

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI, MERCATI, DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale: 12/D1 – diritto amministrativo

Settore Scientifico Disciplinare: IUS10

LE SOCIETA' DEL TRASPORTO LOCALE TRA CRISI ECONOMICA,
SERVIZIO PUBBLICO E LIBERTA' D'IMPRESA

Presentata da: dott. Alessandro Cabianca

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Chiar.ma Prof.ssa Marcella Gola

Chiar.mo Prof. Marco Dugato

Esame finale anno 2018

INDICE

Premessa	p. 5
----------	------

CAPITOLO 1

Il trasporto pubblico locale come servizio pubblico: il problema della delimitazione oggettiva del servizio.

1. TPL e servizio pubblico: le incerte definizioni normative tra diritto interno e quello dell'Unione europea	p. 9
2. Il contesto normativo nazionale: TPL nel D.lgs. n. 422/1997	p. 13
3. Il contesto normativo europeo: profili evolutivi	p. 18
4. Alla ricerca del servizio pubblico: brevi cenni sulle ricostruzioni teoriche	p. 39
5. Il TPL di linea come servizio pubblico: profili storico-evolutivi	p. 42
6. Il problema della qualificazione e dell'individuazione dei "servizi minimi"	p. 46
7. Il regime giuridico dei servizi aggiuntivi	p. 54

CAPITOLO 2

Il trasporto pubblico locale tra servizio pubblico e libertà d'impresa.

1. Il rapporto tra servizio pubblico e diritto di esclusiva nel trasporto pubblico locale	p. 58
2. Il servizio pubblico come "rete" o come "sommatoria di linee": il pericolo della sussidiatura incrociata e del cd. " <i>cream skimming</i> "	p. 61
3. L'opzione dell'attribuzione di diritti speciali	p. 69
4. L'orientamento del Testo Unico su servizi pubblici locali d'interesse generale e la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016	p. 70
5. Il trasporto pubblico locale come libera attività d'impresa	p. 76
5.1. I fondamenti costituzionali e la legislazione statale	p. 76
5.2. Gli spunti offerti dalla legislazione regionale	p. 81

5.3. Il problema dell'accesso al mercato e la saturazione delle linee più redditizie	p. 86
5.4. Il problema della sussidiazione incrociata e della sovrapposizione con i servizi sussidiati	p. 90
6. Il trasporto pubblico locale e i mercati ad esso contigui	p. 100
6.1. I servizi di trasporto passeggeri interregionali e statali non contribuiti	p. 100
6.2. I servizi di trasporto passeggeri internazionali	p. 103
6.3. Il noleggio di autobus con conducente	p. 106

CAPITOLO 3.

Le società del trasporto pubblico locale

1. Le società del trasporto pubblico locale emergenti dalla crisi: immagine di un settore in piena evoluzione	p. 111
2. Servizio pubblico e attività di libero mercato: dall'obbligo di separazione contabile a quello di divisione societaria?	p. 116
3. La parabola delle società a partecipazione pubblica nel trasporto pubblico locale	p. 120
4. Le limitazioni all'accesso al libero mercato liberalizzato per le società a partecipazione pubblica	p. 133
4.1. Evoluzione normativa	p. 133
4.2. L'approdo del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica	p. 141
5. Le limitazioni all'accesso al mercato del servizio pubblico per i soggetti privati	p. 146
Conclusioni	p. 153
Bibliografia	p. 158

Premessa

L'oggetto del presente ricerca è lo studio dei complessi e dialettici rapporti tra servizio pubblico e libertà d'impresa e su come la sottoposizione al regime di servizio pubblico di interi settori economici condizioni da un punto di vista funzionale ed organizzativo gli operatori che ivi si trovano ad operare.

La particolare chiave di lettura attraverso la quale il fenomeno sarà indagato è quella del trasporto pubblico locale, nella sua declinazione dell'autotrasporto di linea.

Questa attività, infatti, evoca immediatamente il concetto di servizio pubblico¹, quasi che ci sia una perfetta sovrapposizione tra l'autotrasporto locale di linea e la sottoposizione dello stesso ad un regime di doverosità in ragione delle prestazioni rese ad una platea indifferenziata di utenti².

L'acronimo "TPL" è diventato, così, una formula di sintesi, conosciuta anche al di fuori della stretta cerchia degli addetti ai lavori, che bene esemplifica il regime giuridico di servizio pubblico a cui è sottoposto un determinato settore, incarnandone paradigmaticamente i caratteri della continuità, accessibilità, qualità, universalità e doverosità del suo esercizio.

L'attenzione è stata, perciò, rivolta agli aspetti regolatori del servizio pubblico di trasporto, alla sua organizzazione e gestione, dei quali pure si opererà una ricostruzione, mentre minore interesse ha suscitato l'attività economica di cui il servizio pubblico costituisce l'oggetto, ossia il trasporto collettivo di persone e cose e la possibilità per essa di essere prodotta sia in regime servizio pubblico che in quello di libertà d'impresa. La necessità di erogare un servizio ad un prezzo "politico", assicurandone l'universalità ha generato un'ipotesi di "market failure", consistente nell'incapacità del mercato di

¹ Sul carattere di servizio pubblico dell'autotrasporto di linea, v. Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 195; Carnevale Vecchi M.A., *Trasporti in concessione*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1108 ss.

² Brancasi A., *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, 2003, p. 105.

sostenere i costi di erogazione e di gestione del servizio e la necessità per la pubblica autorità di assumere, regolare e finanziare lo stesso³.

A ciò è conseguita la tendenza alla formazione di posizioni monopolistiche che escludono la presenza di altri operatori, per cui la competizione andrebbe garantita per assicurare il mercato ad un unico gestore, piuttosto che per espletare il servizio all'interno del mercato⁴.

Seguendo questa impostazione, che identifica il TPL con il servizio pubblico e quest'ultimo con l'area sottoposta al diritto di esclusiva, l'unico modo in cui la libertà d'impresa può trovare esplicazione è quello della concorrenza "per il mercato", ossia un sistema di concorrenza "regolata", nella quale la pubblica autorità attribuisce un diritto di esclusiva per un periodo determinato all'esito di una gara aperta e trasparente⁵.

La descritta equivalenza concettuale non appare, tuttavia, del tutto appagante e deve confrontarsi non solo con i dati emergenti dal diritto positivo, ma anche con la stessa definizione di servizio pubblico di trasporto e del mercato nel quale esso si svolge.

Si è rilevato, infatti, che nel trasporto pubblico si manifesta un caso "atipico" di fallimento del mercato, dato che la mancata realizzazione di condizioni concorrenziali non è dovuta tanto ai connotati intrinseci del settore di carattere economico, bensì dall'assegnazione politica di obiettivi sociali⁶.

Con riferimento al TPL, la dialettica servizio pubblico – libertà d'impresa assume un particolare significato nell'attuale momento storico in cui la crisi da sovraindebitamento, iniziata nel 2008, ha avuto pesanti ripercussioni per il settore.

³ Per una trattazione comparatistica della materia, v. Ramella F., *Quale politica per il trasporto collettivo locale*, in *Riv. dir. fin.*, 2002, 2, p. 203 e ss; Mostacci E., Romeo G., *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 2, p. 944 ss.

⁴ In tal senso, Rossano C., in *Prefazione* a C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, p. XXIII. Secondo Mazzarino M., *Regolazione dei trasporti e Authority*, in *Munus*, 2, 2013, p. 258, il sistema del *tendering* o *franchise bidding* – ossia della concorrenza "per" l'accesso al mercato – è uno degli strumenti per migliorare il sistema regolatorio in termini di efficienza sociale, che si configura come una forma di concorrenza tra monopolisti *potenziali* per l'aggiudicazione di un mercato di monopolio.

⁵ Peraltro, la gara costituisce soltanto una delle modalità di affidamento del servizio come si vedrà meglio *infra*. Infatti, l'articolo 5, par. 2, 4, 5 e 6 del Regolamento (CE) 1370/2007, consente alle autorità competenti di autoprodurre i servizi di TPL, di affidarli *in house* e di aggiudicare direttamente i contratti "sottosoglia" e in caso d'emergenza.

⁶ In tal senso, Mazzarino M., *Regolazione dei trasporti e Authority: spunti per la definizione di un modello "coerente"*, cit., p. 264.

Quando si parla di TPL, infatti, non si evoca soltanto il concetto di servizio pubblico, ma anche una serie di sostantivi, come “crisi”, “fallimento”, “inefficienza”, “spreco”⁷, come se esso rappresenti un esempio dei problemi che il nostro Paese non riesce a risolvere.

In un settore in eterna crisi, “la crisi” economica, in alcuni casi, ha portato ad estreme conseguenze questa conclamata malattia e si è sperimentato così, anche per le società che svolgono servizi pubblici locali, il fallimento⁸.

Ciò è dovuto anche alla drastica riduzione dei trasferimenti statali⁹, alla quale non sempre le regioni sono riuscite a sopperire tramite propri stanziamenti di bilancio¹⁰.

Si è così cominciata la stagione della riprogrammazione dei servizi e rimesso al centro dell’attenzione il tema del servizio pubblico, non nella sua dimensione regolatoria, ma in quella della sua estensione oggettiva.

Ciò contraddice la tendenza che, a partire dal dopoguerra, ha visto il servizio pubblico di trasporto come “universo” in continua espansione, frutto di una logica incrementale delle prestazioni che davano risposta alle esigenze di mobilità di una società in pieno sviluppo urbano ed industriale.

Il TPL era “il servizio pubblico”, perché esso riusciva a dare tutte le risposte ai bisogni della collettività.

Oggi, si assiste, in qualche modo, ad una “riduzione della sfera pubblica”¹¹, dovuta non ad un consapevole disegno di sostanziale privatizzazione di tale settore economico, quanto alla contrazione delle risorse ad esso destinate.

⁷ Evocativo, in tal senso, è il titolo del libro di Boitani A., *I trasporti del nostro scontento*, Bologna 2012.

⁸ Ad esempio, la CSTP azienda della Mobilità di Salerno e provincia è in amministrazione straordinaria, sono fallite società come l’ACSM di Caserta e l’EAVBUS di Volturno, mentre altre hanno bilanci dissestati come l’AMT di Genova e l’ATAC di Roma. In dottrina cfr. Positano G., *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, (Nota a App. Napoli 24 aprile 2013), in *Dir. Fall.*, 2013, 6, p. 563 ss.

⁹ Secondo la ricerca ISFORT, *Il trasporto pubblico locale. La ricerca dell’efficienza attraverso le riforme*, in *www.isfort.it*, 24 marzo 2014, dal 2010 al 2012 il settore del TPL ha visto ridursi i finanziamenti pubblici per i servizi di circa 600 milioni di euro, vale a dire il 12% circa del totale. La riduzione delle risorse è ancora più significativa dal lato degli investimenti (rinnovo del parco rotabile, nuove infrastrutture, ecc.); ad esempio, dai 2,3 miliardi di euro per l’acquisto di nuovi autobus per il quadriennio 1997-2001, si è passati a 110 milioni per il periodo 2012-2015.

¹⁰ Per un panorama degli interventi regionali, cfr. Candido A., *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli, L. Trucco, Torino, 2014, p. 357 ss.

¹¹ Cfr. Mazzamuto M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, e Dugato M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 169 ss.

In questo contesto, trovano significato i temi di ricerca che si cercherà di sviluppare in questo studio che riguardano l'individuazione dell'area riservata al servizio pubblico di TPL e correlativamente di quella in cui le attività di trasporto collettivo di linea possano essere prestate in regime di libertà d'impresa e come possano configurarsi i rapporti tra il servizio pubblico di linea e i mercati ad esso contigui.

Lo studio dei rapporti tra servizio pubblico e libertà d'impresa porta inevitabilmente ad occuparsi dei soggetti economici che svolgono l'attività di trasporto collettivo di persone e ai condizionamenti funzionali che essi subiscono per l'esistenza stessa di una parte dell'attività sottoposta al regime di servizio pubblico.

In tal senso non si potrà certo trascurare la presenza massiccia in questo settore delle società a partecipazione pubblica ed il particolare regime vincolistico a cui esse sono sottoposte, ma la ricerca cercherà d'individuare i vincoli funzionali che subiscono anche gli altri operatori del trasporto collettivo di persone sia che svolgano attività di servizio pubblico, che servizi nel libero mercato.

CAPITOLO 1.

Il trasporto pubblico locale come servizio pubblico: il problema della delimitazione oggettiva.

1. TPL e servizio pubblico: le incerte definizioni normative tra diritto interno e quello dell'Unione europea. 2. Il contesto normativo nazionale: TPL nel D.lgs. n. 422/1997. 3. Il contesto normativo europeo: profili evolutivi. 4. Alla ricerca del servizio pubblico: brevi cenni sulle ricostruzioni teoriche. 5. Il TPL di linea come servizio pubblico: profili storico-evolutivi. 6. Il problema della qualificazione e dell'individuazione dei "servizi minimi". 7. Il regime giuridico dei servizi aggiuntivi.

1. Le incerte definizioni normative tra diritto interno e quello dell'Unione europea.

La relazione identitaria tra trasporto pubblico locale e servizio pubblico, spesso data come presupposta, non trova un chiaro riferimento normativo nella pluralità di fonti comunitarie, statali e regionali che regolano la materia¹².

Il D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, che ha ridisegnato l'allocazione delle funzioni amministrative e l'assetto organizzativo del settore, parla in modo ambiguo sia di "*servizi pubblici di trasporto*", ma anche di "*servizio di trasporto pubblico*", facendo pensare che la pubblicità possa connotare non solo e non tanto il servizio, ma l'attività di trasporto prestata alla collettività indistinta.

La legislazione regionale in un primo tempo poco consapevolmente, in quanto avente una funzione di mera attuazione della legge statale "cornice", poi con maggiore portata innovativa e problematicità, alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione, ha iniziato a prevedere e disciplinare nel TPL servizi variamente denominati "autorizzati",

¹² Si parla di "policentrismo normativo", sul tema v. D'Atena A., *L'impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti*, in *Studi in onore di L. Elia*, Milano, Giuffrè, 1999.

“di granturismo”, “straordinari”, “atipici”¹³, la cui collocazione sistematica rispetto all’area del servizio pubblico è apparsa subito alquanto incerta.

Nella legislazione regionale più recente si è arrivati ad una definizione unitaria e di sintesi del TPL, comprensiva non soltanto dei servizi di linea, ma anche di quelli non di linea.

In particolare, tale visione unitaria trova riscontro nella L.R. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6, che, all’art. 2, comma 2, classifica tra i servizi di trasporto pubblico regionale e locale, oltre ai servizi di linea, anche quelli non di linea, comprendendo in tale dizione sia i servizi di taxi e di noleggio con conducente effettuati ai sensi della legge 15 gennaio 1992, n. 21, che i servizi di noleggio di autobus con conducente della legge 11 agosto 2003, n. 218; nella L.R. Campania 28 marzo 2002, n. 3, che all’art. 3, comma 3, in relazione alle finalità riproduce la stessa distinzione tra servizi pubblici di linea e servizi pubblici non di linea, limitatamente ai servizi di cui alla l. n. 21/1992; nella L.R. Emilia Romagna 21 dicembre 2007, n. 29, che ha introdotto in Capo I *bis* alla L.R. 2 ottobre 1998 n. 30, di disciplina del trasporto pubblico regionale e locale, regolando l’attività di noleggio di autobus non di linea con conducente; nella L.R. Sardegna 7 dicembre 2005, n. 21, che nel Capo X regola sia il trasporto di viaggiatori effettuato mediante noleggio di autobus con conducente, che i servizi non di linea tramite autovettura.

¹³ I servizi di “granturismo” sono previsti nell’art. 5, comma 3, lett. d) della L.R. Marche 24 dicembre 1998, n. 45; nell’art. 4, commi 1, lett. d bis), e 5bis, della L.R. Lazio 16 luglio 1998, n. 30; nell’art. 3, comma 2, n. 4, della L.R. Abruzzo 23 dicembre 1998, n. 152; nell’art. 2, comma 2, lett. c6), della L.R. Calabria 7 agosto 1999, n. 23; nell’art. 2, comma 4, lett. c) della L.R. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6; nell’art. 4, comma 4, lett. b), della L.R. Veneto 30 ottobre 1998, n. 25; nell’art. 4, comma 3, n. 6, della L.R. Campania 28 marzo 2002, n. 3; nell’art. 22, co. 1, lett. b), della L.R. Friuli Venezia Giulia, 21 ottobre 1986, n. 41; nell’art. 4, comma 3, lett. d), della L.R. Sardegna 7 dicembre 2005, n. 21; nell’art. 24, comma 4, lett. c), della L.R. Emilia Romagna 2 ottobre 1998, n. 30. I servizi “autorizzati” trovano previsione in numerose disposizioni di legge regionale, ed in particolare: negli artt. 2, comma 1, lettera c), 3 e 14 della L.R. Toscana 13 luglio 1998, n. 42; nell’art. 4, comma 3, della L.R. Veneto 30 ottobre 1998, n. 25; nell’art. 3, comma 6, della L.R. Piemonte 24 gennaio 2000, n. 1; negli artt. 4 e 16 della L. R. Molise 24 marzo 2000, n. 19; nell’art. 7 della L.R. Liguria 9 settembre 1998, n. 31; negli artt. 5, comma 3, e 39 della L.R. Campania 28 marzo 2002, n. 3; nell’art. 18 della L.R. Puglia 31 ottobre 2002, n. 18; nell’art. 4, comma 3, lett. e), della L.R. Sardegna 7 dicembre 2005, n. 21; nell’art. 2, comma 4, lett. a), della L.R. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6, *sub species* di “servizi di collegamento al sistema aeroportuale”, disciplinati, successivamente, dalla Sezione III. Di servizi “straordinari” parla l’art. 7 della L.R. Basilicata 19 maggio 2004, n. 9. I servizi “atipici” sono, infine, previsti dall’art. 18, comma 1, lett. b), della L.R. Puglia 31 ottobre 2002, n. 18, e sono disciplinati dalla L.R. Veneto 14 settembre 1994, n. 46.

Anche la Corte Costituzionale, seppure implicitamente, sembra adottare un approccio onnicomprensivo al settore del trasporto pubblico locale dato che con la sentenza n. 452/2007, che ha ad oggetto la legittimità costituzionale degli artt. 6 e 12, comma 1, disposizioni del D.L. n. 223/2006¹⁴, ha ricompreso nella nozione di TPL sia il servizio taxi che il trasporto di linea di passeggeri accessibile al pubblico, in ambito comunale e intercomunale, esercitato “*anche dai soggetti in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali, con divieto di erogare a tali soggetti finanziamenti in qualsiasi forma*”.

In tal modo si è assistito ad una progressiva erosione e ad un disallineamento definitorio, peraltro territorialmente variabile, della supposta identità tra la nozione di trasporto pubblico locale e quella di servizio pubblico.

L’ordinamento europeo, ha riconosciuto la specialità del settore dei trasporti sin dal Trattato di Roma¹⁵ e ha concentrato la sua azione regolatrice disciplinando dapprima l’intervento pubblico sotto forma di finanziamenti erogati alle imprese del TPL¹⁶, per poi assumere una politica del diritto progressivamente più interventista¹⁷, che ha condotto, da ultimo, all’emanazione del Regolamento (CE) 1370/2007, il quale rappresenta una vera e propria normativa quadro europea dell’intero settore.

Tale atto normativo enuncia sin dal suo *incipit* che lo scopo dell’azione del legislatore europeo è quella di delimitare la sfera dell’intervento pubblico per garantire la fornitura di servizi di trasporto passeggeri d’interesse economico generale che siano, tra l’altro, più numerosi, sicuri, di migliore qualità od offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire.

Una riflessione merita proprio l’oggetto della disciplina europea, ossia quei “*servizi di trasporto di passeggeri d’interesse economico generale*”, di cui il legislatore comunitario non offre una precisa definizione, mentre anche il riferimento alla categoria dei “*servizi d’interesse economico generale*”, di cui quelli di trasporto costituiscono

¹⁴ Corte Costituzionale, 21 dicembre 2007, n. 452, in www.cortecostituzionale.it. In dottrina, Iaione C., *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 229.

¹⁵ Il Titolo IV (oggi Titolo VI del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea), ed in particolare l’articolo 77 (oggi art. 93 TFUE), ha previsto espressamente la compatibilità con il Trattato degli aiuti richiesti dalla necessità del coordinamento dei trasporti, ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio.

¹⁶ Sull’evoluzione della normativa comunitaria in materia di trasporto collettivo di persone, v. *infra sub* par. 3.

¹⁷ Tappa intermedia di tale evoluzione normativa è rappresentata dal Regolamento (CEE) n. 1893/91 del 20 giugno 1991, che ha introdotto il contratto di servizio quale strumento regolatorio disciplinante i rapporti tra pubblica Autorità e l’impresa incaricata del servizio di trasporto.

evidentemente una *species*, richiamata agli articoli 14 e 106, par. 2, del TFUE (ex articoli 16 e 86, par. 2, TCE), non consente d'individuare alcuna formula definitoria che sostanzi tale espressione¹⁸.

Infatti, è stata sottolineata la natura convenzionale, di matrice squisitamente comunitaria, elastica e, come tale, inappagante, della nozione dei SIEG¹⁹.

