

5 AGOSTO 2020

L'affidamento in house del servizio di
tpl di passeggeri su strada e per
ferrovia: “eccezione che conferma la
regola”? Alcune riflessioni circa
l’interpretazione e l’applicazione
europea e nazionale della relativa
disciplina

di Giulia Mattioli

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Ferrara

L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia: “eccezione che conferma la regola”? Alcune riflessioni circa l’interpretazione e l’applicazione europea e nazionale della relativa disciplina*

di Giulia Mattioli

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Ferrara

Abstract [It]: Il contributo, dopo aver esaminato l’evoluzione e l’assetto dell’attuale disciplina normativa in materia di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia, cercando di fornire anche un’analisi del contesto nazionale di applicazione, affronta il problema del coordinamento tra la disciplina nazionale, in particolare dell’art. 18 del d.lgs. n. 422/1997 (c.d. decreto Burlando) con la disciplina comunitaria, che, all’art. 5 del Reg. CE n. 1370/2007, consente l’affidamento in house del servizio.

Abstract [En]: This paper is firstly aimed to analyze which is the proper connection between national rules covering public procurement procedures of public passenger transport services by rail and road (ex article 18 Legislative Decree n. 422/1997) with the European regulation, which allows in-house assignments of the service (ex article no. 5 EC Reg. n. 1370/2007). This survey cannot disregard the exam on the evolution and the structure of the current regulatory framework regarding the awarding of the public transport services by rail and road, trying to provide an analysis of the national implementation process.

Sommario: **1.** Il trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia: evoluzione normativa italiana ed europea; **2.** L’attuale assetto normativo in materia di trasporto pubblico locale ed alcune questioni interpretative; **3.** La difficile apertura alla concorrenza: il contesto di riferimento della disciplina normativa. Una possibile chiave di lettura; **4.** L’affidamento *in house* ed il disposto normativo di cui all’art. 5, paragrafo 2 del Regolamento (CE) n. 1370/2007: alcune questioni interpretative a livello europeo e nazionale; **5.** *Segue.* L’affidamento diretto nelle ipotesi marginali c.d. *de minimis* di cui all’art. 5, paragrafo 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007: la nozione di “divieto posto dalla legislazione nazionale” e l’art. 18, co. 2 del c.d. decreto Burlando; **6.** L’orientamento del giudice nazionale ed il ruolo del regolatore. Il caso ATAC s.p.a. quale spunto di riflessione: “eccezione che conferma la regola?”

1. Il trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia: evoluzione normativa italiana ed europea

Il settore del trasporto pubblico locale (di seguito TPL), quale comparto essenziale per la crescita e lo sviluppo di qualsiasi sistema economico, rientra nella più ampia categoria dei servizi pubblici essendo

* Articolo sottoposto a referaggio.

rivolto a garantire alla collettività, globalmente considerata, beni e servizi essenziali per ciascuno dei suoi membri¹.

I servizi di trasporto pubblico locale appartengono infatti alla categoria dei servizi di interesse economico generale (SIEG) «erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato»², definiti come «le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale»³.

L'inclusione dei servizi di trasporto pubblico locale nella categoria dei SIEG deriva da un percorso «sofferto», da ricondurre principalmente alle peculiari caratteristiche del comparto del TPL rispetto agli altri servizi di interesse economico generale a rete.

Innanzitutto, il TPL, a differenza degli altri SIEG a rete, è l'unico che dispone di più beni «sostituti», rappresentati da altri servizi di mobilità pubblica collettiva (taxi, NCC, modalità innovative basate sull'utilizzo delle piattaforme digitali) e dal mezzo privato, che possono soddisfare, attraverso relazioni di sostituibilità intermodali, il medesimo fabbisogno⁴.

¹ Cfr. *Secondo Rapporto Annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti*, Senato della Repubblica 15 luglio 2015, in www.autorita-trasporti.it, 72 e ss. nell'ambito del quale al trasporto pubblico locale e regionale viene riconosciuta una «fondamentale importanza per la vita economica, sociale e produttiva del Paese. La riduzione della congestione urbana provocata dal traffico automobilistico, la garanzia del diritto alla mobilità dei cittadini, la riduzione dei sinistri automobilistici e i conseguenti effetti positivi per l'economia, l'ambiente e, più in generale, lo sviluppo del Paese non possono prescindere da un buon livello di mobilità in ambito locale che può essere garantito potenziando e rendendo efficiente ed efficace il servizio di trasporto pubblico». Sul tema della nozione di servizio pubblico si v. per un quadro complessivo, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2003, 2588 ss.; G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento della disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, (a cura di) E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 515 ss. Si v. anche A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 391, il quale delinea il trasporto pubblico locale come un servizio in cui l'ente locale richiede all'impresa di trasporti di fissare uniformemente il prezzo dei biglietti, indipendentemente dalle zone servite, e ad un livello molto inferiore a quello che eguaglia il costo marginale (totale), con ciò consentendo alla collettività tutta di usufruire del servizio di trasporto collettivo. L'eventuale conseguente disavanzo dell'impresa che gestisce il servizio è finanziato dall'ente locale medesimo con risorse che gli provengono dai contribuenti.

² Cfr. art. 2, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 175/2016. Con riferimento alla definizione di SIEG quali attività che la pubblica autorità ritiene necessarie per soddisfare specifiche contingenze, che possono mutare nel tempo e che costituiscono un asse portante del modello sociale europeo, si v. Y. GAUDEMET, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, cit., 50 ss., che ricorda come il perimetro di definizione dei servizi pubblici e delle attività di interesse generale sia fondamentalmente soggettivo, derivante da un giudizio di valore e sostenuto da un punto di vista politico e sempre mutevole.

³ Cfr. art. 2, co. 1, lett. h), d.lgs. n. 175/2016.

⁴ Così AGCM, IC47 *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 70 ss.

In secondo luogo, una peculiarità del TPL risiede nel fatto che, mentre per gli altri SIEG il tipo di prestazione richiesto è più o meno omogeneo, nel caso del trasporto è possibile modulare l'offerta in modo estremamente variegato (*i.e.*: è necessario programmare un treno con vagoni solo di prima classe ogni 10 minuti, ben collegato ai principali nodi della rete? O è sufficiente un autobus con trenta anni di anzianità di servizio, che peraltro può costare di più di un mezzo nuovo, in termini di manutenzione e carburante, ogni sessanta minuti, a prescindere dai picchi di domanda, con fermate lontane dai nodi della rete? ecc.)⁵.

Non da ultimo, poi, rileva l'aspetto economico, riguardante le motivazioni poste a giustificazione dell'intervento pubblico nel settore del TPL.

Il trasporto pubblico locale, infatti, risulta caratterizzato da un forte squilibrio economico strutturale dovuto essenzialmente al mancato allineamento delle condizioni di fornitura (accessibilità e tariffazione) all'andamento commerciale dell'attività. Si tratta di un servizio prioritariamente orientato a soddisfare le esigenze di mobilità dei cittadini e gli obiettivi di coesione territoriale, anche a scapito di significative diseconomie a carico dell'impresa di trasporto⁶.

Contrariamente dunque a quanto accade per gli altri servizi a rete, nel settore del TPL le ragioni dell'intervento pubblico mentre in alcuni casi sono legate a fallimenti del mercato "tipici", in altri casi risultano connesse ad esigenze di contenimento della spesa pubblica e di garanzia del diritto di mobilità agli utenti⁷.

Per tali principali ragioni il settore del TPL ha conosciuto per anni una dialettica di inclusione-esclusione nell'ambito della disciplina generale dei servizi pubblici economici⁸, determinando così l'impostazione di

⁵ Così AGCM, IC47 *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 71 ss. La stessa Autorità evidenzia inoltre che, dato che la programmazione del TPL nella sua componente di servizio universale è demandata alle Regioni, esso si caratterizza per una forte disomogeneità nel tipo di prestazione richiesta rispetto agli altri SIEG a rete (*i.e.* poste, energia, telecomunicazioni), che, in ragione della loro progressiva liberalizzazione, conoscono generalmente una perimetrazione del servizio universale ad opera di autorità di regolazione centrali.

⁶ Si v. G. CORSO, *La gestione dei servizi locali, fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 37; C. INGRATOCI, *Il trasporto pubblico locale*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, cit., 282 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 19, 53.

⁷ Con riguardo alla "fallacia" del *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni di ampliare al massimo il perimetro di servizio universale, inserendo nei contratti di servizio tutti i servizi possibili nel perseguimento delle finalità di contenimento della spesa pubblica e di garantire le esigenze di mobilità, si v. AGCM, IC47 *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 71 ss., in cui si evidenzia come siffatto approccio abbia determinato rilevanti sperequazioni sia su base regionale che tra ceti sociali, dato che soprattutto nelle grandi città chi vive in periferia, non solo ha come unica alternativa il mezzo privato, ma si trova a sussidiare, partecipando alla fiscalità generale, i ceti più abbienti, che si muovono in centro dove sono più elevate la qualità e la densità delle reti di trasporto.

⁸ M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it.

una «struttura a compartimenti stagni»⁹, in parte distinta ed autonoma rispetto a quella generale relativa agli altri servizi pubblici locali¹⁰.

Attualmente, a seguito dell'abrogazione della disciplina dei servizi pubblici locali prevista dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011¹¹, venuto meno il tentativo di definire una disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica all'interno della quale regolare anche il TPL, questo può continuare a considerarsi come un "comparto a sé", caratterizzato da una specifica regolamentazione rinvenibile essenzialmente nel combinato disposto del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 (c.d. decreto Burlando)¹² e del Regolamento CE n. 1370/2007¹³.

⁹ M. CAMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, Bologna, 2006, 81 ss.

¹⁰ Il settore del trasporto pubblico locale, per espressa previsione dell'art. 113, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 267/2000, inserito dall'art. 1, co. 48, lett. a), l. n. 308/2004, rimaneva sottratto dalla dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Successivamente all'introduzione del co. 1 *bis* nell'ambito dell'art. 113 d.lgs. n. 267/2000, si ricorda anche il d.d.l. n. 772/2006 (c.d. Lanzillotta), che, delegando al Governo il riordino dei servizi pubblici locali, prevedeva tra i principi ed i criteri direttivi a cui il legislatore delegato avrebbe dovuto fare riferimento, quello dell'armonizzazione della nuova disciplina con quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, tra i quali i trasporti. Per un approfondimento sul d.d.l. n. 772/2006, si v. S. BUZZOLI, *Note sul DDL "Lanzillotta" sui servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it; C. IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, 141 ss. Nella dialettica tra inclusione-esclusione del trasporto pubblico locale nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici, non può farsi poi a meno di richiamare anche l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008. L'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, introdotto con la l. di conversione n. 133 del 6 agosto 2008 ha abrogato parzialmente l'art. 113 del T.U.E.L., disciplinando l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in via ordinaria, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (comma 2) ed in deroga, nel rispetto della disciplina comunitaria, attraverso l'affidamento *in house* o a società mista. L'art. 23 *bis* disciplinava in modo onnicomprensivo i servizi pubblici locali di rilevanza economica e, prevalendo sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, si applicava anche al trasporto pubblico locale, con l'esclusione dei servizi di trasporto ferroviario regionale. Siffatto regime è stato oggetto di modifica con l'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che ha esplicitato le fattispecie dell'affidamento *in house* e della società mista. Successivamente, nel 2011 il d.P.R. n. 113/2011, conseguente al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno, ha posto nel nulla la disciplina contenuta nell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 (ed il regolamento di attuazione d.P.R. n. 168/2010).

¹¹ L'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, si preoccupava di adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al suddetto referendum popolare del 12 e 13 giugno. Nei confronti del citato art. 4 è poi intervenuta la Corte Costituzionale, con sent. n. 199/2012, che ne ha dichiarato, come noto, l'incostituzionalità. Per approfondimenti, si v. J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 2, 155.

¹² Sul d.lgs. n. 422/1997, si v. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, 2265 ss. Prima del c.d. decreto Burlando i principali riferimenti per il settore del TPL traevano origine da leggi precedenti l'entrata in vigore della Costituzione, fra cui, il t.u. n. 1447 del 1912 ed il r.d. n. 2578 del 1925. Il primo passo per la riforma del settore si ebbe con il d.P.R. 5/1972, che trasferì alle Regioni le funzioni amministrative in materia di tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale, in precedenza rientranti nella normativa statale.

¹³ Regolamento comunitario CE n. 1370/2007 che trova integrale applicazione in Italia per effetto del recepimento realizzato con l'art. 61 della l. n. 99/2009, con cui si dispone che: «al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafi 2,4,5, e 6, e all'art. 8, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007». Il regolamento ha ad oggetto i servizi nazionali ed internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su strada e su rotaia, ad eccezione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico (art. 1).

Con riferimento alla disciplina interna, a seguito del primo intervento riformatore del settore, risalente alla legge quadro n. 151 del 1981¹⁴ – il cui obiettivo principale di razionalizzazione della spesa pubblica attraverso la promozione della responsabilizzazione economica e gestionale delle aziende esercenti servizi di trasporto pubblico locale non è mai stato conseguito¹⁵ –, si è avuto un secondo intervento di riforma organica dell'organizzazione e gestione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale di linea con l'approvazione del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 (c.d. decreto Burlando)¹⁶, che ha rappresentato il primo tentativo di individuare una disciplina organica del settore. Con detta riforma sono stati previsti nuovi criteri per l'organizzazione dei servizi di TPL, con l'intento di introdurre logiche imprenditoriali e di efficienza nella gestione dei servizi, tra cui va segnalato in particolare il principio di separazione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione dei servizi.

¹⁴ Sul regime anteriore al 1981, si precisa che il settore del TPL, come in generale quello dei servizi pubblici è stato disciplinato per oltre sessanta anni dal R.D. n. 2578/1925 *Testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province*, superato solo nel 1990 con l'entrata in vigore della l. n. 142/1990. Sul regime riguardante la l. 28 settembre 1939, n. 1822 *Disciplina degli autoservizi di linea (autolinee) per viaggiatori, bagagli e pacchi agricoli in regime di concessione all'industria privata*, si rinvia a F. CIULLO, *Origini, sviluppo e trasformazione della concessione nel pubblico trasporto*, in *Trasporti*, 1978, 3, 22.

¹⁵ La norma prevedeva che le Regioni definissero un costo standardizzato del servizio con riferimento a criteri e parametri di rigorosa ed efficiente gestione, distinto per categorie e modi di trasporto e tenuto conto, attraverso analisi comparate, della qualità del servizio offerto e delle condizioni ambientali in cui esso viene svolto. La devoluzione al livello regionale della responsabilità di programmazione e finanziamento di tutti i servizi di trasporto pubblico locale si prefiggeva l'obiettivo di risolvere ed evitare il perpetuarsi della situazione di dissesto finanziario che caratterizzava larga parte delle imprese, pubbliche e private, esercenti servizi di trasporto pubblico locale. L'attuazione della legge non consentì di pervenire all'obiettivo prefissato, principalmente per due ordini di ragioni: da un lato, in fase di elaborazione delle leggi regionali di attuazione della normativa nazionale, il concetto di "costo standard" non fu correttamente recepito (dato che vennero considerati perlopiù i costi preesistenti, rilevati da dati di contabilità e bilancio, piuttosto che i costi derivanti da una gestione rigorosa ed efficiente); dall'altro la quota maggioritaria dei servizi continuò ad essere svolta da aziende controllate dagli enti pubblici oppure affidata a privati in assenza di meccanismi concorrenziali, risultando così del tutto assenti meccanismi incentivanti l'efficienza e la qualità, si v. in merito A. BOITANI, F. RAMELLA, con la collaborazione di G. DI FOGGIA, *Competizione e aggregazioni nel TPL*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2017, in *www.anav.it*. Con riferimento poi all'approfondimento dei meccanismi di finanziamento previsti dalla l. n. 151/1981 – in base alla quale sono le Regioni a stabilire le tariffe minime dei servizi urbani ed extraurbani in misura idonea a coprire i costi prefissati a livello statale, attingendo al Fondo Nazionale dei Trasporti nella misura decisa a livello ministeriale (Fondo poi eliminato con la l. n. 549/1995) –, si v. anche C. IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., 71 ss. Alle problematiche economico-finanziarie del settore si è associata poi una disciplina speciale dei rapporti di lavoro, discendente dal R.D. n. 148/1931 *Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro con quelle sul trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tramvie e linee di navigazione interna in regime di concessione*, per approfondimenti si v. T. TREU, M. TIRABOSCHI, *Modernizzazione del quadro legale in materia di disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito del trasporto pubblico locale*, in *Hermes Working Paper*, n. 4, 2002.

¹⁶ Sulla riforma del 1997, in attuazione della legge delega n. 59/1997, si v. in generale N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, (a cura di) S. CASSESE, vol. II, Milano, 2000. Si v. anche L. CICLI, *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *GdA*, 1998, 3, 289; A. CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in S. ZUNARELLI, *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008, 141 ss. (*Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'Economia*, (diretto da) F. GALGANO). L'A. segnala come la principale novità introdotta dal corpus di norme rappresentato dalla l. n. 59/1997 e dal d.lgs. n. 422/1997, "sia stata rappresentata dalla separazione funzionale tra le attività di indirizzo, programmazione e controllo del trasporto pubblico locale, individuate come di competenza delle regioni e degli enti locali, e le attività di gestione del suddetto servizio pubblico, affidate solo previo esperimento di apposita gara ad evidenza pubblica a soggetti capaci di rispondere ai requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti dal d.lgs. n. 422/1997".

I pilastri della riforma, rappresentati dal principio dell'introduzione della gara per la selezione dell'operatore titolare della gestione del servizio di trasporto e dall'individuazione del "contratto di servizio" come strumento di regolazione del servizio stesso¹⁷, ruotano attorno al processo di graduale apertura del mercato del trasporto pubblico locale e delineano un modello di concorrenza regolata¹⁸.

Il d.lgs. n. 422/1997 e la successiva riforma operata con il d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400¹⁹, pur non arrivando a liberalizzare il comparto, hanno, per un verso, imposto la privatizzazione degli operatori di settore e, per l'altro, delineato un sistema di concorrenza per il mercato attraverso principalmente due soluzioni: l'obbligo di trasformare le aziende speciali ed i consorzi in società di capitali ovvero in cooperative a responsabilità limitata (con poteri sostitutivi del Sindaco e del Presidente della Provincia in caso di inerzia degli organismi aziendali o consortili, cfr. art. 18, co. 3, d.lgs. n. 422/1997); l'obbligo di ricorrere a procedure concorsuali per l'affidamento del servizio di TPL alla scadenza del periodo transitorio individuato²⁰.

¹⁷ Per un approfondimento sul contratto di servizio, si v. A. R. TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. Trasp.*, 1998, 613; A. CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, cit., 168 ss. Per le tipologie di contratto di servizio che trovano applicazione al settore del trasporto pubblico locale, si vedano il contratto *gross cost* (dove l'unico rischio del soggetto affidatario è quello industriale, ovvero connesso alla eventualità che i costi di esercizio eccedano quelli previsti) ed il contratto *net cost* (dove l'affidatario, oltre al rischio industriale, sopporta anche quello commerciale, relativo al potenziale rischio che i ricavi tariffari siano inferiori rispetto a quelli preventivati). Per approfondimenti in merito si v. DE DONATIS, *Le procedure di gara nel trasporto pubblico locale*, in *La riforma del trasporto pubblico locale* (a cura di) A. CLARONI, Bologna, 2004, 153 ss.

