

Giovanni D'Angelo

Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

*La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia  
fra incertezze delle regole e diritto europeo.*

**SOMMARIO:** 1. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: quadro generale. – 2. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: liberalizzazione e modalità di organizzazione e affidamento del servizio. – 2.1 Ambiti territoriali ottimali (ovvero sulla funzione fondamentale dei comuni nel settore del trasporto pubblico locale). – 2.2 Autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi. – 2.3 Incertezza sulla vigenza di alcune disposizioni a seguito del referendum 2011 e della sentenza Corte. cost. n. 199/2012. – 3. Esigenze di contenimento della spesa pubblica e dimensione di utilità sociale.

## **1. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: quadro generale**

Sin dalla riforma del 1997, il settore del trasporto pubblico locale ha rappresentato un caso paradigmatico del rapporto tra concorrenza e modelli di gestione, nell'ambito del più generale problema legato alla definizione di una disciplina dei servizi di interesse economico generale di competenza degli enti locali che tenesse conto delle disposizioni di settore e dei principi generali affermati a livello sovranazionale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul tema specifico, con riferimento al periodo successivo alla riforma del trasporto pubblico locale e precedente alle convulse riforme della fine degli anni 2000, tra i numerosi contributi v. M.P. Chiti, *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, a cura di M. Cammelli, G. Scialoja, Maggioli, Rimini 2004, p. 93 ss.; G.F. Ferrari, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione anticoncorrenziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 834 ss.; G. Morbidelli, *Introduzione: i servizi pubblici locali in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 783 ss.; L. Perfetti, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Il Foro amministrativo-C.d.S.*, 2004, p. 1170 ss.; S. Pignataro, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Cedam, Padova 2004; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano 2005; Id., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 963 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 199 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Giappichelli, Torino 2004. In generale, per un'analisi esaustiva delle questioni in tema di servizi pubblici prima delle ultime riforme v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, coordinato da G.F. Carrai e D.U. Galetta, parte speciale, vol. IV, Giuffrè, Milano 2007<sup>2</sup>,

Nel c.d. decreto Burlando (d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, successivamente modificato dal d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400<sup>2</sup>) la misura di liberalizzazione perseguita dal legislatore non era il superamento del monopolio, ma l'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante procedure concorsuali, secondo un criterio divenuto poi tipico dell'esperienza di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica. 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).

Al finire dello scorso decennio il ricorso alle gare per l'affidamento del servizio risultava ancora piuttosto limitato; ciò anche a causa di proroghe che hanno consentito il mantenimento della situazione anteriore al d.lgs. n. 422/1997 fino al 31.12.2007 e a determinate condizioni fino al 31.12.2009. Nei pochi casi in cui gli enti concedenti avevano optato per le procedure concorsuali, molto spesso il servizio era stato (ri)affidato al precedente gestore pubblico<sup>3</sup>.

Oggi, il quadro non appare sostanzialmente mutato<sup>4</sup>. In un recente

p. 1791 ss.

<sup>2</sup> Sulla riforma del 1997, in generale v. N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, vol. II, Giuffrè, Milano 2000, p. 1697 ss.; per l'analisi anche delle problematiche economiche cfr. A. Boitani, C. Cambini, *Il trasporto pubblico locale in Italia. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 45 ss.; E. Marcucci, *Gare e contratti di servizio nei servizi pubblici locali: alcune indicazioni del caso del trasporto pubblico locale*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, a cura di L. Perfetti, G. Polidori, Cedam, Padova 2003, p. 123 ss.; per la «derivazione» del d.lgs. n. 400/1999 dal disegno di legge del Governo (A.S. n. 4014), non giunto a compimento, avente ad oggetto la riforma dei servizi pubblici locali, cfr. A. Vigneri, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2002, p. 1091 ss.; per la prospettazione in questo settore speciale di una forma di concorrenza per il mercato (v. subito infra nel testo) cfr. M. Mazzamuto, *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 2000, p. 569 ss.; K. Kemenater, V. Malfatti, *Dalla concessione alle procedure di gara nell'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Diritto dei trasporti*, 2001, p. 103 ss.

<sup>3</sup> A. Boitani, C. Cambini, *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla*, in *Quaderni dell'Istituto di Economia e Finanza*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 54, 2004; 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; M. Alderighi, G. Sparacino, *Le gare e i contratti di servizio nel trasporto pubblico locale*, in *Economia dei servizi*, 2008, p. 105 (tabella 1). Alcuni studi hanno indicato nel 90% la percentuale di gare concluse in questo modo (v. ad esempio Alderighi, Sparacino, *Le gare e i contratti*, cit.); tale percentuale è indicata in misura inferiore, ma comunque vicina al 80%, in uno studio della Cassa depositi e prestiti pubblicato nel novembre del 2013, ma relativo a gare espletate fino al 2007.

<sup>4</sup> Cfr. P. Rubino, *Il trasporto pubblico locale fra vincoli strutturali e liberalizzazioni*, in *L'industria*, 2012, p. 397 ss. (in particolare p. 400). In riferimento all'efficienza gestionale e all'architettura della gara (e agli interventi più opportuni ad opera della regolazione) v. G.L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il*

contributo, dal titolo significativo<sup>5</sup>, si segnala che negli ultimi anni sono state effettuate un centinaio di gare per l'affidamento delle concessioni, il 99% delle quali vinte dalle aziende pubbliche già operanti (c.d. *incumbents*).

In tale contesto, alcune regole di fondo sono incerte.

Alcuni profili critici sono solo in parte legati al tema della liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia, assumendo una rilevanza più generale ed estesa ad altri servizi di interesse economico, ma sono comunque in grado di fornire una cornice significativa della difficoltà di delineare un assetto normativo stabile in questo settore. Da questo punto di vista, assumono rilievo soprattutto due aspetti.

Il primo è quello della competenza legislativa regionale e del rapporto tra la materia del trasporto pubblico locale e quella della tutela della concorrenza.

Di recente, Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 2<sup>6</sup> da un lato ha confermato che

---

*trasporto pubblico locale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, p. 117 ss.

<sup>5</sup> M. Ponti, *I trasporti pubblici locali, cronaca di una morte annunciata*, in *Il Mulino*, 2014, p. 39.

<sup>6</sup> In *Foro italiano*, 2014, I, c. 661, con nota di R. Romboli e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 73 con nota di A. Candido, *L'emergenza non estende le competenze regionali. Sulla proroga dei contratti di trasporto pubblico locale*. La Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 l. reg. Toscana 24 novembre 2012 n. 64, nella parte in cui, attraverso l'inserimento del comma 1 bis nell'art. 82 l. reg. Toscana 29 dicembre 2010 n. 65, reitera la proroga dei contratti di affidamento in concessione relativi al trasporto pubblico locale su gomma, senza peraltro fissare un termine finale. La Corte costituzionale ha rilevato che, nel caso concreto, non venisse in considerazione la materia «trasporto pubblico locale», quanto quella della «tutela della concorrenza», di esclusiva competenza statale, trattandosi delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Per l'incostituzionalità, in violazione del principio di tutela della concorrenza, della proroga automatica delle concessioni da parte di leggi regionali, v. Corte cost. 4 luglio 2013, n. 171, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 2351, con nota di richiami, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 1 l. reg. Liguria 30 luglio 2012 n. 24, nella parte in cui prevedeva, in caso di mareggiate e/o eventi atmosferici eccezionali che provocino danni agli stabilimenti balneari, ai beni demaniali ed alle relative pertinenze incamerate, una proroga automatica e a tempo indeterminato delle concessioni del demanio marittimo a favore del soggetto già titolare della concessione. Con riguardo specificamente al trasporto pubblico locale, v. Corte cost. 11 aprile 2011, n. 123, in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1619, con nota di G. D'Auria e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1686 con nota di G. D'Alessandro, *Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di «legge» e di legge «nulla-inesistente»*, e A. Pace, *La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 43, comma 2, l. reg. Calabria 26 febbraio 2010 n. 8, che dispone la proroga dei contratti relativi ai servizi di trasporto pubblico locale, in contrasto con il regime transitorio previsto dall'art. 23-bis d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008 n. 133. Già in precedenza Corte cost. 3 marzo 2006, n. 80, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 1732, con nota di R. Caranta, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze tra stato e regioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 1203, con nota di L. Iera, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, p. 471, con nota di M. Giordano, *Sulla proroga del preesistente regime di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale*, aveva dichiarato, in materia di

