emendamenti apportati durante i passaggi nelle varie Commissioni.

Il processo di riforma assume, comunque, sicura rilevanza ai fini del tema oggetto di riflessione, attesa le finalità ispiratrici, tra le quali v'è quella di armonizzare - in sede attuativa - la disciplina generale di affidamento dei servizi pubblici locali con la normativa di settore, anche per i servizi di trasporto.

Si tratta di un intervento sulla liberalizzazione dei servizi pubblici volto anzitutto a definire gli ambiti del mercato regolato all'interno del quale i principi di derivazione comunitaria devono trovare attuazione.

Invero, nel disegno di legge AS 772/2206 (c.d. “Lanzillotta”) non solo emerge la distinzione tra regolazione e gestione, ma particolare attenzione è dedicata alla necessità di disciplinare i poteri di regolazione degli enti locali in relazione ai servizi pubblici anche, ma non soltanto, attraverso la introduzione e/o la revisione di specifiche disposizioni sulle incompatibilità.

La formulazione generale della ipotesi di normativa di principio consentiva, dunque, di postularne l'applicabilità in via generale a tutte le modalità di gestione dei servizi pubblici locali: pertanto anche alle fattispecie di gestione in economia o mediante aziende speciali. Con conseguente prefigurazione della necessità di distinguere, sul piano organizzativo, gli organi e/o gli uffici della regolazione da quelli attributari della funzione di amministrazione attiva e di prevedere maggiori garanzie dei destinatari finali della funzione regolatrice.

Per eliminare ogni commistione tra soggetto regolatore e soggetto gestore⁵⁶, la proposta legislativa del Governo precedente si orientava decisamente nella direzione della fissazione di regole certe ed eccezionali per l'ammissibilità dell'affidamento diretto ed *in house* e della predeterminazione di un limite temporale massimo (31 dicembre 2011) per l'utilizzo dello strumento giuridico in deroga.

Secondo tale disegno, la liberalizzazione avrebbe potuto esplicarsi e funzionare all'interno di un mercato regolato attraverso misure di indirizzo e di coordinamento rese con atto amministrativo nelle ipotesi di attribuzione espressa del relativo potere alla p.A. (o all'autorità amministrativa indipendente, ove esistente)⁵⁷.

Previsto il generale ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi, disciplinato in modo da sottrarre alla discrezionalità dell'ente locale la scelta sul *quomodo*, infatti il conferimento diretto *in house* del servizio pubblico a società a capitale interamente pubblico diviene, da modalità alternativa sempre legittima, - nella ricorrenza dei presupposti indicati dalla Corte di Giustizia, secondo valutazioni in passato affidate in via esclusiva all'ente locale -, un'eccezione consentita solo in condizioni particolari, previa idonea ed articolata motivazione; e comunque in via transitoria⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. il testo delle "Considerazioni e proposte per una regolazione pro-concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica" formulate dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in data 11 giugno 2008, nelle quali il profilo in esame è considerato tra quelli critici nell'ambito del settore (dei trasporti pubblici locali), peraltro strategico ai fini della crescita economica del Paese.

⁵⁷ L. PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in *Analisi economica e metodo giuridico*, a cura di L.R. Perfetti e P. Polidori, Padova, 2003, p. 27 ss..

⁵⁸ In posizione decisamente critica nei confronti dell'affermata eccezionalità del ricorso a modalità diverse dalla gara pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali cfr. C. ACOCELLA - F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, cit., spec. p. 792 ss. Gli Autori sottolineano la contraddizione, a loro avviso riscontrabile, nella riconduzione all'autonomia organizzativa delle Amministrazioni pubbliche delle scelte relative alle modalità di gestione dei servizi pubblici e nella contestuale affermazione della natura eccezionale dell'utilizzo di metodologie diverse dalle procedure di evidenza pubblica per la gestione dei servizi medesimi, postulando, per i servizi pubblici locali, una "piena alternatività" tra le varie forme di gestione (*in house*, attraverso società miste o mediante società di capitali individuate con gara). Pervero la diretta attinenza della disciplina di scelta del gestore alla tutela della concorrenza, piuttosto che all'autonomia organizzativa era stata già sottolineata: cfr. Corte cost. 13-27 luglio 2004, n. 272, cit.; ID., 3 marzo 2006, n. 29, cit.. In dottrina A. VIGNERI, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Astrid* n. 29/2005.

In effetti non sembra che il riconoscimento dell'autonomia organizzativa degli enti locali escluda in radice la necessità di una motivazione in ordine alla peculiarità della situazione che induca l'ente ad affidare la gestione del servizio senza ricorrere al mercato.

Se, infatti, la tutela della concorrenza - di matrice comunitaria - da un canto è stata recepita nell'ordinamento interno attraverso il riconoscimento costituzionale di una competenza legislativa esclusiva dello Stato, dall'altro costituisce oggetto di uno dei principi generali dell'azione amministrativa, per il tramite del rinvio all'ordinamento comunitario contenuto nell'art. 1, l. n. 241/1990 s.m.i., non possono ritenersi sussistenti spazi di autonomia degli enti locali atti

Sicché - fermi i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e interna⁵⁹ per l'ammissibilità dell'affidamento diretto - l'ambito del c.d. "in house" sembra indirizzato verso posizioni di mercato effettivamente marginali, e verosimilmente destinate all'emarginazione dal dispiegarsi mero della libertà d'iniziativa economica.

Così, ad esempio, la garanzia del servizio di trasporto anche in quei contesti territoriali caratterizzati da peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche, è assicurata attraverso l'eventuale costituzione di società a capitale interamente pubblico partecipate dall'ente locale o l'affidamento a soggetti preesistenti di non diversa natura giuridica.