¹⁸ La concorrenza regolata si distingue dalla *deregulation* del TPL. Per un confronto tra i risultati ottenuti passando alla semplice *deregulation* oppure alla concorrenza regolata, si v. A. BOITANI, C. CAMBINI, *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, in *Eco. Pol. Ind.*, 2004, 93. La distinzione tra "concorrenza nel mercato", ovvero l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese, e la "concorrenza per il mercato", ovvero l'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante gara, a seguito della quale l'operatore esercita il servizio in regime di monopolio legale – quali misure ascrivibili alla tutela della concorrenza, come riconosciuto dalla stessa Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 2007, 4447 ss. - risale agli anni Sessanta. Per approfondimenti si v. H. DEMESETZ, *Why regulate utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968, 55 ss.

¹⁹ Il d.lgs. n. 400/1999 venne adottato per porre rimedio alle carenze del c.d. decreto Burlando, che presentava nella sua versione originaria alcuni elementi di debolezza, frutto di scelte di compromesso, che di fatto risultavano frenare la liberalizzazione del settore. La gara è stata posta come unica modalità di affidamento del servizio, estesa anche ai servizi ferroviari, e sono stati stabiliti termini certi sia per il periodo transitorio, sia per il processo di trasformazione in società delle aziende e dei consorzi.

²⁰ Cfr. TAR Campania, 4 febbraio 2004, n. 4233, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1146, secondo cui "la disciplina di cui al D.lgs. n. 422/1997 ed alla legge regionale n. 3 del 28.3.2002 [...] fissa in maniera inderogabile l'osservanza della regola della pubblica selezione, imponendo che la scelta dei soggetti affidatari avvenga in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi"; cfr. TAR Molise Campobasso, sez. I, 19 luglio 2006, n. 631, in www.giustizia-amministrativa.it. Con riferimento al periodo transitorio, si v. Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 80, in *GdA*, 11/2006, 1203 ss. Secondo la Corte, la disposizione di cui all'art. 18, co. 3^{bis} del d.lgs. n. 422/1997 risulterebbe riconducibile all'ambito della competenza legislativa esclusiva statale in tema di "tutela della concorrenza", di cui alla lett. e) del secondo comma dell'art. 117 Cost. Pertanto, il legislatore regionale non può pretendere di modificare, anche solo in parte, tale disposizione, formulata in forma inderogabile. Risultano pertanto illegittime tutte le disposizioni regionali contenenti un periodo transitorio di durata superiore a quello previsto dal D.lgs. n. 422/1997. In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali della Liguria (art. 2, l.r. Liguria 17/2003), del Veneto (art. 3, co. 1, l.r. Veneto n. 30/2004 ed art. 25 l.r. Veneto n. 8/2005) e della Calabria (art. 1, co. 11, lett. b) ed f) della l.r. Calabria n. 36/2004) nelle parti in cui contenevano proroghe al periodo transitorio definito dalla legge statale, trattandosi di

L'obiettivo sotteso a queste misure era quello di superare il regime di monopolio pubblico esistente²¹, favorendo così l'affermazione di logiche competitive nei trasporti pubblici locali²², attraverso

disposizioni da ricondurre nell'ambito della competenza esclusiva statale in tema di tutela della concorrenza. Per un commento della sentenza si v. L. IERA, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 1203 ss. Per un approfondimento sul valore trasversale della tutela della concorrenza ex art. 117 Cost., si v. *ex multis* S.S. SCOCA, *La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*, in *Giur. It.*, 2013, n. 12. Si v. anche N. RANGONE, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. PASSALQUA, Torino, 2015, 122, riconosce che: «la regolazione nazionale ha più volte consentito il rinvio della concorrenza "per" il mercato (ivi consistente nell'attribuzione della concessione di servizio), non arginata da una disciplina comunitaria che consente l'affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico».

²¹ M. CAMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit. 93 ss., ricorda come il trasporto pubblico locale, da sempre afflitto da cronici deficit di redditività, abbia per lunghissimo tempo annoverato tra i suoi caratteri principali una diffusa presenza pubblica nell'attività di erogazione, ciò nella convinzione che un diretto intervento pubblico nello svolgimento del servizio fosse imprescindibile per assicurare continuità ed accesso incondizionato da parte di tutti i cittadini. Ciò ha comportato inevitabilmente l'emergere di una situazione critica ed a tratti «stagnante», che per molto tempo ha tenuto lontana l'innovazione dal sistema del trasporto pubblico locale, oltre ad una pericolosa commistione di ruoli in capo agli enti locali derivanti dal fatto di essere al contempo erogatori del servizio e regolatori dello stesso. Sull'esigenza di separare le funzioni di regolazione da quelle di gestione, si v. anche AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, segnalazione 26 febbraio 1998, AS125, *Trasporto pubblico locale*, in *www.agcm.it*. L'ente locale nella contemporanea veste di regolatore e gestore, programmatore e finanziatore del servizio aveva infatti bloccato lo sviluppo del settore, anche per l'esistenza di imprese monopolistiche sostanzialmente interessate unicamente all'ottenimento di sussidi pubblici necessari ad assicurare la propria sopravvivenza. In senso contrario si v. Si v. G. D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, in *Jus-online*, n. 1/2016, il quale afferma che la misura di liberalizzazione perseguita dal legislatore del 1997 non era quella di superamento del monopolio, ma la ratio dell'intervento consisteva nell'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante procedure concorsuali: «una volta individuato tramite procedure concorsuali, l'operatore economico esercita il servizio in regime di monopolio (da questo punto di vista non si può parlare di liberalizzazione in senso proprio)».

²² Le Regioni assumono un ruolo di programmazione che si sostanzia nella definizione degli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali e per i piani di bacino, nella redazione dei piani regionali dei trasporti, nella regolamentazione dei servizi minimi di TPL, mediante l'approvazione dei programmi triennali dei servizi di TPL, che individuino la rete e l'organizzazione dei servizi, l'integrazione modale e tariffaria, le risorse da destinare all'esercizio ed agli investimenti, le modalità di determinazione delle tariffe, le modalità di attuazione revisione dei contratti di servizio pubblico, il sistema di monitoraggio dei servizi, i criteri per la riduzione della congestione e dell'inquinamento ambientale (art. 14 del d.lgs. n. 422/1997). Per approfondimenti in merito si v. P. ALBERTI, *L'organizzazione del trasporto locale nell'ambito della riforma dei servizi pubblici*, in *Economia e diritto del terziario*, 2002, fasc. 2, 379. Cfr. art. 4, co. 4, lett. b), l. n. 59/1997: come noto, infatti, uno dei principi direttivi della legge delega c.d. prima legge Bassanini consisteva nel «definire le modalità per incentivare il superamento degli assetti monopolistici nella gestione dei servizi di trasporto urbano e extraurbano e per introdurre regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi». Emerge il concetto di *competition by franchise*, ovvero il modello di competizione per l'assegnazione di un contratto che conferisce l'esclusiva per lo svolgimento di una determinata attività all'interno di un ben delimitato ambito geografico. A sostegno di tale impostazione, come strumento più adeguato per recuperare efficienza nel mercato dei servizi di TPL si v. A. BOITANI, C. CABBINI, *To bid or not to bid, this is the question: the Italian experience in competitive tendering for local public services*, in *European Transport*, 2006, 41. Di diverso avviso, invece, è l'AGCM che, esprimendosi nella sopra richiamata segnalazione del 26 febbraio 1998, aveva manifestato il proprio favore all'introduzione di una concorrenza nel mercato dei trasporti pubblici locali, riconoscendo la possibilità che alcune linee fossero gestite in regime di autorizzazione. La stessa Autorità si esprimeva a favore della concorrenza per comparazione, per cui il d.lgs. n. 422/1997 andrebbe «modificato così da prevedere l'adozione di metodi di incentivazione basati sul periodico raffronto della *performance* del singolo operatore con quelle dei soggetti presenti in altri ambiti territoriali». Si v. in tal senso anche quanto affermato da M. MAZZAMUTO, *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 4-5, 2000, 572. Per una completa disamina della posizione dell'*Antitrust* sul decreto Burlando e sul regime del TPL, si v. C. IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., 114 ss.

l'affermazione dei seguenti principi: il decentramento delle funzioni di programmazione, il finanziamento ed il controllo venivano attribuiti alle Regioni, che, a loro volta, conferivano agli enti locali tutte le funzioni che non richiedevano un esercizio unitario a livello regionale (restituendo così alle autonomie territoriali la totalità dei compiti relativi ai trasporti di interesse regionale e locale, con l'eccezione di poche, residue e tassative funzioni mantenute allo Stato²³); l'introduzione di un principio di copertura graduale dei costi del servizio tramite tariffa; la separazione tra il soggetto pubblico che programma e controlla ed il soggetto privato che eroga il servizio²⁴; la selezione di quest'ultimo attraverso una procedura di gara²⁵.

La gradualità nell'applicazione di questi principi ed il diffuso e ripetuto affermarsi di regimi transitori²⁶ (soprattutto per quanto riguarda il ricorso alla gara per la selezione del gestore), tuttavia, hanno reso sempre più difficile l'affermarsi delle logiche competitive fatte proprie dal c.d. decreto Burlando.

²³ M. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 85 ss., ricorda il primato, rispetto agli altri servizi, del settore dei trasporti pubblici locali nell'aver sperimentato concretamente gli effetti del federalismo amministrativo attraverso l'innovativo riparto delle competenze delineato dal d.lgs. n. 422/1997. Il medesimo A. valuta tale innovazione come «radicale, perché ha segnato la fine dell'omogeneità fino a quel momento imposta tra situazioni locali spesso lontanissime tra loro, e perciò bisognose di soluzioni diversificate in base alle distinte realtà di riferimento». In particolare, sul modello ordinamentale del federalismo amministrativo si v. A. PAJNO, *L'attuazione del federalismo amministrativo*, in *Le Regioni*, 4, 2001, 668 ss.; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso"*, in *Le Regioni*, 1, 2001, 1162. In merito alla "svolta epocale" segnata dal principio introdotto dall'art. 18 d.lgs. n. 422/1997 nel nostro ordinamento, si v. A. DE GIROLAMO, *La gara unica per la gestione del TPL nella Regione Toscana*, in *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. PASSALQUA, Torino, 2015, 377. Per un approfondimento in merito al quadro normativo delle competenze in materia di trasporto pubblico locale, ovvero alla riforma costituzionale operata con l. n. 3/2001, si v. A. CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, cit., 143 ss.; cfr. Cons. St., parere 27 marzo 2002, secondo cui, in base al "nuovo art. 117 Cost. introdotto dalla L. Costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 [...] il trasporto pubblico locale deve ora considerarsi materia di competenza regionale". Si v. anche Corte Cost., sent. n. 222/2005, con cui la Consulta chiarifica innanzitutto che la materia del TPL rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 della Cost., "come reso evidente anche dal fatto che, ancor prima della riforma del titolo V della Cost., il d.lgs. del 19 novembre 1997, n. 422 aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni ed agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati". In dottrina si v. A. ZITO, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 387 ss.; G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7-8/2004; C. BUZZACCHI, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 3/2006.

²⁴ Risulta connessa al subentro di nuove imprese per l'esercizio del servizio di trasporto la problematica relativa al trattamento del personale dipendente, ovvero del trasferimento del personale dei pubblici servizi di trasporto urbano dalle società uscenti a quelle subentranti. Il d.lgs. n. 422/1997 prevede, infatti, che le Regioni e gli Enti locali siano tenuti ad individuare le modalità di trasferimento del personale dipendente dal precedente gestore all'impresa subentrante nelle disposizioni previste dall'art. 26, all. A, r.d. 8 gennaio 1931, n. 148, che rappresenta la disciplina speciale relativa al rapporto di lavoro della categoria degli autoferrotranvieri, in base al quale "in caso di cessione di linee ad altra azienda, o fusione di aziende, devono essere osservate le disposizioni stabilite dall'autorità governativa all'atto dell'approvazione della cessione o della fusione per passaggio del personale di ruolo alla nuova azienda, mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e assicurando i diritti acquisiti". Il legislatore del 1997, infatti, ha optato per l'applicazione del principio volto a garantire una sostanziale indifferenza dei rapporti di lavoro rispetto alle vicende dell'azienda o di suoi rami, a tutela del lavoratore, nel rispetto degli artt. 35 e 36 Cost., nonché dell'art. 3 della dir. CEE n. 23/2001.

²⁵ Si v. C. BENTIVOGLI, R. CULLINO, D. M. DEL COLLE, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 20, 2008, in www.bancaditalia.it.

²⁶ Si v. il parere dell'AGCM, AS125, cit., reso con riferimento all'originaria previsione dell'art. 18 d.lgs. n. 422/1997, nell'ambito del quale viene fortemente criticata, in quanto ritenuta non giustificata, la previsione di una fase interinale di

La normativa di settore e quella generale dei servizi pubblici locali, infatti, è stata più volte riformata e l'obbligo di gara è stato ripetutamente posposto.

In particolare, rileva al riguardo quanto disposto dalla legge 23 luglio 2009, n. 99²⁷, che, introdotta al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e concorrenza nel settore del TPL regionale e locale con le norme europee, ha previsto, all'art. 61, che «le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'art. 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) 1370/2007», ovvero possono avvalersi delle disposizioni che consentono alla pubblica autorità di ricorrere indipendentemente all'autoproduzione o all'esternalizzazione del servizio²⁸.

Ad essere applicata, infatti, è la disciplina del Regolamento CE n. 1370/2007²⁹, che, in seguito all'abrogazione per via referendaria delle norme relative alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali introdotte con l'art. 23bis del d.l. n. 112/2008, costituisce la disciplina di riferimento, insieme al già citato decreto Burlando, al successivo art. 3bis del d.l. n. 138/2011 (in materia di ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica) ed all'art. 48

durata quinquennale. Sulla natura patologica del continuo procrastinarsi del termine finale del periodo transitorio, si v. A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *Giustamm.it*, 4, 2010, 9. L'A. propone una articolata ricostruzione delle disposizioni che hanno comportato il differimento della scadenza del periodo transitorio. In merito al termine finale del periodo transitorio si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, con la già citata sentenza n. 80 del 3 marzo 2006, in www.cortecostituzionale.it, relativa al riparto di competenze legislative regionali e statali in materia di trasporto pubblico, alla luce della riforma del titolo V, parte II della Costituzione.

²⁷ Cfr. art. 61, l. n. 99/2009 di cui oggi è discussa l'efficacia, si v. *infra*.

²⁸ In tale modo, di fatto, si attenua notevolmente la portata "rivoluzionaria" dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997, con cui si fissava l'obbligo di gara. Per approfondimenti si v. A. DE GIROLAMO, *La gara unica per la gestione del TPL nella Regione Toscana*, in *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. PASSALANQUA, Torino, 2015, 375 ss., evidenzia la forte incertezza normativa che ha da sempre caratterizzato il trasporto pubblico locale, incidendo anche marginalmente sul sistema organizzativo che ha conosciuto, in attesa di regole successive di chiarimento, una situazione di stallo operativo. Secondo l'A., infatti, gli interventi normativi che si sono via via succeduti hanno costituito un ostacolo allo sviluppo del TPL, portando gli italiani a preferire di gran lunga l'utilizzo dei mezzi privati per gli spostamenti urbani.

²⁹ La disciplina antecedente al Reg. (CE) 1370/2007 era contenuta nel Reg. (CEE) n. 1191/1969, che forniva una definizione degli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico, comprendenti gli obblighi di esercizio, di trasporto e tariffario. Per approfondimenti in merito alla situazione antecedente al 1969 si v. A. BROWN, *Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on C-410/04 ANAV v. Comune di Bari*, in *PPLR*, 2006, NA 217 ss. Con riferimento all'oggetto della disciplina comunitaria, si v. A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *Giustamm.it*, 4, 2010, 49 e ss., il quale con riferimento ai confini dell'intervento normativo comunitario precisa che "i servizi di trasporto di interesse economico generale" devono essere «individuati come quei servizi che non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale, per cui gli Stati devono intervenire per la loro produzione attraverso l'imposizione di obblighi di servizio, a fronte dei quali sono attribuiti agli operatori diritti di esclusiva e/o compensazioni finanziarie, da concedere tramite lo strumento del contratto di servizio». In merito al Reg. 1370/2007 come fonte superprimaria del settore, che integra le norme in materia di appalti pubblici, si v. C. TESSAROLO, *La disciplina comunitaria del trasporto pubblico di passeggeri*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008.

del d.l. n. 50/2017 (recante misure urgenti per la promozione della concorrenza e la lotta all'evasione tariffaria nel trasporto pubblico locale)³⁰.

Manca ancora una disciplina aggiornata, rispetto a quanto previsto dal d.lgs. n. 422/1997, che aggiorni le disposizioni vigenti in tema di trasporto pubblico locale, in modo da coordinarle ed integrarle al Regolamento CE n. 1370/2007, che, nel frattempo, è stato anche novellato nel 2016, relativamente al solo mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, con l'approvazione del Regolamento UE n. 2338/2016³¹. Come manca, ancora, una disciplina organica riguardante i servizi pubblici locali.

Un tentativo di riordino era stato intrapreso dalla l. n. 124 del 7 agosto 2015, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” (c.d. Riforma Madia), che, tra le quattordici deleghe legislative, prevedeva anche tale obiettivo (cfr. artt. 16 e 19 l. n. 124/2015).

Siffatta delega si è tradotta nell'adozione di uno schema di decreto legislativo denominato Testo Unico sui Servizi Pubblici Locali (TUSPL)³², che dedicava una serie di articoli al settore del trasporto pubblico

³⁰ Cfr. anche art. 1, co. 556, l. n. 147/2013 (legge di stabilità 2014) che è ulteriormente intervenuto sulle modalità di affidamento del servizio TPL attraverso una modifica dell'art. 18, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 422/1997, in base alla quale si prevede che le società, nonché le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al regolamento (CE) 1370/2007 e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019 – che rappresenta il termine del periodo transitorio inizialmente stabilito dal citato regolamento prima della piena operatività della disciplina dallo stesso dettata in materia di affidamenti – non possono partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata. Per approfondimenti in generale in tema di concessioni di servizi e concessioni di trasporto pubblico locale alla luce del Regolamento n. 1370/2007, si v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, in particolare 2095 ss., dove si ricorda che per tali concessioni l'art. 18, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 esclude l'applicazione delle regole generali del nuovo codice degli appalti, trovando diretta applicazione il Regolamento comunitario del 2007.

³¹ Si v. Regolamento (UE) 2016/2338 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, che modifica il regolamento (CE) 1370/2007 relativamente all'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, in www.eur-lex.europa.eu. La principale novità del regolamento del 2016 riguarda la soppressione della norma che consente l'aggiudicazione diretta dei contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia a partire dal 3 dicembre 2023. Permangono, tuttavia, numerose eccezioni, come nel caso di contratti di modesto valore o in presenza di un unico operatore interessato e nei casi in cui l'autorità competente ritenga preferibile l'aggiudicazione diretta in relazione alle “caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati”, a condizione che sia garantito un miglioramento della qualità dei servizi e/o dell'efficienza in termini di costi rispetto al contratto di servizio pubblico aggiudicato in precedenza”. In merito alla necessità di un intervento legislativo che si ponga come obiettivo quello di aggiornare le disposizioni vigenti in materia di trasporto pubblico locale, anche al fine di integrarle e coordinarle con le norme generali sui servizi pubblici locali ed altresì con le normative comunitarie, si v. G. CAIA, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in federalismi.it, n. 20/2018, 3. Si v. anche M. PASSALAQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. PASSALAQUA, Torino 2015, 35.