la materia del trasporto pubblico locale sia stata attribuita alla competenza legislativa regionale di tipo residuale, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., e dall'altro ha ribadito l'incidenza, anche su questa materia, della tutela della concorrenza, materia di competenza esclusiva statale<sup>7</sup>. Nello stesso senso, con riferimento alle competenze dell'Autorità di regolazione dei trasporti, si è espressa Corte cost. 15 marzo 2013, n. 41<sup>8</sup>, che però non ha preso posizione sul possibile contrasto delle disposizioni istitutive dell'Autorità con l'art. 117 Cost. in quanto ha dichiarato inammissibile la questione per genericità delle censure<sup>9</sup>.

Queste sentenze sono inquadrabili in un indirizzo più ampio della Corte<sup>10</sup>,

trasporto pubblico locale, costituzionalmente illegittime le disposizioni legislative regionali tendenti a modificare, anche solo in parte, norme adottate dallo stato nell'ambito della sua competenza legislativa esclusiva in tema di tutela della concorrenza (ai sensi della lettera e del 2° comma dell'art. 117 Cost.) la cui configurazione ha una portata così ampia da legittimare interventi dello stato volti sia a promuovere sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato.

<sup>7</sup> Il Senato ha approvato, con modificazioni, il disegno di legge costituzionale (C. 2613-B) che, tra l'altro, interviene sul Titolo V della Parte seconda della Costituzione, eliminando la competenza legislativa concorrente. Nel disegno di legge la tutela della concorrenza permane tra le materie di competenza esclusiva dello Stato.

<sup>8</sup> In *Foro italiano*, 2013, I, c. 1398, con nota di richiami, e in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 835, con nota di C. Di Seri, *L'autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*. Su questa sentenza v. le notazioni critiche di A. Cardone, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi "automatismi" a danno dell'autonomia?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 1, p. 189 ss.

<sup>9</sup> Con specifico riferimento ai servizi di trasporto pubblico locale, le censure proposte dalla Regione Veneto si appuntavano sulle competenze conferite all'Autorità a definire i criteri per la fissazione, da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori (lett. b) del 2° comma dell'art. 37 d.l. n. 201 del 2011), nonché a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici (lett. f) del citato 2° comma dell'art. 37). Ad avviso della Corte costituzionale, in assenza di argomenti puntuali, non può desumersi la violazione delle attribuzioni legislative regionali dalla circostanza che le previsioni censurate demandano all'Autorità, soggetto estraneo alla logica della responsabilità politica e amministrativo-contabile e neppure vincolato a specifici parametri di indirizzo e controllo, la determinazione di discipline di impatto macroeconomico rilevante (cfr. § 2 - *Ritenuto in fatto* e § 4 - *Considerato in diritto*).

<sup>10</sup> Cfr. in particolare Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325 (in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1332, con nota di R. Menzella; in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1768, con nota di S. Spuntarelli, *L'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al vaglio della corte e il caso del servizio idrico integrato*; in *Regioni*, 2011, p. 1175, con nota di R. Caranta, *Il diritto dell'Ue sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra stato e regioni*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 484, con nota di L. Cuocolo, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina dei servizi pubblici locali*; in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 48, con nota di S. Musolino, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 4501, con nota di A. Lucarelli, *La corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto*

relativo anche ad altre materie e caratterizzato da un profilo critico comune: l'ampiezza della nozione di tutela della concorrenza, che costituisce una materia di competenza esclusiva e al contempo trasversale dello Stato<sup>11</sup>.

Questa tendenza ha conseguenze importanti dal punto di vista sistematico, perché la materia, così come intesa nella giurisprudenza della Corte, sembra potenzialmente senza limiti in ragione del carattere finalistico che la contraddistingue<sup>12</sup>, ed è pertanto in grado di incidere notevolmente sulla legislazione concorrente e residuale delle Regioni. Ciò è accaduto, per esempio, nella disciplina degli orari degli esercizi commerciali<sup>13</sup>, oppure in quella dei contratti pubblici, nel cui ambito «il principio di tutela della concorrenza ha fornito la base per imporre una disciplina statale uniforme, comprimendo i tentativi delle Regioni di dettare discipline differenziate»<sup>14</sup>.

Dunque, come anticipato, non si tratta di un profilo critico specifico del settore del trasporto pubblico locale e d'altra parte si tratta di una tendenza che investe temi diversi e ulteriori che non possono essere trattati in questo contributo. Un dato, però, può essere evidenziato in modo netto: nella giurisprudenza costituzionale, soprattutto nella seconda delle due sentenze appena richiamate,

*pubblico europeo dell'economia* e P. Sabbioni, *La corte equipara spl di rilevanza economica e sieg, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*). A proposito del riparto di competenze in tema servizi di interesse economico generale, la Corte ha sostenuto che, nella disciplina sulle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, la competenza esclusiva statale «viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza» (§ 7 – Diritto).

<sup>11</sup> «La norma costituzionale sulla tutela della concorrenza è stata impiegata dalla Corte soprattutto per sancire un ampliamento della competenza statale in materia di regolazione amministrativa dei mercati - anche attraverso l'affermazione, di per sé corretta, secondo cui la “tutela della concorrenza” è materia “trasversale”, che può interferire con altre materie di competenza regionale, nel qual caso la competenza statale gerarchicamente prevale -, piuttosto che per sindacare nel merito i fini e gli effetti degli interventi regolatori», M. Libertini, *Concorrenza* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, p. 197.

<sup>12</sup> Sul carattere finalistico e trasversale, da ultimo, cfr. Corte cost., 16 aprile 2014, n. 97, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 2911, con nota di L. Cassetti, *Alla ricerca di (improbabili) spazi regionali per scelte legislative pro-concorrenziali: appalti e differenziazioni territoriali*.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 299, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 427, con nota di R. Romboli.

<sup>14</sup> Libertini, *Concorrenza*, cit., p. 197, in nota n. 21. Cfr. Corte cost. 22 maggio 2009, n. 160, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, p. 1252 con nota di A. Massera, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 320, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3418; Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 1799 con nota di G. Corso, G. Fares, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*.

l'incidenza della tutela della concorrenza sembra avere quasi svuotato di ogni ambito di possibile rilevanza, nella prospettiva della ricerca di una disciplina autonoma, la materia del trasporto pubblico locale, anche quanto alle funzioni amministrative<sup>15</sup>.

Il secondo aspetto che assume rilievo è quello delle funzioni dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), di recente istituzione<sup>16</sup>.