Si tratta, in sostanza, di strumenti giuridici coerenti con la logica imprescindibile secondo la quale la universalità del servizio di trasporto deve essere garantita anche nelle situazioni (piccoli Comuni, località di montagna o, comunque, non raggiungibili agevolmente, a causa della collocazione geografica, dell'andamento morfologico del territorio e/o delle carenze o insufficienze delle infrastrutture, ecc.) in cui nessun imprenditore troverebbe quelle condizioni minime di convenienza o di

ad invadere la sfera propria dello Stato e della U.E.

L'autodeterminazione degli enti locali nella scelta sulle modalità o sulle forme di gestione del servizio pubblico locale potrà condurre a forme diverse da quelle atte a soddisfare il mercato solo laddove spazi per il mercato non vi siano o per la natura non economica del servizio o perché le ordinarie dinamiche del mercato, anche se supportate dalla regolazione, non possano funzionare in concreto.

Sui rapporti tra fonti comunitarie e autonomia degli enti locali minori e sul potenziamento del ruolo di questi ultimi nel processo di formazione delle norme comunitarie, quale metodologia per la salvaguardia effettiva dell'autonomia cfr. A. ANGIULI, *Autonomia locale e Stato regionale nell'Unione europea. Appunti per una ricerca*, in *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Torino, 2007, p. 249 ss. (spec. p. 255).

⁵⁹ Corte giust. C.E., 11 gennaio 2005 (C-26/03) in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, n. 3-4, 2005, p. 992 ss. con nota di V. Ferraro, Corte giust. C.E., 6 aprile 2006 (C-410/04) in *www.Giustamm.it*, n. 6, 2006; Corte giust. C.E., 11 maggio 2006 (C-340/04) in *www.giustamm.it*, n. 6, 2006; Cons. Stato, sez. V, ord. 22 aprile 2004 n. 2316, con nota di F. Midiri, in *Serv. App. pubbl.*, 2004, III, p. 534 ss.; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 7507; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007 n. 5; in *www.lexitalia.it*; 2007, n. 1; Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2007 n. 1514, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Giust. amm. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719, in *www.lexitalia.it*; 2007, n.7, Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008 n. 1, cit.; Tar Puglia, Bari, sez. III, ord. 8 settembre 2004, n. 885, in *Serv. App. pubbl.*, 2005, III, p. 622 ss.; Tar Lombardia, Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250, in *Urb. App.*, 2006, p. 586; Tar Puglia, Lecce, 8 novembre 2006, n. 5197, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Puglia, Bari, sez. III, 8 febbraio 2007 n. 362 in *www.giustizia-amministrativa.it.*, ma si v. altresì la giurisprudenza citata nelle note al precedente paragrafo.

Per una rassegna della giurisprudenza più recente in materia cfr. A. ALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, n. 1/2008, p. 191 ss..

appetibilità tali da indurlo all'intrapresa economica.

E', tuttavia, evidente che un regime siffatto - non allineato con le regole tipiche del mercato - debba esser circondato da una serie di cautele volte ad impedirne un utilizzo abusivo o ad individuare e reprimere fenomeni distorsivi che pur sempre potrebbero verificarsi.

A tal fine si impone espressamente alle società ad integrale capitale pubblico affidatarie del servizio in condizioni di questo genere lo svolgimento della parte prevalente della propria attività in favore dell'ente proprietario e l'assoggettamento delle medesime al più volte richiamato "controllo analogo".

Ancor più limitativi e pregnanti sono i presupposti di ammissibilità del c.d. affidamento diretto in favore di società miste: sono, infatti, soltanto le particolari situazioni di mercato (dunque: l'impossibilità di funzionamento del mercato secondo le regole ordinarie) a determinare uno stato di necessità fronteggiabile attraverso il ricorso senza gara a società di capitale misto i cui soci privati, tuttavia, siano stati selezionati attraverso (e siano stati perciò sottoposti al vaglio di) una gara pubblica.

La effettività del rispetto di tali condizioni è affidata all'imposizione di un duplice obbligo, che incombe sull'ente locale: a) una esauriente motivazione volta a giustificare l'affidamento diretto sulla base del peculiare contesto territoriale o di mercato e comunque l'acquisizione di elementi per una valutazione comparativa con l'offerta privata; b) la definizione, adeguatamente pubblicizzata, del periodo temporale entro il quale effettuare la gara.

Il che conferma, anche per altra via, la natura temporanea della scelta diretta del gestore.

Se ne desume che già l'intervento riformatore delineato con il disegno di legge n. 772 del 2006, senza assumere posizioni pregiudizialmente contrarie all'affidamento *in house* in via transitoria intendesse limitarne l'utilizzo ad ipotesi residuali, come ad esempio nelle piccole o piccolissime gestioni, che peraltro avrebbero dovuto essere incentivate (sia pure con misure di natura esclusivamente regolatoria - e quindi senza oneri per la finanza pubblica -) ad integrarsi nelle realtà più ampie, attraverso gestioni

in forma associata.

L'obbligo di informativa sugli affidamenti diretti ed il conseguente controllo dell'Autorità garante della concorrenza o delle Autorità di regolazione settoriali sul corretto utilizzo di tale strumento giuridico completavano un disegno normativo non privo di intrinseca coerenza in relazione all'attuazione *in progress* dei valori ispiratori della riforma.

Invero, soltanto ad una prima analisi tali misure legislative avrebbero potuto esser ritenute funzionali soltanto alla "concorrenza per il mercato".

In realtà, attraverso la prevista limitazione dei casi di gestione dei servizi pubblici locali in regime di esclusiva, la cessazione del sostanziale monopolio locale appare suscettibile di aprire il mercato dei servizi pubblici locali a tutti gli operatori economici, così realizzando la c.d. concorrenza nel mercato, coincidente con l'effettiva liberalizzazione dei servizi economici in ambito locale, senza tuttavia determinare la superfluità di ogni regolazione da parte dei soggetti pubblici.