³² Cfr. parere del Consiglio di Stato del 3 maggio 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché il parere della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, del 12 maggio 2016, in www.regioni.it. Quanto alla struttura dello schema di decreto legislativo, questo sviluppava i principi ed i criteri direttivi della legge di delega in 38 articoli, suddivisi in 7 titoli. Ai servizi disciplinati da normative di settore, come il trasporto pubblico locale, il testo unico si sarebbe applicato limitatamente alle disposizioni relative alle modalità di affidamento – previste dall'art. 7 del TUSPL, che ammetteva le diverse forme consentite dalla disciplina comunitaria, ovvero l'affidamento con procedura ad evidenza pubblica, quello a società mista (la gara a doppio oggetto) e l'*in house providing*, attribuendo ad esse pari dignità –, nonché alle disposizioni modificative ed espressamente abrogative della disciplina preesistente. Si segnalano, in particolare, gli articoli dedicati

locale e la cui adozione definitiva, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del novembre 2016, da cui è derivato il decorso dei termini di delega, è stata di fatto preclusa³³.

Molte delle disposizioni sul trasporto pubblico locale contenute nel sopra menzionato TUSPL sono tuttavia state riprese dal d.l. n. 50/2017 (conv. in l. dall'art. 1, co. 1, l. n. 96/2017), *Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*, con cui si prevede un sistema di “concorrenza per il mercato” per tutti i servizi di trasporto locale e regionale, ivi compresi quelli ferroviari, abolendo ogni distinzione tra servizi minimi e servizi ulteriori³⁴, tra diritti esclusivi e diritti speciali³⁵.

proprio alla materia del TPL che perseguono finalità estranee ad una riforma organica della materia dei servizi pubblici, ed in particolare: l'art. 14, relativo ai bacini ed ai livelli adeguati dei servizi di trasporto regionale e locale; l'art. 17, che apportava modifiche alle competenze dell'ART in materia di trasporto pubblico regionale e locale; l'art. 22 sugli obblighi contrattuali e disposizioni per l'innovazione del trasporto pubblico locale; l'art. 23 che apportava modifiche ai criteri di riparto del Fondo per il concorso finanziario dello Stato al trasporto pubblico locale; l'art. 26 per il contrasto all'evasione tariffaria; l'art. 27 in materia di tutela dell'utenza e l'art. 35 in tema di pianificazione e finanziamento della mobilità urbana sostenibile. Per un'analisi delle disposizioni di rilievo in materia di trasporto contenute nel TUSPL, si v. AGCM, IC47: Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, in www.agcm.it, 67 ss.

³³ Cfr. Corte Cost., sent. n. 251/2016, in www.cortecostituzionale.it. La Corte, intervenuta su ricorso della Regione Veneto, ha giudicato incostituzionali alcuni articoli della Riforma Madia che prevedevano la semplice acquisizione della Conferenza Stato-Regioni e non una vera e propria intesa per l'approvazione dei quattro decreti attuativi. Il Governo ha lasciato scadere, a seguito della suddetta sentenza, i termini della delega per l'approvazione di alcuni decreti delegati, tra i quali appunto quello sui servizi pubblici locali. Per un approfondimento si v. E. BALBONI, *Sulla riorganizzazione della p.a. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione ... e "l'intendenza seguirà"*, in www.forumcostituzionale.it, 10.1.2017; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 3, 2017. Ha invece trovato attuazione la delega contenuta all'art. 18 del l. n. 124/2015, che ha portato all'attuazione del d.lgs. n. 175/2016, ovvero il Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica (TUSPP), che ha introdotto alcune novità degne di rilievo anche per il trasporto pubblico locale, in tema di fallibilità delle società pubbliche (art. 14) e di maggiore controllo sulla loro gestione (art. 6; art. 21), così stimolando le amministrazioni a ricorrere a procedure di selezione competitiva per l'affidamento dei servizi di TPL, non potendo continuare a sfruttare lo strumento societario per eludere vincoli finanziari a discapito dell'efficienza del servizio reso.

³⁴ La definizione si ricava dal d.lgs. n. 422/1997 che circoscrive la concorrenza “per il mercato” ai servizi c.d. programmati, ossia ai servizi minimi ed a quelli aggiuntivi. I servizi minimi sono definiti dall'art. 16, co. 1 del d.lgs. n. 422/1997 come quelli qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, i cui costi sono a carico del bilancio delle regioni e la cui estensione è definita dalle regioni stesse d'intesa con gli enti locali. I servizi aggiuntivi, poi, sono definiti dal comma 3 del medesimo articolo, come quei servizi che gli enti locali possono istituire d'intesa con la regione che ne verifica la compatibilità di rete, in aggiunta a quelli minimi, con oneri a carico degli enti che li hanno istituiti. Al di fuori di questi servizi programmati, che costituiscono il nucleo forte del servizio pubblico, ovvero quell'insieme imprescindibile di prestazioni che, rispondendo ad esigenze essenziali di mobilità dell'utenza, evocano immediatamente il concetto di servizio universale di derivazione comunitaria – così si v. M. CAMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, Bologna, 2006, 89 e 90 – si pongono poi ulteriori tipologie di servizi di trasporto pubblico locale nei quali la concorrenza nel mercato può liberamente esplicarsi, ovvero i servizi c.d. autorizzati, al di fuori dell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 422/1997. Siffatti servizi, pur mantenendo le caratteristiche proprie dei servizi pubblici – ovvero, di essere destinati a soddisfare esigenze di mobilità collettiva, ed effettuati con orari, itinerario e tariffe prestabilite, con offerta indifferenziata al pubblico – si distinguono da quelli programmati in quanto: non sono sottoposti al regime amministrativo dell'esclusiva e non ricevono finanziamenti da parte della pubblica amministrazione. Per un approfondimento in merito alla suddetta distinzione si v. M. MAZZAMUTO, in *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, 225 ss.

³⁵ Per una definizione di “diritto esclusivo”, si v. non solo quanto indicato dall'art. 3, co. 1, lett. *lll*) del d.lgs. n. 50/2016, in base alla quale costituisce diritto esclusivo «il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione

Viene inoltre previsto di affidare la promozione del metodo di gestione prescelto ad incentivi e disincentivi finanziari: in via esemplificativa, per quanto riguarda l'incentivazione degli affidamenti tramite gara, lo stesso decreto prevede la riduzione in ciascun anno delle risorse del Fondo da trasferire alle Regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'ART (art. 27, co. 2, lett. d) del d.l. n. 50/2017).

Nonostante siffatto meccanismo di incentivazione, si segnala, tuttavia, che, in modo non del tutto coerente, il d.l. n. 50/2017 prevede anche alcune eccezioni al meccanismo di penalizzazione per le Regioni che non optano per la gara: sempre in via esemplificativa, «La riduzione non si applica ai contratti di servizio affidati alla data del 30 settembre 2017 in conformità alle disposizioni di cui al regolamento (CE) 1370/2007, sino alla loro scadenza, nonché per i servizi ferroviari regionali nel caso di avvenuta pubblicazione alla medesima data ai sensi dell'art. 7, comma 2 del regolamento (CE) 1370/2007».

Stesse tutele, poi, sono previste per la riduzione del *quantum* del finanziamento alle singole Regioni, dato che: «in ogni caso, al fine di garantire una ragionevole certezza delle risorse finanziarie disponibili, il riparto derivante dall'attuazione delle lettere da a) a d) non può determinare per ciascuna Regione una riduzione annua maggiore del cinque per cento rispetto alla quota attribuita nell'anno precedente» (cfr. art. 27, co. 2, lett e), d.l. n. 50/2017).

Per quanto riguarda bacini e lotti, poi, il d.l. n. 50/2017 introduce: a) un complesso meccanismo di ripartizione del Fondo nazionale³⁶ basato sul superamento della spesa storica, per passare

legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività», ma anche quanto disposto dall'art. 2, lett. f) del TUSPL che definiva il diritto esclusivo come il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica, compatibile con i trattati europei ed avente l'effetto di riservare ad un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività. Con riferimento alla definizione di "diritto speciale", si v. sempre quanto disposto dal decaduto TUSPL, che aveva il pregio, per la prima volta, di definire tali concetti, nell'ambito di una disciplina a carattere generale. In base a quanto disposto dall'art. 2, lett. g), diritto speciale è il diritto concesso da un'autorità competente mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica compatibile con i trattati europei ed avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività.

³⁶ Con riferimento al Fondo per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, nelle regioni a statuto ordinario, si ricorda che questo è stato istituito dalla legge n. 228/2012 (art. 1, co. 301). A partire dal 2018, come detto, il Fondo TPL è disciplinato dalle norme del d.l. n. 50/2017, che ha modificato sia il criterio di finanziamento del Fondo, in attesa del riordino del sistema della fiscalità regionale, sia i criteri per il riparto. In particolare, l'art. 27 (commi 1-8) del d.l. n. 50/2017 ha rideterminato la consistenza del Fondo fissandola per legge. La legge di bilancio per il 2018 (l. n. 205/2017) ha successivamente previsto due modifiche all'entità del Fondo. Lo stanziamento del Fondo nel Bilancio triennale 2019-2021 ammonta pertanto a 4.876,554 milioni di euro per il 2019 ed a 4.875,554 milioni di euro per il 2020 ed a 4.874,554 milioni di euro per il 2021. Per un approfondimento in merito al

progressivamente ai costi *standard* e poi ai fabbisogni *standard*³⁷; b) il superamento della soglia del 35% di quota dei costi operativi da coprire con i ricavi da traffico, per arrivare a soglie articolate declinate per Regioni (sulla base di un D.M. delle Infrastrutture e dei Trasporti); c) la previsione di costituire società pubbliche, anche miste³⁸, per la allocazione e la gestione dei beni immobili essenziali e dei beni strumentali al servizio ferroviario di interesse regionale.

2. L'attuale assetto normativo in materia di trasporto pubblico locale ed alcune questioni interpretative

Come anticipato, in base all'attuale assetto normativo in materia di TPL, la gara non costituisce l'unica modalità di aggiudicazione dei servizi: il Regolamento CE n. 1370/2007, infatti, riconosce chiaramente alla pubblica Autorità l'opzione tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio.

Con una necessaria distinzione³⁹.

conto economico consolidato delle Amministrazioni pubbliche e della spesa pubblica per i trasporti, si v. il *Conto Nazionale delle infrastrutture e dei trasporti*, MIT, Ufficio di statistica, Anni 2017-2018, in www.mit.gov.it, 40.

³⁷ Con riferimento alla legittimità dell'intervento statale per il finanziamento del settore, si v. Corte Cost. n. 273/2013, in www.cortecostituzionale.it, riguardante sotto diversi aspetti il Fondo per il finanziamento del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, nelle regioni a statuto ordinario. Con riferimento a tale Fondo la Corte ha ritenuto che non si tratti di un fondo a destinazione vincolata in quanto la sua finalità è quella di assicurare in via generale il concorso finanziario dello Stato al trasporto pubblico locale senza vincolare il legislatore regionale ad uno specifico impiego delle risorse stanziante in tale settore materiale, ascrivibile alla potestà legislativa regionale. Il Giudice delle leggi ha in particolare sottolineato come sia prima che dopo la riforma del Titolo V lo Stato abbia comunque garantito costantemente il finanziamento del TPL «ritenendo imprescindibile la finalità di assicurare livelli di omogeneità nella fruizione del servizio sull'intero territorio, anche mediante l'istituzione di appositi fondi a destinazione vincolata». La Corte Costituzionale aveva già indicato come l'intervento dello Stato limitativo della competenza residuale delle Regioni fosse ammissibile qualora esso rispondesse all'esigenza di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti tutelati dalla Costituzione stessa (cfr. Corte Cost., sent. n. 232/2011). La legittimità dell'intervento statale per il finanziamento del settore deriverebbe, secondo la Corte, dalla perdurante mancata attuazione dell'art. 119 Cost., a causa della mancata individuazione dei costi *standard* (si v. anche Corte Cost., sent. n. 121/2010), nonché da imperiose necessità sociali, indotte anche dalla grave crisi economica nazionale ed internazionale.

³⁸ In merito può essere significativo segnalare l'esperienza britannica delle *Rolling Stock Leasing Companies* (ROSCO) britanniche, ovvero operatori di mercato necessari nei sistemi ferroviari pienamente liberalizzati, i quali sono in grado di ridurre l'effetto di una delle barriere all'entrata del settore ferroviario, che come evidenziato è rappresentato dalla disponibilità del materiale rotabile per un eventuale "nuovo entrante", che tramite l'esistenza delle ROSCO ha la possibilità di procurarsi i treni eventualmente tramite sistemi di noleggio (*leasing*). Per approfondimenti in merito all'utilizzo delle ROSCO in Italia, si v. G. FERRANTE, *Il partenariato pubblico privato e il finanziamento in project financing delle infrastrutture ferroviarie*, in www.sr-m.it. Anche la bozza del TUSPL introduceva nella normativa italiana l'idea di ricorrere a società terze analoghe ai ROSCO britannici o a quelle svedesi, la cui introduzione, secondo quanto riconosciuto dalla stessa AGCM, potrebbe avere un impatto molto positivo per la concorrenza, soprattutto per ciò che concerne il materiale rotabile ferroviario. Siffatta previsione, mai attuata, faceva il paio con la l. n. 208/2015, art. 1, co. 866, che prevede l'istituzione di un fondo specializzato per l'acquisto di materiale rotabile per il trasporto pubblico locale e regionale, stanziando anche 740 milioni di euro addizionali fino al 2022, rinviando per i dettagli ad un apposito decreto attuativo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, si v. in merito AGCM, *IC47 Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 116.

³⁹ Il Regolamento (CE) 1370/2007 opera anche una fondamentale distinzione tra concessioni e appalti di servizio: infatti, solo i contratti di concessione sono regolati dalle disposizioni del Regolamento. Per un approfondimento sulla diversa configurazione contrattuale del contratto di servizio, come appalto o concessione, si v. C. IAIONE, *La regolazione del*

Ove si tratti di contratti di servizio di TPL su gomma⁴⁰ che assumono la forma di appalti di servizi, occorre procedere secondo quanto previsto dalle direttive in materia di contratti pubblici (2004/17/CE e 2004/18/CE), oggi abrogate dalle nuove direttive europee sugli appalti e le concessioni (Dir. n. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), il cui ambito di applicazione, tuttavia, risulta significativamente circoscritto per espressa disposizione normativa (Regolamento CE n. 1370/2007 e Dir. n. 2014/25/UE)⁴¹.

Nel caso, invece, di concessioni di servizi pubblici di trasporto passeggeri (autobus, tram, ferrovia e metropolitana), la disciplina è da ricercarsi nel già citato Regolamento CE n. 1370/2007.

Con un vero e proprio ripensamento rispetto alla strada della progressiva liberalizzazione intrapresa con il decreto Burlando⁴², è consentito alle autorità competenti, seppure nei limiti previsti dall'art. 5 del Regolamento, di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri, di affidare direttamente il servizio ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale (o nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse) esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie

trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni, cit., 83 ss. Nello specifico, per l'applicazione dei criteri di distinzione tra contratti pubblici di appalto e contratti pubblici di concessione nel settore del trasporto pubblico locale, si v. C. CAVALIERI, *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei cd. settori speciali ex esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, in www.lexitalia.it, n. 10/2007. Si v. anche la Comunicazione della Commissione europea sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, n. 2014/C 92/01 del 29 aprile 2014, che ha precisato che, mentre l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico in materia di trasporto di passeggeri con autobus e tram è disciplinata unicamente dalle direttive sugli appalti pubblici, l'aggiudicazione delle concessioni di servizio per servizi pubblici di trasporto passeggeri (sia autobus e tram che ferrovia e metropolitana) è sempre disciplinata unicamente dal regolamento (CE) 1370/2007. Cfr. anche art. 3, co. 1, lett. vv e zz, d.lgs. n. 50/2016. Con riferimento alla distinzione tra appalto e concessione cfr. da ultimo Cons. St. sez. V, 24 gennaio 2020, sent. 608, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale si è in presenza di una concessione quando resta in capo all'operatore economico il rischio di impresa (ovvero i rischi economici della gestione), a prescindere dalle modalità di gestione del servizio. Cfr. anche Cons. St., sez V, 3 maggio 2012, sent n. 2531; sez. V, 21 giugno 2018, sent. n. 3822, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Cfr. art. 5, co. 1, Reg. CE n. 1370/2007.

⁴¹ Cfr. art. 18, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016. Si v. M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, 21 luglio 2018, in www.lexitalia.it, evidenziano come sia importante la distinzione tra l'ambito applicativo del regolamento n. 1370/2007 e le direttive in materia di appalti 2014/24/UE e 2014/25/UE: “infatti, il primo regolamento trova applicazione nell'ipotesi che si operi ricorrendo al sistema della concessione pubblica e con applicazione del contratto di servizio, mentre le seconde meglio si attagliano all'ipotesi in cui l'amministrazione procedente dovesse decidere di ricorrere alla procedura dell'appalto per l'appunto prevista dalla direttiva 2014/24/UE”.

⁴² R. CANGIANO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica... e ritorno*, in *Economia pubbl.*, 2005, 93. Con riferimento all'attenzione nei confronti del bilanciamento tra il principio della concorrenza ed il principio della democrazia regionale o locale, in base al quale, sul fondamento del principio di sussidiarietà le autorità competenti avrebbero dovuto poter optare per un «deliberato approccio non commerciale», ove avessero ritenuto più economico, sicuro ed efficace mantenere nelle loro mani i trasporti pubblici, si v. la Relazione 18 ottobre 2001 della Commissione per la politica regionale, i trasporti e il turismo, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna (COM(2000) 7 – C5-0326/2000 – 2000/0212(COD)) ed il relativo progetto di relazione 8 ottobre 2001 di E. MEIJER, in www.europarl.europa.eu.

strutture⁴³ – fattispecie riconducibili rispettivamente alla produzione in economia del servizio ed all'*in house providing* –, ovvero, in occasioni particolari, di affidare direttamente il servizio ad un soggetto terzo (nel caso di servizi ferroviari, per quelli sotto soglia e per quelli con provvedimento di emergenza)⁴⁴. Siffatta impostazione è stata confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, dopo che il referendum del 12 e 13 giugno 2011 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 hanno rispettivamente abrogato l'art. 23bis del d.l. n. 112/2008 e dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011⁴⁵, creando notevoli incertezze sulla vigenza di alcune disposizioni riferibili ai servizi pubblici locali, quali, *in primis*, il sopra richiamato art. 61 della l. n. 99/2009, recante «*Ulteriori disposizioni in materia di trasporto pubblico locale*», con cui si prevede in modo espresso l'applicazione delle disposizioni del Regolamento CE n. 1370/2007⁴⁶ e che, secondo la dottrina maggioritaria, sarebbe stato successivamente implicitamente abrogato dall'art. 23bis del d.l. n. 112/2008 e ss.mm.ii⁴⁷.

⁴³ In sintesi, i presupposti richiesti per l'affidamento diretto si rivengono nei seguenti elementi: a. il c.d. controllo analogo, cioè una situazione che consente all'ente affidante di esercitare sulla società in house un controllo pari a quello effettuato sulle proprie strutture; b. lo svolgimento, da parte della stessa società, della porzione più importante della propria attività a favore dell'amministrazione o delle amministrazioni affidanti. Per approfondimenti sul tema, si v. A. MALTONI, *La partecipazione detenuta in società in house da privati e da altri enti non affidanti e controllanti*, in M. ANTONIOLI – C. CHIARIELLO – M. CORRADINO – V. DONATIVI – F. FRACCHIA – S. GLINIANSKI – A. MALTONI – S. VERNILE (a cura di), *Le società in house*, Napoli, cap. V, in corso di pubblicazione; ID. *L'attività svolta in via prevalente a favore dell'ente o degli enti controllanti*, *ibidem*, cap. VI; ID. *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. e App.*, 2017, 7 ss.; si v. anche E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, 2009, Milano; C. CONTESSA, *Commento all'art. 5*, in C. CONTESSA, D. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni commentato*, Roma, 2017; G. VELTRI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.; S. FANTINI, *Società in house*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, (a cura di) G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 369; S. COLOMBARI, *L'in house providing dopo le direttive europee del 2014: un nuovo assetto nei rapporti tra enti nell'ambito del settore pubblico?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I – *Studi introduttivi*, Bologna 2019, 437-438; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1168 ss.