Secondo la Commissione, l'espressione si riferirebbe “*a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico*”²⁰.

Proprio l'imposizione di obblighi di servizio pubblico sembrerebbe, *prima facie*, connotare i servizi di trasporto regolati dal Regolamento (CE) 1370/2007 e consentirebbe di distinguerli dagli altri servizi pure caratterizzati dall'offerta al pubblico indiscriminata e continuativa.

La non perfetta coincidenza dei piani normativi e definitivi sommariamente descritti fa emergere la necessità di approfondire i diversi atti normativi nazionali ed europei che hanno riguardato il trasporto pubblico locale per osservarne gli scopi di politica del diritto perseguiti dai legislatori, per poi tentare una sintesi degli elementi normativi che connotano la nozione di servizio pubblico.

¹⁸ Sui servizi d'interesse economico generale, v. Bertonazzi L., Villata R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Tratt. dir. amm. eur.*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, parte speciale, IV, p. 1791 ss; Cartei G. F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2005, p. 1219 ss; Ceraso L., *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, *ivi*, 1, 2008, p. 97 ss; Cintioli F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 3, 2006, p. 453 ss; Giglioni F., *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 5, 538; Lucarelli A., *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1, 2011, 261 ss; Marchianò G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5-6, 2013, p. 1021 ss; Merusi F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 313 ss; Sorace D., *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, *ivi*, 1, 2010, p. 1 ss; Perfetti L. R., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi d'interesse economico generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, p. 479 ss; Lottini M., *Servizi d'interesse economico generale: una nozione controversa*, *ivi*, 2005, 5, p. 1351 e ss.

¹⁹ Sorace D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 372 e ss.

²⁰ COM(2004) 374 del 12 maggio 2004, Libro bianco sui servizi di interesse generale, par. 2.1.

2. Il contesto normativo nazionale: il TPL nel D.lgs. n. 422/1997.

Le novità introdotte dal D.lgs. 422/1997²¹ e dalla legislazione regionale d'attuazione del decreto legislativo sono state numerose ed hanno avuto il merito di dare al TPL un complessivo riferimento regolatorio, che ha ridisegnato tanto l'allocazione delle competenze amministrative, sperimentando il c.d. federalismo a Costituzione invariata ove emerge un certo centralismo regionale²², quanto l'assetto organizzativo dei servizi, adottando gli strumenti della gara e del contratto di servizio rispettivamente per la scelta del gestore e per la successiva regolazione dei rapporti tra l'ente affidante e il gestore stesso²³.

Elemento non trascurabile della riforma è, inoltre, una visione integrata dei servizi, in cui, uscendo da una logica fondata sulle diverse modalità di trasporto, sono conferite alle regioni le competenze amministrative relative all'intero settore dei trasporti locali, ivi compresi i servizi ferroviari d'interesse regionale e locale.

Questo approccio di sistema è profondamente diverso rispetto a tutta la produzione normativa precedente e il suo tasso d'innovazione può trovare facile riscontro se si considerano le forti resistenze a dare attuazione a tale disegno legislativo tanto da parte delle imprese *incumbents*, quanto da parte degli enti locali.

²¹ Sulla riforma operata dal D.lgs. 422/1997 v. Rangone N., *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato amministrativo. Parte speciale*, a cura di Cassese S., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 2272 e ss.; Claroni A., *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in *Il diritto del Mercato del Trasporto*, a cura di Zunarelli S., in *Trattato di Dir. comm. e dir. pubb. Economia* diretto da Galgano F., Cedam, Padova, 2008, pp. 141 e ss.

²² Osserva Cici L., in *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *Giornale dir. Amm.*, 1998, p. 289, che “Risulta un quadro in cui la regione, superando l'attuale pluralità di soggetti decisori e di gestori di risorse, assume il ruolo di unico soggetto regolatore, in condizione di operare su un comparto unitario nel quale sono aggregati tutti i modi di trasporto; un soggetto cui è affidata piena potestà programmatica insieme alla relativa responsabilità di provvedere alla copertura dei costi. Un regolatore non isolato, poiché è previsto che operi con il contributo e con il consenso degli enti locali territoriali, oltre che delle forze sociali e delle associazioni dei consumatori”.

²³ Ricorda Cammelli M., in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, a cura di Bucci O., Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 81-82 “I trasporti pubblici locali si sono distinti per una serie di primati: sono stati il primo settore ad avere sperimentato gli effetti del federalismo amministrativo, attraverso l'innovativo riparto delle competenze delineato dal d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422; sono stati i primi servizi a subire il divieto di affidamenti diretti, alla scadenza di un dato periodo transitorio; sono stati i primi destinatari di una disciplina compiuta dei contratti di servizio, quale strumento di regolazione dei rapporti con il gestore; sono stati per primi toccati dall'obbligo di trasformare in società le aziende speciali e i consorzi di enti locali deputati allo svolgimento del servizio; sono stati la prima categoria per la quale è stata prevista l'esclusione dalle gare per l'aggiudicazione del servizio dei soggetti beneficiari di un affidamento diretto”.

Nella sua versione originaria, tuttavia, il D.lgs. 422/1997 presentava alcuni elementi di debolezza e criticità, frutto di scelte compromissorie, che, di fatto, hanno ostacolato una vera e propria liberalizzazione del settore²⁴.

In particolare, nell'articolato del 1997, in alternativa alla gara per la scelta del gestore del servizio, si prevedeva la gara per la selezione del socio privato, con la possibilità, dunque, che a seguito di tale selezione la società mista potesse godere di un affidamento diretto.

Inoltre, non era definito in modo stringente il termine ultimo del periodo transitorio e quello per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società²⁵, mentre i servizi ferroviari d'interesse regionale e locale non erano sottoposti al regime concorrenziale comune agli altri servizi.

Per porre rimedio a tali carenze, venne adottato il D.lgs. 400/1999, il quale ha posto la gara come unica modalità di affidamento del servizio, estendendola anche ai servizi ferroviari e disciplinandone gli aspetti fondamentali e ha stabilito termini certi tanto per il periodo transitorio, quanto per il processo di trasformazione societaria delle aziende speciali e dei consorzi (rispettivamente 31.12.2003 e 31.12.2000), rendendo così più completo e complessivamente più credibile l'intero disegno riformatore.

Concorrenza "per il mercato", questo è dunque l'impronta di politica del diritto che connota la riforma del TPL di fine degli anni '90, ossia un sistema di concorrenza "regolata" nella quale la pubblica Autorità attribuisce un diritto esclusivo per un periodo

²⁴ Ricorda Boitani A., in *La riforma del trasporto pubblico locale: una valutazione personale*, sintesi dell'intervento al convegno *La riforma del trasporto pubblico locale in Alto Adige*, Bolzano 22.11.2000, "Il D.lgs. 422/97 era assai meno innovativo dal punto di vista degli incentivi all'introduzione di meccanismi concorrenziali di quanto non fosse il testo elaborato l'anno precedente: la mediazione politica aveva finito per avere il sopravvento. Per fortuna, nel corso del 1998 e del 1999 il nuovo disegno di riforma dei servizi pubblici locali (AS 4014) era andato prendendo corpo - con il contributo determinante dell'on. Vigneri e di uno dei consiglieri di Palazzo Chigi, il prof. Claudio De Vincenti. E il disegno di legge prevedeva un regime obbligatorio di gare per tutti i servizi di rilevanza industriale (tra cui i trasporti), nonché la trasformazione delle aziende speciali in società di capitale e la proibizione per le aziende operanti in regime di affidamento diretto o di concessione senza gara di partecipare alle gare. Il nuovo Ministro dei trasporti, l'on. Tiziano Treu - spinto dall'on. Angelini, divenuto sottosegretario, dal prof. Panettoni e anche da chi scrive - si convinse ad emanare rapidamente un decreto legislativo che correggesse le più vistose mancanze del 422/97, introducendo subito per i trasporti i principi fondamentali della riforma dei servizi pubblici locali. Nacque così il D.lgs. 400/99".

²⁵ L'art. 18, comma 3, del d.lgs. 422/1997 non prevedeva, infatti, un termine per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società per azioni, ovvero in cooperative, mentre stabiliva che "Per le società derivanti dalla trasformazione le regioni possono prevedere un regime transitorio, non superiore a cinque anni, nel quale è consentito l'affidamento diretto dei servizi".

determinato all'esito di una gara aperta e trasparente che definisce il livello quantitativo e qualitativo del servizio, le condizioni economiche per prestarlo, comprensive delle tariffe da applicare all'utenza.

In quest'ottica il confronto competitivo tra gli operatori si consuma in un momento anteriore a quello dell'erogazione del servizio e ha ad oggetto l'acquisizione del diritto ad operare sul mercato a determinate condizioni.

Tale modello ha astrattamente il pregio di coniugare obiettivi di efficacia e di efficienza nella gestione ed erogazione del servizio, consentendo, da un lato di assicurarne continuità ed accesso generalizzato da parte di tutti i cittadini tramite l'imposizione di obblighi di servizio e l'attribuzione del diritto di esclusiva, e dall'altro, di favorire la configurazione di mercati efficienti, limitando l'utilizzo di sussidi pubblici, tramite il periodico confronto concorrenziale tra più operatori.

Si tratta di una scelta che non si spinge oltre, verso un vera e propria metamorfosi del regime amministrativo dell'attività da concessorio ad autorizzatorio con l'adozione, dunque, del modello alternativo della concorrenza "nel mercato", in cui l'accesso all'attività economica è assicurato dal semplice rilascio di autorizzazioni all'esercizio sulla base di criteri oggettivi trasparenti e non discriminatori.

Del resto, l'esperienza del Regno Unito ha avuto un certo peso nell'indirizzo intrapreso dalla legislazione dell'Europa continentale ed, in particolare, da quello italiano²⁶.

Sin dal 1985, in Gran Bretagna si è sperimentato una forte spinta liberalizzatrice, con la soppressione dei diritti esclusivi che costituivano la norma nel settore dei trasporti con autobus, e sviluppando, ad eccezione dell'area di Londra e dell'Irlanda del Nord, una vivace competizione nel mercato.

Come conseguenza di questa politica, i costi d'esercizio sono diminuiti nettamente, ma è diminuito nettamente anche il numero degli utenti, si è avuto un aumento tariffario,

²⁶ Ramella F., in *Quale politica per il trasporto collettivo locale?*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2002, p. 203, osserva che "La definitiva trasformazione dell'organizzazione del trasporto collettivo locale a scala nazionale venne decisa con il Transport Act del 1985 che prevedeva: a) l'abolizione del regime delle licenze introdotto nel 1930 e la libera competizione degli operatori sulla strada (con l'unico obbligo da parte delle aziende di comunicare all'autorità pubblica i servizi che intendevano fornire); b) il mantenimento dei rimborsi alle aziende per la vendita di titoli di viaggio a prezzo ridotto per alcuni gruppi di utenti; c) l'abolizione dei sussidi "di rete" e l'adozione del competitive tendering per l'assegnazione dei servizi ritenuti socialmente necessari e non prodotti su base commerciale; d) il mantenimento del controllo pubblico per gli standard qualitativi e di sicurezza; e) la privatizzazione della compagnia nazionale di trasporto collettivo su gomma e delle aziende controllate dagli enti locali".

un'eccessiva congestione del traffico nelle tratte più redditizie, causata dalla sovrapposizione di un elevato numero di operatori e un innalzamento graduale dell'età del parco veicoli²⁷.

Insomma, l'esperienza di oltremarina ha sconsigliato un'improbabile trasformazione di un regime monopolistico sostanzialmente pubblico in un regime pienamente liberalizzato ove era del tutto assente, peraltro, un ceto imprenditoriale capace di investire nel settore.

Non si può non notare, poi, che nel D.lgs. 422/1997 la concorrenza "per il mercato" è circoscritta ai servizi c.d. "programmati"²⁸, ossia ai servizi minimi e a quelli aggiuntivi.

Il comma 1 dell'art. 16 del Decreto "Burlando" definisce i servizi minimi 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.

Il comma 3 del medesimo articolo stabilisce, inoltre, che gli enti locali possono istituire, d'intesa con la regione che ne verifica la compatibilità di rete, servizi aggiuntivi rispetto a quelli minimi con oneri a carico degli enti che li hanno istituiti.

Si tratta, evidentemente, del nocciolo duro del servizio pubblico, quell'insieme imprescindibile ed essenziale di prestazioni che, rispondendo ad esigenze essenziali di mobilità dell'utenza, evoca immediatamente il concetto di "servizio universale" di derivazione comunitaria²⁹.

Se questo è l'ambito d'applicazione del D.lgs. 422/1997, residua al di fuori di esso uno spazio per ulteriori tipologie di servizi di trasporto pubblico locale nei quali la concorrenza "nel mercato" può liberamente esplicarsi.

Qualche anno dopo, tale apertura ad una quota di servizi pienamente demandati all'iniziativa privata, con la possibilità dunque del dispiegarsi del confronto competitivo tra più operatori anche nelle medesime tratte, ha trovato un'ulteriore spinta legislativa a livello nazionale nell'art. 12 del decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006, il cd. "decreto

²⁷ In tal senso Boitani A., Combini, in *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, Hermes, 2004, p. 8; per una valutazione comparata del modello della Gran Bretagna rispetto a quelli adottati nell'Europa continentale V. Ramella F., *Quale politica per il trasporto collettivo locale?*, cit., p. 210.

²⁸ Per la distinzione tra servizi programmati e servizi autorizzati v. Mazzamuto M., in *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di Brancasi A., Il Mulino, Bologna, 2003, p. 225 e ss.

²⁹ Cammelli M., in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., pp. 89-90.

Bersani”, secondo il quale i comuni possono prevedere che il trasporto di linea di passeggeri accessibile al pubblico, in ambito comunale e intercomunale, sia svolto, in tutto il territorio o in tratte e per tempi predeterminati, anche dai soggetti in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali, con il divieto di disporre finanziamenti in qualsiasi forma a favore di detti soggetti.

Grazie a questa disposizione, i Comuni hanno potuto decidere di aprire alla concorrenza alcune linee, in particolare quelle in grado di autofinanziarsi.

Se l’ordinamento prevede questi rilevanti elementi di concorrenza “nel mercato”, risulta allora necessario operare una corretta identificazione dell'estensione dei servizi programmati e verificare gli spazi praticabili per una gestione concorrenziale dei servizi che consenta il dispiegarsi del confronto competitivo tra più operatori ogni volta che ciò sia economicamente possibile.

E’, quindi, auspicabile che l'intervento pubblico sia circoscritto ai soli casi in cui l'iniziativa economica privata non risulti sufficiente, secondo un rigoroso criterio di proporzionalità per non limitare oltremodo la libertà di concorrenza, al di là cioè di quanto sia appunto strettamente necessario al raggiungimento degli obiettivi del servizio pubblico³⁰.

Sul piano dell’effettività di detti principi, si può riscontare una prevedibile timidezza da parte degli enti locali a darne concreta attuazione³¹, circostanza che comunque non può inficiare il dato sistemico che la normativa di settore prevede già da molti anni per il TPL una liberalizzazione fondata su due pilastri, quello dell’affidamento del diritto a gestire il servizio in regime d’esclusiva tramite procedure ad evidenza pubblica e, al di fuori di questo nucleo forte del servizio pubblico, quello del regime autorizzatorio senza oneri a carico della dell’Ente pubblico.

³⁰ Mazzamuto M., in *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, cit., p. 215.

³¹ Si legge nel rapporto di sintesi de “*Lo stato di attuazione della riforma del TPL nelle regioni italiane*”, elaborato da ISFORT nel 2007, p. 5, con particolare riferimento all’attuazione dell’art. 12 del “decreto Bersani” che “*Ad eccezione della Campania in nessuna altra regione sono state attivate nuove iniziative dai Comuni per incrementare l’offerta di trasporto pubblico senza dover finanziare in qualche modo il soggetto gerente dopo l’approvazione del decreto, anche se occorre precisare che la Lombardia ha avviato un processo di trasferimento ai Comuni delle competenze per il rilascio di nuove autorizzazioni per i servizi autobus di collegamento verso gli aeroporti, nonché che in Toscana erano già presenti alcuni collegamenti liberalizzati*”.

3. Il contesto normativo europeo: profili evolutivi.

Come sopra si è accennato, i profili evolutivi dell'intervento normativo comunitario, oggi dell'Unione europea, in materia di TPL mostrano che, nel corso degli anni, si è verificato un forte fenomeno espansivo dell'azione sia del legislatore europeo che della Commissione, tanto che, partendo da una disciplina che si è limitata a regolamentare gli aiuti di Stato, di recente si è giunti a delineare una vera e propria normativa quadro di riferimento per l'intero settore.

Del resto, sin dalla metà del secolo scorso, non solo in Italia, ma in tutta Europa, il trasporto pubblico locale è stato uno dei settori economici ove l'intervento dei pubblici poteri è stato più pervasivo e diffuso.

I Paesi dell'allora Comunità Economica Europea hanno condiviso politiche di tariffe calmierate, volte ad assicurare l'universalità³² e la massima accessibilità del servizio.

A fronte di quest'indirizzo, si è verificata una tipica ipotesi di fallimento del mercato, consistente nell'incapacità da parte delle imprese di sostenere i costi di produzione del servizio e la necessità per la Autorità pubblica di assumere, regolare e finanziare il servizio.

La specialità del settore è stata riconosciuta già nel Trattato di Roma, che ai trasporti ha dedicato l'allora Titolo IV, ed in particolare l'articolo 77, che ha previsto espressamente la compatibilità con il Trattato degli aiuti richiesti dalla necessità del coordinamento dei trasporti, ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio.

In questa fase, dunque, l'attenzione del legislatore comunitario è stata concentrata sull'ammissibilità dei finanziamenti erogati alle imprese del TPL³³.

³² Sul servizio universale v. Capantini M., *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1, p. 99 e ss.

³³ In dottrina v. Pinotti C., *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, p. 146 e ss.; Casalini D., *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm., CdS*, 2003, 10, p. 2733 e ss.; Ceraso L., *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, p. 97 e ss.; Gallo D., *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, *ivi*, 2007, 5, p. 893 e ss.; Martinelli M., *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, *ivi*, 2007, 1, p. 113 ss.; Zanlucchi F., *La compensazione degli obblighi di servizio pubblico: una storia tormentata*, in *Urb. appalti*, 5, 2013, p. 573 ss.; Ceruti M., *Aiuti di Stato e compensazione retroattiva di servizio pubblico: l'aiuto è incompatibile con il mercato interno se c'è rischio di sovracompensazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 6, 2016, p. 1618 e ss.

Pertanto, a partire dalla costituzione della Comunità Economica Europea, gli Stati membri sono stati chiamati a decidere sull'alternativa tra eliminare gli obblighi di servizio pubblico - da intendere quali obblighi che l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni -, ovvero prevedere adeguate compensazioni rispetto ai costi sostenuti dagli operatori del settore per il loro svolgimento.

L'imposizione di obblighi di servizio pubblico nell'ambito dei trasporti risponde, infatti, a specifiche esigenze di coesione territoriale e sociale della Comunità Europea³⁴ ed è volta a tutelare il diritto alla mobilità dei cittadini sancito da numerose disposizioni del Trattato³⁵.

La Decisione del Consiglio n. 65/271/CEE del 13 maggio 1965, riguardante l'“*Armonizzazione di alcune disposizioni che incidono sulla concorrenza nel settore dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili*”³⁶, ha cercato di ridurre, nel limite del possibile, gli obblighi di servizio pubblico e a compensare equamente gli oneri derivanti sia dagli obblighi conservati, sia dalle riduzioni tariffarie imposte per motivi sociali, nonché a definire il regime degli aiuti applicabili ai trasporti, tenuto conto degli aspetti peculiari del settore.

Si stabilì che le compensazioni, adottate in applicazione della Decisione, non sarebbero dovute sottostare alla disciplina sugli aiuti di Stato prevista dagli articoli 87, 88 e 89 del Trattato CE.

Qualche anno più tardi, il Consiglio delle Comunità europee è tornato ad occuparsi della questione con due distinti provvedimenti: 1) Il Regolamento (CEE) del Consiglio, n. 1191/69, del 26 giugno 1969, relativo “*All'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile*”³⁷; 2) Il Regolamento (CEE) del Consiglio, n. 1107/70,

³⁴ L'importanza del ruolo dei servizi d'interesse economico generale come fattori di promozione della coesione sociale e territoriale è stata espressamente riconosciuta nell'articolo 16 del Trattato CE, a seguito delle modifiche dovute al Trattato di Amsterdam del 1997. Sul punto v. Vigneri A., *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in *Le virtù della concorrenza, regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, AA.VV., Bologna, 2007.

³⁵ Si vedano, in particolare, gli articoli 3, primo comma, lett. c), 14, 18, dal 39 al 42, dal 61 al 69, 154 e 158 del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

³⁶ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. 88, del 24/05/1965, p. 1500 e ss.

³⁷ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. L 156, del 28/06/1969, p. 1 ss.

del 4 giugno 1970, inerente “*Agli aiuti accordati nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, purché propri dei mercati interessati*”³⁸.

Il primo, disciplinava le condizioni alle quali potevano essere imposti e compensati gli obblighi di servizio pubblico, mentre il secondo costituiva una misura suppletiva, regolando i casi ed i parametri di legalità degli aiuti di Stato quali misure per il coordinamento dei trasporti al di fuori delle fattispecie regolate dal Regolamento n. 1191/69.