Infatti, esigendo l'art. 2 lett. m) del d.d.l. AS 772/2006 (ed attualmente l'art. 23 *bis*, co. 10 lett. g) d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133) la compatibilità dell'esercizio di tali attività economiche con i principi e le garanzie di universalità ed accessibilità posti dall'ordinamento con riferimento ai servizi pubblici locali, l'attuazione di un obiettivo siffatto postula la sottoposizione delle attività economiche liberalizzate, ossia esercitabili al di fuori di affidamenti da parte della p.A., ad un potere di regolazione, già definito dalla dottrina "in senso debole"⁶⁰ poiché volto non alla individuazione di obblighi di servizio pubblico, bensì alla mera conformazione della libertà di impresa, attraverso la individuazione di parametri qualitativi e di obiettivi affidati all'autonoma elaborazione delle imprese medesime, ai fini della predisposizione dell'offerta del servizio sul mercato, piuttosto che alla individuazione delle condizioni contrattuali.

Non può, tuttavia, trascurarsi che l'efficacia di un sistema in tal guisa

⁶⁰ Sulla regolazione in senso debole, L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica*, cit., *passim*.

prefigurato richieda comunque una verifica sul piano applicativo, al fine di individuare i limiti entro i quali altri operatori possano in concreto svolgere in modo competitivo l'attività, senza poter contare su compensazioni pubbliche e gli spazi effettivi per operatori privati, essendo evidente, infatti, che, in una situazione in cui l'offerta pubblica finisse per coprire l'intera domanda del mercato, non rimarrebbe, in fatto, spazio alcuno per l'iniziativa privata.

5. - Segue: la partecipazione degli utenti alle procedure di definizione e valutazione degli standard qualitativi.

Nell'ambito della configurazione del potere di regolazione, previsto *de jure condendo*, si pone(va) la disciplina della partecipazione dei privati ai procedimenti.

E' stato, invero, rilevato⁶¹ che, tra le caratteristiche essenziali di una regolazione efficiente, vi sia la prefigurazione dell'esercizio di facoltà partecipative, da parte degli imprenditori, affinché le decisioni da assumersi non abbiano oggettivo carattere disincentivante delle iniziative economiche.

Ma è evidente che il rilievo della partecipazione nel rapporto con una erogazione del servizio efficiente si possa riscontrare anche sul versante degli utenti.

Al riguardo, il disegno di legge c.d. Lanzillotta appariva effettivamente innovativo, attesa l'attenzione accordata al ruolo dei fruitori del servizio, in particolare attraverso l'introduzione della regola della disciplina concordata del contenuto della Carta dei servizi e degli standard minimi delle singole prestazioni.

Infatti, l'adozione della Carta di servizi in conformità alle intese intervenute con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate⁶² qualificava sul piano giuridico la partecipazione degli utenti, non diversamente da quella degli imprenditori.

Si trattava, infatti, di un impegno ulteriore assunto dai gestori del servizio,

⁶¹ Cfr. M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici ed interessi pubblici*, cit., p. 55.

⁶² Art. 3, lett. a).

anche nei confronti degli utenti⁶³, rispetto a quello già sottoscritto nei confronti dell'ente locale all'atto del contratto di servizio. Proprio in virtù di tale disciplina, gli utenti avrebbero potuto far valere in via giustiziale o giurisdizionale il mancato rispetto dei parametri di qualità, definiti nella carta dei servizi, alla stregua dei quali erogare le prestazioni⁶⁴, e la cui violazione avrebbe potuto esser considerata un vero e proprio inadempimento.

Tali profili di innovazione apparivano ancor più significativi se posti a raffronto con la disciplina della partecipazione degli utenti nei procedimenti di regolazione aventi ad oggetto i servizi nazionali di pubblica utilità⁶⁵, in cui pur essendovi una serie di indici di qualificazione giuridica degli interessi degli utenti, non v'è alcuna previsione che in modo chiaro ed esplicito istituisca un collegamento giuridicamente rilevante tra le facoltà partecipative dei fruitori del servizio, la definizione delle condizioni di erogazione del servizio stesso e le conseguenti possibilità di tutela.

Mancano, dunque, quelle forme di partecipazione al procedimento amministrativo giuridicamente rilevanti che, idonee a qualificare e differenziare situazioni d'interesse di natura sostanzialmente collettiva, ma riferibili a soggetti determinati o determinabili, costituiscono uno dei presupposti per il riconoscimento della legittimazione alla tutela in sede giustiziale e/o giurisdizionale⁶⁶.

A garanzia dell'effettiva incidenza del ruolo degli utenti nel d.d.l. "Lanzillotta"

⁶³ La riflessione di cui al testo appare in sintonia con l'idea espressa da M. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il trasporto pubblico locale – una prospettiva per l'Italia*, a cura di O. Bucci, Bologna, 2006, p. 130, con riguardo al ruolo degli utenti nella *governance* del settore dei trasporti pubblici locali. In particolare l'A. nell'individuare i possibili percorsi di innovazione relativi al settore dei trasporti pubblici locali, attribuisce particolare rilievo al coinvolgimento dei cittadini, fruitori del servizio, nel monitoraggio e nella verifica della conformità delle prestazioni agli standard imposti al gestore del servizio attraverso modalità definite direttamente dal contratto di servizio o rimesse alla individuazione della carta dei servizi. Anzi, con riferimento a quest'ultima, ne valorizza il ruolo di strumento di regolazione del rapporto gestorio.

⁶⁴ Art.3, lett. b).

⁶⁵ Sulle tematiche relative alla tutela degli utenti ed in particolare alla partecipazione degli stessi ai procedimenti di individuazione dei parametri qualitativi dei servizi di pubblica utilità, sia consentito il richiamo a G. IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004, p. 153 ss..

⁶⁶ Cfr. R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 184 ss.; A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1986; G. IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, cit.