⁴⁴ Cfr. art. 5 Reg. 2007/1370/CE, *Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*. Per l'approfondimento in merito a siffatte tipologie di assegnazione, si v. M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. di Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 1, febbraio 2018, 183 ss.

⁴⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, sent. n. 762, in www.giustizia-amministrativa.it, in base alla quale «*stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario [...] è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello dell'in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*».

⁴⁶ Cfr. art. 61, l. n. 99/2009: «1. Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n.1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422».

⁴⁷ Cfr. art. 23bis, co. 1, d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. all'art. 30, comma 26, l. 23 luglio 2009, n. 99 e, successivamente, dall'art. 15, comma 1, lett. a) e a-bis), d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 20 novembre 2009, n. 166, secondo il quale: «*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione*

Parimenti, poi, sono stati espressi dubbi sulla vigenza dell'art. 4bis d.l. n. 78/2009, «Disposizioni in materia di trasporto pubblico», con cui si è previsto che qualora le autorità competenti si avvalgano delle previsioni che consentono l'autoproduzione, queste devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo⁴⁸, limitando altresì alle società che risultano aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica la possibilità di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano⁴⁹ (c.d. *extra moenia*).

Con riferimento al trasporto pubblico locale, ci si è infatti chiesti se il sistema previsto dall'art. 18, co. 3bis del d.lgs. n. 422/1997, con cui si introduce l'obbligo «*trascorso il periodo transitorio, di affidamento di tutti i servizi tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lett. a)*»⁵⁰, sia integrabile da altre disposizioni – come quelle appena richiamate –, ovvero costituisca un limite posto dalla normativa nazionale, dal momento che l'art. 5, paragrafo 2 del regolamento comunitario espressamente facoltizza il legislatore nazionale a porre restrizioni con riferimento all'autoproduzione del servizio.

Il richiamo, infatti, è da farsi all'art. 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6 del Regolamento CE n. 1370/2007, che, nel delineare le modalità di affidamento diverse dalla gara, stabilisce altresì il principio che esse siano esperibili «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale»⁵¹.

di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale». Si v. M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *www.federalismi.it*, 2010, 13, 12; L. BERTONAZZI, *Il trasporto pubblico locale nell'art. 23bis del d.l. n. 112/2008*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, (a cura di) R. VILLATA, Torino, 2011, 536.

⁴⁸ Sul parametro a cui riferire la percentuale del 10%, G. D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, cit., 17, esprime la propria perplessità: «non è chiaro se il 10% vada riferito alla quantità di produzione o al valore della stessa».

⁴⁹ Cfr. art. 4bis d.l. n. 78/2009: «1. Al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo. Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano».

⁵⁰ Merita rilievo la modifica del comma in esame attuata dall'art. 12, co. 3 del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, con cui si prevede che: «All'articolo 18, comma 3-bis, secondo periodo, del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni, la parola «esclusivamente» è soppressa», rendendo di fatto meno vincolante la previsione del ricorso alla gara.

⁵¹ Il legislatore nazionale, infatti, potrebbe astrattamente ridefinire e restringere, per lo meno in via generale, l'utilizzo dell'affidamento *in house* per questa materia: siffatta possibilità è consentita soltanto al legislatore statale e non a quello regionale, considerato che la competenza legislativa esclusiva o residuale delle Regioni in materia di trasporto pubblico locale trova l'inderogabile limite della competenza esclusiva trasversale dello Stato in materia di tutela della concorrenza e del più generale interesse pubblico a garantire una corretta ed equilibrata mobilità su tutto il territorio nazionale. Tuttavia, alcuni autori hanno evidenziato come sia possibile comunque riconoscere un'influenza indiretta, in termini di

Sul punto si sono registrate opinioni contrastanti, a favore o contro l'abrogazione implicita delle disposizioni nazionali sopra richiamate, di cui all'art. 61 l. n. 99/2009 ed all'art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009⁵². Al fine di risolvere le possibili antinomie potrebbe prendersi a riferimento quanto riconosciuto dalla Corte dei Conti nell'ambito di un differente settore (quello idrico), con riguardo alla possibilità di trasformare una società *in house* in azienda speciale: secondo la Corte, infatti, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23*bis* d.l. n. 112/2008, essendo venuto meno ogni divieto alla gestione diretta o mediante azienda speciale, si dovrebbe considerare implicitamente abrogata ogni disposizione limitativa in tal senso⁵³.

Così ragionando, si dovrebbe concludere per l'applicabilità dell'art. 61 della l. n. 99/2009 e per l'abrogazione, invece, dell'art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009.

Trattasi di una conclusione non condivisibile: l'analisi della disciplina normativa, infatti, dovrebbe condurre ad esiti opposti.

L'eliminazione dell'art. 23*bis*, all'esito del sopra ricordato *referendum*, non dovrebbe far "rivivere" la disciplina considerata ad esso non conforme⁵⁴.

Pertanto: l'art. 61 della l. n. 99/2009 dovrebbe considerarsi non più applicabile in virtù del criterio cronologico, posto che i medesimi principi sono già ripresi dal regolamento comunitario vigente, che consente l'autoproduzione (Reg. CE n. 1370/2007); non può dirsi lo stesso, invece, con riferimento all'art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009, che, senza escludere *in toto* l'autoproduzione, sembra tuttavia sposare una

limitazione dell'affidamento *in house*, anche in capo alle Regioni, attraverso il loro potere di definizione dei bacini di mobilità: si v. in tal senso M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, *cit.*, 7 ss., i quali evidenziano che nel caso in cui la Regione individui un unico bacino di mobilità, coincidente con il territorio di tutta la Regione, per cui si prevede l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma con unico lotto, risulterebbe difficile procedere con un affidamento *in house*, a meno che non si decida di procedere alla creazione di un nuovo soggetto *in house* che raggruppi tutti i principali operatori regionali. Si tratta di ciò che è accaduto nella Regione Friuli Venezia Giulia, che pure ha proceduto ad una gara pubblica, su un unico lotto regionale, a cui ha partecipato questo nuovo operatore regionale che ha raggruppato molti soggetti prima operanti a livello locale.

⁵² A favore dell'intervenuta abrogazione A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2012)*, in www.federalismi.it, 2012, n. 20, 7; in senso contrario, a favore della vigenza si v. C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, 2014, n. 3, § 9.

⁵³ Corte dei Conti, sez. autonomie, delibera 21 gennaio 2014, n. 2, in *Foro amministrativo-TAR*, 2014, 345 ss., la quale si è espressa con riferimento alla vigenza dell'art. 35, co. 8 della l. n. 448/2001 che imponeva la trasformazione delle aziende speciali in società. Ricorda che una norma analoga, segnatamente l'art. 18, co. 3, d.lgs. n. 422/1997 era stata in precedenza introdotta nel settore del trasporto pubblico locale G. D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, *cit.*, 18 e 19.

⁵⁴ Tale impostazione troverebbe conferma nel principio di diritto affermato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza di ammissibilità del *referendum* popolare del giugno 2011, in base al quale la lacuna normativa dovrebbe essere colmata con l'applicabilità immediata "nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica", così Corte Cost., 26 gennaio 2011, ord. n. 24, in www.cortecostituzionale.it.

impostazione pro-concorrenziale conforme a quanto previsto dalla disciplina europea e nazionale riferibile al settore del trasporto pubblico⁵⁵.

Siffatta vocazione pro-concorrenziale trova riscontro, seppure in termini meno forti in ambito europeo rispetto a quanto disposto nella disciplina nazionale, in primo luogo nell'*incipit* dell'art. 5, comma 2 del Reg. CE n. 1370/2007, che, consentendo agli Stati membri di vietare gli affidamenti diretti non prevede analogo facoltà per il caso di affidamenti con gara (cioè: gli affidamenti con gara non possono mai essere vietati dalla normativa nazionale); in secondo luogo, e con maggiore forza, trova conferma nel disposto dell'art. 18, co. 2, lett. *a*) e co. *3bis* del d.lgs. n. 422/1997, secondo i quali «allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare: a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio [...], prevedendosi che «trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera *a*)». La sopra evidenziata diversificazione tra il sistema europeo e quello nazionale, relativamente all'esplicita indicazione del *favor* per l'affidamento con gara, risulta evidente ove si consideri la formulazione dell'art. 1 del Reg. CE n. 1370/2007, ai sensi del quale il regolamento avrebbe «lo scopo di definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto comunitario, nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per 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 fornire».

Il testo della norma omette di esplicitare tra le finalità della disciplina comunitaria gli obiettivi di apertura alla concorrenza, enunciati invece espressamente nelle disposizioni nazionali (cfr. *ex multis* art. 18, co. 2 d.lgs. n. 422/1997⁵⁶).

È nota l'impostazione neutra dell'ordinamento comunitario rispetto alla scelta degli Stati membri di ricorrere al mercato o all'autoproduzione, non ponendosi limiti alla libertà delle amministrazioni di optare

⁵⁵ L'art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009 è stato ritenuto applicabile dall'AGCM nel caso di affidamento ad ATAC (cfr. Parere AGCM, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 287/1990, relativo all'affidamento *in house* ad ATAC s.p.a. del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma nell'ambito della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, 9 novembre 2017, in www.agcm.it e da alcuni grandi Comuni che hanno proceduto all'affidamento del servizio, nel rispetto della percentuale del 10%. Nello stesso senso si v. il documento pubblicato dalla IX Commissione trasporti al termine dell'indagine conoscitiva avviata nel giugno 2013. L'art. 4*bis* stabilisce che l'eventuale aggiudicazione *in house* deve essere accompagnata dalla contestuale messa a gara di almeno il 10% dei servizi oggetto di aggiudicazione. La società *in house* affidataria in via diretta, inoltre, non potrà partecipare a procedure di evidenza pubblica al di fuori del territorio in cui opera ai sensi del regolamento europeo.

⁵⁶ Si v. anche art. 61 l. n. 99/2009, il cui *incipit* del comma 1, recita quanto segue: «Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza»; così come lo stesso art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009, il cui co. 1, prevede che: «Al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico».

per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che per un modello di esternalizzazione, in virtù del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche⁵⁷.

La suddetta “omissione”, o per meglio dire, mancata esplicitazione degli obiettivi di apertura alla concorrenza, tuttavia, non può condurre ad una lettura del Regolamento non in linea con l’impostazione pro-concorrenziale propria della disciplina eurounitaria⁵⁸: occorre infatti operare una interpretazione sistematica e teleologica dell’art. 1 del regolamento, per riconoscere come l’obiettivo dell’apertura alla concorrenza non possa rinvenirsi nella volontà di accrescere il numero dei fornitori, quanto piuttosto nel tentativo di individuare il fornitore più efficiente, ovvero quello in grado di produrre i servizi più a buon mercato e di qualità più elevata, sia esso individuato con gara o meno⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione CE c. Governo della Germania federale, in www.curia.europa.eu: la Corte di giustizia ha chiarito che «un’ autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche» (nell’occasione, la Corte di giustizia ha richiamato i principi già espressi con la sentenza della Terza Sezione del 13 novembre 2008 in causa C-324/07, Coditel Brabant). Con riferimento alla esternalizzazione dei servizi di interesse economico generale come scelta non necessaria per l’ordinamento comunitario: né in termini generali, né in termini di tutela della concorrenza, si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell’Unione e nella Costituzione (all’indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 723 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in house providing*, in *L’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, (a cura di) H. BONURA, M. CASSANO, Torino, 2011, 119. Conferme normative di tale impostazione neutra si rinvencono non solo nel Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea e dalla interpretazione che ne è stata data dalla Corte di Giustizia (cfr. in particolare CGUE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro italiano*, 2005, IV, c. 134, con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c’è «casa» per le società a capitale misto*) e dalla Commissione (cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., § 2, p. 4, in www.eur-lex.europa.eu, nell’ambito della quale si esplicita che: «Le autorità pubbliche possono decidere di erogare esse stesse i servizi oppure di affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, che possono agire a scopo di lucro oppure no»), ma anche dalle ultime direttive europee su concessioni ed appalti, si v. in merito il considerando n. 5, l’art 2, *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche* e l’art. 4, *Libertà di definire servizi di interesse economico generale*, della direttiva concessioni n. 23/2014. Nello stesso senso la direttiva n. 24/2014, art. 1, co. 4, in materia di appalti. Si v. in merito D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell’ordinamento regionale e europeo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, (a cura di) E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, Torino, 2010, 11 ss. In senso parzialmente contrario, considerando la neutralità dell’ordinamento comunitario riferibile ai soli servizi di interesse generale di carattere non economico, estranei al vincolo comunitario dei principi concorrenziali, si v. M. MAZZAMUTO, *L’apparente neutralità comunitaria sull’autoproduzione pubblica: dall’in house al Partenariato “Pubblico Privato”*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 1416 ss.

⁵⁸ La tutela della concorrenza è stata, sin dall’inizio, tra gli obiettivi fondamentali della Comunità Europea, per approfondimenti in merito si v. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007. Un ruolo centrale è stato assunto dalla Commissione Europea e dalla Corte di Giustizia, che hanno seguito il modello della scuola tedesca, degli ordoliberali di Friburgo (i quali ritengono che il mercato sia una istituzione con finalità e mezzi propri, che necessita del controllo incisivo e permanente di apparati amministrativi specializzati, in grado di esercitare un compito tecnico-amministrativo, al fine di combattere i poteri privati che spontaneamente si formano nella realtà economica), imponendo norme di concorrenza europee caratterizzate da due divieti: delle intese anticoncorrenziali e degli abusi di posizione dominante. Per approfondimenti in merito si v. ancora M. LIBERTINI, *Concorrenza*, voce *Enc. Dir.*, Milano, 2010, 217 ss. Per la discussione delle teorie della scuola di Friburgo, M. FOCALUT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-76*, Paris, 1997, trad. it. Milano, 2009.

⁵⁹ Per una lettura volta a contrastare le interpretazioni “semplicistiche” che hanno commentato il Regolamento (CE) n. 1370/2007 come in grado di determinare un libero affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico, si v. L. R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, cit., 133 ss. L’A., in particolare, evidenzia come «ad essere

In ragione di ciò, non sembra neppure condivisibile l'interpretazione dell'art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009 quale norma implicitamente abrogata, in quanto contenente limitazioni incompatibili (rinvenibili nella previsione dell'obbligo di gara per almeno il 10% dell'oggetto del contratto, nonché nel divieto di partecipazioni a gare *extra moenia* per i soggetti affidatari diretti⁶⁰) con i principi del diritto primario e derivato dell'Unione Europea, in analogia a quanto appare prospettabile con riferimento all'art. 192, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016 (con cui si impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione – a. obbligo di motivazione del mancato ricorso al mercato; b. obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house* – che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi⁶¹).

Così come l'art. 192, co. 2 del codice degli appalti è stato riconosciuto compatibile con i principi e la normativa europea, lo stesso dovrebbe accadere anche con riguardo al suddetto art. 4*bis*.

A confermare l'anzidetta ricostruzione si richiama quanto statuito, con ordinanza del 6 febbraio 2020 (cause riunite C-89/19 a 91/19)⁶², dalla Corte di Giustizia, alla quale era stata rimessa dalla quinta sezione del Consiglio di Stato una questione pregiudiziale riguardante, appunto, l'art. 192, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016⁶³.

Più precisamente, i giudici nazionali dubitavano che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti *in house* a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento (analogamente a quanto previsto dall'art. 4*bis* d.l. n. 78/2009, che prevede forme di

fatti oggetto di affidamento sono i contratti corrispondenti agli obblighi di servizio pubblico cui viene accompagnato un contributo economico (stante che i servizi non sarebbero resi dall'operatore alle condizioni imposte). [...] In questi termini, l'unica differenza rilevante rispetto al passato è che, in ragione del Reg. Ce. n. 1370/2007 il contenuto dell'obbligo di servizio pubblico non è predefinito ma assegnato all'autorità affidante, sia pure con la chiara indicazione del fine, vale a dire quello di garantire la prestazione senza discriminazione e in maniera continuativa».

⁶⁰ Si evidenzia fin da ora, a conferma della vigenza dell'art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009, che lo stesso art. 5 del Regolamento CE n. 1370/2007 prevede, nel caso di affidamento *in house*, un divieto di partecipazione a gare al di fuori del bacino territoriale dell'autorità affidante. Cfr. art. 5, co. 2, lett. b), Reg. CE n. 1370/2007: «b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, pur con eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale». Cfr. Cons. St., ordd. nn. 2554 e 2555 del 29 maggio 2017) in merito anche le questioni pregiudiziali emerse in ordine alla portata applicativa del suddetto divieto con riferimento alle aggiudicazioni precedenti alla entrata in vigore del regolamento.

⁶¹ Cfr. Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶² Cfr. CGUE, sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, nelle cause riunite da C-89/19 a C-91/19, in www.eur-lex.europa.eu

⁶³ Cfr. anche TAR Liguria, ord. 15 novembre 2018, n. 77, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti danno conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato, in presunta violazione dell'art. 76 Cost., in relazione ai criteri direttivi di cui all'art. 1, co. 1, lett. a) ed e) della l. 28 gennaio 2016, n. 11.

“disincentivo” in caso di ricorso all’affidamento *in house* del TPL), fossero compatibili con le pertinenti disposizioni e principi del diritto primario e derivato dell’Unione europea⁶⁴.

In modo non del tutto convincente, in ragione di quanto riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325⁶⁵, nonché in ragione dell’orientamento ormai costante nel nostro ordinamento (da oltre dieci anni, ovvero già a partire dall’art. 23**bis** del d.l. n. 112/2008)⁶⁶, la quinta sezione del Consiglio di Stato, nell’ambito delle suddette ordinanze di rimessione, ha sostenuto che occorre riconoscere al “principio della concorrenza” una valenza sussidiaria rispetto alla tutela del “principio della libertà nella scelta del modello gestionale”.

Siffatta conclusione, pur essendo per alcuni aspetti apprezzabile, in quanto volta a consentire all’interprete di orientarsi meglio sul sottile crinale del rapporto tra regola ed eccezione che aveva in passato originato diversi orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamenti *in house*, pur scontando qualche difetto (nei termini di cui si dirà), non è stata accolta dai giudici europei.

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, infatti, ha affermato che risulta compatibile con la disciplina europea (in particolare con l’art. 12, paragrafo 3 della direttiva 2014/24) la normativa nazionale che subordina la conclusione di un’operazione interna, denominata anche contratto *in house*, all’impossibilità di procedere all’aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna. Risulta in tal modo chiaro, quanto aveva già riconosciuto la Corte costituzionale con la ricordata sentenza del 17 novembre 2010, n. 325, ovvero che il legislatore nazionale «può disciplinare più rigorosamente, nel senso di favorire l’assetto concorrenziale di un mercato», le modalità di affidamento diretto, rispetto a quanto previsto dalla disciplina europea⁶⁷, anche attraverso

⁶⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, ordd. 14 gennaio 2019, n. 293, 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 296, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ Cfr. Corte Cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it, in cui la Corte ha riconosciuto alla legge di poter prevedere «limitazioni dell’affidamento diretto più estese di quelle comunitarie» (per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, per le quali il diritto dell’UE avrebbe solo previsto un minimo inderogabile). La stessa giurisprudenza costituzionale ha ribadito con ulteriori pronunce che l’affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce «un’eccezione rispetto alla regola generale dell’affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica», cfr. Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁶ Cfr. Corte Cost., sent. 27 maggio 2020, n. 100, in www.cortecostituzionale.it, relativa alla legittimità costituzionale dell’art. 192, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016, nell’ambito della quale si riconosce come «calzante» il criterio interpretativo “sistematico”, che tiene conto del quadro normativo di riferimento. L’onere motivazionale rafforzato previsto dall’art. 192, co. 2, infatti, sarebbe «espressione di una linea restrittiva del ricorso all’affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all’abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l’istituzione dell’elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell’art. 192 del codice dei contratti pubblici».