Al descritto quadro normativo, il Regolamento (CEE) 1893/91 del 20 giugno 1991³⁹, ha apportato tre importanti novelle.

Innanzitutto, è stata data la potestà agli Stati di escludere dal campo d’applicazione del Regolamento n. 1191/69, le imprese la cui attività fosse limitata esclusivamente alla fornitura di servizi urbani, extraurbani e regionali.

Tuttavia, qualora fosse applicata tale deroga, qualsiasi compensazione degli obblighi di servizio pubblico, nella misura in cui costituisse aiuto di Stato, era disciplinata dalle disposizioni del sopra richiamato Regolamento (CEE) 1107/70 del 4 giugno 1970.

Al fine di evitare sussidi incrociati tra attività di trasporto pubblico locale, che beneficiavano di contribuzioni pubbliche, ed altri servizi di trasporto svolti in regime concorrenza, il Regolamento 1893/91 ha introdotto l’obbligo della separazione contabile tra attività oggetto di contribuzione pubblica e le altre attività eventualmente prestate dall’impresa.

Ancor più di rilievo è la terza innovazione, ossia l’introduzione del contratto di servizio quale strumento regolatorio disciplinante i rapporti tra pubblica Autorità e l’impresa incaricata del servizio di trasporto.

Tale strumento giuridico, oltre a stabilire le caratteristiche del servizio per quanto concerne continuità, regolarità, capacità e qualità, prevede anche il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, il quale si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate, come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le parti.

Lo strumento contrattuale si è posto come distinto all’imposizione degli obblighi di servizio, in quanto la contropartita per le prestazioni fornite è costituita dal prezzo, che

³⁸ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. L 130, del 15/06/1970, p. 1 ss.

³⁹ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. L 169, del 29/06/1991, p. 1 ss.

non è determinato dai metodi comuni di cui alla Sezione II, III e V del Regolamento 1191/69⁴⁰.

Quello delle compensazioni è un argomento sul quale anche il Giudice comunitario ha avuto un ruolo cruciale nello stabilire i confini di legalità dell'intervento pubblico.

In tal senso la sentenza "Altmark", causa C-280/00 del 24 luglio 2003⁴¹, della Corte di Giustizia, costituisce un vero e proprio *leading case* che ha chiarito le condizioni affinché le sovvenzioni pubbliche non ricadono nella sfera d'applicazione dell'articolo 87 del Trattato CE⁴².

Sino a tempi recenti, dunque, per il settore del TPL gli organi comunitari non si sono preoccupati delle modalità attraverso le quali i contratti di servizio sono stati stipulati,

⁴⁰ In tal senso, v. Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee, nella causa T-157/01, *Combus*, in *Racc.* 2004, pp. II-917, punto 78, secondo cui l'art. 14 del regolamento n. 1191/69 "definisce il «contratto di servizio pubblico» come un contratto concluso allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti, laddove tale contratto prevede, oltre alla sua durata, tutti i dettagli del servizio di trasporto, incluso «il prezzo delle prestazioni (...) che si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate, come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le due parti» [art. 14, n. 1, e n. 2, lett.b)]. Tale regime puramente contrattuale non prevede dunque né una compensazione per il compimento di una missione imposta né un obbligo di servizio pubblico ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 1191/69".

⁴¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GbmH*, in *Racc.*, 2003, pp. I-7747. Tra i vari commenti alla sentenza v. Lottini M., *Il rapporto fra la nozione di aiuto di Stato e le compensazioni relative agli obblighi di servizio pubblico*, in *Serv. pubbl. app.*, 2003, p. 598 ss.; Scotti E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro Amm.*, CdS, 2003, p. 3219 ss.; Antonucci M., *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato*, in *Cons. St.*, 2003, II, p. 1356 e ss.; Zanelli E., *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in *Politica dir.*, 2004, p. 175 e ss.; Magliano R., *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 3, p. 790 e ss.; Caputi G., *Servizi pubblici ed aiuti di stato nella giurisprudenza comunitaria. ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, p. 823 e ss.

⁴² A tal fine, la Corte ha puntualizzato la necessità che ricorrano le seguenti condizioni affinché le compensazioni siano legittime: a) che l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; b) che i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; c) che la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; d) che quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

considerando che il settore era caratterizzato da mercati nazionali sostanzialmente chiusi e dalla conseguente assenza di una concorrenza transnazionale.

La situazione ha cominciato a mutare quando i mercati di alcuni Stati membri si sono aperti alla concorrenza, mentre taluni operatori, non risultati aggiudicatari d'appalti indetti da Stati diversi da quelli di stabilimento, presentavano denunce alla Commissione per violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione, alcune delle quali facevano iniziare delle vere e proprie procedure d'infrazione⁴³.

Alla luce di tali circostanze la Commissione si è fatta carico della necessità di adottare una regolamentazione che garantisse la trasparenza nella fase di stipulazione e d'esecuzione dei contratti di servizio pubblico.

A tal fine, l'organo comunitario ha presentato il 26 luglio del 2000 una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e d'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto passeggeri per ferrovia, strada e via navigabile⁴⁴.

Gli obiettivi di politica del diritto perseguiti con questo documento sono stati riassunti dalla Commissione stessa nel: a) garantire una miglior qualità del servizio e un miglior rapporto costo/qualità nel settore dei trasporti; b) garantire che gli operatori che esercitano il diritto di stabilimento possano effettivamente accedere al mercato mediante procedure eque, aperte e non discriminatorie per la concessione di compensazioni finanziarie e di diritti esclusivi; c) armonizzare gli aspetti fondamentali delle procedure d'aggiudicazione esistenti nei vari Stati membri; d) promuovere la certezza del diritto con riguardo agli obblighi e ai diritti degli operatori e delle autorità in relazione alla normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato e di diritti esclusivi nel settore dei trasporti.

Per perseguire detti obiettivi, la Commissione ha proposto l'introduzione nel settore dei trasporti di una concorrenza definita "controllata", ossia fondata sul rinnovo a scadenze regolari dei diritti esclusivi, piuttosto che sul libero accesso al mercato.

⁴³ Infrazione 2003/5033 (DE) – contratti pubblici di servizio di trasporto locale e regionale – Lettera di costituzione in mora del 13 ottobre 2004.

⁴⁴ Proposta di regolamento COM(2000) 7 definitivo, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. C 365 E10, del 19/12/2000, p. 169 e ss.

Per la Commissione, infatti, il ricorso ad offerte competitive per l'assegnazione di contratti di servizio costituisce uno strumento che fa beneficiare il settore dei vantaggi della concorrenza sul piano dei costi, dell'efficienza e dell'innovazione, senza per questo ostacolare l'assolvimento dei compiti particolari assegnati agli operatori di servizi d'interesse generale.

Si tratta, evidentemente, di quella stessa concorrenza sopra definita "per il mercato" che nel nostro ordinamento rappresenta diritto positivo sin dal 1997.

Nella proposta della Commissione del 2000, la gara costituiva dunque la regola, mentre possibili eccezioni potevano essere ammesse soltanto qualora fossero riscontrabili rischi per la sicurezza nella prestazione dei servizi ferroviari o nel coordinamento di una rete della metropolitana, ovvero per l'attribuzione di contratti di servizio pubblico di valore limitato.

Altro elemento qualificante della proposta era rappresentato dall'introduzione di una durata limitata dei contratti di servizio pubblico, nella consapevolezza che contratti di lunga durata possono comportare la chiusura del mercato per un periodo più lungo del necessario, con conseguente riduzione degli effetti positivi della pressione della concorrenza.

Questi assi portanti dell'idea riformatrice della Commissione sono stati fortemente ostacolati da numerosi Stati membri, in particolare da parte di quelli appena entrati nella Comunità che temevano un'eccessiva accelerazione dei processi di liberalizzazione, mentre anche il Parlamento Europeo, già in prima lettura, approvava nel 2001 numerosi emendamenti al testo proposto dalla Commissione.

La proposta si è, di conseguenza, arenata per molto tempo a livello del Consiglio, mentre la Commissione, nel 2005, per dare nuovo impulso al processo legislativo, ha presentato una proposta rivista⁴⁵, espressione non solo della mediazione delle contrapposte posizioni⁴⁶, ma anche della giurisprudenza "Altmark" e degli indirizzi del Libro bianco sui servizi d'interesse generale (SIG)⁴⁷.

⁴⁵ COM(2005) 319 definitivo, del 20 luglio 2005.

⁴⁶ Le divergenze tra gli Stati riguardavano, non solo l'estensione della liberalizzazione, ma anche il campo di applicazione del regolamento e sulle modalità di trasporto che esso avrebbe dovuto disciplinare.

⁴⁷ COM(2004) 374 definitivo, del 12 maggio 2004, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Libro bianco sui servizi di interesse generale.

In particolare, questo documento ha avviato una riflessione su come si possono garantire efficacemente i servizi d'interesse economico generale nel mercato interno, considerata la loro attitudine a garantire la coesione sociale e territoriale e a salvaguardare la competitività del tessuto economico europeo.

Il Libro bianco, muovendo dalla considerazione che, nell'ambito dei SIG, vi sia una ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri, rileva che spetti *“Alle autorità nazionali, regionali e locali competenti definire, organizzare, finanziare e gestire i servizi di interesse generale”*, e che *“in linea di principio, gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere come organizzare i servizi di interesse generale. In assenza di un'armonizzazione a livello comunitario, le autorità pubbliche competenti degli Stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o se affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato). Tuttavia, i fornitori di servizi di interesse economico generale, ivi compresi i fornitori di servizi interni, sono costituiti da imprese e, in quanto tali, sono soggetti alle norme sulla concorrenza previste dal Trattato”*⁴⁸.

Questo orientamento è stato pienamente accolto nel settore del trasporto pubblico nella nuova proposta della Commissione, che ha riconosciuto alle Autorità competenti la facoltà di fornire esse stesse – oppure attraverso un operatore interno – i servizi pubblici di trasporto senza esperire procedure concorsuali.

Tale facoltà è stata, tuttavia, subordinata al rispetto di norme di trasparenza e alla fissazione di criteri precisi applicabili alle compensazioni per gli obblighi di servizio pubblico.

Il regolamento (CE) 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 costituisce il punto d'arrivo di questo tormentato iter legislativo, all'esito del quale si può constatare un mutato indirizzo di politica europea dei trasporti, in cui la concorrenza “regolamentata” costituisce soltanto lo strumento che può assicurare la trasparenza e l'efficienza dei servizi e deve comunque tener conto dei fattori di coesione sociale e territoriale, di sostenibilità ambientale e di sviluppo regionale.

⁴⁸ COM(2004) 374, Libro bianco sui servizi di interesse generale, par. 4.3.

Che il Regolamento (CE) 1370/2007 costituisca un vero e proprio ripensamento sulla strada della liberalizzazione del TPL⁴⁹ è fatto palese sin dal suo art. 1 par. 1, ove si enuncia in modo chiaro che lo scopo dell'intervento normativo è quello di delimitare la sfera dell'intervento pubblico per garantire la fornitura di servizi di trasporto passeggeri d'interesse economico generale che siano, tra l'altro, più numerosi, sicuri, di migliore qualità od offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire⁵⁰.

Una prima riflessione merita proprio l'oggetto della disciplina comunitaria, ossia quei "servizi di trasporto di passeggeri d'interesse economico generale", di cui il legislatore comunitario non offre una precisa definizione, mentre anche il riferimento alla categoria dei "servizi d'interesse economico generale", di cui quelli di trasporto costituiscono evidentemente una *species*, richiamata agli articoli 16 e 86 secondo comma del Trattato, non consente d'individuare alcuna formula definitoria che sostanzi tale espressione⁵¹. Infatti, è stata sottolineata la natura convenzionale, di matrice squisitamente comunitaria, elastica e, come tale, inappagante, della nozione dei SIEG⁵².

Secondo la Commissione, l'espressione si riferirebbe "a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico"⁵³.

Proprio l'imposizione di obblighi di servizio pubblico sembra connotare i servizi di trasporto regolati dal Regolamento (CE) 1370/2007, e appare sufficiente a distinguerli dagli altri servizi che pure sono caratterizzati dall'offerta al pubblico indiscriminata e continuativa.

Dunque, "i servizi di trasporto di passeggeri d'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

⁴⁹ Cangiano R., *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*, in *Economia pubbl.*, 2005, p. 93.

⁵⁰ Non appare casuale, inoltre, che nel primo considerando del Regolamento si citi proprio l'articolo 16 del Trattato che afferma che i servizi d'interesse economico generale fanno parte dei valori comuni dell'Unione.

⁵¹ Sul punto, v. Lottini M., *Servizi d'interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, p. 1351 e ss.

⁵² Sorace D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 372 e ss.

⁵³ COM(2004) 374, Libro bianco sui servizi di interesse generale, par. 2.1.

operatori diritti di esclusiva e/o compensazioni finanziarie, da concedere tramite lo strumento del contratto di servizio.

Sempre con riferimento ai confini dell'intervento normativo comunitario, si evidenzia che esso va a disciplinare i servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, con esclusione dei servizi prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico e del loro valore turistico, per i quali la finalità prettamente trasportistica è evidentemente secondaria.

Sono esclusi dal Regolamento anche i servizi di trasporto passeggeri per via navigabile e il trasporto merci.

I primi rimangono soggetti all'osservanza dei principi generali del Trattato, a meno che gli Stati membri non decidano di applicare loro le disposizioni del Regolamento (CE) 1370/2007, mentre per il trasporto merci tale facoltà di scelta non è prevista, per cui dopo un periodo transitorio di tre anni - durante il quale continuerà ad essere applicato il Regolamento (CEE) 1191/1969 - essi saranno sottoposti esclusivamente alle disposizioni del Trattato, comprese quelle in materia di aiuti di Stato.

Il Regolamento (CE) 1370/2007 opera, poi, una fondamentale distinzione tra concessioni e appalti di servizio: infatti, soltanto i contratti di servizio pubblico che assumano la forma della concessione sono regolati dalle disposizioni del Regolamento, mentre quelli che hanno le caratteristiche giuridiche dell'appalto rimangono disciplinati dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e, a seguito della loro abrogazione, oggi dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE.

L'articolo 10, paragrafo 3, della direttiva 2014/23/UE, precisa inoltre che quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi pubblici di trasporto passeggeri a norma del regolamento (CE) n. 1370/2007.

L'aggiudicazione di concessioni di servizio per tali servizi pubblici di trasporto passeggeri è disciplinata unicamente dal regolamento (CE) n. 1370/2007.

Orbene, da tale *summa divisio* discendono dei precipitati giuridici di non poco conto, sia dal punto di vista delle possibili modalità d'affidamento, che per quanto attiene alle norme procedurali da seguire nel caso di gara.

Infatti, i contratti di servizio che assumano il *nomen iuris* di concessione potranno essere affidati, come meglio si dirà poc'anzi, oltre che con gara, con lo strumento dell'*in house* e, in alcuni casi, tramite affidamento diretto, mentre quelli qualificati come

appalto saranno aggiudicati soltanto tramite procedure ad evidenza pubblica di cui alle “direttive appalti”.

Risulta decisivo, allora, operare una corretta qualificazione del contratto.

L’articolo 5, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/23/UE sull’attribuzione dei contratti di concessione definisce la concessione di servizi “*Un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione dei servizi diversi dall’esecuzione delle opere di cui alla lettera a) a uno o più operatori economici, il cui corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire il servizio oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un pagamento*”.

L’articolo 5, paragrafo 1, specifica inoltre che “*l’attribuzione di una concessione per opere o servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo nell’esecuzione di tali opere o servizi comprendente rischi sul versante della domanda o dell’offerta o su entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione delle opere o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, il che implica che ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*”⁵⁴.

Il criterio discrezionale è stato individuato dal legislatore dell’UE, in conformità agli orientamenti espressi dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia nell’assunzione del rischio di gestione⁵⁵, rischio che può essere parziale e comunque ridotto⁵⁶.

⁵⁴ Sulla distinzione tra appalti e concessioni v. Alberti C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 3-4, p. 495 e ss.; Diverio D., *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *ibidem.*, 2005, 2, p. 610 e ss.; Mameli B., *Concessioni e pubblici servizi*, in *ibidem.*, 2001, 1, p. 63 e ss.; Sabbatini M. S., *Le Direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e “grandi opere”: un riordino in itinere*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2004, 2, p. 335 e ss.; Saracino C. M., *Appalti e concessioni: dai “nomina iuris” alla disciplina. Alcuni profili di indagine*, in *Foro amm.*, TAR, 2007, 7-8, p. 2480 e ss.; Tessarolo C., *Appalti, concessioni di servizi e art. 23 bis*, cit.

⁵⁵ *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. C 121 del 29/04/2000; Corte Giustizia, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pp. I-8585.

⁵⁶ È ciò che emerge dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 settembre 2009, causa C-206/08, in www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale si legge ai punti 70-74, “*Orbene, stando a talune tesi*

Nel TPL tale differenza contenutistica trova riscontro nelle due principali tipologie contrattuali affermatesi nella prassi ed elaborate dalla dottrina economica, denominate rispettivamente, “*gross cost contracts*” e “*net cost contracts*”⁵⁷.

Nei primi il rischio nella produzione del servizio è a carico del gestore, mentre quello commerciale relativo alle entrate tariffarie è dell’ente concedente.

In questa struttura contrattuale il gestore riceve un corrispettivo complessivo per la produzione di un ammontare prestabilito di servizi, mentre i ricavi da traffico sono di pertinenza dell’Amministrazione.

Emerge in questo modo lo schema causale dell’appalto, in cui l’appaltatore non si assume un rischio gestorio.

I tratti salienti del modulo concessorio possono, invece, essere riscontrati nel “*net cost contract*”, ove anche il rischio commerciale è allocato in capo all’impresa che riceve un corrispettivo pattuito *ex ante*, pari alla differenza tra i costi d’esercizio e i ricavi da traffico presunti.

Se da un punto di vista concettuale la sussunzione all’una o all’altra *species* negoziale appare agevole, in realtà l’operazione qualificatoria deve essere fatta in concreto verificando la presenza di un rischio gestionale, avendo riguardo, in particolare, all’entità delle compensazioni previste dal contratto e alle modalità di calcolo delle entrate tariffarie.

Per qualificare un contratto come concessione, infatti, è pur sempre necessaria l’esistenza di un rischio che, seppure limitato, non può essere del tutto assente, come nel caso in cui l’entità delle entrate tariffarie sia del tutto trascurabile rispetto alle

sottoposte alla Corte, in simili circostanze, affinché l’operazione de qua costituisca una concessione, occorrerebbe che il rischio trasferito dal concedente al concessionario fosse un rischio rilevante. In assoluto, queste tesi devono essere respinte. È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell’acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza. Dall’altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto”.

⁵⁷ Cangiano R., in *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall’affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*, cit., p. 92; Boitani A, Cambini C., *Il trasporto pubblico locale. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, p. 70.

compensazioni di cui l'impresa è beneficiaria, in modo tale che il rischio sia completamente eliso⁵⁸.

Quanto alle norme procedurali da impiegare nel caso di gara, i margini di discrezionalità lasciati alla pubblica Autorità sono significativamente diversi nelle due fattispecie: il rilascio della concessione resta soggetto ai soli principi fondamentali del Trattato CE, ed in generale, e ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza ad essi correlato⁵⁹, mentre per l'appalto trovano applicazione le "direttive appalti", che impongono procedure dettagliate e onerose sotto il profilo amministrativo.

Passando all'analisi del contenuto sostanziale dell'articolato comunitario, le principali novità riguardano, come preannunciato, le modalità di aggiudicazione dei contratti di servizio, ma rilevanti elementi di discontinuità rispetto al passato involgono anche la natura giuridica, gli elementi "minimi" e la durata dei contratti di servizio, il regime delle compensazioni, la previsione di un periodo di transizione e l'introduzione di una serie di obblighi pubblicitari.

Quanto al primo di questi aspetti, l'atto normativo comunitario riconosce chiaramente alla pubblica Autorità l'opzione tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio, senza che possa individuarsi qualche forma di gerarchia tra queste due modalità⁶⁰.

⁵⁸ Osserva Iaione C., *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 88, che "In definitiva, dunque, la qualificazione giuridica del contratto di servizio di TPL viene a dipendere in via preponderante dalla misura delle compensazioni. Per il diritto comunitario dei contratti pubblici, infatti, affinché si possa ancora parlare di concessione, esse non devono essere tali da eliminare qualsiasi rischio commerciale in capo all'operatore e, soprattutto, non devono essere in grado di spezzare il collegamento tra remunerazione dell'operatore e risultati dell'attività di gestione del servizio per basarlo principalmente sulla compensazione economica offerta dall'ente committente".

⁵⁹ Il par. 3 dell'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007 stabilisce che la procedura di gara è equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e non discriminazione. Inoltre, dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione, il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi, allo scopo di determinare il modo migliore per soddisfare requisiti elementari o complessi. Sui principi applicabili in materia di concessioni, Corte di Giustizia sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, Racc. pag. I-10745, punti 60-62; 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, Racc. pag. I-7287, punti 16-19; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pag. I-8585, punti 46-49, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 25.