Sul tema generale, cfr., altresì, P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996 e, recentemente, R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni meta- individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008, p. 111 ss..

v'era, poi, la subordinazione della permanenza dell'affidamento del servizio, o l'eventuale adozione di misure correttive, al grado di soddisfazione espresso dai destinatari del servizio, elemento oggetto di specifica valutazione da parte dell'Amministrazione, sia pure “unitamente ad altri fattori”.

Senonché tale obiettivo era affidato a strumenti giuridici forse non sempre adeguati: indagini e sondaggi di mercato, infatti, - ancorché effettuati secondo modalità indicate dalla stessa Amministrazione in modo da assicurarne l'obiettività - a differenza di reclami e di audizioni formali degli interessati, non sembrano realizzare appieno le finalità della partecipazione intesa quale contributo nell'ambito di un reale confronto, né supportare adeguatamente conseguenze sì gravi per la mancata erogazione del servizio in modo soddisfacente.

Il problema è stato, tuttavia, (per così dire, ma inopportunamente) risolto in radice dall'art. 23 *bis* del d. l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, che ha soppresso *sic et simpliciter* ogni previsione diretta di strumenti di garanzia ulteriore per gli utenti dei servizi pubblici locali, rinviando alla fonte regolamentare la disciplina della funzione regolatoria.

6. - Il punto di approdo della riforma: il “nuovo volto” della disciplina dei servizi di trasporto locale tra diritto interno e ordinamento comunitario. Profili problematici.

Sul d.d.l. appena illustrato si è innestata una pluralità di interpolazioni, e da ultimo, un'ulteriore iniziativa legislativa volta alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, contenuta nel maxi-emendamento di conversione del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria (C1386) ed approvato in via definitiva dalle Camere in data 6 agosto 2008, con l. n. 133.

Il nuovo testo di legge, dettato dall'art. 23 *bis* d.l. cit. e dalla legge di conversione, pur ponendosi nel solco tracciato dal c.d. disegno di legge Lanzillotta, se ne discosta sotto alcuni profili che qualificavano la precedente iniziativa legislativa nella direzione di una scelta di apertura al mercato “sapientemente calibrata con le esigenze di socialità e universalità”⁶⁷.

Nonostante la esplicitazione della scelta di fondo (ordinario ricorso alla gara pubblica) a favore del processo di liberalizzazione ed il dichiarato obiettivo “di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”, la nuova normativa di principio sui servizi pubblici locali espone la mancanza di un pregnante controllo pubblico - da svolgersi *ex ante* attraverso il potenziamento delle funzioni di regolazione - sulla gestione del servizio da parte degli organismi societari, diretti affidatari dello stesso⁶⁸.

Sotto il primo profilo, è vero che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e le Autorità per la regolazione del settore risultano investite direttamente della funzione di verifica della effettiva sussistenza dei presupposti per derogare alla regola della gara pubblica. Si tratta, tuttavia, dell'esercizio di una funzione meramente consultiva (la norma prevede, infatti, l'espressione di un parere “sui profili di competenza”), da attivare contestualmente alla scelta derogatoria effettuata dall'ente locale; ma non è chiaro cosa accada se il parere non venga reso e/o comunicato nel termine di sessanta giorni, ovvero nelle ipotesi in cui esso sia di segno negativo. Né si impone espressamente all'Amministrazione di attendere almeno il decorso del termine di legge per procedere all'affidamento, potendo semmai tale obbligo

⁶⁷ R. ARRIGONI, *Servizi pubblici locali: concorrenza, regolazione, mercati*, cit., p. 690.

⁶⁸ Nel senso che la “potestà di regolazione delle modalità di esercizio del trasporto pubblico locale limitatamente all'esigenza di approntare una più pregnante tutela di quegli interessi pubblici (quali, tra l'altro, il livello qualitativo della prestazione in relazione alla soddisfazione dell'utenza)” sia, invece, riconducibile nell'ambito delle potestà della Regione, atteso il collegamento tra finalità della regolazione ed obiettivi propri dei servizi pubblici locali enunciati nell'art. 112 del t.u.ee.ll., cfr. TAR Toscana, 6 febbraio 2008, n. 115, in www.giustizia-amministrativa.it.

desumersi dai principi generali che governano i rapporti tra funzione di amministrazione attiva e funzione consultiva.

Non può, pertanto, escludersi che l'interlocuzione obbligatoria con l'indicata Autorità indipendente si traduca in una mera comunicazione di scelte già effettuate ed attuate, suscettibile soltanto di dar luogo ad eventuali interventi sanzionatori.

Ciò senza considerare il necessario potenziamento sul piano organizzativo e finanziario postulato dal sistematico esercizio della funzione consultiva da parte dell'Autorità garante⁶⁹.

E' vero, altresì, che risulta anticipato il limite temporale massimo dell'utilizzabilità del sistema dell'*in house* ma *medio tempore* sarebbe stato, forse, più efficace prevedere - come nell'originario disegno "Lanzillotta" - la necessità della definizione, da parte dell'ente locale, di un programma volto al superamento, entro un periodo di tempo definito, della situazione ostativa al ricorso alla procedura competitiva e del controllo periodico sullo stato di attuazione di tale programma, anziché affidarsi all'incerto e mutevole strumento regolamentare per la determinazione dei meccanismi transitori volti a conseguire l'allineamento delle discipline differenti nella direzione delle gare pubbliche.

Ma la diversità più significativa tra il d.d.l. ed il testo normativo approvato riguarda l'assoluta mancanza di norme sulla valorizzazione del ruolo partecipativo degli utenti nei procedimenti di individuazione dei livelli minimi di prestazione, rinunciandosi in tal modo ad investire anche su scelte di trasparenza, elemento determinante di buona regolazione pubblica dell'economia⁷⁰, sia nei procedimenti volti all'adozione di provvedimenti generali, sia in quelli a contenuto particolare (riguardanti ad esempio l'emanazione di specifiche misure relative al rapporto con il singolo gestore).