⁶⁷ Cfr. Corte Cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325, *cit.*, par. 8.1.2. e ss.

l'introduzione di oneri amministrativi e tecnici ulteriori, imposti all'amministrazione, che seguano una direttrice proconcorrenziale, volta ad allargare il ricorso al mercato.

In tali termini si è espressa anche di recente la stessa Corte Costituzionale, con sentenza del 27 maggio 2020, n. 100, riconoscendo la piena legittimità costituzionale dell'obbligo di motivazione rafforzata di cui all'art. 192, co. 2 del codice dei contratti pubblici, in quanto rispondente «agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza»⁶⁸, rispettoso della *ratio* sottesa al criterio direttivo di delega per l'attuazione delle direttive (2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE) e coerente con il quadro normativo di riferimento⁶⁹.

3. La difficile apertura alla concorrenza: il contesto di riferimento della disciplina normativa.

Una possibile chiave di lettura

La normativa nazionale, come noto, stabilisce che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati, «deve rispondere ai principi di economicità ed efficienza» (art. 18, co. 1, d.lgs. n. 422/1997), nel solco di un'efficace politica della concorrenza che dovrebbe, in linea di principio, condurre a prezzi inferiori, ad un incremento della produzione, ad una maggiore varietà e qualità dei prodotti, ad un miglioramento dei servizi, ad una maggiore innovazione e, soprattutto, ad una maggiore libertà di scelta per il consumatore⁷⁰.

La realtà di fatto, tuttavia, pone l'osservatore dinnanzi ad una resistenza all'applicazione di disposizioni che introducono meccanismi concorrenziali (a favore, in taluni casi, di scelte politiche di natura clientelare o che utilizzano le aziende di gestione del servizio pubblico come ammortizzatori sociali) e che appare collegabile ad un sistema che produce una corrispondenza tra inefficienza del servizio, suo scarso utilizzo e conservazione delle gestioni in essere⁷¹.

I primi timidi tentativi di avviare procedure competitive per l'assegnazione dei trasporti pubblici locali risalgono, nella maggior parte delle Regioni italiane, soltanto alla seconda metà degli anni 2000⁷².

⁶⁸ Cfr. Corte Cost., sent. 27 maggio 2020, n. 100, *cit.*, nell'ambito della quale si ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, rispetto all'art. 1, comma 1, lett. a) ed eee) della legge delega n. 11/2016, richiamandosi la precedente costante giurisprudenza costituzionale, che riconosce al legislatore delegato margini di discrezionalità e la necessità di tener conto del quadro normativo di riferimento, specie quando la delega riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi, come nel caso, appunto, del codice dei contratti pubblici, che si prefigge anche lo scopo di razionalizzare una disciplina di settore stratificatasi nel tempo.

⁶⁹ Cfr. art. 34, co. 20 del d.l. n. 179/2012; art. 7, co. 3 dello schema di d.lgs. di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale; art. 5, comma 1, d.lgs. n. 175/2016.

⁷⁰ Si v. G.A. BERMAN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 28 ss.

⁷¹ Si v. L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, *cit.*, 130 s

⁷² Per un'analisi delle procedure competitive attuate in Italia nei primi anni 2000, sia per il settore ferroviario che per quello della gomma, si v. A. BOITANI, F. RAMELLA, con la collaborazione di G. DI FOGGIA, *Competizione e aggregazioni nel TPL*, *cit.*, 11 ss.. Gli Autori evidenziano alcuni elementi comuni delle prime gare, quali: la coincidenza tra l'ente

Fin dalla loro prima introduzione, le gare bandite ed aggiudicate hanno dato dei risultati deludenti: «dove non sono andate deserte, gli *incumbent* hanno vinto dappertutto» anche perchè la base d'asta prevedeva sussidi troppo bassi, che soltanto i vecchi *incumbent* potevano accettare, fiduciosi che l'azionista pagatore non li avrebbe lasciati in ogni caso fallire⁷³.

Siffatto risultato è da ricondurre ad alcuni fattori, che risultano propri del settore⁷⁴.

responsabile dell'affidamento ed il proprietario di uno dei partecipanti alla gara; l'effettuazione di appalti unitari per l'intero ambito di competenza, quello provinciale per il trasporto su gomma extraurbano e l'intera città capoluogo o area metropolitana per quello urbano; la scelta di una modalità di valutazione che conferisce un peso minimo alla offerta economica ed una durata del contratto molto estesa, oltre all'obbligo per il concorrente di disporre o di procurarsi in tempi ristretti dei veicoli/materiale rotabile per l'esecuzione dei servizi. Siffatte caratteristiche hanno portato, nella maggior parte dei casi alla conferma degli *incumbent* nella gestione dei servizi con miglioramenti di efficienza marginali. Si v. anche C. BENTIVOGLI, R. CULLINO, D.M. DEL COLLE, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *Quaderni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 20, 2008. Per approfondimenti in merito alla situazione del comparto, che risulterebbe ancora caratterizzato da una mancata conformazione al quadro regolamentare applicabile, si v. AGCM, provv. n. 24697, *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale del 10 dicembre 2013*, in www.agcm.it. Sempre con riferimento alla grave situazione di fatto in cui si trova il servizio di trasporto pubblico locale, si v. A. BOITANI, *I trasporti del nostro scontento*, Bologna, 2012. Per approfondimenti in merito al "corto-circuito politico" che avrebbe determinato la situazione critica di inefficienza, alti costi e scarsa fruizione del servizio di trasporto pubblico locale si v. L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, n. 1/2015, 138 ss.

⁷³ A. BOITANI, *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 198 ss.; IDEM, *I trasporti del nostro scontento*, Bologna, 2012. Si v. M. PONTI, *I trasporti pubblici locali, cronaca di una morte annunciata*, in *Il Mulino*, 2014, 39, evidenzia come nel corso del 2010 siano state effettuate un centinaio di gare per l'affidamento delle concessioni, il 99% delle quali vinte dalle aziende pubbliche già operanti (*incumbents*). Alcuni studi, inoltre, hanno evidenziato una tendenza in Europa al c.d. *insourcing* di servizi pubblici già privatizzati. Alcuni studi, c.d. effetto pendolo, si v. H. WOLLMANN, G. MARCOU, *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary*, in H. WOLLMANN, G. MARCOU, *The provision of public services in Europe. Between State, Local Government and Market*, 2010, Cheltenham, 240 ss. La stessa AGCM, nel 2013, ovvero sedici anni dopo il decreto Burlando, osservava che le gestioni del trasporto pubblico locale erano ancora caratterizzate, nella maggior parte delle Regioni, da una mancata conformazione al quadro regolamentare applicabile e spesso connotate da diffuse irregolarità in relazione: i) all'organizzazione dei servizi; ii) alle modalità di affidamento degli stessi, che in molti casi di società pubbliche di gestione non rispettano i requisiti dell'*in house*, o in altri casi si sostanziano in affidamenti diretti a terzi senza gara, spesso inoltre oggetto di ripetute proroghe; iii) alla mancata trasparenza dei contratti; iv) all'efficienza e regolazione dei rapporti contrattuali; v) alla sovrapposizione di attività in monopolio e in concorrenza in capo ai soggetti affidatari, e, infine, vi) alle modalità di determinazione delle compensazioni concesse a fronte dell'assolvimento degli oneri di servizio pubblico che non appaiono rispettare criteri di orientamento ai costi efficienti. Lo stesso Reg. CE n. 1370/2007 e gli studi economici disponibili hanno messo in evidenza la corrispondenza tra alti costi di produzione dei servizi, loro bassa qualità e scarsa utilizzazione da parte degli utenti con la circostanza che la loro assegnazione sia avvenuta senza gara a favore di società partecipate dagli enti locali. Si v. L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali, cit.*, il quale parla di "corto-circuito politico", che si sarebbe verificato in quanto «le società incaricate dell'insieme dei servizi pubblici di trasporto in sede locale appaiono irrimediabilmente in perdita per ragione del fatto che mostrano un eccesso di personale (accadendo ciò perchè esse sono vittime di politiche occupazionali, quando non clientelari che non hanno relazione con la qualità del servizio da prestare), ovvero sono amministrate in modo inefficiente. Ne consegue che il ceto politico locale [...] mostra un significativo interesse alla conservazione della situazione in essere, lasciando che le società si indebitino sempre di più per creare vantaggi estranei alla realizzazione del servizio, senza che l'indebitamento si consolidi con quello del Comune».

⁷⁴ Si v. F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, 1-348, 83, secondo il quale: «questo dei trasporti è un settore particolarmente resistente ad un processo di integrale liberalizzazione, e ciò in ragione del particolare collegamento della mobilità con il territorio e dunque con i beni pubblici, e della natura di servizio pubblico del trasporto, diretto a garantire, in quanto tale i servizi oltre la marginalità del profitto», per tale ragione, da un lato il legislatore ha liberalizzato i servizi mantenendo in mano pubblica la gestione delle infrastrutture;

Innanzitutto, sussiste un'inevitabile asimmetria informativa tra chi già opera sul mercato e chi invece vuole entrarvi.

Oltretutto, spesso i regolati sono in gran parte aziende possedute dalle amministrazioni locali⁷⁵, che tendono a privilegiare, anche se non esplicitamente, la continuità nelle gestioni in essere, che tuttavia hanno contribuito per un verso a creare disavanzi di gestione crescenti⁷⁶, derivanti soprattutto dalla definizione di tariffe inferiori ai costi minimi di produzione, che riducono notevolmente l'incentivo alla partecipazione alle gare; per l'altro ad aumentare il numero di occupati, aumentare le retribuzioni dei dipendenti, ecc.

Siffatti disavanzi di gestione non trovano una giustificazione nella natura del servizio di trasporto, che non è un bene pubblico, quanto piuttosto nell'esistenza di asserite esternalità ambientali e ragioni sociali, che, attraverso la previsione di un costo ridotto del biglietto, avrebbero l'effetto di incentivare i cittadini all'utilizzo del trasporto pubblico locale, con conseguente diminuzione del traffico (e conseguenti minori emissioni) e promozione del diritto di mobilità per le fasce della popolazione a reddito più basso⁷⁷.

Tra i principali fattori che influiscono maggiormente sulla decisione delle amministrazioni di bandire o meno le gare vengono infatti in considerazione: la natura dei vincoli finanziari a cui gli enti sono

dall'altro ha previsto un regime concessorio, oltre ad un sistema di rilevanti sussidi statali, nel settore del trasporto pubblico locale.

⁷⁵ Il riferimento è ai c.d. fenomeni di “cattura del regolatore” e “cattura del regolato”, derivanti soprattutto dalla coincidenza tra l'ente proprietario delle imprese partecipanti alla gara e l'ente che indice la gara pubblica di selezione del fornitore del servizio. Si è già messo in evidenza come la normativa nazionale, pur promuovendo la concorrenza per il mercato, abbia manifestato nel tempo cedimenti fatali alle pressioni delle aziende e degli enti proprietari. Oltre alle continue proroghe nell'applicazione della disciplina, si è consentito ai Comuni che bandiscono la gara di partecipare alla stessa con l'azienda da loro controllata. Si è poi ventilata l'ipotesi di escludere dalla partecipazione anche concorrenti di paesi europei con argomentazioni incentrate sulla mancata reciprocità. Oltretutto, è stato messo a punto un sistema complesso di “servizi minimi” che le amministrazioni sono tenute a garantire, indipendentemente dai costi e dalla domanda reale, privilegiando il lato dell'offerta a discapito dell'efficienza gestionale e della qualità del servizio a beneficio dell'utenza e dei contribuenti.

⁷⁶ I disavanzi di gestione crescenti sarebbero resi possibili anche dalla forte contribuzione pubblica che riguarda il mercato dei TPL, si v. quanto emerso dalla indagine conoscitiva dell'AGCM IC47: *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, conclusasi nel 2016, dalla quale emerge che: «il tasso di copertura dei costi da parte dei ricavi tariffari risulta molto basso in Italia: in media circa il 30% dei costi, se si guarda solo al TPL su gomma; il 38% considerando tutte le modalità di trasporto», in www.agcm.it.

⁷⁷ In senso critico rispetto alle motivazioni poste a fondamento della riduzione delle tariffe, si v. G.L. ALBANO, A. HEIMLER, M. PONTI, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, cit., 124 ss., i quali rilevano che la strategia inerente all'abbassamento delle tariffe in realtà si presenta poco efficiente, in quanto è meglio internalizzare le esternalità direttamente, piuttosto che tentare di eliminarle attraverso le elasticità incrociate; oltre ad essere poco efficace, perchè l'elasticità incrociata alle tariffe del trasporto pubblico locale da parte di chi usa l'automobile, a causa dell'elevato valore del tempo nelle società industriali, è bassa. Oltretutto, ad essere favorite non sarebbero le fasce della popolazione più povere, ma quelle più ricche, dato che le aree di gran lunga meglio servite dal trasporto pubblico sarebbero i centri storici a discapito delle zone periferiche (caratterizzate dall'esilità delle “linee di desiderio”), normalmente abitate da ceti operai. I medesimi A. ricordano anche l'effetto “Mobring” in base al quale sussidiando un servizio di trasporto pubblico locale se ne aumenterebbe l'utenza, il che comporta necessariamente un aumento del numero delle corse. Per approfondimenti in merito si v. H. MOHRING, *Optimization and scale economies in urban bus transportation*, in *American economic review*, 1972, 591 ss.

assoggettati, il grado di trasparenza delle decisioni delle amministrazioni ed i timori di carattere “sociale”, riguardanti i possibili risvolti occupazionali derivanti dallo svolgimento di procedure di selezione, in grado di sovvertire lo stato occupazionale esistente⁷⁸.

La prevalenza nel sistema italiano di un modello di finanza derivata, per cui è lo Stato, soggetto distinto da quello che pianifica e affida i servizi, ad erogare la maggior parte delle risorse, ha impedito che si delineasse un rapporto direttamente proporzionale tra le risorse pubbliche impiegate ed i risultati ottenuti, potendo gli enti confidare comunque su un trasferimento di fondi, indipendentemente dall'efficienza dei servizi resi⁷⁹.

Siffatta condizione è stata resa possibile anche dall'opacità che spesso ha caratterizzato i processi decisionali delle amministrazioni in ordine alla modalità gestionale prescelta⁸⁰.

Nonostante le indicazioni provenienti anche dall'ordinamento comunitario in merito al rispetto dei principi generali di trasparenza, economicità ed efficacia⁸¹, per ciò che riguarda le decisioni di affidamento *in house* è spesso prevalso un atteggiamento poco propenso ad una dichiarazione esplicita delle valutazioni comparative tra i benefici dell'affidamento diretto e quello tramite gara.

⁷⁸ Un aspetto critico delle gare espletate è stato individuato nella previsione di clausole sociali eccessivamente ampie: per tale ragione il Regolamento dell'ART sul bando tipo (cfr. del. ART 49/2015, all. A, Misura 8, sostituito dalla del. ART n. 154/2019, Misura 21, in www.autorita-trasporti.it) specifica alcune misure inerenti il trasferimento del personale dal gestore uscente a quello entrante. Anche l'AGCM è intervenuta in merito, sottolineando come sia essenziale che la clausola sociale non sia troppo estesa, quanto piuttosto definita in modo tale che eventuali limiti e restrizioni siano compatibili con l'organizzazione dell'impresa subentrante. L'esigenza di mantenimento dei livelli occupazionali deve infatti trovare un giusto temperamento con gli obiettivi di risparmio di spesa pubblica e con il rispetto della libertà di organizzazione del lavoro dell'impresa. Cfr. AGCM, Parere AS1260 reso al Comune di Fiumicino (RM) – *Gara per l'affidamento dei servizi di rete TPL integrati con i servizi di trasporto scolastico*, in Boll. 7/2016, in www.agcm.it.

⁷⁹ A ciò si cerca di porre rimedio, come visto, nell'ambito della disciplina introdotta con l'art. 27 del d.l. n. 50/2017, con cui si prevede un complesso meccanismo di ripartizione del Fondo nazionale basato sul superamento della spesa storica, per passare progressivamente ai costi ed ai fabbisogni standard. In particolare, per quanto qui di interesse, sembra opportuno riportare il testo dell'art. 27, co. 2, lett. d), con cui si prevede che: «d) riduzione in ciascun anno delle risorse del Fondo da trasferire alle regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti adottate ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera f), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, qualora bandite successivamente all'adozione delle predette delibere. La riduzione si applica a decorrere dall'anno 2021; in ogni caso non si applica ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e alle disposizioni normative nazionali vigenti». Siffatta disposizione è esemplificativa dell'atteggiamento “ambivalente” del legislatore nazionale che, da un lato esplicita direttamente il *favor* per le procedure ad evidenza pubblica, prevedendo un sistema di incentivi-disincentivi, e, per altro verso, al fine di non porsi in contrasto con l'ordinamento europeo, fa salve le ipotesi di affidamento rispettose del Reg. CE n. 1370/2007, ovvero anche le ipotesi di affidamento in assenza di procedura ad evidenza pubblica.

⁸⁰ Opacità che dovrebbe via via scomparire, anche in ragione delle Misure regolatorie predisposte dall'ART, per ciò che riguarda gli affidamenti, siano essi con gara o in via diretta, cfr. in via esemplificativa Misura 2 e Misura 15 dell'all. A della del. ART n. 154/2019, in www.autorita-trasporti.it.

⁸¹ Cfr. in particolare il considerando 20 del Regolamento CE n. 1370/2007.

Ciò anche in ragione del mai esplicitamente dichiarato timore del “costo sociale” troppo elevato che potrebbe essere richiesto in caso di cambio di gestione del servizio a seguito di una selezione ad evidenza pubblica.

A fronte della vittoria di un nuovo operatore, infatti, il gestore *incumbent* si troverebbe costretto a cessare interamente la propria attività, con inevitabili e gravose conseguenze sulla forza lavoro, soprattutto in un settore, come quello del trasporto pubblico locale, che si può definire senza dubbio *labour intensive*.

In tale prospettiva, dunque, devono essere lette le disposizioni dell’ordinamento interno che hanno imposto oneri motivazionali stringenti ai fini del ricorso all’affidamento diretto⁸²: le stesse, infatti, sembrano doversi qualificare come un rimedio necessario alle prassi che si sono venute a consolidare nella realtà di fatto, piuttosto che come un pregiudizio “automatico ed acritico” nei confronti del meccanismo dell’affidamento *in house*⁸³.

4. L’affidamento *in house* ed il disposto normativo di cui all’art. 5, paragrafo 2 del Regolamento (CE) n. 1370/2007: alcune questioni interpretative a livello europeo e nazionale

Come più volte ricordato, in attesa di una disciplina generale di riordino in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale, la scelta di fondo espressa nell’art. 5, paragrafo 2 del Regolamento CE n. 1370/2007 ha assunto una portata generale, costituendo l’esternalizzazione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri soltanto una possibilità e non una scelta imposta dall’ordinamento comunitario.

⁸² Cfr. artt. 5 e 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016; art. 16 d.lgs. n. 175/2016, c.d. Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica (TUSPP).