⁶⁰ A ben vedere, tuttavia le modalità di aggiudicazione dei contratti di servizio non sono poste su di un piano di perfetta equiordinazione. La gara è, infatti, in qualche modo preferita, poiché il legislatore comunitario, se consente agli Stati membri di vietare gli affidamenti diretti, non ha previsto analoga facoltà per il caso di gara.

L'art. 5 par. 2, stabilisce, infatti, che le Autorità competenti a livello locale, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta⁶¹ di contratti di servizio pubblico 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 strutture.

Si tratta della fattispecie, rispettivamente, della produzione del servizio in economia e dell'*in house providing*, per il quale il Regolamento 1370/2007 positivizza gli indici che devono essere presi in considerazione al fine di determinare se sussista il requisito del "controllo analogo".

In tal senso, la disposizione indica come significativi il livello di rappresentanza in seno agli organi d'amministrazione, di direzione o vigilanza, le disposizioni degli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione.

A bene vedere tale elencazione appare una *summa* degli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per cui se ne deve arguire la portata meramente esemplificativa⁶², mentre ciò che risulta decisivo è il riscontro in concreto, in un giudizio che non può che avvenire caso per caso, della sussistenza di un'influenza pubblica dominante e di un controllo effettivo sulle decisioni fondamentali della società. In tale contesto, il Regolamento mette in discussione ciò che la Corte di Giustizia aveva affermato sin dalla sentenza "*Stadt Halle*", la quale aveva escluso che potesse realizzarsi la condizione del controllo analogo quando l'impresa affidataria fosse partecipata da privati, perché "*qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati*" e persegue "*obiettivi di natura diversa*" da quelli di "*interesse pubblico*"⁶³.

Il Regolamento, invece, stabilisce che la proprietà pubblica totalitaria, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per aversi

⁶¹ Nel caso di aggiudicazione diretta risulta necessario che detta scelta sia motivata. Si può dedurre ciò dall'art. 7, par. 4, del Regolamento che stabilisce che "*Quando è richiesto da una parte interessata l'autorità competente le trasmette la motivazione della sua decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico*".

⁶² In tal senso Tassarolo C., *La disciplina comunitaria del trasporto di passeggeri*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 13 giugno 2008.

⁶³ Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03 "*Stadt Halle*", in *Dir. e giust.*, 2005, p. 93 e ss.

controllo analogo a condizione vi sia “*un’influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*”.

Se, quindi, il tabù della proprietà pubblica totalitaria ha subito un certo ridimensionamento, perlomeno settoriale, già da questo intervento normativo del 2007, una riflessione merita la questione del partenariato-pubblico privato evocato dalla norma.

Che la disposizione faccia riferimento a questa ipotesi proprio nella fattispecie dell’affidamento *in house* può far pensare che talune società miste, ed in particolare quelle sottoposte ad un’influenza pubblica dominante per le quali il “controllo analogo” possa essere stabilito in base a criteri diversi dalla mera partecipazione azionaria totalitaria, possano essere considerate “operatori interni” e beneficiare, perciò, dell’aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto⁶⁴ a prescindere dalle modalità di scelta del socio privato, che ben potrebbe essere un socio meramente finanziario.

Del resto la citata Comunicazione interpretativa della Commissione Europea “*Sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*”, espressamente stabilisce che essa non riguarda gli appalti e le concessioni disciplinati dall’art. 5, par. da 2 a 7, del Regolamento (CE) 1370/2007⁶⁵.

Se la disposizione in commento fosse interpretata in questo senso, ci troveremmo di fronte ad un modello di società mista deviante rispetto a quello che si sta affermando tanto nel diritto comunitario che in quello interno, con un deciso “ritorno al passato”

⁶⁴ È, quanto emerge dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, COM(2006)805 del 12.12.2006, concernente la posizione comune definita dal Consiglio in vista dell’adozione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia, secondo la quale “*All’articolo 5, paragrafo 2, lettera a), la posizione comune apporta una modifica alla nozione di controllo, rendendo meno rigoroso il criterio relativo alla proprietà del capitale detenuto dall’autorità competente. Talune società a capitale misto (o PPPI partenariati pubblico-privato istituzionalizzati) potrebbero di conseguenza essere considerate come operatori interni e beneficiare così dell’aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto. Il regolamento dispone tuttavia che l’operatore interno deve circoscrivere comunque le sue attività ad una zona geografica determinata. La Commissione ritiene che questo approccio specifico ai trasporti possa essere giustificato sulla base del capitolo “Trasporti” del trattato, dalle esigenze specifiche dei trasporti pubblici e non pregiudichi assolutamente l’approccio che potrebbe essere adottato in altri settori di attività*”.

⁶⁵ È ciò che è riportato nella nota n. 7 della Comunicazione 2008/C91/02, pubblicata nella G.U.C.E. del 12 aprile 2008.

circa alla *governance* societaria utilizzabile dalle società pubbliche affidatarie dei servizi di TPL.

Peraltro, questa conclusione è stata giudicata da alcuni troppo penalizzante per la concorrenza⁶⁶.

Se per la società mista qualche dubbio interpretativo rimane, un sicuro elemento di discontinuità che emerge dal Regolamento è relativo, invece, al modello dell'*in house* rispetto a quello elaborato dalla giurisprudenza comunitaria: in essa, infatti, tale istituto è considerato una modalità eccezionale d'affidamento dei servizi, una deroga rispetto alla regola dell'affidamento a terzi con procedure ad evidenza pubblica; nel Regolamento 1370/2007 è, invece, delineato come un sistema organizzativo della pubblica Autorità relativamente ai propri organi e alle loro funzioni, espressione del potere d'autoregolamentazione e auto organizzazione proprie di qualsiasi amministrazione⁶⁷.

A fronte della facoltà di auto produrre il servizio, l'atto normativo comunitario pone all'operatore affidatario diretto l'obbligo di prestare la propria attività limitatamente all'ambito territoriale dell'Autorità competente, con l'eccezione di eventuali linee in uscita che interessino il territorio di Autorità locali vicine⁶⁸, ed il divieto di partecipare a gare organizzate in altri bacini di traffico.

⁶⁶ Iaione C., *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 47.

⁶⁷ Del Dotto A., *L'in house providing e il paradosso del caffè*, in www.altalex.it, 12.01.2009.

⁶⁸ La Comunicazione della Commissione "Sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia", 2014/C 92/01, ha precisato alla lett. v) del par 2.3.1 che "Tale disposizione garantisce un certo livello di flessibilità consentendo il soddisfacimento dei bisogni di trasporto tra regioni confinanti. Gli operatori interni possono pertanto esercitare le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri in una certa misura oltre il territorio della loro autorità competente a livello locale. Per valutare se i servizi che rientrano nell'ambito del contratto di servizio pubblico siano conformi alla citata disposizione, si dovrebbero verificare i seguenti aspetti: se essi collegano il territorio dell'autorità competente in questione a un territorio vicino e se si configurano come servizi integrativi rispetto all'obiettivo principale delle attività di trasporto pubblico oggetto del pertinente contratto. La Commissione valuta l'eventuale natura integrativa delle attività di trasporto pubblico confrontandone il volume in km su strada o rotaia rispetto al volume complessivo delle attività di trasporto pubblico contemplate dal contratto o dai contratti dell'operatore interno".

Per garantire eque condizioni di concorrenza, le limitazioni alla facoltà d'autoproduzione dei servizi sono, dunque, poste non sul piano della scelta del modello organizzativo, bensì su quello della capacità a svolgere servizi nel mercato⁶⁹.

È da rilevare, tuttavia, che il vincolo del divieto di partecipazione a gare bandite in altri ambiti territoriali subisce un'attenuazione nei due anni anteriori al termine dell'affidamento diretto, qualora l'Autorità competente adotti la decisione definitiva di mettere a gara i servizi di trasporto gestiti dall'operatore interno.

Come tale "decisione definitiva" possa essere presa nel nostro ordinamento appare difficilmente configurabile, visto che collide con l'istituto della revoca degli atti amministrativi la cui efficacia non sia già esaurita, revoca che, com'è noto, può avvenire anche nell'ipotesi di semplice rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso⁷⁰.

La seconda modalità organizzativa del servizio di TPL prospettata dal Regolamento 1370/2007 è quella della sua esternalizzazione, la quale non si esplica semplicemente tramite lo strumento della gara, ma, in alcune tassative ipotesi, trova attuazione tramite l'affidamento diretto ad un operatore "terzo".

Si tratta di quanto previsto dal par. 4 dell'articolo 5 del Regolamento, il quale prevede la possibilità di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato sia inferiore a 1.000.000 di euro, oppure che riguardano la fornitura di servizi il cui ammontare sia inferiore a 300.000 chilometri annui.

Tali soglie di valore e dimensionali sono raddoppiate qualora il contratto sia aggiudicato direttamente ad una piccola o media impresa che operi con non più di 23 veicoli, mentre nel successivo par. 6 detta facoltà d'aggiudicazione diretta non incontra particolari limitazioni per il caso di trasporto per ferrovia.

Se la chiara *ratio* delle disposizioni del comma 5 è quella di creare delle soglie di rilevanza comunitaria al di sotto delle quali, per somme o distanze di modesta entità o in considerazione degli interessi delle piccole e medie imprese, i contratti di servizio non

⁶⁹ Un'ulteriore limitazione è posta dalla lettera e), par. 2, dell'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007, per cui nel caso di subappalto "L'operatore interno è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri in questione".

⁷⁰ Come è noto, l'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, disciplina l'istituto della revoca. In particolare, il comma 1 dell'articolo stabilisce che "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti".

hanno un rilievo comunitario e quindi possono essere oggetto d'affidamento diretto, la disposizione del par. 6 trova la sua giustificazione nel 25° Considerato, del Regolamento, secondo cui *“Il trasporto di passeggeri per ferrovia pone problemi particolari legati all’entità degli investimenti e al costo delle infrastrutture”* e precipuo scopo dell’atto comunitario è quello di *“Definire un quadro giuridico per le compensazioni e/o diritti di esclusiva per i contratti di servizio pubblico e non di realizzare un’ulteriore apertura del mercato dei servizi ferroviari”*.

Infine, il par. 5 stabilisce che l’Autorità possa prendere provvedimenti d’emergenza, in caso d’interruzione del servizio o di pericolo imminente d’interruzione, sotto forma d’aggiudicazione diretta o di proroga consensuale di un contratto di servizio o di obbligo di fornire determinati servizi pubblici, per una durata non superiore a due anni. Proprio dalle molteplici possibilità di gestione e d'affidamento del servizio di TPL appena descritte deriva un’importante metamorfosi del strumento del contratto di servizio.

Nel Regolamento (CE) 1893/1991 tale atto giuridico è definito come *“un contratto concluso tra le autorità competenti di uno Stato membro ed un’impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti”*, ove l’interesse pubblico oggetto della cura dell’amministrazione è garantito dalla sussistenza in capo alle imprese di “obblighi” derivanti, non più da un’attività autoritativa, bensì da un momento negoziale in cui l’Autorità garantisce come corrispettivo una congrua compensazione⁷¹.

Rispetto a tale definizione, il nucleo essenziale dei rapporti tra pubblica Autorità e gestore del servizio trova causa nel sinallagma contrattuale, il cui contenuto è definito in via negoziale su di un piano di sostanziale parità tra le parti, anziché per imposizione unilaterale dell’amministrazione, tipica del rapporto concessorio.

Tuttavia, i rapporti tra ente affidante e gestore del servizio non si esauriscono in una regolamentazione meramente privatistica.

Già l’affiancamento al sostantivo “contratto” dell’espressione “di servizio pubblico” non costituisce una scelta lessicale neutra, ma indice rivelatore che ci si trova in una materia che si muove sul crinale tra diritto privato e diritto pubblico, ove l’interesse alla

⁷¹ Capantini M., *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, p 805.

protezione del servizio può generalmente trovare soddisfazione in rapporti paritetici, ma talvolta, per taluni aspetti o in taluni momenti, può necessitare di fare emergere, ancora una volta, una disciplina dalla coloritura pubblicistica⁷².

Del resto, il momento negoziale si riduce notevolmente nel caso d'affidamento *in house*, in cui non vi è una vera distinzione soggettiva fra Amministrazione e soggetto affidatario del servizio, circostanza che costituisce l'indispensabile presupposto affinché civilisticamente si possa parlare di "parti" contrattuali⁷³, mentre non sussiste del tutto nel caso di servizio gestito in economia, che trova la propria disciplina in regolamenti dei competenti enti locali.

Tenendo in considerazione questi aspetti, il Regolamento 1370/2007 adotta una definizione riassuntiva di contratto di servizio, il quale può consistere non solo in un atto giuridicamente vincolante che formalizza l'accordo tra autorità competente e operatore di servizio pubblico, ma anche una decisione adottata dall'autorità competente che assume la forma dell'atto individuale di natura legislativa o regolamentare oppure che specifica le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura ad un operatore interno.

Inoltre, con la sola eccezione degli obblighi tariffari⁷⁴, il contratto di servizio diventa l'unico strumento utilizzabile per concedere un diritto d'esclusiva e/o compensazioni all'operatore del servizio pubblico.

⁷² A proposito Dugato M., in *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, p. 269 e ss., ricorda che il contratto di servizio che disciplina l'affidamento dei servizi pubblici locali "Al nucleo sinallagmatico affianca un vero e proprio contenuto regolatore, destinato ad incidere nella sfera giuridica di soggetti terzi rispetto al contratto (gli utenti) e, in alcuni casi, a definire regole generali cogenti per l'intera collettività di riferimento (si pensi ai contratti di servizio nei trasporti pubblici urbani, che spesso contribuiscono a definire l'assetto urbanistico delle città)".

⁷³ Secondo Capantini M., *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, cit., p. 808 "Né l'atto di affidamento né tanto meno il successivo (o contestuale) contratto di servizio possano costituire un accordo bilaterale di tipo negoziale, e questo, nel secondo caso, a prescindere dal nomen juris dell'atto. Ciò che suggerirebbe, quale più logico e diretto risultato, la strutturale inesistenza del contratto stesso, stante l'impossibilità di individuare due soggetti (ovvero uffici legittimati a sottoscriverlo) parte del negozio, a meno di ridurre l'intera fattispecie ad una *fictione giuridica*".

⁷⁴ L'art. 3 del Regolamento (CE) 1370/2007 così recita: "1. L'autorità competente che decide di concedere all'operatore che ha scelto un diritto di esclusiva e/o una compensazione di qualsivoglia natura a fronte dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico deve farlo nell'ambito di un contratto di servizio pubblico. 2. In deroga al paragrafo 1, gli obblighi di servizio pubblico finalizzati a stabilire tariffe massime per tutti i passeggeri o per alcune categorie di passeggeri possono anch'essi essere disciplinati da norme generali. L'autorità competente compensa gli operatori di servizio pubblico, secondo i principi definiti nell'articolo 4, nell'articolo 6 e nell'allegato, per l'effetto finanziario netto, positivo o negativo, sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento degli obblighi tariffari

È così superata la distinzione e l'alternatività tra l'imposizione degli obblighi di servizio e l'adozione del contratto di servizio che, come si è visto nel precedente paragrafo, il Regolamento (CE) 1893/1991 aveva chiaramente delineato.

Quanto agli aspetti contenutistici, nel Regolamento 1370/2007 si prevede che il contratto di servizio debba definire in modo chiaro gli obblighi di servizio pubblico e le zone geografiche interessate, stabilendo in anticipo i parametri per il calcolo di eventuali compensazioni e la natura di possibili diritti d'esclusiva in modo da impedire compensazioni eccessive.

In particolare, nel caso di contratti aggiudicati attraverso una formula diversa da quella della gara, i parametri sono individuati in modo che la compensazione non possa superare l'importo necessario per coprire la differenza tra costi sostenuti e ricavi aumentato da un profitto ragionevole.

Inoltre i contratti devono stabilire le modalità di ripartizione dei costi connessi alla fornitura di servizi (personale, energia, materiale rotabile ecc.), e dei ricavi derivanti dalla vendita dei titoli di viaggio, gli eventuali standard sociali e le condizioni da rispettare nel caso di subappalto.

La durata massima degli affidamenti è stabilita in ragione della tipologia di trasporto: l'art. 4 stabilisce, infatti, che i contratti di servizio pubblico hanno una durata non superiore a dieci anni per i servizi di trasporto con autobus e a quindici anni per i servizi di trasporto di passeggeri per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia, mentre nel caso d'integrazione modale al massimo i servizi possono essere affidati per quindici anni se i trasporti per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia rappresentano più del 50% del valore dei servizi di cui trattasi.

La durata dell'affidamento può, in ogni caso, essere prorogata sino al massimo del 50% qualora si debba tener conto delle modalità d'ammortamento dei beni o d'affidamenti che riguardano regioni ultra periferiche.

stabiliti da norme generali, secondo modalità che impediscano una compensazione eccessiva. Ciò lascia impregiudicato il diritto delle autorità competenti di integrare gli obblighi di servizio pubblico stabilendo tariffe massime nei contratti di servizio pubblico. 3. Fatte salve le disposizioni degli articoli 73, 86, 87 e 88 del trattato, gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione del presente regolamento le norme generali relative alla compensazione finanziaria per gli obblighi di servizio pubblico che fissano le tariffe massime per scolari, studenti, apprendisti e persone a mobilità ridotta. Tali norme generali sono notificate a norma dell'articolo 88 del trattato. Siffatte notifiche contengono informazioni complete sulla misura adottata e, in particolare, sui dettagli del metodo di calcolo".

Tuttavia, se l'ammortamento del capitale in relazione all'investimento eccezionale in infrastrutture, materiale rotabile o veicoli lo giustifica e se il contratto di servizio pubblico è aggiudicato mediante una procedura di gara equa, un contratto di servizio pubblico può essere concluso anche per una durata superiore⁷⁵.

Tali possibilità appaiono in aperta contraddizione con quanto espresso dallo stesso legislatore comunitario nel 15° Considerato del Regolamento, ove si esprime il chiaro indirizzo che *“Per ridurre al minimo le distorsioni di concorrenza e al tempo stesso salvaguardare la qualità dei servizi, è opportuno che i contratti di servizio pubblico abbiano una durata limitata”*.

Il paragrafo 5 dell'art. 4 va, inoltre, a porre un'importante copertura a livello comunitario alle

Il Regolamento innova anche con riguardo al tema degli obblighi di servizio.

La logica sottesa alla legislazione pregressa subisce, infatti, una profonda revisione.

Nel Regolamento (CEE) 1191/69 e, in modo più sfumato, nel Regolamento (CEE) 1893/91, tra gli obiettivi della politica comune dei trasporti si esplicitava quello dell'eliminazione delle disparità create dall'imposizione alle imprese di trasporto degli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico, ritenuti potenzialmente capaci di falsare in misura sostanziale le condizioni di concorrenza.

Se la soppressione degli obblighi costituiva, dunque, l'indirizzo da perseguire, il loro mantenimento era tollerato qualora indispensabile, in alcuni casi, per assicurare la fornitura di servizi di trasporto sufficiente.

Nella nuova disciplina non vi è più traccia di tale eccezionalità nel mantenimento degli obblighi di servizio pubblico, che rientrano, realisticamente, nella fisiologia di un settore nel quale molti servizi non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale⁷⁶.

Non solo gli obblighi di servizio pubblico diventano uno strumento ordinario di governo del TPL, ma si assiste ad una loro detipizzazione, lasciando alla clausola generale contenuta nell'art. 1, lettera e) il compito della loro astratta individuazione⁷⁷.

⁷⁵ In tal caso il Regolamento prevede che, per garantire la trasparenza, l'Autorità competente trasmetta alla Commissione, entro un anno dalla sua stipula, il contratto di servizio pubblico e gli elementi che ne giustificano la durata superiore.

⁷⁶ È quanto affermato nel 5° Considerato.