In particolare, si è dubitato che tra i settori devoluti alla regolazione dell'Autorità rientri anche il trasporto pubblico locale in quanto l'art. 37 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201<sup>17</sup> non menzionerebbe in modo chiaro e univoco, accanto a ferrovie, porti, aeroporti, autostrade, il settore del trasporto pubblico locale<sup>18</sup>. A mio avviso, è possibile superare il dubbio, e ritenere compresa fra le competenze dell'Autorità di regolazione anche quella relativa al trasporto pubblico locale, in ragione dei diffusi riferimenti<sup>19</sup> al trasporto locale contenuti nelle lett. b), d), f),

---

<sup>15</sup> In senso fortemente critico sul rapporto individuato nella sentenza n. 41/2013 tra la materia della tutela della concorrenza e quella del trasporto pubblico locale, tutto sbilanciato a favore della prima, v. D. Andracchio, *L'autorità di regolazione dei trasporti e le Regioni d'Italia. La competenza in materia di trasporto pubblico locale nella sentenza n. 41/2013 della corte costituzionale. un viaggio-pellegrinaggio lungo l'arcipelago della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2013, 3, pp. 150-152. Sul ricorso nella sentenza n. 41/2013 al criterio della prevalenza per la risoluzione dell'interferenza competenziale tra tutela della concorrenza e trasporto pubblico locale v. M. Giachetti Fantini, *Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione*, in *www.federalismi.it*, 2014, n. 10, § 3.2, che rileva che «nell'iter logico della Consulta il giudizio di prevalenza non risulta sufficientemente argomentato».

<sup>16</sup> Sulla difficile e controversa istituzione dell'Autorità dei trasporti cfr. C. Di Seri, *L'autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*, cit., p. 835; A. Tonetti, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 589; C. Golino, *La regolazione nel settore dei trasporti ed il difficile avvio della sua Autorità*, in *www.giustamm.it*, § 2; M. Giachetti Fantini, *Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione*, cit., §1. In senso favorevole all'istituzione dell'Autorità dei trasporti v. G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 229 ss., in particolare pp. 233-235, e A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, in *Il diritto industriale*, 2014, p. 105 ss., in particolare pp. 108-111.

Da ultimo sul ruolo dell'ART v. E. Boscolo, *Il finanziamento statale quale strumento incentivale: tentativi e resistenze nel settore del trasporto pubblico locale*, in *Rivista regolazione mercati*, 2015, n. 2, pp. 76-80, che sottolinea, tra l'altro, che finora gli interventi dell'Autorità nel settore del trasporto pubblico locale «non hanno assunto una autentica centralità nell'agenda del regolatore, impegnato preponderantemente nella disciplina del mercato ferroviario e aeroportuale».

<sup>17</sup> Convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. I commi 1 e 2 dell'art. 37 sono stati sostituiti dall'art. 36, comma 1 lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n.1 convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>18</sup> A. Tonetti, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, cit., p. 595; F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, pp. 93-94.

<sup>19</sup> Anche al trasporto ferroviario regionale, come ricorda A. Tonetti, *ivi*, p. 595, che però, in riferimento ai commi 1 e 2 dell'art. 37, sottolinea «l'interrogativo se l'Autorità possa occuparsi del trasporto in

dell'art. 37, comma 2, d.l. 201/2011. Inoltre, la mancata menzione specifica accanto agli altri settori sembra giustificata, almeno nella lett. a) dell'art. 37<sup>20</sup>, dalla circostanza che il riferimento è lì alle “infrastrutture”.

Pare in ogni caso che le prime implicite indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale<sup>21</sup> e dalla stessa Autorità<sup>22</sup> siano nel senso di ricomprendere il settore del trasporto pubblico locale nelle competenze della neocostituita autorità indipendente.

Più complicato è il rapporto tra l'ART e altre Autorità<sup>23</sup>, in particolare con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>24</sup>. La possibilità di sovrapposizioni appare evidente rispetto alla possibile divergenza delle analisi di mercato che costituiscono il presupposto per l'emanazione di taluni atti di regolamentazione e che entrambe le Autorità sono chiamate ad effettuare, o in relazione alle decisioni dell'ART in merito alle tariffe e a quelle dell'AGCM in merito alla correttezza o meno della pratica commerciale, anche in riferimento alle relative funzioni c.d. paragiurisdizionali a tutela di utenti e consumatori.

Un esempio recente di tale possibile sovrapposizione è rappresentato dalle due indagini conoscitive, della fine del 2013 e dell'inizio del 2014, rispettivamente dell'AGCM<sup>25</sup> e dell'ART<sup>26</sup> aventi sostanzialmente lo stesso oggetto, l'apertura al mercato, almeno in riferimento al settore del trasporto pubblico locale.

generale o se invece debba concentrarsi solo sul settore espressamente nominati e, in questo secondo caso, vista l'equivoca espressione utilizzata dal legislatore, se tra questi rientri o meno il trasporto pubblico locale».

<sup>20</sup> Di cui va peraltro segnalata la formulazione ellittica e non chiara.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost. n. 41/2013 cit.

<sup>22</sup> V. *infra* indagine conoscitiva 2014.

<sup>23</sup> Secondo A. Frigani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, cit., p., 114, il coordinamento con le altre Autorità rappresenta probabilmente il «punto più critico di tutta legge istitutiva».

Più di recente, su questo profilo v. anche *amplius* A. Candido, *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in *Rivista regolazione mercati*, 2015, n. 2, pp. 109-115.

<sup>24</sup> A. Tonetti, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, cit., p. 601; *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti ...*, cit., pp. 94-95. Prendendo spunto da una nota vicenda relativa al trasporto nazionale, v. D. Maresca, L. Ceffalo, *Il riparto di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di Regolazione dei Trasporti alla luce della sentenza Arenaways del T.A.R. Lazio*, in *Rivista regolazione mercati*, 2014, p. 260 ss. e in particolare p. 266 ss. Secondo A. Frigani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, cit., p., 114, il coordinamento con le altre Autorità rappresenta probabilmente il «punto più critico di tutta legge istitutiva».

<sup>25</sup> N. 24697 del 10.12.2013, in Bollettino n. 53/2013.

<sup>26</sup> Delibera n. 6 del 16.1.2014.

Analogamente, la legittimazione attribuita all'AGCM d'impugnare, previo parere-diffida<sup>27</sup>, gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica, emessi in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, potrebbe entrare in conflitto con le competenze riservate all'ART<sup>28</sup>, anche in ragione del fatto che l'analisi della casistica ha evidenziato che tra i settori interessati da questa procedura «prevale su tutti quello dei trasporti pubblici locali»<sup>29</sup>.

Il problema è reale: in effetti, al fine di garantire la cooperazione nelle materie di interesse comune, le due Autorità hanno siglato un protocollo d'intesa<sup>30</sup>. Si tratta un modello di collaborazione istituzionale certamente diffuso tra le Autorità indipendenti e in alcuni settori previsto a livello normativo, come ad esempio dall'art. 20 l. 28 dicembre 2005, n. 262 in tema di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari<sup>31</sup>. Tuttavia, rispetto alla complessità delle funzioni regolatorie che le due Autorità (ART e AGCM) sono chiamate ad esercitare, si tratta di uno

---

<sup>27</sup> Si tratta del parere espresso ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. Sul tema, ampiamente dibattuto in dottrina, cfr. M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 12; Id., *La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, Jovene, Napoli 2013, p. 785 ss.; M. Clarich, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 115 ss. F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in *www.giustamm.it*; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art.21-b della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 12.

<sup>28</sup> E all'ANAC (cfr. subito *infra* nel testo). Cfr. ad esempio il parere 11 febbraio 2015 AS1184 (in *www.agcm.it*), con cui AGCM ha contestato la procedura di affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale da parte della Regione Toscana (l'AGCM ha successivamente disposto l'archiviazione del procedimento, ritenendo che le circostanze comunicate dalla Regione fossero «susceptibili di rimuovere i dubbi concorrenziali espressi nel parere»).

<sup>29</sup> A. Schettino, *La tutela effettiva della concorrenza nell'azione pubblica: il potenziamento dell'attività di advocacy*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 532, nota n. 50.

<sup>30</sup> Protocollo d'intesa del 27 agosto 2014. La cooperazione ha ad oggetto (art. 1, comma 2): «a) il coordinamento degli interventi istituzionali, anche in ambito internazionale, in materie di comune interesse; b) la segnalazione di ciascuna delle parti di casi in cui, nell'ambito di procedimenti di rispettiva competenza, emergano ipotesi di violazione, da parte degli operatori, di norme alla cui applicazione è preposta l'altra parte; c) lo scambio di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; d) la collaborazione nella elaborazione di segnalazioni al Parlamento o al Governo su materie di interesse comune; e) la collaborazione nell'ambito di indagini conoscitive su materie di interesse comune; f) iniziative congiunte in materia di enforcement, vigilanza e controllo dei mercati; g) la collaborazione scientifica».