⁸³ Si v. in tal senso quanto affermato dal Cons. St., sez. III, 7 maggio 2015, sent. n. 2291, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha affrontato la questione se contrasti con il diritto UE una disposizione, quale l’art. 4, co. 7, d.l. n. 95/2012, la quale limita in modo pressochè assoluto il ricorso al modello *in house* per quanto riguarda l’acquisizione da parte delle pp.aa. dei beni e servizi strumentali all’espletamento delle proprie attività d’istituto. In particolare, il Consiglio di Stato così afferma: «se dunque, l’affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio, l’esistenza di una sua disciplina normativa a livello comunitario (...) consente tale forma di affidamento, ma non obbliga i Legislatori nazionali a disciplinarla, né impedisce loro di limitarla o escluderla in determinati ambiti [...] La circostanza che un affidamento *in house* non contrasti con le direttive comunitarie non vuol dire che sia contraria all’ordinamento UE una norma nazionale che limiti ulteriormente il ricorso all’affidamento diretto». Cfr. da ultimo anche Cons. St., sez. III, 3/marzo 2020, sent. 1564, in www.giustizia-amministrativa.it, nell’ambito della quale si riconosce che nonostante la proposizione della questione pregiudiziale operata dalle tre ordinanze del Cons. St. sopra richiamate (*sub* nota 63), l’art. 192, co. 2 d.lgs. n. 50/2016 risulterebbe ancora in vigore, non essendovi «un contrasto così lampante e netto con norme vincolanti dell’ordinamento UE da imporne la immediata disapplicazione giudiziale». Si v. anche TAR Lazio, Roma, sez. II^{quater}, 6 maggio 2020, n. 4742, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che: «L’art. 34 del d.l. n. 179 del 2012, al pari dell’art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016, sono perciò prescrizioni di diritto nazionale sottratte ad un’interpretazione comunitariamente orientata, attesa la tendenziale indifferenza del diritto UE per l’argomento che trattano, e che l’operatore giuridico è tenuto a maneggiare sulla base degli elementi che trae dal proprio ordinamento, anche a livello costituzionale». Cfr. anche Corte Cost. n. 100/2020, *cit.*, par. 9 e ss.

L'applicazione della disciplina europea ha sollevato, inevitabilmente, alcune questioni interpretative⁸⁴: molteplici, infatti, sono le questioni pregiudiziali rimesse dai giudici nazionali alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con riferimento all'art. 5, paragrafo 2 ed all'art. 5, paragrafo 4 del Regolamento.

Su alcune questioni il giudice europeo si è già espresso⁸⁵, mentre su altre rimane per il momento irrisolto il dubbio interpretativo⁸⁶.

Con riferimento in particolare all'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 5, paragrafo 2 del Regolamento, si ricorda quanto statuito dalla Corte di Giustizia con sentenza inerente alla causa C-253/2018, in merito ad un progetto per l'aggiudicazione diretta di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus ed altri veicoli a motore, affidato con un contratto di appalto da parte della città di Euskirchen (Germania).

Sul punto la Corte è chiara nel ricordare che: «l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, deve essere interpretato nel senso che esso non si applica all'aggiudicazione diretta di contratti

⁸⁴ Sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento CE n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia si v. Comunicazione della Commissione Europea 2014/C 92/01, del 29/3/2014 in G.U.U.E. C 92/1, in www.eur-lex.europa.eu.

⁸⁵ Cfr. Corte Giustizia Unione Europea, sez. IV, sent. 21/3/2019, causa C-350/2017 e C-351/2017, in www.leggiditaliaprofessionale.it, avente ad oggetto la definizione dell'ambito di efficacia temporale del Regolamento, con riguardo all'interpretazione degli artt. 5 ed 8 del Regolamento, in base alla quale: «l'art. 5 di tale regolamento non è applicabile ad un procedimento di aggiudicazione svoltosi prima del 3 dicembre 2019, cosicché un'autorità competente che, mediante una decisione di aggiudicazione conclusiva di una procedura di gara, attribuisca prima di tale data un contratto di concessione di un servizio pubblico di trasporto locale di passeggeri su strada non è tenuta a conformarsi a detto articolo 5».

⁸⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, ord. 29 maggio 2017, n. 2554, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha rimesso in via pregiudiziale alla CGUE alcuni quesiti inerenti l'interpretazione dell'art. 5, paragrafo 2, in particolare: 1. Se l'articolo 5, par. 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto - di cui alle lettere "b" e "d" - per un operatore interno, di partecipare a gare *extra moenia*), debba o meno trovare applicazione anche agli affidamenti aggiudicati in epoca precedente all'entrata in vigore del medesimo regolamento; 2. Se sia astrattamente riconducibile alla qualifica di 'operatore interno' - ai sensi del medesimo regolamento ed in eventuale analogia di *ratio* con la giurisprudenza formata sull'istituto dell'*in house providing* - una persona giuridica di diritto pubblico titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell'Autorità statale, laddove la prima sia direttamente collegata alla seconda sotto il profilo organizzativo e di controllo ed il cui capitale sociale sia detenuto dallo Stato medesimo (integralmente o pro quota, in tal caso unitamente ad altri enti pubblici); 3. Se, a fronte di un affidamento diretto di servizi ricadenti nell'ambito di disciplina del regolamento (CE) n. 1370/2007, il fatto che, successivamente all'affidamento, l'Autorità statale di cui si è detto istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi in questione (rimanendo peraltro in capo allo Stato l'esclusivo potere di disporre del titolo concessorio) - ente che non esercita alcun "controllo analogo" sull'affidatario diretto dei servizi - sia o meno una circostanza idonea a sottrarre l'affidamento in questione al regime dell'articolo 5, par. 2 del regolamento; 4. Se l'originaria scadenza di un affidamento diretto oltre il termine trentennale del 3 dicembre 2039 (termine decorrente dalla data di entrata in vigore del regolamento (CE) 1370/2007) comporti comunque la non conformità dell'affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata, ad ogni fine giuridico, per implicita riduzione "*ex lege*" (articolo 8, par. 3 cpv) a tale termine trentennale". Da ultimo, cfr. anche TAR Lazio, Latina, sent. n. 2555/2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

aventi ad oggetto servizi di trasporto pubblico con autobus che non assumono la forma di contratti di concessione, ai sensi della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione». Ove, infatti, si tratti di appalti rientranti nell'ambito di applicazione materiale e *ratione temporis* della direttiva 2004/17/CE o della direttiva 2004/18/CE, le aggiudicazioni dirette di contratti che hanno ad oggetto servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus e che non assumono la forma dei contratti di concessione sono soggette al regime delle aggiudicazioni dirette che si è sviluppato sulla base delle sopra menzionate direttive⁸⁷, non potendo trovare applicazione la disciplina del Regolamento europeo (art. 5, paragrafo 2, Reg. CE n. 1370/2007). Sempre con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo, poi, la stessa Corte di Giustizia con sentenza n. 518/2017, ha specificato ulteriormente il perimetro di applicazione delle disposizioni del Regolamento⁸⁸.

Si afferma, infatti, che: «in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007, ai fini dell'aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, soltanto le disposizioni di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, del medesimo regolamento non trovano applicazione, mentre le altre disposizioni di tale regolamento restano applicabili (sentenza del 27 ottobre 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, punto 41)».

Risultano dunque applicabili non solo alle concessioni, ma anche agli appalti di servizi di trasporto pubblico di passeggeri su strada e su ferrovia, le restanti disposizioni del Regolamento, tra le quali si ricorda in particolare l'art. 7, con cui si disciplinano gli obblighi di pre-informazione⁸⁹.

Il suddetto articolo è stato recentemente oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia, a fronte di una questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale e riguardante, in particolare, la compatibilità

⁸⁷ Cfr. Corte Giustizia Unione Europea sez. X, 8/5/2019, causa C-253/2018, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

⁸⁸ Cfr. Corte di Giustizia Unione Europea sez. IX, 20/09/2018, causa C-518/17, in www.leggiditaliaprofessionale.it, avente ad oggetto più precisamente la questione pregiudiziale posta dalla Corte amministrativa austriaca in merito all'applicabilità dell'art. 7, paragrafo 2 del Regolamento CE n. 1370/2007, riguardante gli obblighi di pre-informazione, anche agli appalti di servizio pubblico di trasporto passeggeri con autobus che sono, in linea di principio, aggiudicati conformemente alle procedure previste dalla direttiva 2014/24 o dalla direttiva 2014/25. Significativa, sul punto, è la ricostruzione della disciplina operata dalla Corte, secondo la quale, considerato che le direttive 2014/24-25 prevedono regole generali relative agli ambiti disciplinati dal Regolamento CE n. 1370/2007 (cfr. art. 48, paragrafo 1, direttiva 2014/24 e art. 67, paragrafo 1 direttiva 2015/25), «l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007 impone obblighi più specifici di quelli delle direttive 2014/24 e 2014/25 e, in quanto *lex specialis*, prevale su queste ultime (v., in tal senso, sentenza del 27 ottobre 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, punto 47)». Cfr. anche CGUE, C-292/15 del 27 ottobre 2016, in www.curia.europa.eu.

⁸⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, sent. 20 gennaio 2020, n. 441, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui si riconosce l'applicabilità dell'art. 7, paragrafo 2 Regolamento CE n. 1370/2007 anche agli appalti di servizio pubblico di trasporto con autobus che sono, in linea di principio, aggiudicati conformemente alle procedure previste dalla direttiva 2014/24/UE o dalla direttiva 2014/25/UE. Il Consiglio di Stato, tuttavia, in conformità a quanto statuito dalla già ricordata pronuncia della CGUE, causa C- 518/17, riconosce che comunque la violazione dell'obbligo di pre-informazione non comporta un annullamento della conseguente gara di appalto espletata, «purchè i principi di equivalenza, di effettività e parità di trattamento siano rispettati, circostanze che spetta al giudice (del rinvio) verificare».

con il diritto europeo dell'interpretazione del suddetto art. 7, paragrafi 2 e 4, fornita dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e precedentemente sostenuta anche dall'Autorità di Regolazione e dei Trasporti e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'ambito di una segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017⁹⁰.

La vicenda “incubatrice” che ha dato origine alla suddetta segnalazione si è sviluppata in Sardegna, dove la Regione aveva pubblicato un avviso di pre-informazione alla fine del 2015, per l'affidamento del servizio ferroviario.

La società Arriva Italia rail aveva comunicato, all'inizio del 2016, il proprio interesse a partecipare alla procedura di affidamento. A fronte della ricezione della manifestazione di interesse, la Regione Sardegna, dopo aver fornito alla società Arriva Italia rail gli elementi informativi, nei limiti di quanto in proprio possesso e nel rispetto degli obblighi di riservatezza derivanti dalla negoziazione con il gestore *incumbent* (Trenitalia), ometteva di svolgere un confronto competitivo tra tutti gli interessati che avevano manifestato il proprio interesse, procedendo con affidamento diretto. Ne è seguita una controversia, ulteriore a quella tra la Regione Sardegna ed Arriva Italia rail, che vedeva il diretto coinvolgimento, come ricorrente nei confronti della Regione Sardegna, della stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Secondo l'interpretazione fornita dall'AGCM dell'art. 7, paragrafi 2 e 4 del Regolamento, l'autorità affidante sarebbe obbligata a «pubblicare o comunicare tutte le informazioni necessarie per effettuare una valutazione comparativa delle offerte eventualmente ricevute e per realizzare un confronto competitivo effettivo»⁹¹.

Si legge infatti testualmente nella segnalazione che: «il maggiore obbligo motivazionale in caso di affidamento diretto concerne sia la scelta della procedura da seguire, sia la scelta del concessionario. In particolare, esso risulta particolarmente rigoroso quando, a seguito della pubblicazione dell'avviso di cui

⁹⁰ Cfr. *Atto di segnalazione congiunta AGCM, ANAC, ART*, 25 ottobre 2017, in www.anticorruzione.it. Per una completa disamina della vicenda che ha dato origine alla segnalazione, nonché per un'analisi critica dell'atto di segnalazione, si v. L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione “normativa”*, in *GdA*, 2/2018, 256 ss. In particolare, sembra opportuno richiamare quanto efficacemente evidenziato dall'A. in merito al “pericolo” insito nella interpretazione dell'art. 7 del Regolamento n. 1370/2007 contenuta nell'atto di segnalazione e che sarebbe fatta propria solo dalle amministrazioni affidanti dell'ordinamento italiano, con conseguente rischio del verificarsi di «condizioni di non reciprocità: un'impresa che nel proprio Paese d'origine continua a beneficiare di affidamenti diretti potrebbe entrare nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario regionale senza che le imprese italiane possano fare altrettanto nello Stato membro dell'impresa nuova entrante. Per questo la questione della scarsa concorrenza andrebbe portata o al legislatore europeo oppure, in subordine, alla Corte di giustizia le cui sentenze pregiudiziali sono fonte del diritto che vincola tutti: giudici e amministrazioni nazionali». Così, in effetti, è accaduto, a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal TAR Sardegna con ordinanza del 4 luglio 2018, nell'ambito della controversia tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Regione Autonoma della Sardegna in merito all'aggiudicazione diretta a Trenitalia s.p.a., da parte della Regione Sardegna, di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia.

⁹¹ Cfr. Corte di Giustizia Unione Europea, sez. X, 24 ottobre 2019, sent. n. 515/2018, in www.curia.eu.it.

all'art. 7, par. 2, del Regolamento, siano pervenute due o più manifestazioni di interesse. In questo caso, l'ente affidante deve, non solo adeguatamente giustificare perché ritiene che gli obiettivi di servizio pubblico siano garantiti meglio, in termini di efficacia ed efficienza, da un affidamento diretto rispetto ad una procedura aperta, e perché ciò superi il test di proporzionalità, ma nella scelta dell'affidatario dovrà anche chiarire in che modo sono rispettati i principi di imparzialità e parità di trattamento. Ciò implica che nel caso in cui siano state presentate manifestazioni di interesse alternative, l'obbligo motivazionale, di cui all'art. 7, par. 4, del Regolamento e dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012, deve obbligatoriamente includere anche le ragioni che sono alla base della scelta stessa di un soggetto in luogo di un altro. Il che a sua volta presuppone necessariamente che questa sia supportata da un'analisi comparativa delle offerte presentate»⁹².

A smentire siffatta impostazione è intervenuta la Corte di Giustizia, che, pronunciandosi direttamente sull'interpretazione dell'art. 7 del Regolamento, ha ancora una volta ribadito l'equiordinazione tra i due regimi dell'aggiudicazione diretta e dell'aggiudicazione previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica.

Facendo prima riferimento all'interpretazione letterale delle disposizioni in esame (art. 7, paragrafi 2 e 4) – «che non richiedono la pubblicazione o la comunicazione delle informazioni sull'aggiudicazione prevista che consentano di predisporre un'offerta idonea a essere oggetto di una valutazione comparativa, né prevedono l'organizzazione di una valutazione comparativa delle offerte eventualmente ricevute dopo la pubblicazione di tali informazioni»⁹³ –, poi all'interpretazione sistematica e teleologica, la Corte ha affermato che i paragrafi 2 e 4 dell'art. 7, avuto riguardo al contesto ed agli obiettivi della normativa di cui fanno parte, non ammettono alcuna ipotesi di “confronto competitivo” nel caso di affidamento senza gara.

La Corte, infatti, ricorda che: «l'articolo 2, lettera h), del regolamento citato è inteso a distinguere due regimi di aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia definendo la nozione di “aggiudicazione diretta” come l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara. Di conseguenza, l'“aggiudicazione diretta” esclude qualsiasi previa procedura di gara». Diversamente, accogliendo l'impostazione dell'AGCM (ma anche dell'ART e dell'ANAC), si assimilerebbe la procedura di affidamento diretto alla procedura di gara, senza tenere conto delle «importanti differenze che il regolamento n. 1370/2007 prevede riguardo ad esse».

⁹² Cfr. *Atto di segnalazione congiunta AGCM, ANAC, ART*, 25 ottobre 2017, *cit.*, 5.

⁹³ Cfr. Corte di Giustizia Unione Europea, sez. X, 24 ottobre 2019, sent. n. 515/2018, *cit.*, paragrafo 24.

Sulla base di quanto affermato dalla Corte di Giustizia, dunque, i meccanismi di trasparenza previsti a livello europeo (con regolamento *self-executing*) al fine di consentire ad un operatore economico di contestare, a partire dal momento indicato in tale disposizione, ovvero dalla pubblicazione dell'obbligo di pre-informazione, il principio stesso dell'aggiudicazione diretta⁹⁴, non possono essere interpretati dal legislatore nazionale (assecondando l'impostazione seguita dalle tre autorità AGCM, ANAC e ART, nell'ambito di una semplice segnalazione) come strumenti idonei a limitare il ricorso alle procedure di affidamento diretto, considerato che quest'ultimo trova invece piena cittadinanza nell'ordinamento europeo.

Pur dovendosi apprezzare l'effetto a cui mira la segnalazione, ovvero quello di superare la distorsione derivante dall'eccessiva estensione degli affidamenti diretti in luogo di quelli concorsuali nel trasporto ferroviario regionale, non sembra dunque per nulla condivisibile, alla luce di quanto affermato dalla stessa Corte di Giustizia, lo strumento utilizzato (ovvero la "segnalazione") e l'interpretazione "manipolativa" adottata nei confronti dell'art. 7 del Regolamento.

Un'impostazione più corretta e coerente sembra essere stata quella successivamente adottata dall'ART, che, nell'ambito della delibera n. 154/2019 – atto di regolazione contenente le misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, nonché per la definizione degli schemi dei contratti di servizio affidati direttamente o esercitati da società *in house* o da società con prevalente partecipazione pubblica –, prevede la redazione, da parte dell'ente affidante, «di un'apposita Relazione di Affidamento (di seguito: RdA), che costituisce parte integrante della documentazione che disciplina la procedura di affidamento, pubblicata sul sito web istituzionale dell'EA [ente affidante] e contestualmente trasmessa all'Autorità ai fini di vigilanza, volta a garantire adeguate condizioni di trasparenza e la valutazione della legittimità delle scelte effettuate. L'Autorità può formulare osservazioni entro 45 giorni dal ricevimento della predetta RdA»⁹⁵.

La possibilità da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti di formulare osservazioni deve ritenersi compatibile con il principio di pari dignità delle modalità di affidamento: in tale modo, infatti, il vaglio preventivo di legittimità della modalità prescelta (sia essa la gara o l'affidamento diretto), oltre ad essere previsto da un atto di regolazione, che può sfociare in una misura sottoponibile a controllo giurisdizionale,

⁹⁴ Cfr. Corte di Giustizia Unione Europea, sez. X, 24 ottobre 2019, sent. n. 515/2018, *cit.*, paragrafo 33. Cfr. in tal senso anche: CGUE sentenza del 20 settembre 2018, Rudigier, C-518/17, EU:C:2018:757, punti 64 e 66.

⁹⁵ Cfr. delibera ART n. 154/2019, all. A, Misura n. 2, in www.autorita-trasporti.it.

non comporta un trattamento differenziato dell'affidamento diretto attraverso un'interpretazione applicativa che ne limita indirettamente la portata⁹⁶.

L'atto di regolazione dell'ART, essendo riferibile indifferentemente alle ipotesi di affidamento diretto o con gara, appare in linea con la *ratio* stessa del regolamento n. 1370/2007, il quale, mirando a stabilire una maggiore trasparenza per i contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente, prevede misure di pubblicità «dirette a consentire ai potenziali operatori di servizi pubblici di reagire [...], a partire dalla pubblicazione [dell'avviso di pre-informazione, nei confronti del] principio stesso dell'aggiudicazione diretta [...] senza che l'autorità competente sia previamente obbligata a pubblicare o a comunicare agli operatori economici interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi possano presentare un'offerta seria e ragionevole»⁹⁷.