⁷⁷ L'art. 1, lettera e), del Regolamento (CE) 1370/2007, stabilisce che per “obbligo di servizio pubblico” si deve intendere l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la

La Commissione ha avuto modo di precisare che gli “*Obblighi di servizio pubblico possono fare riferimento a requisiti specifici prescritti imposti all’operatore di un servizio pubblico per quanto riguarda, ad esempio, la frequenza dei servizi, la qualità dei servizi, la fornitura di servizi, in particolare nelle stazioni intermedie che possono non risultare interessanti dal punto di vista commerciale, e la garanzia di collegamenti ferroviari di prima mattina e a tarda sera. A titolo esemplificativo, la Commissione ritiene che i servizi da classificare come servizi pubblici devono essere destinati ai cittadini o essere nell’interesse della società nel suo complesso. Le autorità competenti definiscono la natura e portata degli obblighi di servizio pubblico nel rispetto dei principi generali del trattato. Per raggiungere gli obiettivi del regolamento, vale a dire garantire ai passeggeri trasporti sicuri, a costi ragionevoli e di elevata qualità, le autorità competenti devono cercare di prestare tali servizi in modo economico e finanziariamente sostenibile. Nel contesto della conclusione di contratti, quale definita dall’articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007, entrambe le parti contraenti si aspettano che i loro diritti siano rispettati e sono tenute ad adempiere i propri obblighi contrattuali, ivi inclusi quelli di natura finanziaria. La portata geografica dei contratti di servizio pubblico deve essere tale da permettere alle autorità di gestire nel modo più economicamente vantaggioso i trasporti effettuati sotto la loro responsabilità, compresi gli effetti a livello di rete locale, regionale e sub-nazionale. La valorizzazione degli effetti di rete consente una fornitura di servizi di trasporto pubblico efficiente sotto il profilo dei costi grazie al finanziamento incrociato tra i servizi che garantiscono ricavi superiori ai costi sostenuti e quelli che invece non riescono a coprire tali costi. Ciò, a sua volta, dovrebbe consentire alle autorità di raggiungere gli obiettivi stabiliti nella politica dei trasporti, garantendo al contempo — se del caso —*”

prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso. In precedenza, L’articolo 2 del Regolamento (CEE) 1191/69 indicava che nel settore del trasporto pubblico gli obblighi di servizio comprendono “*l’obbligo di esercizio*”, “*l’obbligo di trasporto*” e “*l’obbligo tariffario*”. “*L’obbligo di esercizio*” è inteso come l’obbligo, gravante sulle imprese concessionarie del servizio di trasporto pubblico volto ad assicurare che l’erogatore del servizio adotti tutte le misure in grado di garantire un servizio conforme a determinate norme di continuità, regolarità e capacità (art. 2, comma 3). Il quarto comma disciplina poi gli obblighi di trasporto, cioè gli oneri gravanti sulle imprese di accettare ed effettuare qualsiasi trasporto di persone o merci a prezzi e condizioni generali predeterminati. Infine il quinto comma sancisce l’obbligo tariffario volto ad imporre alle imprese l’accettazione di prezzi determinati dalla pubblica Autorità in contrasto con il proprio interesse commerciale

le condizioni per una concorrenza efficace ed equa sulla rete, soprattutto nel settore dei servizi ferroviari ad alta velocità”⁷⁸.

Infine, particolare attenzione deve essere posta alla definizione della natura e portata dei diritti esclusivi.

Il diritto di esclusiva è definito all’articolo 2, lettera f) del Regolamento, come *“il diritto in virtù del quale un operatore di servizio pubblico presta determinati servizi di trasporto pubblico di passeggeri su una linea o rete o in una zona determinata, con esclusione di qualsiasi altro operatore di servizio pubblico”*.

Tale diritto può essere sancito da uno strumento legislativo, normativo o amministrativo e protegge l’impresa dalla concorrenza di altri operatori in un dato mercato nella misura in cui nessun’altra impresa può prestare lo stesso servizio.

La Commissione ha precisato che *“Per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno dei trasporti pubblici, le autorità competenti sono tenute a definire in modo preciso i diritti di esclusiva, come diritti che non vanno oltre quanto è necessario per garantire la protezione economica necessaria ai servizi in questione, lasciando al contempo, laddove possibile, spazio ad altri tipi di servizi”*⁷⁹.

4. Alla ricerca del servizio pubblico: brevi cenni sulle ricostruzioni teoriche

Come si è visto, quando si parla dell’autotrasporto di linea non viene apparentemente in rilievo il tipico problema qualificatorio della sottoposizione dell’attività al regime giuridico del servizio pubblico, che tante incertezze ha creato da un punto di vista teorico.

In questo settore, infatti la definizione giuridica del servizio pubblico trova sostegno in una molteplicità di fonti normative e d’istituti giuridici e si sostanzia in un’attività economica che ontologicamente risulta conformata.

Si pensi che l’autotrasporto di linea come servizio pubblico è interessato dal diritto primario e derivato dell’Unione europea, che icasticamente all’art. 93 del TFUE solo per questa materia usa la locuzione “servizio pubblico”, dalla legislazione statale sui servizi pubblici locali, e da quella statale e regionale di settore.

⁷⁸ Comunicazione della Commissione 2014/C 92/01 cit.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione 2014/C 92/01 cit., par. 2.2.6.

Ne descrivono, poi, in modo problematico, i tratti caratterizzanti istituti e concetti di derivazione europea come i “servizi d’interesse economico generale”, il “servizio universale”, gli “obblighi di servizio pubblico”, di matrice costituzionale come “i livelli essenziali delle prestazioni” e lo stesso “diritto alla mobilità”, e di origine settoriale come i “servizi minimi”, i “servizi aggiuntivi” ed i “servizi programmati”.

Dunque, la virtualità e l’impalpabilità del concetto di servizio pubblico si ribalta qui in una sovrabbondanza definitoria e pervasività che sembrano lasciare pochi dubbi sulla sua concreta sostanza.

Tuttavia, tale esito è più apparente che reale dato che proprio la complessità, in taluni casi, l’evanescenza dei concetti giuridici evocati e loro sovrapposizione concettuale ne lasciano sfumati i mutevoli contorni⁸⁰, obbligando l’interprete, anche in questo settore, a confrontarsi con quell’*“ectoplasma giuridico di cui sono ben note le proprietà e le regole d’azione e non la sostanza”*⁸¹.

Naturalmente, non si potrà in questa sede dar conto in modo analitico del dibattito dottrinale sulla nozione di servizio pubblico⁸², né si abbraccerà in astratto una concezione aprioristica dello stesso⁸³, ma si tenterà di declinarne i contenuti con

⁸⁰ Già Camera C. e Magnini A., *Commento alla legge 29 marzo 1903, n. 103*, Rocca S. Casciano, 1963, p. 29, sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte del Comune evidenziavano che il concetto di servizio pubblico *“Muterà in relazione con le diverse fasi della coscienza pubblica e con le diverse dottrine economiche, politiche e sociali”*.

⁸¹ Dugato M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 9, p. 929.

⁸² Numerosi sono i contributi dottrinari in materia. Tra i principali si ricorda, sulla teoria soggettiva del servizio pubblico, Miele G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 136 ss. Per l’illustrazione della teoria oggettiva, Pototschnig U., *I servizi pubblici*, Padova, 1964. Sull’istituto del servizio pubblico, Caia G., *I servizi pubblici*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, p. 131 ss; Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in *Tratt. dir. amm., Dir. amm. spec.*, a cura di S. Cassese, III, II ed., Milano, 2003, p. 2581 ss.; Napolitano G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; Perfetti L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; Merusi F., Villata R., *Pubblici servizi*, Milano, 2003; Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; Liguori F., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; Villata R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

⁸³ Del resto, come evidenzia Perfetti L. R., *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all’autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 3, 2013, p. 683, dal quadro normativo *“Ciascuna delle impostazioni di fondo potrà trovarvi conferme: chi coltiva l’idea soggettiva del servizio pubblico vi troverà fundamentalmente disciplinato l’affidamento in concessione e, quindi, la conferma della riserva pubblica ed, all’opposto, le letture oggettiviste coglieranno con favore la centralità assegnata all’utente più che al monopolista pubblico e non*

riferimento all'attività considerata e allo specifico contesto normativo in cui essa s'inserisce.

È noto, infatti, che la nozione di servizio pubblico è una delle più controverse della tradizione giuridica non solo nazionale e viene spiegata alla luce di due paradigmi opposti: quello soggettivo, che privilegia il legame tra il servizio ed il soggetto pubblico titolare ed organizzatore dello stesso, e quello oggettivo, che mette l'accento sui caratteri intrinseci dell'attività costituente servizio pubblico⁸⁴.

Molteplici sono poi le teorie intermedie e quelle che tentano di coniugare le due dottrine⁸⁵, mentre anche la giurisprudenza non si è sbilanciata aderendo ad una delle due ricostruzioni, ma le utilizza in modo eclettico, adattandole al caso concreto.

Per quanto qui d'interesse, i due poli teorici sottendono un diverso rapporto tra intervento pubblico e libertà d'impresa: le attività dei privati si sposano con la concezione soggettiva del servizio pubblico a condizione di considerare che l'attività svolta dagli stessi sia prestata in regime di concessione o di affidamento comunque denominato e che la stessa sia coincidente con la titolarità del servizio in capo all'amministrazione⁸⁶.

troveranno difficoltà a considerare la disciplina come esclusivamente dettata in ordine a quella porzione di servizio pubblico oggetto di riserva”.

⁸⁴ La distinzione tra servizio pubblico in senso soggettivo ed oggettivo si fa risalire già ad De Valles A., *I servizi pubblici*, in Primo Tratt. completo dir. amm. ital., IV, parte I, diretto da V.E. Orlando, Milano, 1924, p. 6,

⁸⁵ Rileva Napolitano G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 203, “*La riflessione successiva della scienza giuridica si sviluppa, allora, attorno a tre diverse linee. In primo luogo si rafforza la tendenza a considerare la nozione di servizio pubblico giuridicamente inesistente o, comunque, inutilizzabile, e ad ascriverla piuttosto alle scienze economiche. In secondo luogo, si cerca di riaffermare una concezione soggettiva opportunamente aggiornata in modo da superare le critiche alle quali era stata sottoposta. Infine, si opera una sintesi tra la teoria soggettiva e quella oggettiva: infatti, entrambe appaiono giuridicamente accettabili perché in realtà esse sono due diversi concetti che consentono, integrandosi, di avere una visione completa dei problemi sollevati dai servizi pubblici”.*

⁸⁶ Evidenzia Dugato M., *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2591, che “*L’iniziativa pubblica, che si sostanzia nel riconoscimento della finalizzazione dell’attività alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività e la conseguente sua qualificazione in chiave di servizio pubblico determinano la titolarità pubblica dell’attività, l’appartenenza esclusiva del servizio all’ente locale. Il che, non si traduce però nella necessaria gestione pubblica del servizio, bensì nella facoltà (nel caso dei servizi industriali) ovvero l’obbligo (è il caso dei servizi industriali) di attribuire ad altri soggetti la conduzione dell’attività. In buona sostanza, la qualificazione in chiave di servizio pubblico di un’attività comporta, da un lato, l’applicazione ad essa di un particolare regime giuridico; dall’altro, la titolarità necessariamente pubblica del servizio. È poi conseguente che l’ente titolare ed esso solo può immettere altri soggetti nella gestione del servizio”.*

Secondo la teoria oggettiva, invece, l'area del servizio pubblico coincide con un "attività economica di cui la legge abbia determinato i programmi e i controlli per indirizzarla e coordinarla a fini sociali"⁸⁷.

Si trova, quindi nell'ultimo comma dell'art. 41 Cost. la disposizione che consente di funzionalizzare l'attività economica, indipendentemente dal fatto che l'attore sia privato o pubblico, mentre il suo regime giuridico potrà seguire tre differenti modalità: come attività libera, regolata o riservata⁸⁸.

Appare rilevante evidenziare, ai fini della presente lavoro, che su di un punto le due dottrine trovano una convergenza, ossia sul tema del c.d. "fallimento del mercato": in entrambe le ricostruzioni, infatti, tale circostanza giustifica l'assunzione di responsabilità dei pubblici poteri finalizzata a rispondere ad un bisogno della collettività giudicato meritevole. Ciò, nella teoria soggettiva, delimita la sfera del servizio pubblico⁸⁹, in quella oggettiva ne costituisce soltanto una delle espressioni che si determina quando il mercato non è in grado di autoprodotto il servizio⁹⁰.

5. Il TPL di linea come servizio pubblico: profili storico-evolutivi.

Illustrati quelli che sono i profili teorici con i quali confrontarsi, per declinare il tema del servizio pubblico con riferimento al trasporto pubblico locale di linea, si deve partire dal suo regime giuridico.

In particolare, nella sua evoluzione storico-normativa⁹¹ questa attività ha mantenuto una certa coerenza definitoria, tanto che raffrontando l'art. 81 del r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740 e l'art. 1, comma 2, del D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, le assonanze lessicali appaiono ben più consistenti degli elementi di differenziazione.

⁸⁷ Pototschnig U., *I servizi pubblici*, cit., p. 154.

⁸⁸ In tal senso, Perfetti L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 302.

⁸⁹ Così, Rossi G., *I servizi pubblici*, in *Riv. giur. quadrim. serv. pubbl.*, 1998, p. 16; Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 194.

⁹⁰ Rileva, infatti, Perfetti L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 273 che "Si avrà utilità generale, cioè in modo che la riserva o il trasferimento sia tale da non contrastare con alcuna posizione costituzionalmente protetta, nei casi di fallimento del mercato, in quei casi cioè, in cui nessun operatore privato sia in grado di svolgere l'attività corrispondente al servizio pubblico, riuscendo insieme a raggiungere il "fine sociale" di promuovere e garantire condizioni per un più pieno godimento delle libertà e dei diritti sociali previsti in Costituzione nella loro dimensione non self executing e di rispettare le regole della concorrenza. In quei casi il servizio non potrà che essere riservato ai poteri pubblici".

⁹¹ Per un'evoluzione storica della disciplina in esame, cfr. Busti S., *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in *Dir. trasp.*, 2, 2011, p. 461 ss.

Infatti, le caratteristiche ontologiche, che si ritrovano in testi legislativi lontani nel tempo, sono quelle di un trasporto di persone o cose prestato in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato⁹². L'elemento che più divarica le due definizioni è, invece, di natura organizzativa, dato che se il legislatore degli inizi del '900 considerava la linea di trasporto come entità giuridica individuale⁹³, quello della fine degli anni '90 del secolo scorso non parla più di autoservizi di linea, ma di servizi pubblici di trasporto regionale e locale di persone e merci, che comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali ed aerei.

Si ha quindi il passaggio da una concezione del servizio individuato "per linea" ad una diversa logica "di rete", di servizi integrati e multimodali, figlia della legislazione che, a

⁹² L'art. 81 del r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740, "T.U. di norme per la tutela delle strade e della circolazione", definiva l'autotrasporto di linea come "*trasporto di persone o di merci, per destinazioni fisse, con una certa continuità e periodicità, con offerta fatta indistintamente al pubblico e con prezzi unitari prestabiliti*". L'art. 1 della Legge 28 settembre 1939, n. 1822, "Disciplina degli autoservizi di linea", stabiliva che "*Sono soggetti a concessione tutti i servizi pubblici automobilistici per viaggiatori, bagagli e pacchi agricoli (autolinee) di qualunque natura e durata che si effettuino a itinerario fisso, anche se abbiano carattere saltuario*". L'art. 1 della legge 10 aprile 1981, n. 151, "Legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali. Istituzione del Fondo nazionale per il ripiano dei disavanzi di esercizio e per gli investimenti nel settore", parla, invece, di trasporti pubblici locali, intendendo per tali "*i servizi adibiti normalmente al trasporto collettivo di persone e di cose effettuati in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite e offerta indifferenziata*". Anche l'art. 87 del D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, "Codice della Strada", rubricato "Servizio di linea per trasporto di persone" stabilisce che "*Agli effetti del presente articolo un veicolo s'intende adibito al servizio di linea quando l'esercente, comunque remunerato, effettua corse per una destinazione predeterminata su itinerari autorizzati e con offerta indifferenziata al pubblico, anche se questo sia costituito da una particolare categoria di persone*". Infine, l'art. 1, comma 2, del D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, recante "Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59", individua i servizi pubblici di trasporto regionale e locale nei "*Servizi di trasporto di persone e merci, che non rientrano tra quelli di interesse nazionale tassativamente individuati dall'articolo 3; essi comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale*".

⁹³ Così Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 195. Sottolinea Carnevale Vecchi M.A., *Trasporti in concessione*, cit., che "*Il concetto di «linea di trasporto» emerge nei testi normativi riguardanti il settore delle automobili "in servizio pubblico" (...) sin dall'inizio del secolo e viene utilizzato quale criterio di riferimento della disciplina "conformativa" dettata, appunto, per le automobili da impiegarsi in servizio pubblico, ovvero quale entità parametrica cui rapportare la determinazione dei sussidi d'impianto e di esercizio*".

partire dagli anni '80, ha introdotto strumenti di programmazione e pianificazione dei servizi⁹⁴.

Sia che si consideri nella sua accezione “di linea”, che in quella “di rete”, in ogni caso la prestazione oggetto dell’attività di trasporto risulta geneticamente caratterizzata da forti elementi di conformazione dei suoi contenuti.

Infatti, emergono con chiarezza quelle particolari modalità di prestazione del servizio che la legislazione europea definisce “obblighi di servizio pubblico”⁹⁵ *sub species* di obblighi di “esercizio”⁹⁶, di “trasporto”⁹⁷ e “tariffario”⁹⁸.

Tali caratteristiche hanno contribuito a determinare la convinzione che l’intervento pubblico nello svolgimento di tale servizio fosse imprescindibile, dato che solo i pubblici poteri sono in grado di assicurarne quei forti elementi di socialità⁹⁹, garantendone l’accesso generalizzato a tutti i cittadini¹⁰⁰.

Ciò parte dal postulato che la funzionalizzazione dell’attività all’interesse generale esiga che l’Amministrazione adotti provvedimenti volti a conformare la libertà d’impresa, poiché le forze del mercato, autonomamente e nel rispetto degli *standard* prefissati, non riescono a soddisfare i bisogni dell’utenza.

Così, già l’art. 1 della l. 28 settembre 1939, n. 1822, che ha costituito la prima disciplina organica del trasporto mediante autolinee, stabiliva che la concessione era condizione

⁹⁴ È, infatti, la legge 10 aprile 1981, n. 151, che ha stabilito il principio della pianificazione regionale dei trasporti, introducendo strumenti come il piano regionale dei trasporti e i piani di bacino provinciali. Come rileva Pototschnig U., *Vicende e problemi delle concessioni in atto nella nuova organizzazione del trasporto pubblico*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, l’articolazione complessiva della rete di autotrasporto di linea era, in precedenza, la risultante delle decisioni relative al rilascio delle singole concessioni, senza che si arrivasse mai alla definizione di un piano generale.

⁹⁵ Tale nomenclatura, di origine comunitaria, trovava riscontro come sopra si è visto nell’art. 2 del Regolamento (CEE) n. 1191/1969 del 26 giugno 1969.

⁹⁶ L’obbligo di esercizio consiste nel garantire un servizio di trasporto conforme a determinate norme di continuità, di regolarità e di capacità.

⁹⁷ L’obbligo di trasporto si esplica nel dovere di accettare e di effettuare qualsiasi trasporto di persone o di merci a prezzi e condizioni di trasporto determinati.

⁹⁸ L’obbligo tariffario si traduce nel dovere di applicare prezzi stabiliti od omologati dalle pubbliche autorità.

⁹⁹ Berti G., *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 867, che evidenzia che il servizio pubblico diventa “immagine e mezzo di soddisfacimento dei diritti sociali e in ciò rileva la sua legittimità”.

¹⁰⁰ Cammelli M., *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l’Italia*, a cura di O. Bucci, Bologna, 2006, p. 93.

indispensabile per poter esercitare siffatta attività economica la quale poteva essere svolta esclusivamente nella forma del servizio pubblico¹⁰¹.

L'attività di autotrasporto di linea, dunque, era identificata con il servizio pubblico in concessione e ciò produceva gli ulteriori effetti di plasmare il mercato e la rete di trasporto, predeterminando i "prodotti" che su tale mercato possono essere offerti¹⁰².

La prestazione oggetto del trasporto¹⁰³, per le sue caratteristiche intrinseche, non poteva essere lasciata alla produzione spontanea da parte del mercato e doveva essere sottoposta all'iniziativa dell'ente locale, che provvedeva ad organizzarla e disporre la gestione: quel che suol dirsi l'assunzione del servizio quale servizio pubblico¹⁰⁴.

Emergono, qui, i caratteri marcatamente soggettivi dell'autotrasporto di linea come servizio pubblico, che trovarono riscontro anche nella legislazione successiva.

Nella legge quadro 10 aprile 1981, n. 151, infatti, mentre il riferimento allo strumento concessorio per l'affidamento del servizio pubblico rimase sostanzialmente immutato¹⁰⁵, si attribuì alle regioni la potestà di adottare strumenti di pianificazione e programmazione dei servizi, in un sistema coordinato a cascata che aveva il suo vertice nel Piano Nazionale dei Trasporti.

In tal modo, i pubblici poteri definivano quali prestazioni costituivano servizio pubblico, il quale diventava oggetto di pianificazione e programmazione: diventava cioè un "servizio programmato".

¹⁰¹ Tuttavia, l'art. 12 disciplinava al di fuori dell'area del servizio pubblico, i servizi di gran turismo definiti teleologicamente come "*servizi che hanno lo scopo di valorizzare le caratteristiche artistiche, panoramiche, storiche o altre particolari attrattive dei luoghi da essi collegati*". Su tale tipologia di servizi, v. *infra* par. 4.

¹⁰² Brancasi A., *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., p. 126.

¹⁰³ La concezione del servizio pubblico come erogazione di prestazioni ai privati si fa risalire a Alessi R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956. Per una serrata critica di tale teoria v., Perfetti L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 146 ss. secondo cui "*Non stupisce, quindi, che il servizio pubblico sia stato presto riscritto nella formula della prestazione resa ai privati. In questa teoria, infatti, il servizio pubblico non solo sarà necessariamente di competenza di organi pubblici, ma più ancora, ne verrà per conseguenza riaffermata la necessità dell'intervento del legislatore ad individuare le prestazioni da erogare e, quindi, la protezione dei diritti sociali continuerà ad essere solo ove lo Stato, con la legge, ritenga di fornire la pretesa di in contenuto che altrimenti le difetta*".

¹⁰⁴ Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 226.

¹⁰⁵ Tuttavia per un superamento dell'identificazione tra autotrasporto di linea e regime di servizio pubblico v. Brancasi A., *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., p. 170.