<sup>31</sup> Sul punto v. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2013<sup>4</sup>, pp. 101-102.



strumento del quale occorrerà verificare in concreto l'applicazione e l'impatto nei prossimi mesi.

Alcune sovrapposizioni si potrebbero verificare con l'ANAC, soprattutto in relazione alla predisposizione degli schemi dei bandi di gara e delle relative convenzioni e alla definizione dei criteri per la nomina delle commissioni giudicatrici<sup>32</sup>. Anche in questo caso, le due Autorità hanno stipulato un protocollo d'intesa<sup>33</sup> e valgono le stesse considerazioni circa la verifica in concreto della funzionalità di tale strumento di collaborazione.

Sullo sfondo, poi, rimane la questione dei rapporti e delle interferenze con le regioni, solo in parte risolti da Corte cost. n. 41/2013 cit.<sup>34</sup>, e con gli enti locali<sup>35</sup>.

## **2. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: liberalizzazione e modalità di organizzazione e affidamento del servizio.**

Accanto a questi profili di ordine generale vi sono poi aspetti di incertezza relativi più da vicino alla liberalizzazione e alle modalità di organizzazione e affidamento del servizio nel settore del trasporto pubblico locale. Tali aspetti possono essere articolati in tre punti.

### **2.1 Ambiti territoriali ottimali (ovvero sulla funzione fondamentale dei comuni nel settore del trasporto pubblico locale).**

Innanzitutto non è chiaro il rapporto tra l'art. 3-*bis* d.l. 13 agosto 2011, n. 138<sup>36</sup>, comma 1 e 1-*bis* (introdotto dall'art. 34, comma 16, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179<sup>37</sup>) e l'art. 14 d.l. 31 maggio 2010, n. 78<sup>38</sup>, comma 27 (modificato dall'art. 19 d.l. 6

---

<sup>32</sup> Cfr. la delibera n. 49 del 17 giugno 2015 dell'ART – «Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento».

<sup>33</sup> Protocollo d'intesa del 20 novembre 2014. La cooperazione ha ad oggetto (art. 1): a) lo scambio reciproco di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; b) la collaborazione nell'elaborazione di segnalazioni al Parlamento e al Governo su materie di interesse comune; c) la collaborazione nell'elaborazione scientifica di temi di interesse comune.

<sup>34</sup> Cfr. sopra nota n. 9.

<sup>35</sup> Cfr. Frignani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, cit., pp. 113-114.

<sup>36</sup> Convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148. L'art. 3-*bis* è stato introdotto dall'art. 25, comma 1 lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27).

<sup>37</sup> Convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

luglio 2012, n. 95<sup>39</sup>).

Da un canto, il comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011 prevede, rispetto ai servizi pubblici locale a rete di rilevanza economica, che le funzioni di organizzazione, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo siano esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei<sup>40</sup> (l'organizzazione dello svolgimento di questi servizi per ambiti o bacini, a cura delle regioni che ne definiscono il perimetro, di norma coincidente con la dimensione del territorio provinciale, è prevista dal primo comma). La disposizione, peraltro, riproduce sostanzialmente la previsione dell'art. 4, comma 35-*bis*, d.l. 138/2011 (introdotto dall'art. 53 d.l. 22 giugno 2012, n. 83<sup>41</sup>), anch'esso travolto dalla dichiarazione d'incostituzionalità del 2012.

Dall'altro, l'art. 14 d.l. n. 78/2010 individua l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale, come una funzione fondamentale dei Comuni, ai sensi dell'art. 117, comma 2 lett. p), Cost. e dispone che l'esercizio in forma associata, anche di questa funzione, sia obbligatorio solo per i Comuni fino a 5.000 abitanti.

Non entro nel dibattito, molto controverso, circa l'imposizione di forme associative tra Comuni e i correlati problemi di compatibilità con l'autonomia municipale garantita dalla Costituzione, e sulle relative condizioni, né circa l'imposizione di tali forme di collaborazione da parte del legislatore nazionale in una materia di competenza residuale della Regione, qual è il trasporto pubblico locale<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122.

<sup>39</sup> Convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135.

<sup>40</sup> Il ruolo degli enti di governo è stato rafforzato dalle legge di stabilità del 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190), ad esempio prevedendo l'obbligatorietà dell'adesione degli enti locali entro un termine inderogabile (*amplius* su questi aspetti v. M.P. Guerra, *Assetti istituzionali e ambiti territoriali ottimali nel processo di riforma dell'amministrazione locale*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. Midiri, S. Antoniazzi, Editoriale scientifica, Napoli 2015, p. 87 ss. (in particolare p. 106 ss.).

<sup>41</sup> Convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134.

<sup>42</sup> Sulle c.d. gestioni associate, tra gli studi più recenti, v. P. Forte, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Angeli, Milano 2011; con particolare riferimento alle novità introdotte dal d.l. n. 95/2012 in materia di gestione associata, v. M. Massa., *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali - Profili costituzionali*, in *Amministrare*, 2013, p. 253 ss. Rimane di fondamentale importanza su questo tema il contributo di U. Pototschnig, *Le forme associative tra i Comuni: una riforma senza obiettivi*, in *Regioni*, 1985, p. 681 ss.

Mi limito a segnalare una recente vicenda, che mi pare sia emblematica di una certa concezione del trasporto pubblico locale e forse, più in generale, dei servizi pubblici locali<sup>43</sup>. Nell'ambito di una controversia nella quale il Comune di Napoli e altri contestavano alla Regione l'individuazione di un unico ambito a livello regionale, il Tar ha dichiarato manifestamente infondate una serie di questioni di legittimità costituzionale avanzate dal ricorrente rispetto alla l.r. Campania 6 maggio 2013, n. 5 nella parte in cui individua il territorio dell'intera regione come bacino territoriale ottimale per il servizio di trasporto pubblico locale.

Il Tar ha respinto le prospettazioni di incostituzionalità soprattutto in ragione del fatto che il legislatore regionale «si è limitato a recepire e confermare» una disposizione nazionale ad hoc (l'art. 16 d.l. n. 83/2012). Al di là del fatto che il ricorrente avrebbe forse meglio potuto avanzare le proprie censure rispetto al d.l. n. 83/2012 (e non solo rispetto alla legge regionale), colpisce l'affermazione del Tar circa il fatto che le funzioni proprie dei comuni ex art. 118, comma 2, Cost. sono quelle «che, per storia e tradizione amministrativa, costituiscono patrimonio indefettibile dell'autonomia comunale; tra esse non può essere ricompresa la gestione del trasporto pubblico locale (...)».

L'affermazione è fondata in larga misura nella convinzione che la gestione del trasporto pubblico locale risponda ad esigenze di contenimento della spesa pubblica e di efficienza del servizio, mentre in maniera sorprendente rimane sullo sfondo e non trova alcuno spazio di autonoma rilevanza quanto disposto dall'art. 14 d.l. n. 78/2010, come modificato dall'art. 19 d.l. n. 95/2012, che pur si risolve nell'individuazione di un ambito di competenze ben preciso per i Comuni, la cui attribuzione non risulta condizionata in alcun modo evidente da esigenze di bilancio o di razionalizzazione dei costi organizzativi (a tal riguardo e a conferma delle difficoltà di individuare chiavi di lettura univoche, tra l'altro, è interessante rilevare che poco prima del deposito della sentenza del Tar la Corte costituzionale<sup>44</sup> si è espressa nel senso che tra le funzioni fondamentali dei Comuni, anche storicamente, vanno annoverate quelle che attengono ai servizi pubblici locali<sup>45</sup>).