La suddetta Relazione di Affidamento dovrà necessariamente coordinarsi con la relazione *ex art.* 34, co. 20 del d.l. n. 179/2012⁹⁸, che, non definendo una specifica tempistica di redazione/pubblicazione rispetto alle varie fasi della procedura di affidamento, potrà essere redatta congiuntamente oppure in forma separata, dovendosi considerare la RdA come atto distinto, parte integrante della documentazione che disciplina la procedura di affidamento e, come tale, pubblicato sul sito dell'ente affidante e contestualmente trasmesso all'ART⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. *Relazione istruttoria* allegata alla delibera ART n. 154/2019, in www.autorita-trasporti.it, 14, che, a conferma di quanto detto, così si esprime: «un'ultima annotazione merita il tema della scelta della modalità di affidamento, su cui alcuni *stakeholder* (in particolare IM e CO) si sono soffermati, richiedendo in particolare una maggiore esplicitazione delle condizioni di ammissibilità. Tale aspetto è già stato oggetto di approfondimento nella Relazione Illustrativa di cui alla delibera ART n. 143/2018, in cui si dà evidenza *inter alia* del fatto che “Ferma restando la discrezionalità dell'EA nella scelta delle procedure di affidamento dei servizi come ammesse dall'ordinamento, le diverse modalità sono tuttavia assoggettate a specifici obblighi di monitoraggio/verifica delle prestazioni, nonché di natura informativa e motivazionale, con riferimento in particolare agli articoli 5 e 7 del regolamento (CE) 1370/2007” (cfr. § 3.1). Nel rimandare quindi alla precedente trattazione, si evidenzia come i profili di attribuzione in capo all'Autorità non prevedano alcuna (ulteriore) forma di “interpretazione applicativa” delle disposizioni legislative vigenti, non comportando quindi alcuna modifica al testo dell'atto di regolazione in oggetto. Si ritiene altresì opportuno ribadire come la scelta della modalità di affidamento (e, conseguentemente, della relativa procedura) resti di esclusiva competenza dell'EA, nel rispetto di quanto disposto dal punto 1 della Misura 1, con riferimento alle “diverse modalità ammesse dall'ordinamento”, ovvero le previsioni di cui al citato art. 5, par. da 1 a 6, del regolamento (CE) 1370/2007».

⁹⁷ Cfr. Corte di Giustizia Unione Europea, sez. X, 24 ottobre 2019, sent. n. 515/2018, *cit.*, paragrafi 31 e ss. In particolare, si osservino i considerando nn. 25 e 30 del Reg. CE n. 1370/2007.

⁹⁸ Nonché per gli affidamenti *in house* che assumono la forma di contratti di servizi, con la motivazione rafforzata, di cui deve essere corredato l'atto deliberativo di affidamento, imposta *ex art.* 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, anche per i contratti sotto soglia. Cfr. Corte Cost., sent. n. 100/2020, *cit.*, nell'ambito della quale si afferma che: «l'art. 192, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 [...] riguarda tutti i casi di affidamento in house di contratti aventi ad oggetto “servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza”, anche ove si tratti di contratti sotto soglia, per i quali, ai sensi dell'art. 36 del medesimo codice, è comunque prevista una gara semplificata (fatte salve ipotesi minimali di affidamento diretto non ricorrenti nel caso di specie) in alternativa a quella ordinaria (in ogni caso e quindi anche per le cennate ipotesi minimali)». Nonostante l'ampia portata applicativa, espressa dalla Corte, l'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, non troverebbe tuttavia applicazione, a mio avviso, nei confronti dei contratti esclusi dall'applicazione del codice, tra i quali appunto rientrano le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento n. 1370/2007 (cfr. art. 18, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 50/2016).

⁹⁹ Cfr. *Relazione istruttoria* allegata alla delibera ART n. 154/2019, *cit.*, 13 ss.

5. *Segue*. L'affidamento diretto nelle ipotesi marginali c.d. *de minimis* di cui all'art. 5, paragrafo 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007: la nozione di "divieto posto dalla legislazione nazionale" e l'art. 18, co. 2 del c.d. decreto Burlando

Il tema relativo alle modalità di affidamento, nonostante i vari interventi chiarificatori della Commissione europea¹⁰⁰ e della Corte di Giustizia, non ha mai smesso di suscitare interesse.

L'argomento, oltretutto, risulta essere di stretta attualità, specialmente ove si consideri che la disciplina europea prevedeva la scadenza del 3 dicembre 2019 per i sistemi di gestione ed affidamento in essere¹⁰¹.

Come comportarsi, dunque, nei confronti dei nuovi affidamenti?

Considerata la clausola posta nell'*incipit* dell'art. 5, commi 2 e 4, che riconoscono la facoltà di affidamento diretto¹⁰² «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale», occorre verificare se, nella legislazione nazionale, possano configurarsi preclusioni espresse e radicali all'utilizzo dell'affidamento *in house*.

Come noto, posto che l'affidamento *in house*, da istituto di origine pretoria comunitaria¹⁰³, è divenuto oggetto di espressa disciplina positiva relativa all'affidamento di contratti pubblici in ambito nazionale (cfr. artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50/2016¹⁰⁴)¹⁰⁵ sarà necessario individuare gli eventuali divieti espressi all'utilizzo della modalità di aggiudicazione *in house* nella disciplina settoriale del trasporto pubblico locale.

¹⁰⁰ Cfr. la già citata Comunicazione interpretativa della Commissione Europea, 2014/C 92/01, del 29/3/2014, *cit.*

¹⁰¹ Cfr. art. 8, paragrafo 2, lett. i), Reg. CE n. 1370/2007.

¹⁰² Con riferimento alla definizione di affidamento diretto nello specifico settore del TPL di passeggeri su strada e per ferrovia si v. art. 2 del Regolamento CE n. 1370/2007, in base al quale si definisce «"aggiudicazione diretta": l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara», ricostruendo così una nozione dell'affidamento *in house* più estesa rispetto a quella prevista dalla disciplina generale interna del codice dei contratti pubblici e del d.lgs. n. 175/2016 (cfr. art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, art. 2, co. 1, lett. o) e art. 16 d.lgs. n. 175/2016). La definizione del regolamento n. 1370/2007, infatti, appare applicabile non solo ai casi di vero e proprio affidamento *in house*, ma anche ai casi che non configurano in realtà tale fattispecie come gli affidamenti disciplinati dall'art. 5 riguardanti i soli trasporti ferroviari, quelli emergenziali e quelli sottosoglia. Per approfondimenti si v. M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. It. Dir. pubb. comun.*, fasc. 1, febbraio 2018, 183 ss.

¹⁰³ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98 (*Teckal Srl* contro Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia), in www.eur-lex.europa.eu. Per approfondimenti si v. *ex multis* C. CONTESSA, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, 2019, in www.giustizia-amministrativa.it. Per ulteriori approfondimenti cfr. nota 44.

¹⁰⁴ Sulle direttive appalti si v. per approfondimenti F. CARDARELLI, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma, 2015, 233 ss; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, 229.

¹⁰⁵ Oltre alla normativa attuativa delle Direttive europee in materia di contratti pubblici, si v. anche l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016. Per approfondimenti si v. A. Maltoni, *La partecipazione detenuta in società in house da privati e da altri enti non affidanti e controllanti* (cap. V) e *L'attività svolta in via prevalente a favore dell'ente o degli enti controllanti* (cap. VI), in M. Antonioli – C. Chiariello – M. Corradino – V. Donativi – F. Fracchia – S. Glinianski – A. Maltoni – S. Vernile (a cura di), *Le società in house*, *cit.*

In tal senso potrebbe rilevare quanto disposto dall'art. 18, co. 2 del d.lgs. n. 422/1997 (c.d. decreto Burlando), con cui si prevede il ricorso esclusivamente alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio¹⁰⁶.

Il dubbio circa la portata limitativa di detta disposizione è stato sollevato di recente dallo stesso Consiglio di Stato con ordinanza del 16 luglio 2018, n. 4303, di rimessione alla Corte di Giustizia della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale in presenza di una norma nazionale che fisserebbe la regola generale della gara pubblica¹⁰⁷.

Con l'ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia UE di chiarire la nozione di "divieto posto dalla legislazione nazionale" contemplato dall'art. 5, par. 4, del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007 per consentire agli Stati membri di prevedere l'obbligo della gara anche nelle ipotesi di affidamenti del servizio di TPL sotto soglia (c.d. ipotesi *de minimis*)¹⁰⁸.

La suddetta ordinanza di rimessione, pur sollevando il dubbio circa la corretta interpretazione della normativa europea nella suddetta ipotesi specifica, disciplinata dall'art. 5, paragrafo 4 del Regolamento (*i.e.*: relativa agli affidamenti: a. il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1.000.000 euro oppure b. che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300.000 km l'anno), in realtà assume particolare rilievo anche con riferimento all'impostazione generale del divieto di affidamento diretto, con riguardo a quanto disposto dall'art. 5, paragrafo 2 del Regolamento, relativo in generale a tutti i servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri¹⁰⁹.

Il massimo organo della giustizia amministrativa, infatti, ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione: se si possa ritenere operante il suddetto divieto soltanto in ragione della

¹⁰⁶ Cfr. art. 18, co. 2, d.lgs. n. 422/1997, cit., in base al quale: «Allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare: a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio».

¹⁰⁷ Analoga questione, seppure per un ambito specifico, differente rispetto al tema del trasporto pubblico, era stata posta sempre dal Consiglio di Stato per la verifica di compatibilità col diritto europeo di una normativa regionale ligure (l.r. Liguria n. 41/2006), nella parte in cui disponeva che il servizio di trasporto sanitario dovesse essere affidato senza gara ed in via prioritaria ad associazioni di volontariato sulla base di rimborsi non forfettari e determinati alla stregua delle sole spese in concreto sostenute, cfr. Corte di giustizia, 28 gennaio 2016, C-50/14. Per approfondimenti in merito si v. F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del giudice amministrativo: il problematico temperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 4 maggio 2016, n. 9/2016.

¹⁰⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 16 luglio 2018, ord. n. 4303, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁹ Cfr. art. 5, co. 4, del Regolamento CE n. 1370/2007: «A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico: a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7 500 000 EUR; oppure b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500 000 chilometri l'anno. Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 600 000 chilometri l'anno».

previsione operante nella legislazione nazionale della regola generale della gara per l'affidamento del contratto di servizio di TPL (*ex art. 18, co. 2, d.lgs. 422/1997*), ovvero se sia necessario un divieto espresso e riferito proprio a quelle fattispecie per cui il diritto europeo consente l'affidamento diretto.

Ove la Corte di Giustizia accogliesse la prima impostazione, i risvolti applicativi riguardanti l'interpretazione della nozione di “divieto posto dalla legislazione nazionale” finirebbero per avere un'ampia portata, non limitata alla sola ipotesi degli affidamenti sotto soglia, ma riguardante anche i casi disciplinati dall'art. 5, paragrafi *3bis*, *4bis*, *4ter* e 6 del medesimo regolamento, relativi all'affidamento diretto del trasporto pubblico di passeggeri su ferrovia, casi con riferimento ai quali trova parimenti applicazione la previsione secondo cui detta modalità di affidamento è possibile «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale»¹¹⁰.

Senza escludere che il legislatore statale¹¹¹ possa specificare preventivamente se sia possibile fare ricorso o meno ad affidamenti diretti nelle ipotesi esemplificate dal legislatore europeo – pur potendosi

¹¹⁰ Cfr. art. 5, paragrafi *3bis*, *4bis*, *4ter* e 6, Reg. CE n. 1370/2007: «*3bis*. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, relativamente ai contratti di servizio pubblico per il trasporto pubblico ferroviario di passeggeri aggiudicati mediante una procedura di gara, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente, per un periodo limitato, nuovi contratti qualora essa ritenga che l'aggiudicazione diretta sia giustificata da circostanze eccezionali. Tali circostanze eccezionali includono situazioni in cui:

- vi sono alcune gare pubbliche già gestite dall'autorità competente o da altre autorità competenti che potrebbero influenzare il numero e la qualità delle offerte che saranno probabilmente ricevute se il contratto è aggiudicato mediante procedura di gara, o

- sono necessarie modifiche dell'ambito di applicazione di uno o più contratti di servizio pubblico per ottimizzare la prestazione di servizi pubblici. [...]

4 bis. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico inerenti a servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri:

- a) qualora consideri l'aggiudicazione diretta giustificata dalle pertinenti caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati, e in particolare la loro dimensione, le caratteristiche della domanda, la complessità della rete, l'isolamento dal punto di vista tecnico e geografico e i servizi che rientrano nel contratto; e

- b) qualora tale contratto si traduca in un miglioramento della qualità dei servizi o dell'efficienza, o di entrambi, in termini di costi rispetto al contratto di servizio pubblico aggiudicato in precedenza. [...]

4 ter. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente può decidere di aggiudicare direttamente contratti di servizio pubblico inerenti servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri qualora tali contratti riguardino l'esercizio di soli servizi di trasporto ferroviario di passeggeri da parte di un operatore che gestisce simultaneamente tutta o gran parte dell'infrastruttura ferroviaria su cui i servizi sono prestati, qualora tale infrastruttura ferroviaria sia esclusa dall'ambito di applicazione degli articoli 7, *7 bis*, *7 ter*, *7 quater*, *7 quinquies*, 8, 13 e del capo IV della direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio in conformità dell'articolo 2, paragrafo 3, lettere a) o b), di tale direttiva. [...]

6. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, fatta eccezione per altri modi di trasporto su rotaia quali metropolitana o tram. In deroga all'articolo 4, paragrafo 3, la durata di tali contratti non è superiore a dieci anni, salvo nei casi in cui si applica l'articolo 4, paragrafo 4».

¹¹¹ La potestà legislativa delle Regioni, riconosciuta dall'art. 117 Cost., a seguito della riforma costituzionale del 2001 (cfr. Corte Cost., sent. n. 137/2018; sent. n. 211/2016; sent. n. 30/2016; sent. n. 452/2007, in www.giurcost.org), non impedisce allo Stato di intervenire nell'ambito delle proprie competenze legislative trasversali, ovvero quelle relative alla tutela della concorrenza, del coordinamento della finanza pubblica e quella dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali. Con riferimento in particolare ai criteri di tutela della libertà di concorrenza, le Regioni non possono, con propria normativa, determinare delle limitazioni a carico delle imprese di trasporto aventi sede nel territorio regionale

riproporre in tali casi la già esaminata questione pregiudiziale di compatibilità con il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche (art. 2TFUE) che, ad oggi, risulterebbe già risolta nei termini di quanto affermato dalla già richiamata pronuncia della Corte di Giustizia del 6 febbraio 2020¹¹² –, deve tuttavia dubitarsi che sia possibile interpretare l'art. 18, co. 2 del c.d. decreto Burlando nel senso di precludere la modalità dell'affidamento *in house*¹¹³.

Tale interpretazione dell'art. 18, co. 2, come divieto implicito, contrasterebbe con il criterio letterale di interpretazione delle disposizioni normative, nonché con il generale criterio cronologico di risoluzione delle antinomie: detta disposizione legislativa, infatti, oltre a non contenere alcun divieto espresso, è entrata in vigore anteriormente al regolamento europeo, che per sua natura è una normativa direttamente applicabile nel nostro ordinamento giuridico¹¹⁴.

Oltretutto, la norma del c.d. decreto Burlando deve essere letta anche alla luce dell'art. 61 della l. n. 99/2009 che, emessa nella prospettiva di uniformare la disciplina nazionale alla sopravvenuta disciplina europea¹¹⁵, consentiva alle autorità regionali e locali di avvalersi delle procedure disciplinate dal regolamento CE n. 1370/2007, anche in deroga alla disciplina di settore¹¹⁶.

(cfr. Corte Cost., sent. n. 30/2016, in www.giurcost.org). Tuttavia, si potrebbe comunque verificare un'influenza indiretta, da parte delle Regioni, in termini delimitazione all'affidamento *in house*, tramite la definizione dei bacini di mobilità, così M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, 21 luglio 2018, in www.lexitalia.it, 7 ss., i quali evidenziano che nel caso in cui la Regione individui un unico bacino di mobilità, coincidente con il territorio di tutta la Regione, per cui si prevede l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma con unico lotto, risulterebbe difficile procedere con un affidamento *in house*, a meno che non si decida di procedere alla creazione di un nuovo soggetto *in house* che raggruppi tutti i principali operatori regionali.

¹¹² Cfr. CGUE, ordinanza 6 febbraio 2020, cause riunite C89,90,91/2019, *cit.*

¹¹³ Così TAR Molise, sent. 3 agosto 2017, n. 278, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Giudice di primo grado nella vicenda che ha poi dato origine alla questione pregiudiziale in esame, aveva infatti ritenuto che, in analogia a quanto disposto dalla legge regionale settoriale, pur non essendoci un esplicito divieto, fosse comunque precluso l'affidamento diretto, avendo l'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997 previsto la gara come regola generale. Veniva quindi annullata la deliberazione con cui la giunta regionale del Molise aveva rimodulato la rete dei servizi minimi regionali di tpl, affidandone la gestione, in via diretta, ad un'impresa che già gestiva altre tratte regionali.

¹¹⁴ Si v. in senso contrario S. BUSTI, A. SANTUARI, *Il trasporto pubblico locale (TPL) tra regolazione e mercato*, in *Dir. trasp.*, 2009, 380 ss., che considerano la clausola posta nell'incipit dell'art. 5, co. 2 del Regolamento come una clausola di prevalenza, dovendosi definire la disciplina comunitaria «in un certo senso di secondo rango rispetto a quelle particolari degli Stati membri *in subiecta materia*».

¹¹⁵ La legge 99/2009 è entrata in vigore il 15 agosto 2009, mentre il Regolamento CE n. 1370/2007 è entrato in vigore il 3 dicembre 2009, pertanto, con l'art. 61 della l. n. 99/2009 il legislatore è intervenuto per consentire alle amministrazioni un adeguamento graduato alla disciplina europea, che, come detto, ha trovato piena applicazione dal 3 dicembre 2019. Sulla finalità dell'art. 61 della l. n. 99/2009, si v. A. ANNIBALI, *Trasporto pubblico locale su gomma e applicabilità dell'art. 5 del Reg. UE 1370/2007: una ricostruzione che non convince. La vicenda ATAC*, 5 marzo 2020, in www.lexitalia.it. Secondo l'A. la suddetta disposizione avrebbe l'esclusiva finalità di derogare alla procedura di gara quale unica modalità di affidamento consentita dall'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997. Prova ne sia che vengono richiamati solo i paragrafi 2, 4, 5 e 6 del Regolamento e non il paragrafo 3 dell'art. 5, che, per l'appunto, prevede la gara quale modalità di affidamento del servizio.

¹¹⁶ Nella disciplina di settore è intervenuto poi l'art. 4bis del d.l. n. 78/2009, della cui attuale efficacia si è già argomentato (cfr. par.II).

6. L'orientamento del giudice nazionale ed il ruolo del regolatore. Il caso ATAC s.p.a. quale spunto di riflessione: “eccezione che conferma la regola?”

Non risulta dunque ancora del tutto chiaro se l'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997 debba essere qualificato come un divieto implicito al ricorso agli affidamenti diretti delle concessioni di servizi di TPL regionale e locale, generalmente considerati come di ostacolo all'affermazione dei principi di trasparenza e di efficienza del mercato, oppure come una semplice “raccomandazione”, con il preciso scopo di sollecitare gli enti affidanti a tenere un comportamento giudicato più rispondente agli interessi comuni.

Siffatta ultima lettura, come già evidenziato, sembra maggiormente conforme al sistema gerarchico delle fonti operante nel nostro ordinamento, nonché coerente con l'impostazione del legislatore italiano in materia di TPL: si privilegia un sistema normativo di disincentivo economico all'utilizzo dell'affidamento *in house* e forme parziali di apertura contestuale al mercato, piuttosto che una chiusura assoluta e radicale al suddetto istituto.

Il riferimento alla disciplina nazionale di “incentivo-disincentivo” riguarda non soltanto il già citato art. 4bis del d.l. n. 78/2009, ma anche l'art. 27, co. 2, lett. d), d.l. n. 50/2017, che prevede, in determinate ipotesi, la riduzione del 15% del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con procedure di evidenza pubblica¹¹⁷.