La definizione dei bisogni fondamentali di mobilità dei cittadini diventava una sfera riservata all'esercizio della funzione pubblica, che ne assumeva doverosamente la produzione.

In tal modo, soltanto quando era definita la prestazione era possibile attribuire al servizio pubblico un oggetto, delimitando la sfera dell'intervento da parte della pubblica amministrazione¹⁰⁶.

Nel D.lgs. n. 422/1997, tale logica non solo ha trovato conferma, ma è stata rafforzata con l'introduzione di ulteriori strumenti di programmazione del servizio.

In particolare, l'art. 14 ha previsto il programma triennale del trasporto pubblico locale, come strumento fondamentale, tra l'altro, di definizione della rete e dell'organizzazione dei servizi, delle risorse da destinare all'esercizio e agli investimenti, del sistema di monitoraggio.

In questa sede diventano attori, seppure in via consultiva, anche le organizzazioni sindacali confederali e le associazioni dei consumatori.

6. Il problema della qualificazione e dell'individuazione dei “servizi minimi”.

Se è dunque ravvisabile una linea di continuità con la legislazione precedente, non può sfuggire che nel decreto “Burlando” vi è una novità di rilievo che sicuramente incide sulla definizione del servizio pubblico di trasporto, ossia l'introduzione del concetto di servizi “minimi” e di quelli “aggiuntivi”.

Il comma 1 dell'art. 16 definisce i servizi “minimi” quelli qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini¹⁰⁷, 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; il comma 3 del medesimo articolo stabilisce, inoltre, che gli enti locali possono istituire, d'intesa con la regione che ne verifica la

¹⁰⁶ In tal senso, Petroni P., *Il servizio pubblico nell'esperienza giuridica italiana*, in www.diritto.it, 28.12.2006.

¹⁰⁷ I “servizi minimi” di trasporto evocano l'elaborazione che la Corte costituzionale ha operato con riguardo ai servizi sanitari per i quali ha affermato che l'impegno pubblico ha primariamente ad oggetto la garanzia di un risultato costituito dalla fornitura di alcune prestazioni essenziali. Rilevano, Boscolo E. e Cafagno M., *Lo “Stato dispensatore”: le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, p. 104, che “Dalla filosofia del tutto a tutti si era passati, per opera della Corte, al nuovo modello fondato sulla garanzia dell'essenziale a tutti”.

compatibilità di rete, servizi “aggiuntivi” rispetto a quelli minimi, con oneri a carico degli enti che li hanno istituiti.

Ferma restando la pertinenza all’area del servizio pubblico, il carattere aggiuntivo vuole esprimere l’articolazione di competenza nell’individuazione del servizio e nell’imputazione dei relativi oneri finanziari¹⁰⁸.

Ciò che è interessante notare è che, per la prima volta, il comma 1 dell’art. 16 sembra delimitare la discrezionalità della pubblica amministrazione, nel caso di specie di regione ed enti locali, nell’individuare i servizi pubblici di trasporto, stabilendo una serie di parametri normativi ai quali attenersi nella loro definizione, ossia l’integrazione tra le reti di trasporto; il pendolarismo scolastico e lavorativo; la fruibilità dei servizi da parte degli utenti per l’accesso ai vari servizi amministrativi, sociosanitari e culturali; le esigenze di riduzione della congestione e dell’inquinamento.

Tali parametri hanno avuto, poi, una specificazione e differenziazione a livello di legislazione regionale, che in molti casi ha previsto l’adozione di atti amministrativi generali, variamente denominati¹⁰⁹, nei quali i criteri normativi trovano una declinazione tecnica, e ha disposto la procedimentalizzazione dell’agire amministrativo per loro individuazione.

Appare evidente, che attraverso la spendita del potere discrezionale in questi due momenti, la delimitazione concreta dell’area del servizio minimo è divenuta espressione più che di discrezionalità amministrativa, di quella propriamente tecnica.

Ma come può qualificarsi ed individuarsi il “servizio minimo”?

Nel comma 2 dell’art. 16 è specificato che esso è quello che soddisfa le esigenze essenziali di mobilità dei cittadini in conformità al regolamento n. 1191/1969/CEE, come modificato dal regolamento 1893/91/CEE. Si tratta del nucleo forte del servizio pubblico¹¹⁰, quell’insieme imprescindibile di prestazioni che, rispondendo ad esigenze

¹⁰⁸ In tal senso, Mazzamuto M., *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, 2003, p. 225.

¹⁰⁹ S tratta spesso di atti d’indirizzo adottati dalla Giunta regionale e, talvolta, dal Consiglio regionale. In altri casi, sono gli atti di pianificazione, come il Piano Regionale dei Trasporti a specificare in chiave tecnica i criteri normativi d’individuazione dei servizi minimi.

¹¹⁰ Sul servizio universale v. Rangone N., *Servizi universali*, in *Enc. giur.*, 1998, *ad vocem*, Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 194 ss; Cartei G. F., *Il servizio universale*, Milano, 2002, 1 ss.

essenziali di mobilità dell'utenza¹¹¹, evoca immediatamente il concetto di “servizio universale” di derivazione comunitaria¹¹².

La Commissione europea ha definito il “servizio universale” come un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, a un prezzo abbordabile indipendentemente dal grado di redditività economica della singola prestazione¹¹³.

Tuttavia, nel caso del trasporto locale, e del “servizio minimo” in particolare, il riferimento al modello del “servizio universale” non appare del tutto calzante.

Si è rilevato, infatti, che il “servizio universale” è stato sviluppato in sede europea per correggere le disfunzioni di un mercato già liberalizzato che costituisce il presupposto e la giustificazione dell'imposizione degli obblighi di servizio universale, attraverso i quali i comportamenti delle imprese sono indirizzati, in via temporanea, verso finalità sociali. Infatti, l'obiettivo del “servizio universale” è quello di accompagnare i processi di liberalizzazione dei mercati assicurando le prestazioni anche agli utenti marginali.

Nel trasporto pubblico, innanzitutto, manca il presupposto della liberalizzazione del mercato per consentire l'identificazione del “servizio minimo” con quello “universale”.

Inoltre, il “servizio minimo” si fa carico di dare risposte ai bisogni di mobilità non soltanto dell'utenza marginale, come quella dei territori a domanda debole o dei soggetti in particolari situazioni di disagio personale o sociale¹¹⁴, ma dell'intera collettività di riferimento¹¹⁵.

¹¹¹ Rileva Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 199, che “Considerata in modo unitario, la nozione comunitaria di servizio universale chiarisce che, in una situazione nella quale le risorse disponibili non sono illimitate, soltanto un insieme minimo di servizi ritenuti davvero essenziali per la collettività in un certo momento storico può essere garantito a tutti gli utenti (...) ad un prezzo abbordabile”.

¹¹² Cammelli M., *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, cit., pp. 89-90 e Mazzamuto M., *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 4-5, 2000, p. 569.

¹¹³ Comunicazione della Commissione, 11 settembre 1996, COM(96) 443, in *GUCE*, del 26 settembre 1996, C. 281/3.

¹¹⁴ Di obblighi di “servizio universale” di natura territoriale si può parlare con riferimento all'art. 14, comma 4, del D.lgs. n. 422/1997, che stabilisce che “Per l'esercizio dei servizi pubblici di trasporto locale in territori a domanda debole, al fine di garantire comunque il soddisfacimento delle esigenze di mobilità nei territori stessi, le regioni, sentiti gli enti locali interessati e le associazioni nazionali di categoria del settore del trasporto di persone, possono individuare modalità particolari di espletamento dei servizi di linea, da affidare, attraverso procedure concorsuali, alle imprese che hanno i requisiti per

Anche, il rinvio operato dall'art. 16 ai regolamenti comunitari appare poco significativo per trovare una chiave di lettura del "servizio minimo".

L'art. 1 del reg. 1191/1969/CEE, infatti, parlava di servizi di trasporto pubblico "sufficienti" lasciando agli Stati membri di dare contenuto a tale qualificazione del servizio.

L'obiettivo era quello di liberalizzare i mercati attraverso una delimitazione dei servizi di trasporto che rientravano nell'ambito del servizio pubblico, sopprimendo, per quanto possibile, gli obblighi di servizio imposti alle imprese di trasporto da parte degli Stati membri.

Il riferimento alla legislazione europea deve, in ogni caso, essere oggi spiegato con riguardo al Regolamento CE n. 1370/2007 ed ai servizi di trasporto di passeggeri d'interesse economico generale da esso disciplinati.

Tuttavia, appare ancor più arduo ritracciare in tale atto normativo i crismi del "servizio minimo".

Infatti, nella legislazione primaria e derivata dell'Unione europea i SIEG non hanno un valore descrittivo, ma eminentemente disciplinatorio.

Secondo il Protocollo n. 26 allegato al TFUE, gli enti nazionali, regionali e locali hanno un ruolo essenziale e un'ampia discrezionalità nel prestare, commissionare e organizzare servizi quanto più possibile a misura degli utenti.

Si evidenzia, inoltre che è un valore condiviso dall'Unione che tali servizi siano finalizzati a garantire un alto livello di qualità, sicurezza, convenienza, parità di trattamento, oltre a promuovere l'accesso universale e i diritti degli utenti.

esercitare autoservizi pubblici non di linea o servizi di trasporto di persone su strada. Nei comuni montani o nei territori in cui non vi è offerta dei servizi predetti possono essere utilizzati veicoli adibiti ad uso proprio, fermo restando l'obbligo del possesso dei requisiti professionali per l'esercizio del trasporto pubblico di persone". Di obblighi di "servizio universale" di natura sociale possono essere, inoltre, identificati in tutte quelle disposizioni delle leggi regionali di settore che prevedono particolari agevolazioni tariffarie per le fasce "deboli" dell'utenza. Distingue in modo significativo gli obblighi di servizio pubblico dagli obblighi di servizio universale l'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012, convertito dalla l. 121/2012.

¹¹⁵ Rileva Gaudamet Y., *Regolazione e servizi pubblici*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro e M. D'Alberti, Bologna, 2000, p. 63, che "Il servizio universale è una parte del servizio pubblico; risponde alle stesse esigenze di eguaglianza, di continuità, di durata; ma riguarda solo una parte dell'attività che la concezione ampia di servizio pubblico – quella di tradizione continentale – riconduceva a tale nozione".

Come si è visto, poi, l'art. 1 del regolamento (CE) n. 1370/2007, indica come suo obiettivo quello di definire le modalità d'intervento dell'autorità nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi 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.

Da questi riferimenti si evince che l'istituto dei SIEG ha una portata ampia e discrezionale, che può semmai delineare il limite esterno dell'intervento della pubblica autorità in un settore economico, ma non è in grado di circoscrivere il nucleo essenziale dei servizi che i pubblici poteri sono tenuti ad assicurare.

I parametri normativi enucleati dall'art. 16 del D.lgs. n. 422/1997 appaiono, invece, evocare l'idea del c.d. "diritto alla mobilità"¹¹⁶.

Come è noto, nel nostro sistema costituzionale, l'art. 16 Cost.¹¹⁷ stabilisce il diritto di circolare liberamente, considerato sia per la collocazione topografica, che per i suoi contenuti sostanziali, come diritto di libertà tipicamente "negativo", volto ad evitare le restrizioni non giustificate da ragioni di sicurezza e sanità, mentre il diritto alla mobilità si configura come tipico diritto sociale avente contenuto prestazionale.

Tuttavia, una lettura sistematica del testo costituzionale consente di individuare fondamenti più certi di siffatto diritto.

La dottrina ha rilevato che il diritto del cittadino di usufruire di un sistema di mobilità garantito trova tutela costituzionale alla luce delle disposizioni contenute negli articoli 2, 3, 4, 16, 32, 33, 34, 35 e 38 della Costituzione¹¹⁸.

¹¹⁶ Sull'argomento v. Giupponi T., *Le frontiere del trasporto pubblico locale, tra competenze normative e situazioni giuridiche soggettive. Verso un "diritto alla mobilità"?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 maggio 2016, p. 11, che evidenzia che "Rimane ancora aperta la domanda se, più che dell'affermazione di un nuovo e diverso "diritto alla mobilità", non si tratti in ogni caso di diverse manifestazioni della tradizionale libertà di circolazione, seppure declinate alla luce della necessità di soddisfare contemporaneamente differenti diritti costituzionali della persona (diritto al lavoro, alla salute, all'istruzione), anche alla luce della necessaria tutela dell'eguaglianza tra tutti i cittadini (ex art. 3 Cost.)".

¹¹⁷ L'art. 16 Cost. stabilisce che "Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge". La Corte costituzionale, con la sentenza n. 6 del 1962, in www.giurecost.org, ha definito la libertà di circolare quella "di portarsi da un luogo ad un altro con un qualunque mezzo di trasporto".

¹¹⁸ Per quanto attiene il trasporto delle persone con disabilità, v. Camarda G., *Il trasporto dei disabili. Profili giuridici pluridisciplinari*, in *Riv. dir. economia, traspt., amb.*, IX, 2011, p. 183 ss.

Il trasporto pubblico, offerto a condizioni accessibili a tutti, dovrebbe essere considerato come uno strumento per realizzare la personalità dell'individuo nelle formazioni sociali¹¹⁹, per neutralizzare le disparità economiche e per conferire uguali opportunità di lavoro e d'istruzione ai cittadini meno abbienti che non sempre possono sostenere il costo della mobilità privata per recarsi sul luogo di lavoro, per raggiungere gli istituti d'istruzione scolastica¹²⁰, oltre che per accedere ai servizi sociosanitari e culturali. Inoltre, nella declinazione del diritto alla salute che si esplica nel diritto a vivere in un ambiente sano, il TPL diventa un imprescindibile strumento per le politiche della mobilità sostenibile, intesa come sistema in grado di conciliare il diritto alla mobilità con l'esigenza di ridurre le cosiddette esternalità negative ad essa connesse¹²¹, come le emissioni di gas serra, lo smog, l'inquinamento acustico, la congestione del traffico urbano e l'incidentalità¹²².

Se, dunque, gli spunti costituzionali non mancano per delineare un "diritto alla mobilità", la loro ricchezza costituisce anche il principale limite di tale ricostruzione sistematica.

Il "diritto alla mobilità" non ha un proprio oggetto definito, ma è sempre strumentale alla realizzazione di un diverso diritto costituzionalmente garantito, che è ad esso esterno.

Esso trova riconoscimento e protezione, dunque, nei limiti in cui il diritto finale trovi a sua volta tutela, ma non appare direttamente azionabile.

Inoltre, il nesso di strumentalità spesso non è di tale intensità da far derivare dalla violazione del diritto fondamentale la violazione del diritto alla mobilità¹²³.

¹¹⁹ In tal senso, Rinaldi Baccelli G., *Per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 11.

¹²⁰ Così, Iaione C., *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 189.

¹²¹ Marfoli L., *Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, 3-4, 2013, p. 305.

¹²² Tali obiettivi hanno una forte sostegno europeo. V. in proposito, la Comunicazione della Commissione europea, COM(2009) 279 def., *"Un futuro sostenibile per i trasporti: verso un sistema integrato, basato sulla tecnologia e di agevole uso"*, in *eur-lex.europa.ue*.

¹²³ Rileva la Corte Costituzionale nella sentenza n. 432 del 2005, in *www.giurcost.org*, con commento di Cuniberti M., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, ivi, che *"L'impossibilità di individuare nel trasporto regionale un servizio destinato ad integrare – sempre e comunque – quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana", di cui innanzi si è detto, posto*

Nonostante queste difficoltà ricostruttive ed al *deficit* di tutela sostanziale che ne può derivare, l'identificazione del servizio "minimo" come esplicazione del "diritto alla mobilità" appare operazione ermeneutica che ha una sua coerenza, dato che lo stesso nesso di strumentalità che lega il diritto alla mobilità al soddisfacimento di altri diritti costituzionalmente garantiti trova espressione anche nei criteri di determinazione dei "servizi minimi" e, pur con i limiti tratteggiati, ha il pregio di oggettivarne i contenuti, collegandoli a solidi parametri costituzionali¹²⁴.

Tale substrato sostanziale del "servizio minimo" consente, inoltre, di stabilire un'ulteriore connessione con un diverso parametro costituzionale: quello offerto dall'art. 117, co. 2, lett. m), ossia con la competenza esclusiva dello Stato di determinare i "livelli essenziali delle prestazioni" che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Come è noto, siffatta clausola costituzionale¹²⁵ è ancor oggi caratterizzata da una certa incertezza e ambiguità, tanto da essere definita dalla dottrina come un vero e proprio "rompicapo"¹²⁶ o una "immagine enigmatica del costituzionalismo sociale moderno"¹²⁷.

La previsione è stata interpretata come un importante elemento unificante dell'ordinamento direttamente riconducibile sia al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), sia al principio di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), oltre a costituire un presidio di effettività dei diritti al loro livello essenziale.

che è la natura stessa del servizio ad evocare il soddisfacimento di una gamma indefinita (ed indefinibile) di esigenze di spostamento".

¹²⁴ Il "diritto alla mobilità" trova menzione in alcune leggi regionali, come nell'art. 13, comma 9, della L.R. Abruzzo n. 152/1998, nell'art. 29 della L.R. Lazio n. 30/1998, nell'art. 1 della L.R. Toscana n. 42/1998, senza peraltro che ciò abbia significative ricadute sostanziali. Interessante appare, invece, il richiamo al "diritto alla mobilità" operato dalla recente L.R. Liguria n. 33/2013. Infatti, il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 4, co. 1, mette in relazione l'individuazione dei servizi minimi con la garanzia del diritto alla mobilità delle persone. Ancor più esplicita è la L.R. Sardegna 7 dicembre 2005, n. 21, che all'art. 20, comma 1, stabilisce che "*La Regione garantisce il diritto alla mobilità attraverso i servizi minimi di trasporto pubblico locale*".

¹²⁵ Sulla tematica dei LEP, v. Tubertini C., *I livelli essenziali di assistenza sanitaria e l'effettività del diritto alla salute*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2006, p. 508 ss; Comino A., De Marco A., Natalini A., *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in L. Torchia (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna 2005, p. 95 ss; Anzon Demmig A., *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, p. 155 ss.

¹²⁶ Luciani M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 356.

¹²⁷ D'Aloia A., *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, p. 737.

La Corte costituzionale propende per una tendenziale identificazione dei LEP, almeno nel loro nucleo costitutivo, con gli “*standard strutturali e qualitativi delle prestazioni*”¹²⁸, già determinate o da determinare.

Ragionandosi di prestazioni relative a diritti, nel servizio pubblico di trasporto¹²⁹, la compenetrazione tra LEP e il “servizio minimo” appare evidente, dato che in entrambi i casi siamo di fronte all’esercizio del potere pubblico rivolto alla soddisfazione di situazioni giuridiche soggettive per le quali si reputa necessario un intervento dell’amministrazione.

Tuttavia se i “servizi minimi” sono esplicitazione del diritto alla mobilità, i LEP garantiscono il nucleo fondamentale di tale diritto, per cui le prestazioni da essi individuate potrebbero essere denominate come “servizi minimi essenziali”¹³⁰.

Così, in una logica incrementale, si passa dal contenuto essenziale del diritto, costituzionalmente incompressibile, che il legislatore statale e regionale devono rispettare, al livello essenziale della prestazione di competenza statale, uniforme ed

¹²⁸ Si tratta, in particolare, delle sentenze n. 423 del 2004, n. 105 del 2007, n. 50 del 2008, n. 168 del 2008 e n. 207 del 2010.

¹²⁹ Nonostante l’entrata in vigore della l. n. 42 del 5 maggio 2009 e del D.lgs. n. 68 del 6 maggio 2011, non sono ancora state attuate le nuove modalità di trasferimento alla fiscalità regionale del finanziamento del TPL. In particolare, non è stato ancora emanato il d.p.c.m., di cui all’art. 13, co. 4, del D.lgs. n. 68/2011, che demanda la ricognizione dei livelli essenziali delle prestazioni nelle materie dell’assistenza, dell’istruzione e del trasporto pubblico locale, nonché dei livelli adeguati del servizio, anche nella materia da ultimo richiamata, previsti dell’articolo 8, comma 1, lettera c), della citata l. n. 42/2009. La ricognizione dei livelli essenziali delle prestazioni nel TPL e la connessa fissazione dei costi e fabbisogni *standard* secondo la metodologia ed il procedimento di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 216 del 26 novembre 2010, costituiscono, dunque, una condizione necessaria ai fini della compiuta attuazione del sistema di finanziamento delle funzioni degli enti territoriali previsto dall’art. 119 Cost.