Si tratta di una scelta rilevante, che condiziona la sussistenza delle stesse premesse per una relazione effettiva e qualificata tra Amministrazione, soggetti

⁶⁹ Cfr. i rilievi mossi dall'AGCM nella "Segnalazione sulla disciplina di servizi pubblici locali di rilevanza economica" in data 24 luglio 2008.

⁷⁰ M. D'ALBERTI, *Il Diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, cit., p. 55 e p. 59.

erogatori ed utenti, indice della volontà di abbandonare un modello di amministrazione direttamente dispensatrice di beni e servizi in favore dell'idea di uno Stato (nel senso di soggetto pubblico) consapevolmente regolatore.

Tuttavia l'aspetto che sembra destinato ad alimentare i profili d'incertezza più rilevanti sul piano applicativo concerne le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali diverse dalle procedure di evidenza pubblica.

Infatti, mentre nel testo dell'art. 23 *bis* previsto dal d.l. n. 112 del 1998 e dal d.d.l. di conversione i potenziali destinatari dell'attribuzione di servizi non preceduta da procedure competitive erano individuati attraverso il riferimento a delimitate categorie di soggetti, valendo il rinvio all'ordinamento comunitario soltanto ad identificare i requisiti prescritti per la gestione "*in house*"⁷¹, la legge approvata (art. 23 *bis*, comma 3°) ribadisce la natura derogatoria degli affidamenti senza gara pubblica, ma ne consente l'applicazione in fattispecie atipiche, caratterizzate dalla peculiarità delle situazioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche sottostanti, rimesse, quanto alla loro identificazione, all'Amministrazione con provvedimento (da ritenersi) motivato, previa pubblicità idonea ed analisi di mercato e con il solo vincolo espresso derivante dal "rispetto dei principi della disciplina comunitaria"⁷².

Or, se appare per un verso comprensibile la rinuncia preventiva del legislatore nazionale ad assumere posizioni nette in ordine agli eventuali beneficiari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali in un contesto caratterizzato dalla estrema

⁷¹ Il testo originario dell'art. 23 *bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e del d.d.l. di conversione così disponeva, al co. 3° :

"In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di:

a) società a capitale interamente pubblico, partecipate dall'ente locale, che abbiano i requisiti prescritti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house*;

b) società a partecipazione mista pubblica e privata, anche quotate in mercati regolamentati, partecipate dall'ente locale, a condizione che il socio privato sia scelto mediante procedure ad evidenza pubblica, nelle quali siano già stabilite le condizioni, le modalità e la durata della gestione del servizio e le modalità di liquidazione del socio al momento della scadenza dell'affidamento del servizio".

⁷² Il testo dell'art. 23 *bis*, co. 3°, approvato con la legge conversione 6 agosto n. 133, è il seguente: "In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni 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 nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria".

variabilità delle soluzioni volta a volta indicate dalla giurisprudenza comunitaria; dall'altro il mero rinvio al "rispetto dei principi della disciplina comunitaria" apre la stura a problemi interpretativi di non agevole soluzione nelle fattispecie in cui il servizio da affidare sia di trasporto pubblico locale.

Vien dato di chiedersi, infatti, se i principi ai quali prestare necessariamente ossequio siano soltanto quelli sottesi alla normativa comunitaria e consacrati essenzialmente nel Trattato, o quelli concernenti l'ordinamento comunitario nel suo complesso, ricomprensivi dei risultati dell'elaborazione giurisprudenziale. Ed inoltre, se si debba far riferimento ai principi comunitari in materia di servizi pubblici d'interesse economico generale, imperniati sulla centralità della procedura competitiva e sul ricorso all' "*in house*" limitato alle società a capitale totalmente pubblico che presentino i requisiti atti ad integrare - *recte*: a mimare - un rapporto di c.d. delegazione interorganica tra l'ente affidante ed il beneficiario, o a quelli specifici desumibili dalla disciplina comunitaria in materia di servizi di trasporto pubblico.

Invero il problema potrebbe apparire a tutta prima enfatizzato: la giurisprudenza comunitaria ha equiparato, infatti, appalti e concessioni di servizi quanto all'obbligo dell'osservanza dei principi comunitari che privilegiano concorrenza, pubblicità, trasparenza, *par condicio*, ecc..

E la giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, proprio nel settore del servizio di trasporto pubblico, ha affermato che "l'attuazione dei principi comunitari impone (...) che la soluzione della sottrazione al mercato di un affidamento pubblico si atteggi a soluzione residuale alla quale ricorrere solo in caso di impossibilità di trovare soluzione alternativa efficiente"⁷³.

Inoltre, persino nell'ipotesi in cui si ritenga di poter ricondurre gli affidamenti in concessione di servizi pubblici di trasporto nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, poiché il meccanismo delle compensazioni pubbliche eliderebbe il rischio

⁷³ Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2007, n. 2994, in www.giustizia-amministrativa.it.

d'impresa, assoggettando il corrispettivo dell'imprenditore a parametri non aleatori⁷⁴, dovrebbe pur sempre trattarsi di un settore sottratto nella sua regolamentazione dall'applicazione del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163 e s.m.i.: art.23), ma comunque sottoposto all'osservanza dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità (art. 27, d.lgs. ult. cit.).

Non può, tuttavia, trascurarsi che non vige, ma è prevista sin d'ora, una normativa speciale, di rango comunitario, contenuta nel regolamento C.E. n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007⁷⁵ relativa ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia, che - secondo talune interpretazioni⁷⁶ - non sposerebbe l'impostazione

⁷⁴ Così. circolare ANAV n. 4/2008 interpretativa del Regolamento C.E. n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia che abroga i regolamenti del Consiglio (C.E.E.) n. 1191/69 e (C.E.E.) n. 1107/70.

⁷⁵ In *G.U.U.E.* del 3 dicembre 2007 (L/315).

⁷⁶ C. TESSAROLO, *La disciplina comunitaria del trasporto pubblico di passeggeri*, in *Diritto dei servizi pubblici*, giugno 2008.