---

<sup>43</sup> La vicenda è stata decisa da Tar Campania, sez. I, 12 marzo 2014, n. 1494.

<sup>44</sup> Corte cost. 11 febbraio 2014, n. 22, in *Regioni*, 2014, p. 791, con nota di F. Cortese, *La Corte conferma che le ragioni del coordinamento finanziario possono fungere da legittima misura dell'autonomia locale*.

<sup>45</sup> Con riguardo alle funzioni fondamentali dei comuni, cfr. G. Meloni, *Le funzioni fondamentali dei comuni*, in *Il nuovo sistema degli enti territoriali dopo le recenti riforme*, a cura di F. Pizzetti, A. Rughetti, Maggioli, Rimini 2012; C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2011.

Su questo punto, infine, merita di essere richiamata la l.r. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6, emanata dopo l'introduzione dell'art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011 ma prima del comma 1-*bis* (introdotto, come ricordato, solo nell'ottobre del 2012), che prevede per ogni ambito territoriale ottimale l'istituzione di un'Agenzia per il trasporto pubblico locale (ente pubblico non economico con autonomia giuridica, organizzativa e contabile). Tra i compiti dell'Agenzia rientra anche quello dell'affidamento dei servizi, per l'intero bacino, con funzione di stazione appaltante e quello della stipula, gestione e verifica dei contratti di servizio<sup>46</sup>. Si tratta di un impianto che, una volta a regime e se confermato, potrebbe (e, forse nelle intenzioni del legislatore regionale, dovrebbe) ridurre la possibilità dell'affidamento *in house* e più in generale il fenomeno della c.d. autoproduzione del servizio, perché l'Agenzia per il trasporto pubblico locale e la società affidataria del servizio rimarrebbero due soggetti distinti e non legati da alcun rapporto di controllo diretto (sebbene possa darsi il caso che siano controllati entrambi dall'amministrazione territoriale), con la conseguenza che non potrebbe ritenersi soddisfatto il requisito dell'*in house providing* rappresentato dalla necessità che l'amministrazione aggiudicatrice (in questo caso l'Agenzia per il trasporto pubblico locale) eserciti sul soggetto affidatario del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

A questo riguardo, peraltro (e a conferma delle ambiguità che caratterizzano la materia), va segnalato che il regolamento del 2007, nel definire i presupposti dell'*in house providing*, prevede che nel caso di un gruppo di autorità il controllo analogo possa essere esercitato da una sola di esse; anche le direttive del 2014 ampliano le condizioni per la sussistenza del controllo analogo fino ad ammettere che possa essere esercitato anche da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata in modo pieno e diretto (cioè secondo il consueto riferimento a un controllo corrispondente a quello esercitato sui propri servizi) dall'amministrazione aggiudicatrice. In questo modo (e alle condizioni determinate) la relazione *in house* potrebbe ritenersi sussistente anche nel caso di affidamento disposto dall'Agenzia per il trasporto pubblico locale a favore di una società pubblica. Il che introduce un ulteriore profilo problematico.

## **2.2 Autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi.**

---

<sup>46</sup> Già in passato la l.r. Emilia – Romagna 2 ottobre 1998, n. 30 aveva attribuito ad un'apposita agenzia regionale la funzione di svolgere la procedura concorsuale, con esclusione però della fase di aggiudicazione.

Con riguardo a questo profilo, prima dell'approvazione del regolamento CE n. 1370/2007, nel settore dei trasporti pubblici locali emergeva un orientamento politico (soprattutto in seno al Parlamento) molto attento a bilanciare il principio della concorrenza con altri interessi, in particolare modo con il c.d. principio della democrazia regionale o locale.

Durante i lavori preparatori del regolamento, si era sostenuta con forza l'opportunità di offrire un maggiore spazio per il principio di sussidiarietà e la necessità di ricondurre la responsabilità dei trasporti locali agli enti territoriali, conservando il diritto delle autorità competenti di effettuare le prestazioni di trasporto direttamente, o tramite imprese proprie senza ricorrere a gara pubblica. Si riteneva che non fosse ammissibile costringere le autorità pubbliche ad abbandonare i servizi di trasporto pubblico locale per sottoporli ad una aggiudicazione concorrenziale. Le amministrazioni che avessero ritenuto «più economico, sicuro ed efficace mantenere nelle loro mani i trasporti pubblici» avrebbero dovuto mantenere tale diritto. La decisione sul punto avrebbe dovuto spettare unicamente alla «democrazia locale o regionale»: l'auspicio, dunque, era nel senso che sulla base del principio di sussidiarietà le autorità competenti avrebbero potuto optare per un «deliberato approccio non commerciale»<sup>47</sup>.

Simile preoccupazione, veniva espressa dal parlamento italiano anche nei lavori preparatori dell'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448 la prima di tante riforme dei servizi pubblici locali dell'ultimo periodo.

A me pare che questo punto di vista sia stato recepito in pieno con riferimento al settore del trasporto pubblico locale. A questo riguardo è opportuno ricordare l'art. 5.2 reg. n. 1370/2007: «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale (...) hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale (...) esercita un controllo analogo a quello che

---

<sup>47</sup> 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)) e il relativo progetto di relazione 8 ottobre 2001 del deputato E. Meijer, (entrambi consultabili in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)).

esercita sulle proprie strutture (...)»<sup>48</sup>.

Non è nuovo il dibattito intorno alla affermazione che l'ordinamento comunitario resterebbe estraneo alla libera scelta degli Stati di ricorrere al mercato o all'autoproduzione<sup>49</sup>. Il dibattito è stato alimentato anche di recente da contributi che hanno sostenuto la condivisibilità di tale affermazione solo se riferita ai servizi di interesse generale di carattere non economico, che per definizione sono estranei al vincolo comunitario dei principi concorrenziali<sup>50</sup>.

A me pare però che nel corso degli ultimi anni la scelta di fondo espressa nell'art. 5.2 reg. n. 1370/2007 abbia assunto con maggiore chiarezza una portata generale: l'esternalizzazione dei servizi d'interesse economico generale, e dunque la creazione di un mercato da contendere, non è una scelta imposta dall'ordinamento comunitario.

Conferme si ritrovano nelle recentissime direttive su concessioni e appalti, che precisano in più disposizioni che gli Stati membri mantengono intatta la loro libertà sia, a monte, di individuazione di quali servizi siano da considerarsi di interesse generale sia di organizzazione, non essendo tenuti ad esternalizzare la fornitura di servizi<sup>51</sup>. Del resto tali libertà sono garantite dal TFUE<sup>52</sup> e dalla

---

<sup>48</sup> Nello stesso senso anche il considerando n. 18.

<sup>49</sup> Sul punto la dottrina è vastissima; si segnalano, tra i contributi più recenti, M. Libertini, *Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *www.federalismi.it*, 2011, n. 22, in particolare § 6; C. Iaione, *Le società in-house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, Napoli 2012, p. 137 ss.; S. Del Gatto, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 495. Cfr. anche la nota n. 52 e la dottrina ivi richiamata.

In precedenza, con accenti più vicini alle ragioni della tutela della concorrenza, cfr. D.U. Galetta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 17 ss. in particolare pp. 22-23. In precedenza per la tesi che interpreta le norme dell'ordinamento comunitario in senso liberista v. in particolare G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei servizi pubblici*, 1999, p. 7 ss.

<sup>50</sup> In particolare v. M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico Privato"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1416 ss.

<sup>51</sup> Quanto alle concessioni, la direttiva 23/2014 v. considerando n. 5; art. 2 (Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche); art. 4 (Libertà di definire servizi di interesse economico generale). Nello stesso senso la direttiva 2014/24 sugli appalti, art. 1, c. 4. Cfr., inoltre, l'art. 1 protocollo n. 26 TFUE (su cui v. 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, Giappichelli, Torino 2010, p. 11; Id., *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, pp. 3-4).