¹³⁰ Nella recente sentenza della Corte costituzionale, n. 273 del 2013, in www.cortecostituzionale.it, in materia di fondi statali vincolati in materia di TPL, la Consulta offre alcuni spunti interessanti sulla necessità di garantire le prestazioni connesse ai diritti sociali a prescindere dalla formale determinazione dei LEP, sottolineando che “*Al momento, pur non potendo dirsi determinato né il livello essenziale delle prestazioni del trasporto pubblico locale, né il livello adeguato di servizio, l’esigenza di assicurare la garanzia di uno standard di omogeneità nella fruizione del servizio su tutto il territorio nazionale ha richiesto il costante concorso del legislatore statale al finanziamento delle funzioni riconducibili alla materia di cui si controverte nel presente giudizio*”. Su questo specifico tema, cfr. Benvenuti M., *Brevi annotazioni critiche intorno a una recente pronuncia della Corte costituzionale in tema di fondi a destinazione vincolata, stabiliti con legge statale in materia di trasporto pubblico locale, anche ferroviario*, in *Giur. cost.*, 6, 2013, p. 4391 ss; Saitto F., *La Corte conferma la ‘regola dell’eccezione’ in materia di fondi vincolati tra inattuazione dell’art. 119 cost. e imperiose necessità sociali*”, *ivi*, 6, 2013, p. 4400 ss; De Nes M., *Fondi statali vincolati in materie regionali: una giurisprudenza (im)prevedibile*, *ivi*, 2, 2014, p. 1978 ss.

omogeneo per tutto il territorio, che la regione deve rispettare, ad un *plus* di competenza regionale, eventuale e differenziato¹³¹.

Ciò, ha importanti conseguenze sul piano dell'effettività della tutela sostanziale che, come si è visto, costituisce un punto debole nella ricostruzione del “diritto alla mobilità”: l'individuazione di un contenuto minimo non è altro che l'individuazione delle prestazioni da garantire affinché che quel diritto possa essere soddisfatto e tutelato.

7. Il regime giuridico dei “servizi aggiuntivi”.

Se, dunque, il “servizio minimo” costituisce il nucleo forte del servizio pubblico di autotrasporto di linea, avente caratteri non solo soggettivi ma anche oggettivi, espressione del diritto alla mobilità dei cittadini e correlato al livello essenziale delle prestazioni, il “servizio aggiuntivo” ha contorni più sfumati, che sembrano lasciare all'ente locale maggiore discrezionalità nella sua individuazione.

Le uniche limitazioni legislative che si riscontrano nel D.lgs. n. 422/1997 e nelle leggi regionali sono che tali servizi devono essere compatibili con la rete dei servizi minimi, che per il loro affidamento è necessario stipulare contratti di servizio e che e la relativa responsabilità finanziaria è in capo ai soggetti che li istituiscono.

Gli elementi oggettivi del servizi pubblico che faticosamente si sono ricostruiti per il servizio “minimo”, appaiono qui dissolversi.

Certamente, questa opzione normativa costituisce una valvola di sicurezza per il sistema delle autonomie locali che attribuisce loro un'ineliminabile tasso di scelta sull'organizzazione e soprattutto sull'estensione del servizio pubblico, che diversamente verrebbe deciso a livello regionale¹³².

¹³¹ In tal senso, Panzera C., *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 4, 2011, p. 3374.

¹³² Si ricorda, infatti, che l'articolo 14 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, come sostituito, dall'art. 19, comma 1, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ha previsto tra le funzioni fondamentali dei comuni l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale.

Tuttavia, la discrezionalità attribuita agli enti locali non può certo trasformarsi in arbitrio, dato che altrimenti gli stessi confini del servizio pubblico sarebbero lasciati alla mera volontà autoritativa dell'ente¹³³.

Innanzitutto, i servizi “aggiuntivi”, sono pur sempre servizi “programmati”, per cui negli strumenti di pianificazione e programmazione di bacino e comunali, e nei rispettivi procedimenti per la loro adozione, la discrezionalità viene, in parte, consumata.

Inoltre, se gli enti locali, sono autonomi nella definizione delle finalità d'interesse generale da perseguire, questa autonomia deve essere coordinata con le esigenze della tutela della concorrenza, anche sulla base del vincolo comunitario di cui all'art. 117, comma 1, della Costituzione¹³⁴, per cui vi è la necessità di un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti nella scelta d'istituzione del servizio¹³⁵.

Come si è visto, poi, se la nozione dei SIEG non ha portata definitoria, essa può avere funzione delimitativa dell'intervento pubblico.

Tale convinzione è rafforzata dall'omologazione operata dalla Corte Costituzionale tra nozione europea dei SIEG e quella interna dei servizi pubblici locali, poiché entrambe sarebbero riferite a servizi resi mediante un'attività economica intesa in senso ampio, che forniscono prestazioni necessarie nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini¹³⁶.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹³⁷, anche se lo Stato membro dispone di un ampio potere discrezionale circa la determinazione di ciò che considera un servizio d'interesse economico generale, ciò non lo dispensa, quando invoca l'esistenza e la necessità della tutela di una missione di servizio di interesse economico generale, dal vigilare che quest'ultima soddisfi taluni criteri minimi comuni e dal dimostrare che tali criteri sono effettivamente soddisfatti nella specie.

¹³³ Perfetti L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 92.

¹³⁴ Merloni F., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e comunitario*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 623.

¹³⁵ Caia G., *I servizi pubblici*, cit., p. 986.

¹³⁶ Corte cost. n. 325 del 2005, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento, v. Cuocolo L., *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 5, p. 484 ss; Sabbioni P., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 6, 2010, p. 4654 ss.

¹³⁷ Tribunale primo grado CE, 12 febbraio 2008, C-T289/03, *British United Provident Association Ltd. (BUPA) e altri c. Commissione*, in curia.europa.eu.

Si tratta, in particolare, della presenza di un atto della pubblica autorità che investa gli operatori di una missione del genere nonché del carattere obbligatorio di tale missione, inteso nel senso che gli operatori incaricati della missione sono tenuti ad offrire il servizio di cui trattasi rispettando gli obblighi di servizio pubblico che ne regolano la prestazione.

La Corte del Lussemburgo ha precisato che l'assenza di prova da parte dello Stato membro del fatto che tali criteri siano soddisfatti è tale da costituire errore manifesto che la Commissione deve sanzionare, pena incorrere essa stessa in errore manifesto.

Inoltre, lo Stato membro deve indicare le ragioni per le quali ritiene che il servizio di cui trattasi meriti, per il suo carattere specifico, di essere qualificato come servizio di interesse economico generale e distinto da altre attività economiche.

Infatti, senza una siffatta motivazione, un controllo, anche marginale, da parte delle istituzioni comunitarie, vertente sull'esistenza di un errore manifesto commesso dallo Stato membro nell'ambito del suo potere discrezionale, non sarebbe possibile.

Alla luce di questa giurisprudenza, la concreta individuazione del "servizio aggiuntivo" dovrà rispondere ai criteri di necessità, proporzionalità¹³⁸ ed effettività dell'esistenza dell'interesse generale.

Per necessità s'intendono tutti i casi di acclarato fallimento del mercato, determinato dall'assenza di imprese disponibili ad offrire i servizi alle condizioni previste dal regolatore pubblico; proporzionalità si ha se l'intervento di assunzione del servizio non eccede la misura necessaria alla cura dell'interesse generale; l'effettiva esistenza dell'interesse generale rinvia, infine, alla discrezionalità del decisore pubblico e lo costringe a motivare la sua scelta.

Un illustre ha concluso: *"L'amministrazione deve procedere, quindi, ad una prima individuazione di queste condizioni; deve dichiarare, cioè, in via preventiva, quali servizi debbano essere erogati, con quale qualità, a quali tariffe. Successivamente si devono accertare la situazione di mercato e la disponibilità delle imprese private ad*

¹³⁸ Sul principio di proporzionalità nell'ordinamento europeo e in quello nazionale cfr. Galetta D. U., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, p. 389 ss.

erogare il servizio alle condizioni previste. Solo in caso di esito negativo di questa verifica è legittima una decisione di assunzione/istituzione di un servizio pubblico”¹³⁹.

¹³⁹ Merloni F., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e comunitario*, cit., p. 635.

CAPITOLO 2.

Il trasporto pubblico locale tra servizio pubblico e libertà d'impresa.

1. Il rapporto tra servizio pubblico e diritto di esclusiva nel trasporto pubblico locale. 2. Il servizio pubblico come "rete" o come "sommatoria di linee": il pericolo della sussidiazione incrociata e del cd. "cream skinning". 3. L'opzione dell'attribuzione di diritti speciali. 4. L'orientamento del Testo Unico su servizi pubblici locali d'interesse generale e la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016. 5. Il trasporto pubblico locale come libera attività d'impresa. 5.1. I fondamenti costituzionali e la legislazione statale. 5.2. Gli spunti offerti dalla legislazione regionale. 5.3. Il problema dell'accesso al mercato e la saturazione delle linee più redditizie. 5.4. Il problema della sussidiazione incrociata e della sovrapposizione con i servizi sussidiati. 6. Il trasporto pubblico locale e i mercati ad esso contigui. 6.1. I servizi di trasporto passeggeri interregionali e statali non contribuiti. 6.2. I servizi di trasporto passeggeri internazionali. 6.3. Il noleggio di autobus con conducente.

1. Il rapporto tra il servizio pubblico e il diritto di esclusiva nel trasporto pubblico locale.

Il nostro ordinamento si è tradizionalmente caratterizzato per una disciplina della gestione dei servizi pubblici locali basata sull'affidamento del servizio da parte dell'Amministrazione attraverso lo strumento concessorio comunque denominato, senza che in questo atto, fosse essenziale il carattere monopolistico dell'attività di erogazione del servizio pubblico, cioè il diritto di esclusiva¹⁴⁰, ossia l'attribuzione ad un solo soggetto del diritto di esercitare l'attività economica e la contestuale inibizione a tutti gli altri operatori di svolgere la stessa attività.

La dottrina ha evidenziato che i comuni e le province potevano assumere i servizi pubblici in esclusiva nelle sole ipotesi in cui la riserva fosse ad essi riconosciuta dalla

¹⁴⁰ D'Alberti M., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII; Sorace D. - Marzuoli C., *Concessioni amministrative*, in *Digesto disc. pubbl.*, III, Torino, 1989; Romano Tassone A., *La concessioni a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, p. 87.

legge, secondo la regola costituzionale di cui all'art. 43 Cost.¹⁴¹, mentre anche il legislatore, all'art. 22, co. 2, della l. n. 142 del 1990, ha richiesto un'esplicita previsione legislativa della privativa.

Si è, così, riconosciuto che, salve specifiche previsioni di una riserva di attività, le iniziative degli enti locali nel campo dei servizi pubblici non avrebbero escluso analoghe e concorrenti iniziative private¹⁴² e che, ove la legge nulla disponesse riguardo al numero delle concessioni, l'interpretazione da trarre fosse sempre quella che potessero essere molte, *“anzi tante quante ne consente il soddisfacimento dei fini sociali connessi alla disciplina dell'attività”*¹⁴³.

La vicenda storica del servizio pubblico di trasporto narra, invece, di un diverso rapporto tra servizio pubblico ed privativa tanto che si è assistito non solo a quella completa omologazione tra l'attività di autotrasporto di linea e il servizio pubblico, ma anche ad una progressiva identificazione tra quest'ultimo e il servizio riservato in regime di monopolio¹⁴⁴.

Ciò ha trovato riscontro in numerosi interventi del legislatore già agli inizi del '900.

Il r.d.l. 21 ottobre 1923, n. 2386, disciplinava proprio il “diritto di esclusività” dei concessionari di servizi pubblici automobilistici sovvenzionati in relazione alle linee loro concesse. Il r.d.l. 9 dicembre 1926, n. 2443, riprendeva il problema del “diritto di esclusiva” e chiariva che lo stesso doveva intendersi riferito non alla linea di trasporto intesa come percorso, ma rapportato alla “finalità” della linea stessa¹⁴⁵.

A ben vedere, tuttavia, l'art. 10, comma 1, della successiva l. 28 settembre 1939, n. 1822, prevedeva l'attribuzione del diritto di esclusiva nel solo caso in cui la linea data in concessione fosse anche sovvenzionata con finanziamenti statali, mentre negli altri casi vi era ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione nel concederla o meno.

¹⁴¹ Caia G., *I servizi pubblici*, cit., p. 985.

¹⁴² Caia G., *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. loc.*, 1-2, 1992, p. 9.

¹⁴³ Pototschnig U., *I servizi pubblici*, cit., p. 445.

¹⁴⁴ In realtà, rileva, Marchianò G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, cit., p. 1022, che tale fenomeno non ha riguardato solo il TPL, dato che *“Non si può sottacere che il servizio pubblico in Italia, è sempre stato visto in senso monopolistico o comunque tendente al monopolio, ciò in quanto l'azione dei pubblici poteri nel settore, è stata caratterizzata dall'adozione di criteri privi di qualsiasi connotazione imprenditoriale”*.

¹⁴⁵ In tal senso, Carnevale Vecchi M.A., *Trasporti in concessione*, cit.

Se in concreto tale facoltà era largamente utilizzata da parte degli enti concedenti, in astratto vi era la possibilità di affidare a più operatori la medesima linea¹⁴⁶.

Non vi era, nella sostanza, una totale coincidenza tra servizio pubblico e attività riservata, che si aveva soltanto in via obbligatoria per tutelare l'interesse finanziario dell'ente concedente.

Nella legislazione statale successiva, ed in particolare nella legge quadro 10 aprile 1981, n. 151, mentre il riferimento allo strumento concessorio per l'affidamento del servizio pubblico rimase sostanzialmente immutato, il diritto di esclusiva non ebbe esplicita menzione nel testo legislativo.

Ciò, tuttavia non deve far credere ad un mutato indirizzo di politica del diritto poiché, da un lato, la l. n. 1822/1939 non era stata abrogata e, dall'altro, ci pensò la legislazione regionale d'attuazione a prevedere, in alcuni casi in modo perentorio¹⁴⁷, il diritto di privativa a favore del concessionario.

Si arriva, così al D.lgs. n. 422/1997 e alle conseguenti leggi regionali di attuazione.

In tali atti, il diritto d'esclusiva non trova più esplicita cittadinanza¹⁴⁸.

Tuttavia, al dichiarato obiettivo normativo d'incentivare il superamento degli assetti monopolistici e d'introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi, ha fatto da contraltare la scelta della concorrenza "per il mercato", in cui il diritto di esclusiva diventa elemento connaturato all'affidamento di una rete di servizi, dato che attraverso la privativa l'ente affidante assicura l'equilibrio economico del contratto impedendo la sottrazione di volumi di traffico da parte di terzi.

Tale impostazione, che di fatto ha permesso il consolidarsi dei monopoli locali, è stata successivamente scalfita dall'art. 12, co. 1, del d. l. n. 223 del 4 luglio 2006, il c.d. "decreto Bersani"¹⁴⁹, che ha stabilito che i comuni possono prevedere che il trasporto di

¹⁴⁶ Brancasi A., *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., p. 128.

¹⁴⁷ A titolo di esempio, l'art. 15 della L.R. Veneto 8 maggio 1985, n. 54, stabiliva che "I gestori dei servizi pubblici di linea hanno diritto di esclusiva per le linee da loro gestite".

¹⁴⁸ Unica eccezione è costituita dall'art. 13, comma 4, della L.R. Emilia Romagna n. 30/1998, come modificato dall'art. 12 della L.R. n. 8/2003, secondo cui "Gli enti competenti (...) conferiscono la gestione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale mediante affidamento a soggetti individuati secondo le modalità stabilite dalla presente legge. Ove esistano ragioni tecniche, economiche o di opportunità, inerenti prioritariamente l'efficacia, l'affidamento del servizio può essere in esclusiva. È in ogni caso esclusiva la concessione della gestione della rete".

¹⁴⁹ Peraltro, con scarsi risultati concreti se, come si legge nel rapporto di sintesi: "Lo stato di attuazione della riforma del TPL nelle regioni italiane", elaborato da ISFORT nel 2007, in www.isfort.it, p. 5, "Ad

linea di passeggeri accessibile al pubblico, sia svolto, in tutto il territorio o in tratte e per tempi predeterminati, “anche” da soggetti in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali, con il divieto di disporre a loro favore finanziamenti in qualsiasi forma¹⁵⁰. In alcune tratte, dunque, la riserva di attività potrebbe venir meno, per cui l’iniziativa dell’ente locale potrebbe essere affiancata da analoghe e concorrenti iniziative private. Dato che la disposizione tocca i soli servizi di competenza comunale, si ritiene che la parziale liberalizzazione possa riguardare il ristretto ambito dei c.d. “servizi aggiuntivi”.

2. Il servizio pubblico come “rete” o come “sommatoria di linee”: il pericolo della sussidiatura incrociata e del cd. “cream skimming”.

La portata sistematica della disposizione dell’art. 12 del “decreto Bersani” può risultare più ampia della sua concreta applicazione pratica, dato che la formulazione lascia trasparire il ritorno alla “linea” come entità giuridica autonoma oggetto del servizio pubblico, che può essere distinta dalle altre e consentire una separazione dei rispettivi mercati e dei relativi regimi giuridici¹⁵¹.

Infatti, nell’autotrasporto oggetto del servizio pubblico può essere una rete di servizi considerata come entità giuridica unitaria, ovvero una pluralità di linee sottoponibili, eventualmente, a diversi regimi regolatori.

Ciò ha evidenti ricadute in ordine alla stessa estensione del servizio pubblico e del diritto di esclusiva, dato che il *test* sul “fallimento del mercato” dovrà rapportarsi a diverse oggettività giuridiche, con inevitabile difformità degli esiti dell’esperimento.

Nella prima ipotesi, infatti, vi è una sostanziale coincidenza tra la rete dei servizi di trasporto pubblico oggetto di programmazione e il servizio pubblico, con l’inclusione sincretica nei contratti di servizio in regime di esclusiva sia di linee non remunerative,

eccezione della Campania in nessuna altra regione sono state attivate nuove iniziative dai Comuni per incrementare l’offerta di trasporto pubblico senza dover finanziare in qualche modo il soggetto gerente dopo l’approvazione del decreto, anche se occorre precisare che la Lombardia ha avviato un processo di trasferimento ai Comuni delle competenze per il rilascio di nuove autorizzazioni per i servizi autobus di collegamento verso gli aeroporti, nonché in Toscana erano già presenti alcuni collegamenti liberalizzati”.

¹⁵⁰ Più incisiva è la liberalizzazione per quanto attiene i servizi di trasporto da/per le infrastrutture portuali e aeroportuali, dato che la seconda parte del co. 1 dell’art. 12 del d.l. n. 223/2006 prevede che “*Il comune sede di scalo ferroviario, portuale o aeroportuale è comunque tenuto a consentire l’accesso allo scalo da parte degli operatori autorizzati ai sensi del presente comma da comuni del bacino servito*”.

¹⁵¹ In tal senso, Mazzamuto M., *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, cit., p. 217.

che di quelle remunerative in grado di autofinanziarsi senza la necessità della contribuzione pubblica.

Manifesto è in questo caso il pericolo della sussidiazione incrociata tra servizi redditizi e non redditizi¹⁵²: il monopolio generato dall'esclusiva, permette l'equilibrio economico della gestione dato che i segmenti remunerativi dell'attività generano extraprofiti che sono impiegati dal gestore per compensare le perdite causate dall'offerta dei servizi i cui costi superano le entrate tariffarie.

L'applicazione del secondo approccio comporta, invece, la considerazione "atomistica" di tutte le linee che compongono la rete e l'esclusione dall'ambito dei contratti di servizio, e dalla riserva di attività, di tutte quelle che possono essere prestate senza alcuna contribuzione, poiché economicamente sostenibili con i soli ricavi da tariffa, le quali dovrebbero essere liberalizzate nella forma della concorrenza "nel mercato", previa autorizzazione amministrativa.

Qui il rischio è quello del cd. "*cream skimming*", ossia la "scrematura" dei servizi più remunerativi da parte di coloro che non operano in regime concessorio, con la conseguenza per l'amministrazione pubblica di dover corrispondere maggiori sussidi pubblici per l'attività sottoposta al regime di servizio pubblico.

Con riferimento a questa tematica, il Regolamento n. 1370/2007/CE sembra neutro sull'approccio da seguire, dato che nel definire il diritto di esclusiva, all'art. 2, par. 1, lett. f), parla genericamente di servizi passeggeri su "una linea o rete o in una zona determinata".

L'impostazione che vede la rete di servizi di trasporto pubblico come una sommatoria di linee è quella da sempre seguita dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che in tal senso si è espressa a più riprese e ha trovato un, seppur effimero, riscontro positivo nell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, modificato dall'art. 25 del d.l. 24

¹⁵² Il problema dei sussidi incrociati nel trasporto pubblico locale è stato evidenziato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sin dal parere AS208 del 18 gennaio 2001, in *Bollettino*, 3/2001.

gennaio 2012, n. 1, “Cresci Italia”¹⁵³, dichiarato successivamente incostituzionale dalla Consulta con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199¹⁵⁴.

Questo atto normativo disponeva che ciascun ente locale, nel rispetto dei “*principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi*”, provvedesse a verificare la realizzabilità di una gestione pienamente concorrenziale dei vari servizi pubblici locali, procedendo quindi a liberalizzare “*tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio*”, limitando “*l’attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata*” non risultasse “*idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*”.

¹⁵³ Saltari L., *Lo Stato del mercato*, in *Giornale dir. amm.*, 6, 2012, p. 579 ss; Bassi G. e Moretti F., *Il nuovo quadro ordinamentale dei servizi pubblici di rilevanza economica dopo la conversione del decreto “liberalizzazioni”*, in *Azienditalia*, 2012, 5, p. 381 ss.