L'art. 27 del d.l. n. 50/2017, oltre al suddetto sistema disincentivante, prevede – in modo forse non del tutto coerente, per coloro che privilegiano una interpretazione rigida dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997 – alcune eccezioni al suddetto meccanismo per le Regioni che non optano per la gara.

Rileva innanzitutto la prima ipotesi derogatoria contemplata dalla stessa lettera d), a norma della quale: «la riduzione non si applica ai contratti di servizio affidati alla data del 30 settembre 2017 in conformità alle disposizioni di cui al regolamento (CE) 1370/2007, sino alla loro scadenza, nonché per i servizi ferroviari regionali nel caso di avvenuta pubblicazione alla medesima data ai sensi dell'art. 7, comma 2 del regolamento (CE) 1370/2007»¹¹⁸.

¹¹⁷ Cfr. art. 27, co. 2, lett. d), d.l. n. 50/2017: «d) riduzione in ciascun anno delle risorse del Fondo da trasferire alle regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti adottate ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera f), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, qualora bandite successivamente all'adozione delle predette delibere. La riduzione si applica a decorrere dall'anno 2021; in ogni caso non si applica ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e alle disposizioni normative nazionali vigenti. La riduzione, applicata alla quota di ciascuna regione come determinata ai sensi delle lettere da a) a c), è pari al quindici per cento del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con le predette procedure. Le risorse derivanti da tali riduzioni sono ripartite tra le altre Regioni con le modalità di cui al presente comma, lettere a), b) e c) ».

¹¹⁸ Cfr. art. 27, co. 2, lett. d), d.l. n. 50/2017.

Stesse tutele, poi, sono previste per la riduzione del *quantum* del finanziamento alle singole Regioni, dato che: «in ogni caso, al fine di garantire una ragionevole certezza delle risorse finanziarie disponibili, il riparto derivante dall’attuazione delle lettere da a) a d) non può determinare per ciascuna Regione una riduzione annua maggiore del cinque per cento rispetto alla quota attribuita nell’anno precedente»¹¹⁹.

Il sopra richiamato art. 27, d.l. n. 50/2017, nella sua duplice componente di disincentivo e deroga (eccezione alla regola), risulta fortemente esplicativo dell’atteggiamento “oscillante” del legislatore nazionale: da un lato “diffidente” rispetto al meccanismo dell’*in house*, dall’altro “possibilista” con riferimento all’utilizzo dell’istituto, in conformità ai principi eurounitari.

Trattasi dello stesso atteggiamento che ha caratterizzato e tuttora caratterizza la giurisprudenza nazionale (cfr. le sopra menzionate questioni pregiudiziali avanzate nei confronti dell’art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016¹²⁰).

L’alternanza degli orientamenti giurisprudenziali in merito alla figura dell’*in house* – in alcuni casi “ordinaria modalità di aggiudicazione”, in altre ipotesi “forma derogatoria ed eccezionale rispetto all’affidamento con gara”¹²¹ –, ove riguardata nell’ambito del settore del trasporto pubblico locale, tuttavia, sembra cedere il campo ad una impostazione netta e risolutiva (per certi versi anche innovativa).

Nello specifico settore del TPL, infatti, la modalità di affidamento considerata negli altri settori dei servizi di interesse economico generale come una ipotesi “derogatoria” (in quanto soggetta ad obblighi di motivazione rafforzata ed al rispetto di determinati parametri), viene elevata a “regola”, al pari delle altre modalità di affidamento ovvero a «modalità ordinaria e nient’affatto eccezionale»¹²².

Così si esprime di recente il TAR Lazio, nell’ambito di una sentenza riguardante la proroga dell’affidamento del servizio di trasporto pubblico di superficie e di metropolitana in favore della società *in house* ATAC s.p.a. (controllata al 100% dal Comune di Roma), disposta da Roma Capitale ed oggetto di contestazione da parte dell’AGCM¹²³.

¹¹⁹ Cfr. art. 27, co. 2, lett e), d.l. n. 50/2017.

¹²⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, ord. 14 gennaio 2019, n. 293, 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 296; cfr. anche TAR Liguria, ord. 15 novembre 2018, n. 886, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. anche Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, sent. n. 1564, in www.giustizia-amministrativa.it, nell’ambito della quale – pur riconoscendosi che in realtà l’amministrazione affidante aveva adempiuto agli obblighi di cui all’art. 192, co. 2 d.lgs. n. 50/2016 («l’amministrazione appellata infatti non soltanto ha effettuato un’istruttoria, compiendo un’indagine di mercato al fine di verificare quali soluzioni gestionali sarebbero state in concreto possibili, ma ha anche valutato la proposta della società Forlifarma, comparandola con un *benchmark* di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società *in house* operanti nel territorio limitrofo») –, sembra affermarsi una connotazione “derogatoria” del meccanismo dell’*in house*, dovendosi ritenere siffatto istituto ammissibile a fronte di un obbligo di motivazione rafforzata.

¹²¹ Per approfondimenti in merito alla alternanza di punti di vista giurisprudenziali tra loro radicalmente alternativi, si v. C. CONTESSA, *Lo stato dell’arte in tema di affidamenti in house*, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 8. È del medesimo A. l’immagine dell’evoluzione del modello *in house* come istituto che si muove da sempre sul sottile crinale del rapporto fra la regola e l’eccezione.

¹²² Così il TAR Lazio, sez. II, 7 febbraio 2020, sent. n. 1680, in www.giustizia-amministrativa.it, paragrafo 10.2.

¹²³ Cfr. TAR Lazio, sent. n. 1680/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

La vicenda in esame riguarda l'impugnazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato della deliberazione dell'Assemblea capitolina recante proroga biennale dell'affidamento alla società ATAC s.p.a. dei suddetti servizi di trasporto pubblico locale, disposta ai sensi dell'art. 5, paragrafo 5 del Regolamento CE n. 1370/2007¹²⁴ - riguardante le ipotesi emergenziali di interruzione del servizio o di pericolo imminente della sua interruzione -, in ragione dell'incertezza circa l'accoglimento da parte del giudice fallimentare del Tribunale civile di Roma della proposta di concordato preventivo presentata dal Consiglio di Amministrazione della società.

In caso, infatti, di mancato accoglimento della proposta concordataria, con conseguente dichiarazione di fallimento di ATAC s.p.a., si sarebbe verificato, nella ricostruzione dell'amministrazione capitolina portata a motivazione della proroga, un'ipotesi di interruzione del servizio¹²⁵.

L'AGCM, contestando la legittimità della suddetta delibera di proroga, in quanto adottata in violazione dei principi a tutela della concorrenza e delle disposizioni in materia di affidamento dei servizi di TPL¹²⁶, ha promosso ricorso¹²⁷ al TAR Lazio, che, tralasciando le eccezioni formulate dalla difesa capitolina¹²⁸,

¹²⁴ Cfr. art. 5, paragrafo 5, Reg. CE n. 1370/2007: «L'autorità competente può adottare provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di una tale situazione. I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta o di un accordo formale per prorogare un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici. L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di determinati servizi pubblici. Il periodo in relazione al quale i contratti di servizio pubblico sono aggiudicati, prorogati o imposti con provvedimenti di emergenza non supera i due anni».

¹²⁵ Si v. per una ricostruzione completamente differente, con cui si considera nello specifico l'art. 14, co. 1, d.lgs. n. 175/2016, con la conseguente possibilità di una gestione provvisoria della società fallita (c.d. esercizio provvisorio), A. ANNIBALI, *Trasporto pubblico locale su gomma e applicabilità dell'art. 5 del Reg. UE 1370/2007: una ricostruzione che non convince. La vicenda ATAC*, cit., 3.

¹²⁶ Le violazioni alla disciplina comunitaria riguarderebbero non solo l'art. 5, paragrafo 5 del Regolamento CE n. 1370/2007, ma anche il considerando 24 del Regolamento che impone, quando vi sia il rischio di interruzioni della fornitura dei servizi, di adottare misure di emergenza a breve termine, in attesa dell'aggiudicazione di un nuovo contratto di servizio pubblico conforme a tutte le condizioni stabilite dal suddetto Regolamento. Secondo la ricostruzione dell'AGCM la proroga biennale non poteva certamente considerarsi come una misura emergenziale a breve termine con il fine di organizzare nel frattempo la necessaria procedura competitiva prodromica al nuovo affidamento: in considerazione delle motivazioni poste da ATAC s.p.a. a fondamento della decisione, infatti, secondo la ricostruzione dell'AGCM, la proroga avrebbe l'esclusivo scopo di permettere il risanamento aziendale (cfr. nota ATAC s.p.a. del 17/11/2017, in www.atac.roma.it).

¹²⁷ In realtà, già prima, l'AGCM aveva espresso parere motivato ai sensi dell'art. 21 *bis* della l. n. 287/1990, con il quale invitava Roma Capitale a comunicare le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza perpetrata con la proroga, considerata l'assenza di un pericolo imminente di interruzione del servizio e la contestuale restrizione alla libertà di stabilimento, ai sensi dell'art. 49 del TFUE, ed alla libera prestazione di servizi, prevista dall'art. 56 del TFUE, in www.agcm.it.

¹²⁸ Degna di particolare considerazione, in quanto esemplificativa del rapporto di collaborazione che ormai caratterizza il rapporto tra le diverse Authorities coinvolte AGCM, ART e ANAC (per approfondimenti in merito, si v. le considerazioni riguardanti la c.d. "ibridazione delle forme di regolazione", F. DI PORTO, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2006, 947 ss.), appare l'eccezione sollevata da Roma Capitale per difetto di legittimazione attiva dell'AGCM in relazione ai poteri delle altre autorità di regolazione, nonché per la mancata evocazione in giudizio di queste ultime. La stessa ANAC, infatti, era intervenuta sulla proroga, avviando un procedimento di vigilanza in data 19 gennaio 2018, poi conclusosi con delibera n. 270 del 26 marzo 2019, in www.anticorruzione.it, che ha confermato i rilievi e le criticità contestate in sede istruttoria, riguardanti la carenza dei presupposti di fatto e di diritto che giustificerebbero l'estensione dell'efficacia negoziale del

ha dichiarato infondato il ricorso, legittimando dunque l'affidamento diretto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 5, paragrafo 5 del Regolamento e ritenendo applicabile al caso di specie il sopra analizzato art. 5, paragrafo 2, della disciplina comunitaria¹²⁹.

Indipendentemente dalla ricostruzione interpretativa che viene fornita al requisito dell' "imminenza del pericolo di interruzione del servizio di trasporto pubblico" (art. 5, paragrafo 5 del Reg. CE n. 1370/2007) – configurabile avendo riguardo non solo all'elemento temporale, ma anche ad una valutazione prognostica complessiva della fattispecie concreta, in grado di prendere in considerazione tutti gli elementi idonei a determinare quale potrebbe essere lo sviluppo di una situazione e dunque il suo esito – ciò che maggiormente rileva è la netta presa di posizione, da parte del giudice nazionale, circa la perfetta conformità sia alla normativa eurounitaria, che alla normativa nazionale, dell'affidamento *in house*, «a fronte di un'impostazione del ricorso dell'AGCM che sembrerebbe contestare *in nuce* e ancor prima della proroga oggetto della delibera gravata la modalità di affidamento del servizio di TPL scelto da Roma Capitale»¹³⁰.

Alla luce della ricostruzione della disciplina normativa di riferimento operata dal TAR Lazio – secondo cui «l'ambito dell'affidamento delle concessioni del servizio di trasporto pubblico locale è contraddistinto da una disciplina speciale di fonte euro-unitaria, caratterizzata da una liberalizzazione non integrale, trattandosi di un settore non soggetto per intero al regime della concorrenza», in conformità a quanto previsto dall'art. 106, comma 2, TFUE¹³¹ –, non si potrebbe neppure ritenere che il giudice nazionale, pronunciandosi in merito all'ipotesi specifica di cui al paragrafo 5 dell'art. 5 Reg. CE n. 1370/2007, ne legittimi l'applicazione solo con riferimento alle ipotesi emergenziali, come se l'*in house* potesse applicarsi solo in tali casi di natura eccezionale.

contratto di servizio in essere tra Roma Capitale e ATAC s.p.a. L'eccezione sollevata da Roma Capitale, di difetto di legittimazione attiva parziale in capo all'AGCM, non è stata accolta dal giudice di prime cure, che ha riconosciuto in capo all'autorità garante della concorrenza la legittimazione a proporre il giudizio – a prescindere da qualsiasi altra autorità indipendente e, segnatamente, «viste le loro rispettive competenze, dall'ANAC e dell'ART, che avrebbero, tutt'al più, potuto intervenire nella causa, non essendone però in alcun modo parti necessarie» (così TAR Lazio, sent. n. 1680/2020) –, ai sensi dell'art. 21**bis** della l. n. 287/1990, dovendosi riconoscere nella suddetta autorità il soggetto primario della salvaguardia dell'interesse al corretto funzionamento del mercato e, dunque, la titolarità di un interesse pubblico alla promozione della concorrenza ed alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive.

¹²⁹ In senso contrario, si v. A. ANNIBALI, *Trasporto pubblico locale su gomma e applicabilità dell'art. 5 del Reg. UE 1370/2007: una ricostruzione che non convince. La vicenda ATAC, cit.*, 3 ss., il quale ritiene inapplicabile al caso di specie l'ipotesi di cui al paragrafo 5, dovendosi configurare nel caso di specie una ipotesi di proroga di affidamento di appalto di servizi, disciplinata dalle direttive in materia di appalti ed esclusa dall'ambito di applicazione del Reg. CE n. 1370/2007, indipendentemente dalle modalità di affidamento prescelte.

¹³⁰ Cfr. TAR Lazio, sent. n. 1680/2020, *cit.*, paragrafo 10.3.

¹³¹ Cfr. art. 106, co. 2 TFUE: «2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione». Cfr. anche Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2017, sent. n. 2626.

Le argomentazioni svolte in sentenza, ricostruttive della disciplina di riferimento e preliminari alla trattazione della fattispecie, chiariscono infatti in modo esplicito la natura ordinaria della modalità di affidamento *in house* delle concessioni di servizio di trasporto pubblico locale¹³².

Oltretutto, è lo stesso disposto normativo dell'art. 5, paragrafo 5 del Regolamento ad enumerare l'affidamento *in house*, insieme ad accordi formali o ad imposizioni d'obbligo, tra i meccanismi idonei a risolvere le ipotesi imminenti o presunte di interruzione del servizio pubblico¹³³.

Pertanto, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale sopra evidenziata, sembra potersi affermare che nello specifico settore del trasporto pubblico locale si sia verificata – forse anche in ragione dell'assenza di una disciplina aggiornata, coordinata con il Regolamento europeo ed integrata con le norme generali sui servizi pubblici locali – una vera e propria “inversione di rotta”, nel senso di una sempre maggiore apertura al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche tramite il riconoscimento della piena legittimità ed equi-ordinazione tra affidamenti *in house* e ricorso al mercato, seppure nei limiti specificati dalla disciplina *ex art.* 5, paragrafo 2 del Regolamento e nel rispetto della *ratio* sottesa all'adozione della stessa disciplina europea, cfr. art. 1 e considerando n. 20 del Reg. CE n. 1370/2007.

Siffatta impostazione, pur risolvendo importanti problematiche di fondo circa l'estensione della discrezionalità delle amministrazioni affidanti il servizio di trasporto pubblico locale – discrezionalità sindacabile solo laddove la scelta sia inficiata da travisamento dei presupposti di fatto (*ex art.* 5.2. Regolamento) e/o da manifesta illogicità¹³⁴ –, rischia, tuttavia, se non accompagnata da un'adeguata regolazione, di peggiorare la diffusa situazione di monopolio (ed inefficienza) presente nel settore del trasporto pubblico locale nazionale (di cui *supra*).

La questione non è sfuggita all'attenzione del giudice delle leggi, ove si consideri che il medesimo ha riconosciuto che il settore dei trasporti «appare resistente più di altri all'ingresso di operatori privati, a causa di alcune peculiari caratteristiche, legate, tra l'altro, agli elevati costi, alla necessità di assicurare il

¹³² Cfr. TAR Lazio, sent. n. 1680/2020, *cit.*, paragrafo 11, ove si afferma: «Tanto chiarito, occorre esaminare nello specifico le censure rivolte avverso la delibera con la quale Roma Capitale ha disposto la proroga dell'affidamento del servizio in questione per ulteriori due anni spostandone la data di scadenza al 3.12.2021 rispetto a quello originariamente fissato al 3.12.2019».

¹³³ Cfr. art. 5, paragrafo 5, Reg. CE n. 1370/2007: «I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta o di un accordo formale per prorogare un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici».

¹³⁴ Cfr. Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, sent. n. 4902; sez. V, 22 gennaio 2015, sent. n. 257. Le medesime considerazioni non sembrano potersi svolgere nelle ipotesi di cui all'art. 5, co. 1 del Regolamento n. 1370/2007, ovvero qualora la modalità di affidamento *in house* riguardi un appalto di servizi di trasporto pubblico: in tal caso, infatti, troverebbe applicazione anche quanto disposto dall'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, con conseguente maggiore incidenza del sindacato del giudice amministrativo in merito all'opportunità della scelta compiuta dall'amministrazione affidante.

servizio anche in tratte non remunerative ed alla consolidata presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle reti quanto nell'offerta dei servizi. In questo contesto, è particolarmente avvertito il rischio che si creino o si consolidino posizioni dominanti»¹³⁵.

Il timore che in tal modo si innalzino notevoli barriere all'entrata di nuovi operatori, in grado di migliorare qualitativamente e quantitativamente il servizio e si limiti drasticamente la concorrenza anche tra gli operatori presenti sul mercato è stato da tempo sottolineato anche in dottrina¹³⁶.

Risulta pertanto più che opportuna «l'istituzione di un'Autorità indipendente, tesa a ridurre le criticità che potrebbero derivare dalla commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, introducendo una distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati»¹³⁷.

In questo contesto si colloca l'attività di regolazione esercitata dall'Autorità di regolazione dei trasporti (ART)¹³⁸.

La disciplina settoriale in materia di affidamento del trasporto pubblico locale, infatti, deve essere necessariamente interpretata ed attuata in base alle indicazioni esplicative ed operative fornite dall'ART: indicazioni destinate a trovare indifferentemente applicazione per tutti gli affidamenti, compresa dunque anche la modalità *in house*, «secondo le diverse modalità ammesse dall'ordinamento»¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. Corte Cost. 15 marzo 2013, n. 41, in www.cortecostituzionale.it.

¹³⁶ Si v in merito L. SENN, R. ZUCCHETTI, *La regolazione nel settore dei trasporti nella prospettiva della rete europea*, in *L'Industria*, XXI, n. 4, ottobre-dicembre 2000.

¹³⁷ Cfr. Corte Cost. 15 marzo 2013, n. 41, in www.cortecostituzionale.it.

¹³⁸ Cfr. art. 37 d.l. n. 201/2011. Con riferimento al processo formativo dell'assetto normativo dell'ART, istituita soltanto con l. n. 27/2012, di conversione del d.l. n. 1/2012, si rinvia ad A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *GdA*, 6/2012, 589.

¹³⁹ Cfr. all. A, del. ART. n. 154/2019, Misura 1, paragrafo 1, in www.autorita-trasporti.it, secondo il quale: «Il presente atto individua le misure regolatorie relative all'affidamento, secondo le diverse modalità ammesse dall'ordinamento, dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia (di seguito: TPL). Le disposizioni del presente atto trovano applicazione sia per gli affidamenti in appalto sia per gli affidamenti in concessione, secondo quanto specificato nel quadro sinottico di cui all'Annesso 1».