In effetti il punto 9 delle premesse al Regolamento C.E. n. 1370/2007 dispone che "per poter organizzare i propri servizi di trasporto pubblico di passeggeri nel modo più rispondente alle esigenze del pubblico, tutte le autorità competenti devono avere la facoltà di scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico, tenendo conto degli interessi delle piccole e medie imprese, secondo le modalità prescritte nel presente regolamento".

E al punto 18 dello stesso "considerando" si precisa che "Fatte salve le pertinenti disposizioni della legislazione nazionale, ogni autorità locale o, in assenza di questa, ogni autorità nazionale" possa "decidere se fornire essa stessa i servizi pubblici di trasporto di passeggeri nel suo territorio o se affidarli a un operatore interno senza ricorrere a procedure di gara".

Il punto 20 prosegue nel sottolineare il profilo della scelta discrezionale dell'Amministrazione in ordine ai sistemi di individuazione del gestore, disponendo che "*quando l'Autorità pubblica decide di affidare a un terzo un servizio di interesse generale*, la scelta dell'operatore di servizio pubblico deve avvenire nell'osservanza della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e concessioni, quale risulta dagli artt. 43 e 49 del Trattato, nonché nell'osservanza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento". Così lasciando intendere che l'opzione della p.A. potrebbe anche indirizzarsi verso la gestione in economia o quella tramite "operatore interno".

In modo ancor più esplicito il punto 26 del "considerando", secondo cui "in materia di servizi pubblici, il presente regolamento dà facoltà a ciascuna autorità competente di scegliere il proprio operatore per la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri nell'ambito di un contratto di servizio pubblico. Tenuto conto della diversa organizzazione territoriale degli Stati membri in questa materia, si ritiene giustificato consentire alle autorità competenti di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia".

Analoghe conclusioni potrebbero esser tratte dalle conseguenti previsioni dell'art. 5, par. 2 del medesimo regolamento C.E., secondo le quali "A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Se un'autorità competente a livello locale assume tale decisione, si applicano le seguenti disposizioni".

E dal successivo par. 3 della stessa norma, che sembra riservare la disciplina della procedura di gara "equa, aperta a tutti" e rispettosa dei "principi di trasparenza e di non discriminazione" alle ipotesi in cui "l'Autorità competente" "si rivolge(a) ad un terzo diverso da un operatore interno".

Senonché, non mancano, nell'indicato regolamento C.E., elementi testuali e sistematici che inducano a ritenere l'affidamento ad un "operatore interno", o comunque in modo diretto senza procedura competitiva, espressione di

della “centralità” della gara pubblica per l’affidamento di tali servizi, estendendo comunque la possibilità dell’affidamento diretto alle società miste ed escludendo la necessità indefettibile della riserva integrale al soggetto pubblico del capitale societario quale presupposto del “controllo analogo” (art. 5, par. 2, lett. a), reg. cit.)⁷⁷.

Sicché proprio l’applicazione di principi desumibili dalla normativa speciale - che, ispirata dall’obiettivo della realizzazione di una “concorrenza regolamentata” tra gli operatori del settore volta a “garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l’altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di

deroga, circoscritta a fattispecie determinate.

Infatti:

a) il punto 18 del “considerando” prosegue precisando che “tuttavia, per garantire eque condizioni di concorrenza, questa facoltà di autoprestazione deve essere soggetta a controlli rigorosi” (...);

b) il punto 23 del “considerando” esclude l’*obbligatorietà* della gara d’appalto “per l’aggiudicazione di contratti di servizio pubblico” “quando il contratto abbia per oggetto somme o distanze di modesta entità”, o “per somme o distanze di maggiore entità” allorché si debba “tener conto degli interessi specifici delle piccole e medie imprese”;

c) il punto 24 del “considerando” consente l’affidamento diretto allorché si debbano fronteggiare situazioni di emergenza a breve tempo, allo scopo di scongiurare il rischio dell’interruzione del servizio ed in attesa dell’aggiudicazione di un nuovo contratto di servizio in conformità alle previsioni del regolamento;

d) il punto 30 del “considerando” prescrive, comunque, una “maggiore trasparenza” per i contratti di servizio pubblico “aggiudicati direttamente”.

e) Coerentemente con le richiamate premesse, l’art. 5, par. 2 reg. C.E. cit. subordina al “controllo analogo”, esercitato dall’Autorità locale (o da almeno una di tali Autorità, nel caso di fornitura del servizio da parte di un gruppo di Autorità) sull’operatore interno la possibilità di effettuare “aggiudicazioni” dirette del servizio di trasporto, individuando puntualmente i parametri alla stregua dei quali verificare la sussistenza di tale presupposto (lett. a), vietando all’affidatario l’esercizio di attività extraterritoriale (salve le eccezioni specificate alle lett. b e c);

f) l’art. 5, par. 4 contempla la facoltà degli Stati membri “di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato” sia “inferiore a 1.000.000 di euro” oppure “che riguardino la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300.000 chilometri l’anno”. Tali parametri sono raddoppiati qualora l’affidatario diretto sia una piccola o media impresa che operi con non più di 23 veicoli;

g) l’art. 5, par. 5 consente altresì che si proceda ad affidamento diretto in casi di emergenza, per evitare interruzioni nella fornitura del servizio, ma per non più di due anni;

h) l’art. 5, par. 6 annovera i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia (ad eccezione di altri su rotaia, come metropolitane e tram) nell’ambito delle circoscritte fattispecie nelle quali gli Stati membri possano ricorrere legittimamente all’affidamento diretto.

⁷⁷ La norma così recita : “al fine di determinare se l’autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di Amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l’assetto proprietario, l’influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell’Autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un’influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”.