<sup>52</sup> Spesso, per sostenere la tesi contraria sulla necessità di un'apertura "incondizionata" al mercato

interpretazione che ne è stata dalla Corte di giustizia<sup>53</sup> e dalla Commissione<sup>54</sup>. Il diritto europeo dei contratti pubblici, ed oggi la direttiva concessioni, entrano in gioco una volta che un Paese membro abbia deciso per l'*outsourcing* di determinate funzioni<sup>55</sup>. Peraltro, alcuni studi hanno evidenziato una tendenza diffusa in Europa

viene richiamato l'art. 106 TFUE. Tuttavia, occorre evidenziare che le regole di concorrenza che la disposizione richiama, e a cui le imprese incaricate della gestione dei servizi d'interesse economico generale sono sottoposte, sono quelle contenute nel Capo 1 del Titolo VII del TFUE (che comprende regole applicabili alle imprese, e regole sugli aiuti concessi dagli Stati) e che nessuna di queste disposizioni riguarda l'affidamento a terzi dei servizi d'interesse economico generale.

In definitiva, le norme del TFUE, nel promuovere la creazione di un mercato unico, stabiliscono che quando un mercato esiste deve essere libero, salvi gli aiuti e le deroghe necessari per garantire l'adempimento degli obblighi di servizio universale. Le stesse norme lasciano libere le autorità statali nel decidere se e come intervenire nel settore dei servizi d'interesse economico generale.

Di conseguenza si può concludere che l'esternalizzazione dei servizi d'interesse economico generale non sia una scelta necessaria per l'ordinamento comunitario: né in termini generali; né in termini di tutela della concorrenza. In questo senso, molto chiaramente, 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, p. 723 ss., in particolare p. 739 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, Giappichelli, Torino 2011, pp. 119-120, che evidenzia con precisione che le regole sulla concorrenza dell'Unione europea «iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenerne su di sé la produzione di beni o servizi si rivolge a terzi. (...) La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone infatti un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione».

<sup>53</sup> Cfr. in particolare Corte giust., 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 in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 288, con nota di R. De Nictolis, *La corte Ce si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, e in *Il Foro amministrativo-C.d.S.*, 2005, p. 665, con nota di E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della corte di giustizia*; e da ultimo Corte giust., 8 maggio 2014, causa C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, § 25: «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi».

<sup>54</sup> *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 <http://eur-lex.europa.eu>: «spetta fondamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio d'interesse generale. 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».

<sup>55</sup> Cfr. R. Caranta, D. C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 494.

al c.d. *insourcing* di servizi pubblici già privatizzati<sup>56</sup> (c.d. effetto pendolo).

In Italia, dopo il referendum del 12 e 13 giugno 2011 e dopo che Corte. cost. 20 luglio 2012, n. 199<sup>57</sup> ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disciplina sostanzialmente riproduttiva delle disposizioni abrogate introdotta con l'art. 4 d.l. n. 138/2011 a poche settimane di distanza dalla consultazione popolare, anche la giurisprudenza amministrativa, con precipuo riferimento al modello *in house*, ha sostenuto chiaramente la tesi che il diritto comunitario non impone agli enti locali di affidare i servizi pubblici locali di rilevanza economica a terzi sul mercato<sup>58</sup>.

Ora, al di là delle tendenze generali e tornando specificatamente al trasporto pubblico locale, si tratta di capire, in definitiva, in virtù dell'art. 5.2 del regolamento che fa salva la possibilità del legislatore nazionale di vietare l'autoprestazione del servizio, se la legge italiana lasci ancora spazio all'autoproduzione. L'art. 18, comma 3-bis, d.lgs. n. 422/1997, infatti, è stato introdotto, alla fine degli anni '90, e disponeva che «trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati [esclusivamente] tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)»; poi l'avverbio «esclusivamente» è stato eliminato dal regolamento di attuazione dell'art.

---

<sup>56</sup> H. Wollmann, G. Marcou 2010, *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, Elgar, Cheltenham, pp. 240-260.

<sup>57</sup> In *Foro italiano*, 2013, I, c. 2758, con nota di R. Romboli. La sentenza è stata commentata da moltissimi Autori, si segnalano qui alcuni dei contributi più significati rispetto al tema che si sta trattando: V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 2900; F. Merloni, *Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2013, p. 211; L. Perfetti, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno dell'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 679; J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 155.

Sull'*in house providing* dalla riforma del 2008 all'abrogazione referendaria v. V. Parisio, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon, B. Marchetti, Cedam, Padova 2013, p. 180 ss. (in particolare p. 195 ss.).

<sup>58</sup> Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2013, I, p. 171: «Stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società in house) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». «Il diritto comunitario pone per il modello in house limiti meno stringenti rispetto alla disciplina statale (art. 23-bis d.l. n. 112/2008), non avendo mai espressamente e univocamente affermato che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica vi sia, per gli enti locali, un obbligo assoluto e inderogabile di affidarli a terzi sul mercato con esclusione dell'affidamento diretto a società in house».



23-bis d.l. n. 112/2008<sup>59</sup>.

In altri termini, si tratta di capire, se il sistema monistico (inizialmente) previsto dall'art. 18 sia integrabile attraverso altre disposizioni oppure se tale sistema integri quel veto da parte della normativa nazionale che l'art. 5.2 del regolamento europeo espressamente individua come limite all'autoproduzione del servizio.

Questa risposta dipende essenzialmente dal ritenere vigente o meno l'art. 61 l. 99/2009, che richiama in modo espresso le disposizioni del regolamento che consentono l'autoproduzione. Tale vigenza è messa in discussione dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 (nel testo novellato dall'art. 15 l. n. 166/2009), che a sua volta, secondo la dottrina maggioritaria<sup>60</sup>, aveva determinato l'abrogazione implicita dell'art. 61 per incompatibilità con le norme di maggior rigore pro-concorrenziali contenute nell'art. 23-bis. Stesso problema riguarda il rapporto tra l'art. 61 l. 99/2009 e l'art. 4 d.l. 138/2011 (come noto fedelmente riproduttivo dell'art. 23-bis) dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012.

Il problema peraltro non riguarda solo l'art. 61 e può essere rubricato in un contesto più ampio (come emerge dal paragrafo successivo).

### **2.3 Incertezza sulla vigenza di alcune disposizioni a seguito del referendum 2011 e della sentenza Corte. cost. n. 199/2012.**

Da questo punto di vista, un'altra disposizione che mi pare assumere un certo valore è l'art. 4-bis d.l. 78/2009<sup>61</sup>, prima parte del primo comma, che dispone, in chiave dichiaratamente pro-concorrenziale, che le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'art. 5.2 del regolamento n. 1370/2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo (non è chiaro se il 10% vada riferito alla quantità di produzione o al valore della stessa). Sulla vigenza di questa disposizione, e dell'art. 61 l. 99/2009,

---

<sup>59</sup> Comma introdotto dall'art. 1, comma 6, lett. d), d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400 e successivamente modificato dall'articolo 12, comma 3, del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 che ha espunto l'avverbio «esclusivamente».

<sup>60</sup> M.A. Sandulli, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *Federalismi*, 2010, n. 13, p. 12; L. Bertozzi, *Il trasporto pubblico locale nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Giappichelli, Torino 2011, p. 536 (in nota).

<sup>61</sup> Introdotto dalla l. 102/2009 di conversione.

si registrano opinioni contrastanti in ragione dell'esito referendario e della pronuncia della Corte<sup>62</sup>.