E’, dunque, il parametro dell’ “influenza pubblica dominante” che assume, nel settore dell’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale ad “operatore interno”, il ruolo di elemento di chiusura, atto a verificare la sussistenza del presupposto del controllo analogo, risultando gli altri criteri (il livello della rappresentanza dell’Amministrazione controllante in seno agli organi di Amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni statutarie, “l’assetto proprietario, l’influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione”) indici rivelatori, ma singolarmente non risolutivi, del richiamato nesso organizzativo.

fornire”, ammette, tra l’altro, misure economiche di compensazione pubblica a fronte di costi sopportati dagli imprenditori per l’adempimento degli obblighi di servizio pubblico e prevede altresì un lunghissimo regime transitorio destinato a cessare soltanto nel 2019 - implicherebbe la possibilità di un’utilizzazione più estesa delle metodologie non competitive nella scelta del gestore pubblico di trasporto locale.

In realtà il più ampio ricorso all’affidamento diretto - ove mai consentito dalle richiamate previsioni normative di rango comunitario a far tempo dalla data di entrata in vigore delle stesse (3 dicembre 2009) - sarebbe destinato a trovare applicazione negli ordinamenti interni degli Stati membri “a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale” (art. 5, par. 2 reg. C.E. n. 1370/2007).

Né può trascurarsi che il divieto di affidamento diretto, previsto in modo netto per il servizio di trasporto pubblico locale dal d.lgs. n. 422/1997 nel testo novellato dalla l. 2004, n. 308, è stato parzialmente rimosso dall’art. 23 *bis* l. n. 133/2008 sui servizi pubblici locali, attraverso disposizioni cogenti e prevalenti sulle normative di settore incompatibili, che ammettono affidamenti derogatori senza previa procedura di gara, ma soltanto in circostanze eccezionali e, a quanto sembra, non oltre il 31 dicembre 2010.

E’, dunque, limitatamente agli affidamenti diretti ammessi dall’ordinamento interno fino a tale data che potrebbero trovare applicazione i principi comunitari della disciplina di settore desumibili dall’indicato regolamento C.E., come richiamati dall’art. 23 *bis* l. 2008, n. 133.

Ma, poiché non appare configurabile un’applicazione del regolamento comunitario anticipata rispetto al *dies* della sua entrata in vigore, neppure al limitato fine di estrarre in via interpretativa dalle norme in esso contenute principi volti a delimitare ipotesi di affidamento di servizi pubblici locali prescindendo da procedure di evidenza pubblica, sembra profilarsi - in un arco temporale pur circoscritto - l’eventualità che nuovi affidamenti diretti di servizi pubblici di trasporto locale siano assoggettati ai principi generali dell’*in house* (implicanti, tra l’altro, la riserva integrale del capitale sociale al soggetto o ai soggetti pubblici) fino al 3 dicembre

2009, data di entrata in vigore del regolamento C.E. n. 1370/2007; e, per il periodo successivo, a quelli desumibili dall'art. 5, par. 2, lett. a) della fonte speciale comunitaria sui servizi di trasporto pubblico.

7. - Osservazioni conclusive.

Dalla ricostruzione condotta può rilevarsi che, nelle prospettive della normativa di principio introdotta con l'art. 23 *bis* d.l. 2008 n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, pur nell'ambito della previsione di meccanismi concorrenziali diversificati e articolati, si afferma, ma in modo tuttora incompiuto, il modello della concorrenza "per" il mercato, attraverso la previsione obbligatoria delle procedure di evidenza pubblica, da svolgersi secondo le norme dettate in materia di contratti pubblici, per l'affidamento del servizio pubblico comunque assunto dall'Amministrazione.

Sostanzialmente irrisolto in una prospettiva di concorrenza piena rimane, tuttavia, il problema delle gare c.d. "*multiutilities*": il criterio della convenienza per l'Amministrazione vale, infatti, a giustificare la perdurante limitazione nell'accesso al mercato da parte di imprese che non abbiano la molteplice e contestuale qualificazione tecnica richiesta dai bandi di gara per l'affidamento contemporaneo di una pluralità di servizi di interesse locale.

Inoltre, lo strumento giuridico del c.d. *in house*, pur se considerato eccezionale e temporaneo, continua ad essere previsto entro i limiti mutevoli in cui esso sia ammesso dall'ordinamento comunitario e/o dei margini, meno ristretti, che sarebbero tracciati dalla normativa comunitaria del settore.

La responsabilità della sua utilizzazione nelle singole fattispecie sembra essere sottratta alle scelte esclusive dell'ente locale ed in certa misura condivisa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e da quella di regolazione. Ma alla scadenza predeterminata (31 dicembre 2010), alla prima procedura concorsuale bandita per l'affidamento del servizio potranno partecipare i soggetti già affidatari diretti di quel servizio pubblico locale.

La caduta del divieto previsto dalla normativa precedente offre da un canto una ulteriore *chance* di permanenza nel medesimo servizio a gestori pluriennali dello stesso; dall'altro concorre a rendere proficuo l'esperienza di gara, evitando altresì, valorizzando l'esperienza acquisita, una misura discriminatoria che avrebbe assunto il carattere oggettivo di una inammissibile sanzione generalizzata nei confronti di particolari categorie di imprese (quelle già affidatarie dirette di servizi locali) per il sol fatto che ad alcune di esse erano stati contestati episodi di intese restrittive della concorrenza⁷⁸.

Nella direzione di una maggiore apertura al mercato (nel senso del *favor* per una più estesa partecipazione delle imprese alle gare da bandire in materia) appare orientata la soppressione della norma che annoverava, quali contenuti obbligatori dei bandi di gara e tra i criteri preferenziali per la valutazione delle offerte, la disponibilità dell'impresa partecipante alla selezione a farsi carico dell'assunzione integrale del personale già in organico al precedente affidatario. Sembra, dunque, che la nuova normativa abbia pienamente recepito i rilievi formulati sul punto dall'AGCM⁷⁹, che ricollegava alle c.d. clausole sociali, da inserire obbligatoriamente nei bandi di gara, effetti restrittivi del mercato di settore.