La disposizione è stata ritenuta applicabile dall'AGCM in un caso famoso (affidamento ad ATAC) e da alcuni grandi Comuni (per esempio Vicenza). Nello stesso senso si esprime il documento pubblicato dalla IX Commissione trasporti al termine dell'indagine conoscitiva avviata nel giugno 2013. Non è forse un caso che il legislatore nazionale non sia più intervenuto per prorogare ulteriormente il termine di avvio a regime del sistema monistico delineato dal c.d. decreto Burlando (d.lgs. 422/1997).

In certi casi l'incertezza sulla vigenza di alcune disposizioni è determinata anche dalla caotica successione di leggi nel tempo in materia di servizio pubblico locale e di trasporto pubblico locale in particolare.

A questo proposito è significativo un recente parere della Corte di conti<sup>63</sup> che si esprime in senso favorevole alla trasformazione di una società *in house* (nel caso specifico operante nel settore idrico) in azienda speciale<sup>64</sup>. Uno dei passaggi fondamentali del parere, molto articolato e ben motivato al di là delle opinioni in merito alla soluzione adottata, è sulla abrogazione implicita dell'art. 35, comma 8, l. 448/2001 (che imponeva la trasformazione delle aziende speciali in società). La tesi dell'abrogazione implicita è sostenuta in ragione sia dell'esito referendario e di considerazioni di ordine sistematico sia della previsione di specifiche disposizioni, da cui si evincerebbe che il legislatore abbia inteso "conservare" l'istituto dell'azienda speciale<sup>65</sup>. Ora, rimane da capire se tale ragionamento sarà esteso dalla

---

<sup>62</sup> 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, p. 7; a favore della vigenza 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; A. Argentati, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 18, p. 20.

<sup>63</sup> Corte conti, sez. autonomie, delibera 21 gennaio 2014, n. 2, in *Notariato*, 2014, p. 106 e in *Foro amministrativo-TAR*, 2014, p. 345 ss. con nota di A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*.

<sup>64</sup> Il tema è stato al centro di un ampio studio sul modello di *governance* dei servizi pubblici locali: v. A. Lucarelli (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della Società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>65</sup> «In questo contesto, è lecito dubitare della perdurante vigenza dell'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001, dal momento che è venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante azienda speciale, dei

giurisprudenza al settore del trasporto pubblico locale, rispetto al quale già in precedenza era stata introdotta una norma analoga all'art. 35, comma 8, l. 448/2001, segnatamente l'art. 18, comma 3, d.lgs. n. 422/1997, per molti anni rimasto inattuato.

### **3. Esigenze di contenimento della spesa pubblica e dimensione di utilità sociale.**

Rispetto ai profili di incertezza relativi alla liberalizzazione del trasporto pubblico locale fin qui evidenziati ritengo che non sia questa la sede per prendere posizione. A mio avviso, però, è possibile avanzare una considerazione di ordine più generale, riferibile ai servizi pubblici locali di rilievo economico e articolata su due aspetti: l'impostazione complessiva che ha sorretto gli interventi legislativi degli ultimi anni, da un lato; la necessità di una svolta e dell'assunzione di una scelta di fondo chiara nella riforma in cantiere, dall'altro.

L'incertezza di alcune disposizioni chiave ai fini della regolazione (e della liberalizzazione) del trasporto pubblico locale in Italia non è casuale, non è imputabile (solo) a una tecnica legislativa imprecisa e superficiale<sup>66</sup>, ma può essere

servizi pubblici locali. La predetta disposizione, pur non avendo formato oggetto di quesito referendario, potrebbe considerarsi implicitamente abrogata, essendo frutto della stessa concezione sottesa all'abrogato art. 23-bis, d.l. n. 112/2008.

8. Peraltro, va sottolineato il carattere transitorio della disposizione di cui all'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001, la cui operatività è stata originariamente fissata al 31 dicembre 2002. Tale termine è stato prorogato al 30 giugno 2003 per effetto dell'art. 1, comma 7-ter, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178. In mancanza di ulteriori proroghe, sembrerebbe confermata la tesi dell'abrogazione implicita, considerando le successive norme che, contemplando le aziende speciali, presuppongono la loro piena operatività».

«10. Ma, al di là delle considerazioni di ordine sistematico, la tesi dell'abrogazione implicita è avvalorata dalla previsione di specifiche disposizioni, da cui si evince che il legislatore ha inteso «conservare» l'istituto dell'azienda speciale».

A queste considerazioni si può ora aggiungere che l'istituto dell'azienda speciale è stato «rivitalizzato» anche dalle recenti modifiche dell'art. 114 d.lgs. n. 267/2000 ad opera dell'art. 74, comma 1 num. 1, d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, introdotto dall'art. 1, comma 1 lett. aa), d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126.

<sup>66</sup> In generale sulla tecnica legislativa cfr. G. Amato, *Principi di tecnica della legislazione*, in *Corso di studi superiori legislativi, 1988-1989*, a cura di M. D'Antonio, Cedam, Padova 1990, p. 47 ss.; G.U. Rescigno, *Tecnica legislativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 1 ss. Con precipuo riferimento all'incidenza di regole «mal fatte e continuamente riviste» come fattore che «scoraggia gli investimenti, interni e dall'estero, rende difficile, a volte impossibile la quotidiana attività produttiva, assorbe rilevanti risorse economiche e umane, riduce la competitività internazionale delle nostre imprese produttive» v. l'ampia ricerca a cura di G.D. Mosco, A. Nuzzo, *Law & Disorder. L'Italia sotto l'attacco delle regole*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 2, p. 345 ss. e ivi in particolare i contributi di M. Clarich, B. Mattarella, *Un nuovo sistema regolatorio per lo*

spiegata attraverso una lettura differente.

In questi ultimi anni, nel settore del trasporto pubblico locale, e in generale nei servizi pubblici locali di rilievo economico, le scelte del legislatore nazionale sembrano essere state guidate prevalentemente da esigenze di contenimento della spesa pubblica<sup>67</sup>. Si tratta di una prospettiva in parte differente da quella avanzata da molti, e di cui sono espressione alcune delle riforme più significative in precedenza richiamate, già alla fine degli anni '90 del secolo scorso, in un analogo contesto di tentato risanamento della finanza pubblica: quella prospettiva era focalizzata più da vicino, a differenza degli orientamenti legislativi più recenti, sull'esigenza di migliorare l'efficienza dei processi di produzione dei servizi pubblici e di erogazione delle prestazioni sociali, anche al fine di ottenere «una “composizione” della spesa pubblica coerente con la necessità di una società e di una economia avanzate»<sup>68</sup>.

Invece, gli ultimi interventi del legislatore nazionale nell'ambito dei servizi dei pubblici locali di rilievo economico sono espressione di un'impostazione complessiva che supera artificialmente le esigenze che discendono da situazioni geografiche diverse<sup>69</sup>, come dimostra il caso dell'individuazione di ambiti territoriali ottimali, definiti di norma sulla base delle circoscrizioni amministrative esistenti e in assenza di una preventiva e adeguata analisi socio-economica; che elude la dimensione di utilità sociale caratteristica di questi servizi<sup>70</sup>, come dimostra la netta prevalenza del principio della concorrenza nel bilanciamento con altri interessi, in particolare modo con il principio della democrazia regionale o locale (secondo l'espressione del legislatore europeo); che appare in genere sbilanciata sul dato economico-finanziario, come emerge dal contesto di risparmio della spesa pubblica in cui sono inserite - e a cui sono dichiaratamente funzionali - le disposizioni che si sono succedute negli ultimi anni, tanto da finire col condizionare anche

---

*sviluppo economico*, p. 363 ss. e di U. Morera, N. Rangone, *Sistema regolatorio e crisi economica*, p. 383 ss.

<sup>67</sup> Da un altro punto di vista, ciò trova conferma anche nella drastica riduzione di trasferimenti statali nel settore del trasporto pubblico locale (su questo profilo cfr. di recente A. Candido, *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli, L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014, pp. 356-357).

<sup>68</sup> Cfr. A. Petretto, *Efficienza dei servizi e razionalizzazione della spesa pubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 735 ss. e p. 751.