Deve, piuttosto, rilevarsi che non risulta raccolto dal legislatore della riforma l'invito all' "utilizzo dei lavoratori in eccesso, per ampliare o migliorare la qualità del servizio"⁸⁰. E', tuttavia, da ritenersi che rientri nella facoltà dell'Amministrazione inserire nei bandi clausole di questo genere.

Quanto alla concorrenza "nel" mercato, non scevra, comunque, da poteri di regolazione, essa appare enunciata nella nuova norma (art. 23 *bis*) ma delegata, nella sua attuazione, al potere regolamentare del Governo.

La sensazione che si trae, dalla sistemazione della materia tutt'altro che

⁷⁸ Cfr. procedimento AGCM n. 78 dell'8 novembre 2007, ad oggetto "Servizi aggiuntivi del trasporto pubblico nel Comune di Roma".

⁷⁹ Cfr. "Considerazioni e proposte per una regolazione pro-concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica", *cit.*.

⁸⁰ Cfr. "Considerazioni e proposte per una regolazione pro-concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica", *cit.*.

compiuta, è che l'idea di base del processo riformatore, vale a dire l'affermazione di un mercato in ambito locale che, attraverso la regolazione, si apra infine alla dinamica concorrenziale, appaia attenuata in favore di misure verosimilmente preordinate a creare le condizioni effettive per “rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti”⁸¹, ma che riecheggiano ancora in qualche modo tendenze protezionistiche⁸².

⁸¹ Cfr. punto 7 dei “considerando” del regolamento C.E. n. 1370/2007, cit.

⁸² Cfr. C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., p. 369, il quale evidenzia come proprio nel settore dei trasporti terrestri, dopo una prima fase in cui sono state adottate soluzioni avanzate, sia prevalso l'interesse alla protezione degli operatori esistenti.

Che l'*in house* sia “la negazione della concorrenza e quindi” “da ritenere non ottimale anche se, come è noto, il diritto comunitario rispetta l'ambito del potere di auto-organizzazione delle pubbliche Amministrazioni e con l'*in house* si resta all'interno del perimetro della pubblica Amministrazione” è sottolineato da M. CLARICH, *Comunicazione* al Convegno di studi svoltosi a Padova l'8 giugno 2007, in *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, cit., p. 163 ss. (spec. p. 166). L'A. ribadisce che “in realtà la funzione irrinunciabile nel settore dei servizi locali è la funzione di regolazione, cioè la funzione di assicurare all'universalità del servizio le tariffe in modo più basso possibile, la qualità dei servizi, gli investimenti”, non rientrando la gestione necessariamente “nel nucleo tipico dell'attività delle pubbliche Amministrazioni”; sicché la “priorità del mercato rispetto allo Stato in relazione ai compiti che sono puramente gestionali” conduce a considerare con disfavore la società *in house* (*ivi*, p. 167).

Abstract

La riflessione sui trasporti pubblici locali si colloca nell'ambito di una ricerca interdisciplinare sui servizi pubblici locali.

Lo studio ricostruisce la relazione esistente tra monopolio, liberalizzazione e regolazione nel settore in considerazione, che si delinea emblematicamente con riferimento ai cambiamenti involgenti, nel recente periodo, i servizi pubblici locali, orientati verso modelli organizzativi più affini alle regole della concorrenza ed ai principi comunitari di apertura al mercato.

In particolare lo studio, dopo aver ricostruito il quadro normativo nei suoi aspetti evolutivi, si sofferma sulla soluzione adottata dal d.lgs. n. 422 del 1997 e dalla successiva riforma operata con il d.lgs. n.400/99 che, pur non giungendo a liberalizzare il comparto, hanno imposto la privatizzazione degli operatori e avviato meccanismi competitivi qualificati di concorrenza “per il mercato”, tra i quali la regola volta a consentire l'affidamento dei servizi di trasporto solo a seguito di procedure di evidenza pubblica.

Il percorso delineato ha tuttavia subito una battuta d'arresto con l'entrata in vigore dell'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n.448 e dall'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n.269, che hanno nuovamente dischiuso spazi di affidamento diretto a vantaggio di organismi societari denominati *in house*, attivi nella gestione di servizi locali a rilevanza economica.

In tale contesto ricostruttivo si inserisce l'esame delle proposte di riforma che si sono succedute nell'ultimo biennio, con l'intento di riordinare i servizi pubblici locali.

Nei vari disegni di legge emerge la consapevolezza della necessità di distinguere l'attività di erogazione dalla regolazione, al fine di evitare quella commistione di ruoli identificata quale elemento caratterizzante e causale della staticità del mercato dei servizi pubblici locali, cui non è riuscito a sottrarsi sino in fondo il settore dei trasporti. In realtà gli istituti giuridici individuati ed i modelli organizzativi considerati e, in concreto utilizzati prioritariamente, suscitano perplessità in ordine all'effettivo perseguimento dell'obiettivo dichiarato.

Lo studio prosegue con una comparazione tra i diversi disegni di legge con riferimento alla rilevanza attribuita alla partecipazione dei privati ai procedimenti di definizione e verifica degli standard imposti al gestore attraverso l'inserimento nel contratto di servizio o rimessi alla individuazione della carta dei servizi. Sotto tale profilo si sottolinea l'innovatività della proposta che riconosce agli utenti il diritto di far valere in via giustiziale o giurisdizionale il mancato rispetto dei parametri di qualità, definiti nelle carte dei servizi, alla stregua dei quali erogare le prestazioni.

A conclusione l'analisi si sposta sulla ricostruzione di taluni degli aspetti qualificanti della nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, dettata dall'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, verificandone il grado di attuazione dei principi in materia di concorrenza anche

nel raffronto con la normativa comunitaria inerente al settore del servizio di trasporto pubblico.