<sup>69</sup> Cfr. P. Sabbioni, *Servizi pubblici locali: il cambio di paradigma*, in *Amministrare*, 2015, p. 75 ss., in particolare p. 88-89 e p. 92.

<sup>70</sup> Cfr. M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Diritto ed economia*, 2012, p. 516.

l'interpretazione del giudice amministrativo su alcuni aspetti fondamentali<sup>71</sup>.

Questa impostazione genera “resistenze”, anche in quanto non fondata su una scelta espressa e condivisa dai diversi livelli di governo<sup>72</sup>; resistenze che a loro volta si traducono in un susseguirsi di modifiche legislative incoerenti rispetto al quadro delineato dalla riforma del 1997 e a volte perfino tra loro contraddittorie anche se ravvicinatissime.

A questo riguardo, la delega, molto ampia, al Governo, prevista dall'art. 16, comma 1 lett. c), e dall'art. 19 l. 7 agosto 2015, n. 124 per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale, potrà risolvere i profili critici che sono stati indicati solo attraverso l'assunzione di scelte di fondo chiare (che forse sarebbero dovute spettare al Parlamento); prima fra tutte quella se favorire l'esternalizzazione dei servizi d'interesse economico generale, e dunque la creazione di un mercato da contendere, rispetto all'autoproduzione del servizio, oppure se rendere giuridicamente neutra tale scelta da parte delle autonomie locali, pur nel rispetto dei principi di equilibrio economico-finanziario della gestione<sup>73</sup> anche nel caso di autoproduzione del servizio.

Che poi significa, ancora più in radice, rispondere alla domanda di fondo se si voglia realmente perseguire, e con quali modalità, la finalità di un mercato nei servizi pubblici locali, alla stessa stregua di quanto sta accadendo in questi anni per i grandi servizi a rete (ad esempio per il gas, per l'elettricità, per le telecomunicazioni). Sia chiaro, però, che si tratta di una finalità diversa da quella di assicurare l'efficienza della gestione diretta del servizio da parte dell'amministrazione locale<sup>74</sup>.

Rispetto a queste prospettive differenti, la legge delega del 2015 non sembra affatto indirizzare in modo netto il legislatore delegato<sup>75</sup>. L'art. 19 l. n. 124/2015,

---

<sup>71</sup> Cfr. sopra § 2.1.

<sup>72</sup> Sulla necessità di innovare un settore vitale per lo sviluppo economico (appunto quello dei servizi pubblici locali) «con il concorso dei diversi livelli di governo» v. M. Midiri, *Servizi pubblici locali e sviluppo economico: la cornice istituzionale*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, in a cura di M. Midiri, S. Antoniazzi, cit., p. 1 ss.

<sup>73</sup> Oltre che, ovviamente, della qualità del servizio reso agli utenti.

<sup>74</sup> Anche attraverso, per esempio, «la previsione e l'applicazione di sanzioni adeguate nei confronti degli enti soci, delle partecipate e dei loro amministratori» (P. Sabbioni, *Servizi pubblici locali: il cambio di paradigma*, cit., p. 92).

<sup>75</sup> Nel senso che il tema delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale rientra tra i «profili di contraddizione» della legge delega «difficilmente sanabili» v. F. Giglioni, *La*

infatti, dispone che il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale deve individuare la disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione di tali servizi, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee. Inoltre, il decreto legislativo deve individuare, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, le modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, «ivi compresi quelli in materia di auto-produzione».

Si tratta di un insieme di regole e principi molto ampio, di non semplice attuazione da parte del legislatore delegato, atteso che i numerosi, quanto generici, riferimenti al diritto dell'Unione europea non sono risolutivi, almeno nella misura in cui si prenda atto che in questa materia l'attuale assetto normativo europeo non è sempre univoco quanto alle possibili opzioni demandate al legislatore nazionale (in particolare poi nella disciplina di settore del trasporto pubblico locale<sup>76</sup>). In questo contesto il ricorso all'autoproduzione del servizio, già descritto in precedenza, è certamente possibile e compatibile con le disposizioni sovranazionali, al punto da essere ricompreso nell'art. 19 della legge delega tra i principi dell'ordinamento europeo che devono fare da cornice al decreto legislativo nell'individuazione delle forme di gestione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale.

Il legislatore delegato, dunque, ha l'occasione (e l'onere) di risolvere uno scontro tra differenti ispirazioni e interpretazioni di fondo della disciplina dei servizi pubblici locali. Altri problemi di certo significativi, legati per esempio all'individuazione del mercato rilevante ai fini dell'affidamento del servizio pubblico locale<sup>77</sup> o alla preferenza della formula della concorrenza per il mercato rispetto a quella della concorrenza nel mercato<sup>78</sup>, sono logicamente successivi.

---

*nuova disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale in attesa dell'esercizio della delega*, in *www.federalismi*, 2015, n. 20, p. 4.

<sup>76</sup> V. sopra § 2.2.

<sup>77</sup> Sulla possibilità di «simulare un mercato in servizi del genere» esprime un forte scetticismo, in ragione della tendenziale impossibilità di identificare un mercato rilevante entro i limiti territoriali in cui operano gli enti locali e delle vie finora seguite «per combinare assieme servizi pubblici locali e concorrenza», F. Merusi, *Note conclusive*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. Midiri, S. Antoniazzi, cit., p. 323 ss.

<sup>78</sup> A sua volta connesso con il controverso concetto di rete che, quanto nello specifico al trasporto pubblico locale, secondo alcuni dovrebbe essere limitato ai servizi ferroviari, atteso che per il trasporto su gomma non è possibile configurare una rete, almeno in senso strutturale (cfr. M.A. Sandulli, *Affidamento dei*

In definitiva, è ormai ineludibile una scelta di fondo priva di ambiguità sul rapporto tra amministrazione locale e mercato, cioè sulla reale portata nel nostro ordinamento dell'autonomia dell'ente pubblico quanto all'individuazione e all'organizzazione dei servizi di interesse generale di carattere economico. L'espressione più significativa di tale autonomia, rappresentata dalla possibilità di scelta dell'amministrazione tra autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi dei servizi, si pone a monte di ogni aspetto regolatorio della disciplina sui servizi pubblici locali ed è garantita in via ordinaria (e non sussidiaria) dall'ordinamento comunitario<sup>79</sup>. Il legislatore delegato è chiamato a una scelta chiara, se confermare tale garanzia oppure se prevedere che le amministrazioni locali possano gestire i servizi di interesse economico generale sul proprio territorio in una logica meramente sussidiaria, che si giustifica esclusivamente nei casi di fallimento del mercato<sup>80</sup>.

**ABSTRACT:** Since the 1997 reform, the local public transport sector has been a paradigmatic case of the relationship between competition and management models, as part of the more general problem of regulating services of general economic interest pertaining to local authorities. The paper examines the uncertain legal framework in which the liberalization of local public transport services has occurred, in light of the general principles established by European law and also, most recently, of the prospects of the reform of local public services provided by Law no. 124 of 2015.

**KEY WORDS:** local public transport services; liberalization; regulation of local services of general economic interest.

---

*servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, cit.; in senso contrario, però, sulla scorta dell'art. 210 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici, che fa riferimento alle «attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo», v. M. Passalacqua, *La regolazione degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 1, p. 25); profilo che è a sua volta connesso con la separazione tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio e con la configurazione, o meno, di tali servizi come monopoli naturali.

<sup>79</sup> Tanto da comportare la necessità di delimitare il campo di operatività delle regole sulla concorrenza dell'Unione europea; v. retro nel testo § 2.2.

<sup>80</sup> In questa prospettiva, in generale rispetto ai servizi pubblici e anche alla luce degli studi economici, cfr. già D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 371 ss. in particolare p. 408 ss. e p. 424.