¹⁵⁴ La sentenza della Corte Cost. n. 199 del 20 luglio 2012, in www.cortecostituzionale.it, ha sancito l’illegittimità dell’articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni. La Consulta, accogliendo i ricorsi di alcune Regioni, ha ritenuto che le citate disposizioni violassero il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall’art. 75 Cost., riproponendo, in molte parti alla lettera, le disposizioni già contenute nell’art. 23bis del d.l. 112/2008 e nel D.P.R. 168/2010, in taluni casi accentuandone in modo evidente la portata restrittiva. Secondo la Corte, l’introduzione da parte del legislatore statale di una regolamentazione ancor più stringente di quella oggetto dell’abrogazione referendaria, frutto di un’interpretazione estesa dell’ambito di operatività della materia della tutela della concorrenza di competenza statale esclusiva, avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle sfere di competenza sia delle regioni, che degli enti locali. In dottrina, v. Argentati A., *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 *Federalismi.it*, 2012, 18, pp. 1-24; Azzariti A., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative*, in *Ist. Federalismo*, 2012, 4, pp. 1-24; Bercelli J., *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 2, p. 155 ss; Bonetti T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica dalla instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2, 2012, p. 422; Capantini M., *La sentenza n. 199 del 2012: i servizi pubblici locali dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, p. 868 ss; Carnevale P., *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2013, 3, pp. 405 ss; Cerulli Irelli V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2900 ss; Lucarelli A., *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell’inapplicabilità del patto di stabilità alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 2012, 18, pp. 1-8; Mengozzi M., *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, *ivi*, 2013, 21, pp. 1-27; Zammartino F., *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012*, in *Giustamm.it*, 2013, 6, pp. 1-28. Sullo specifico settore del TPL, Cabianca A., *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 *Federalismi.it*, 2012, 20, pp. 1-26.

Il modello gestorio proposto era, dunque, fortemente influenzato da una concezione oggettiva di servizio pubblico ed era orientato alla concorrenza “nel mercato”, ossia alla libera produzione del servizio da parte degli operatori economici, lasciando operare il modello della concorrenza “per il mercato” soltanto in via suppletiva, qualora si potesse “certificare” il fallimento del mercato stesso.

In tal senso, la normativa dichiarata incostituzionale stabiliva che gli enti locali avrebbero dovuto verificare periodicamente la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi e soltanto a seguito di tale verifica l’ente locale avrebbe potuto adottare una “delibera quadro”, da pubblicare e inviare all’AGCM¹⁵⁵, che avrebbe dovuto evidenziare, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici del mantenimento di un regime di esclusiva del servizio¹⁵⁶.

Tuttavia, a seguito della dichiarazione d’incostituzionalità delle disposizioni da ultimo ricordate, l’approccio che abbiamo definito “atomistico” al servizio pubblico di trasporto appare fortemente ridimensionato e ciò per una triplice ordine di motivi.

Innanzitutto, dalla sentenza della Consulta emerge che la normativa statale imponeva un’astratta “tutela del mercato” che comprimeva in modo irragionevole l’autonomia di regioni ed enti locali e non valorizzava la specificità dei diversi servizi pubblici e dei

¹⁵⁵ L’AGCM ha reso, ai sensi dell’art. 4 del d.l. 138/2011, un numero limitato di pareri in ordine alle motivazioni addotte dagli Enti locali sull’impossibilità di operare una liberalizzazione “nel mercato” dei servizi. Le maggiori criticità sono sorte proprio con riguardo al settore del TPL (pareri AS926 – Regione Molise, AS935 – Regione Campania, AS947 – Regione Liguria, AS956 – Provincia di Brescia e AS927 – Provincia di Imperia). In particolare nell’ultimo parere citato, l’AGCM ha sottolineato che *“I possibili pregiudizi derivanti dall’introduzione di meccanismi di concorrenza “nel mercato” per il servizio di TPL o di singole parti di questo – con riferimento al possibile aumento delle tariffe applicate o dei corrispettivi erogati dall’Ente – e, dunque, i benefici derivanti dal mantenimento del regime di esclusiva dovrebbero essere dimostrati in concreto, ad esito quantomeno di una fase di consultazione “pubblica” degli operatori economici che, nel caso di specie, è totalmente assente. L’Ente, infatti, al di là di considerazioni astrattamente condivisibili, non si spinge a dimostrare che, nel contesto territoriale di riferimento, l’abolizione della gestione in esclusiva non porterebbe a benefici in termini di possibile riduzione della tariffe e/o aumento della qualità dei servizi o di singole porzioni di questi. Non vi è altresì traccia di qualsivoglia simulazione e/o analisi sulla redditività, sui costi e sui sussidi erogati per il servizio o singole parti dello stesso che consentano, oltre ogni ragionevole dubbio, di aderire alla tesi della necessità di mantenere la gestione in esclusiva”*. In dottrina cfr. Di Cristina F., *I pareri dell’AGCM sull’affidamento “in house” dei servizi pubblici locali (agosto 2009 – marzo 2011)*, in *Conc. merc.*, 2011, p. 173 ss.

¹⁵⁶ Vigneri A., *La disciplina dei servizi pubblici locali nell’art. 4 del legge 148/2011. Brevi considerazioni sul nuovo quadro normativo*, in *ASTRID Rassegna*, 2011, 1, che riassume la “filosofia” dell’intervento nella: *“libertà di iniziativa economica fin dove possibile; introduzione di obblighi di servizio ove necessario (regimi di autorizzazione?)”; extrema ratio regime di esclusiva e quindi gara”*.

contesti territoriali nei quali essi sono prodotti¹⁵⁷, per cui l'imposizione generale, in termini prescrittivi, di un modello come quello prospettato non appare conforme al sistema costituzionale delle Autonomie.

In secondo luogo, l'abrogazione delle disposizioni trasversali sui servizi pubblici locali ha riportato la centralità delle norme del D.lgs. n. 422/1997, e in particolare dell'articolo 18, e di quelle del Regolamento CE 1370/2007/CE, nella specie gli art. 5, par. 2, 4, 5 e 6, e 8, par. 2, richiamati dall'art. 61 della l. 23 luglio 2009, n. 99¹⁵⁸, che non prevedono alcuna forma di liberalizzazione "nel mercato" dei servizi di trasporto di passeggeri.

Il terzo argomento promana dall'ordinamento europeo e ne trae da esso forza, sembra suggerire che l'approccio corretto al servizio pubblico di trasporto e alla conseguente privativa sia quello che si è definito "di rete".

Tale orientamento è il frutto di una lenta sedimentazione sperimentata in diversi settori dell'economia, coinvolgendo non solo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma anche gli orientamenti della Commissione europea.

Nella sentenza *Corbeau*¹⁵⁹, la Corte del Lussemburgo ha riconosciuto che il conferimento di diritti esclusivi serve a realizzare una compensazione fra settori redditizi e quelli non redditizi è ciò contrasta con il principio di proporzionalità soltanto quando i settori redditizi consistono in prestazioni qualitativamente diverse rispetto a quelle, da compensare, che costituiscono, il nucleo caratterizzante del servizio pubblico. Pertanto, l'attribuzione di un diritto esclusivo, ai sensi dell'art. 106 par. 2 TFUE, su una quota redditizia di un mercato può giustificarsi nella misura in cui ciò sia strumentale al mantenimento dell'equilibrio economico dell'impresa incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale, che verrebbe meno qualora l'operatore economico dovesse produrre le sole prestazioni poco redditizie, mentre i suoi

¹⁵⁷ Rileva Dugato M., *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici*, in *Munus*, 3, 2012, pp. 520-521, che "A ben vedere, il ruolo degli enti locali era ridotto a quello del re nelle monarchie democratiche rappresentative; un potere simbolo, un centro d'imputazione formale della titolarità ma svuotato di poteri adeguati a far sì che il servizio fosse indirizzato agli obiettivi che si fossero prefissi gli organi elettivi degli enti locali".

¹⁵⁸ Cfr. Sandulli M.A., *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *Federalismi.it*, 2010, 13, pp. 1-21; Scura F., *Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del tpl: prime osservazioni*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 14 luglio 2011; Cabianca A., *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, pp. 1-73.

¹⁵⁹ Corte Giustizia, 19 maggio 1993, C- 320/1991, *Corbeau*, in *Raccolta*, 1993, p. 2533 ss.

concorrenti fossero lasciati liberi di muoversi nei segmenti di mercato più profittevoli¹⁶⁰.

Tale orientamento interpretativo è stato riaffermato nelle successive sentenze *Comune d'Almelo*¹⁶¹, *Albany*¹⁶², *Deutsche Post*¹⁶³, *TNT Traco*¹⁶⁴ e, più di recente, *International Mail Spain SL*¹⁶⁵.

Nello specifico settore del trasporto passeggeri d'interesse economico generale è questa volta la Commissione ad abbracciare una logica “di rete” che consente la sussidiazione incrociata.

Nella recente Comunicazione della Commissione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 si legge, infatti, che “*La valorizzazione degli effetti di rete consente una fornitura di servizi di trasporto pubblico efficiente sotto il profilo dei costi grazie al finanziamento incrociato tra i servizi che garantiscono ricavi superiori ai costi sostenuti e quelli che invece non riescono a coprire tali costi. Ciò, a sua volta, dovrebbe consentire alle autorità di raggiungere gli obiettivi stabiliti nella politica dei trasporti, garantendo al contempo — se del caso — le condizioni per una concorrenza efficace ed equa sulla rete*”¹⁶⁶.

Certamente, si può rilevare che l'inclusione nei contratti di servizio pubblico sia di servizi a bassa redditività che di servizi ad alta redditività, è un elemento essenziale, non soltanto sotto il profilo della gestione coordinata e unitaria della rete dei servizi di trasporto pubblico, ma soprattutto poiché, mediante tale inclusione, l'ente affidante consegue importanti risparmi di spesa nell'ambito dei contratti di servizio, poiché è in

¹⁶⁰ La Corte Giustizia, 19 maggio 1993, C- 320/1991, *Corbeau*, cit., par. 18, precisa che il riconoscimento della legittimità dei diritti esclusivi, può spingersi sino ad accettare che tali diritti siano estesi ad altre attività non di interesse economico generale dato che se gli imprenditori concorrenti “*Fossero autorizzati a fare concorrenza al titolare dei diritti esclusivi nei settori di loro scelta corrispondenti a detti diritti, sarebbero in grado di concentrarsi sulle attività economicamente redditizie e di offrirvi tariffe più vantaggiose di quelle praticate dai titolari dei diritti esclusivi poiché, diversamente da questi ultimi, essi non sono tenuti economicamente ad effettuare una compensazione fra le perdite subite nei settori non redditizi e i profitti realizzati nei settori più redditizi*”.

¹⁶¹ Corte Giustizia, 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune d'Almelo*, in *curia.europa.eu*.

¹⁶² Corte Giustizia, 21 ottobre 1999, C-67/96, *Albany*, in *curia.europa.eu*.

¹⁶³ Corte Giustizia, 10 febbraio 2000, cause riunite C-147/97, C-148/97, *Deutsche Post*, in *curia.europa.eu*.

¹⁶⁴ Corte Giustizia, 17 maggio 2001, C-340/99, *TNT Traco/Poste Italiane*, in *curia.europa.eu*.

¹⁶⁵ Corte Giustizia, 15 novembre 2007, C-162/06, *International Mail Spain SL*, in *curia.europa.eu*.

¹⁶⁶ Par. 2.2.5. della Comunicazione cit. 2014/C 92/01, in GUUE del 29 marzo 2014.

grado di compensare i costi sostenuti in relazione a un obbligo di servizio pubblico con gli effetti finanziari positivi generati all'interno della rete.

Se i benefici per l'Amministrazione sono evidenti, lo sono altrettanto i rischi per la concorrenza che una siffatta impostazione può comportare.

Infatti, si può giungere all'incongruenza di sottoporre alcune prestazioni al regime del servizio pubblico e al diritto di esclusiva al solo scopo di finanziare le prestazioni che s'intende garantire alla collettività¹⁶⁷.

Tale esito anticoncorrenziale, tuttavia, appare eccessivo e non giustificato dall'ordinamento dell'Unione europea. Secondo la giurisprudenza europea¹⁶⁸, infatti, il riconoscimento di una missione di servizio di interesse economico generale non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla.

Dalla lettura combinata dei parr. 1 e 2 dell'art. 106 TFUE, risulta che si deve distinguere, da un lato, tra un diritto speciale o esclusivo conferito ad un operatore e, dall'altro, la missione di servizio di interesse economico generale che, se del caso, è ricollegata a tale diritto.

I Giudici del Lussemburgo hanno precisato¹⁶⁹, inoltre, che l'attribuzione di diritti esclusivi o speciali è consentita solo nella misura in cui sia necessaria, secondo un criterio di proporzionalità.

La legittimità o meno di un diritto esclusivo o speciale passa, quindi, attraverso il *test* di necessità e proporzionalità, sotteso all'applicazione dell'art. 106 TFUE, per cui sarebbe del tutto paradossale e contraria all'ordinamento europeo l'assunzione di attività che vengano sottratte al mercato, con la creazione di monopoli pubblici, proprio in vista del conseguimento di un profitto imprenditoriale che viene realizzato dall'impresa e poi utilizzato per altre finalità, anche se di pubblico interesse¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Brancasi A., *Il trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, 2003, p. 32.

¹⁶⁸ Tribunale di primo grado, 12 febbraio 2008, C-T289/03, BUPA, cit.

¹⁶⁹ Corte Giustizia, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*, cit.

¹⁷⁰ F. Merloni, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e comunitario*, cit., p. 637.

Questi criteri calati nel contesto del servizio pubblico di autotrasporto di linea trovano una diversa corrispondenza contenutistica con riguardo ai servizi “minimi” e a quelli “aggiuntivi”.

Se, come si ritiene, il “servizi minimi”, costituiscono il nucleo forte del servizio pubblico, espressione del diritto alla mobilità della dei cittadini, la loro corretta individuazione, garantita peraltro da ampie garanzie procedurali, consente un agevole superamento del suddetto *test*, dato che il giudizio di necessità e proporzionalità ha come termine di paragone delle prestazioni essenziali e doverose¹⁷¹.

Per i “servizi aggiuntivi”, la medesima verifica potrebbe, invece, avere esiti diversi.

Come si è visto, essi sono espressione, se non di una vera e propria discrezionalità politica, perlomeno di una ricca discrezionalità amministrativa¹⁷², per cui in questo caso il *test* di necessità e proporzionalità dovrà essere particolarmente rigoroso, non solo nel momento di assunzione di un servizio come “aggiuntivo”, ma anche nella sua sottoposizione al regime di privata¹⁷³.

In particolare, ciò vale per quei servizi in grado di autofinanziarsi per i quali dovrà essere gradatamente valutata *in primis*, la possibilità della loro produzione da parte del mercato, successivamente la loro sottoposizione al regime di cui all’art. 12 del decreto “Bersani”, e come *extrema ratio* l’assunzione in esclusiva.

Per questi servizi, si ritorna in qualche modo al “doppio binario” dell’art. 10 della l. n. 1822/1939, con l’attribuzione del diritto di esclusiva nel caso in cui la linea sia anche oggetto di compensazioni finanziarie da parte dell’Amministrazione, mentre negli altri casi vi è discrezionalità, nei termini tuttavia pocanzi delineati, nel prevedere o meno la privata.

¹⁷¹ Si pensi ai collegamenti ad ospedali, scuole di ogni ordine e grado, servizi amministrativi ed insediamenti produttivi, stazioni ferroviarie e metropolitane.

¹⁷² Dugato M., *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici*, cit., p. 521.

¹⁷³ Con riferimento all’atteggiamento della Corte Costituzionale riguardo ai monopoli pubblici, rileva Dugato M., *Diritto dell’amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, in Della Cananea, Dugato, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 72 e ss., che a partire dalla sentenza n. 112/1993, si è avuta una svolta della sua giurisprudenza, tanto che “*la libertà d’impresa diviene un riferimento imprescindibile nella valutazione del monopolio pubblico (...) perché il monopolio pubblico sia legittimo è necessario che si dimostri che il risultato che esso mira a raggiungere non possa essere garantito attraverso le meno invasive strade dell’art. 41*”.

3. L'opzione dell'attribuzione di "diritti speciali".

La dicotomia sopra ricordata tra la produzione del servizio pubblico in regime monopolistico, con la limitazione della concorrenza a quella "per il mercato" nell'aggiudicazione del contratto di servizio ad un operatore che diventa monopolista *ex lege* e la liberalizzazione "nel mercato" di almeno parte di essi, ha trascurato una terza opzione rappresentata dall'attribuzione di "diritti speciali".

I "diritti speciali" trovano riconoscimento nel diritto primario dell'Unione Europea, ed in particolare nell'art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (ex art. 86 TCE) accanto a quelli "esclusi", tanto che sembravano rappresentare un'endiadi normativa, almeno fino al 1996, quando le nozioni sono state distinte e specificate nella direttiva 94/46/CE della Commissione europea sulle comunicazioni via satellite e da ultimo nella direttiva 2006/111/CE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

Pertanto, non di endiadi si tratta ma di strumenti giuridici che incidono in modo diverso sulla presenza degli operatori economici in un determinato mercato.

Infatti, mentre con l'attribuzione di "diritti esclusivi" la pubblica autorità attribuisce ad un unico operatore economico lo svolgimento di una determinata attività in una circoscritta area geografica, attraverso l'attribuzione di "diritti speciali" il provvedimento amministrativo ha l'effetto di riservare solo ad alcuni soggetti, ma non ad uno solo di essi, il diritto di esercitare l'attività economica, escludendo tutti gli altri.

Si costituisce, così, una forma di oligopolio di origine legale.

Tale modello è stato sperimentato in prevalenza per l'accesso alle infrastrutture in settori d'interesse dell'UE come quello delle telecomunicazioni, elettrico e ferroviario, mentre non ha avuto ingresso nell'ambito del trasporto passeggeri tramite autobus di cui al Regolamento (CE) n. 1370/2007.

Nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio di modifica il regolamento (CE) n. 1370/2007, tuttavia, l'attribuzione di "diritti esclusivi" trova un primo significativo ingresso, seppure limitato al mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia.

Si prevede, infatti, a modifica dell'art. 5 del Regolamento n. 1370/2007 che "*Le autorità competenti possono, per aumentare la concorrenza nel settore, decidere di*

*aggiudicare a imprese ferroviarie diverse contratti di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia che riguardano parti della stessa rete o un complesso di tragitti. A tal fine, prima di indire la procedura di gara le autorità competenti possono*¹⁷⁴.

Secondo un Autore questa alternativa all'attribuzione di diritti esclusivi potrebbe essere applicata anche al settore del trasporto su strada ed in particolare per i servizi extraurbani. In tal senso i bacini di utenza andrebbero determinati in modo da consentire la compresenza di più operatori in concorrenza, fra i quali ripartire un finanziamento pubblico predefinito: *“si potrebbe prevedere – per il trasporto extraurbano e regionale - la messa a gara di (ad esempio) due lotti di servizi in concorrenza sulle stesse linee e con orari omogenei, tariffe comuni e biglietti intercambiabili. Ciò consentirebbe di unire ai benefici della concorrenza per il mercato quelli della concorrenza nel mercato, che a questo punto avverrebbe sulla base della qualità dei servizi, ferma restando la libertà di ciascun operatore di fornire servizi aggiuntivi senza compensazioni*¹⁷⁵.

4. L'orientamento del Testo Unico su servizi pubblici locali d'interesse generale e la sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016.

L'intreccio normativo tra la disciplina settoriale del trasporto pubblico locale che sopra si è illustrata e quella generale sui servizi pubblici locali¹⁷⁶ ha rappresentato per anni un

¹⁷⁴ COM(2013) 28 *final* del 30 gennaio 2013; su tale proposta di modifica v. Sambri S. M., *L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 10.7.2013.

¹⁷⁵ Sebastiani M., *Concorrenza, competitività e regolazione nei trasporti*, in *Relazione al Convegno “Le priorità per la politica dei trasporti”*, Società Italiana di Politica dei Trasporti – Si.Po.Tra, Venezia 21 ottobre 2013, pp. 21-22.

¹⁷⁶ Una seppur sommaria esposizione degli interventi normativi che hanno interessato le forme di gestione dei servizi pubblici locali non può che partire dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, ed in particolare dall'art. 22, il quale ha previsto quali modalità di gestione dei servizi 1) in economia; 2) in concessione a terzi; 3) a mezzo di azienda speciale; 4) a mezzo di istituzione; 5) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale. A quest'ultima previsione, l'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498, ha affiancato la possibilità di costituire la società per azioni mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, ma con l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica per la scelta dei soci privati in sede di costituzione della società. L'art. 22, comma 3, lett. e), della l. n. 142/1990 è stato modificato dall'art. 17, comma 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che ha ampliato le figure giuridiche utilizzabili per costituire le società miste, prevedendo la forma della società a responsabilità limitata. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 267/2000 “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”, la disciplina sulla gestione dei servizi pubblici locali è stata trasfusa negli artt. 113 e seguenti di tale testo unico. Successivamente, l'art. 35 della l. n. 448/2001 ha riscritto la disciplina dei servizi pubblici locali, innovando profondamente il sistema previgente. Nella riforma s'introducevano il principio di separazione tra proprietà delle reti e degli impianti (e relativa gestione) e la gestione dei servizi e, per l'erogazione

autentico elemento di freno per il settore del TPL, sia per l'instabilità¹⁷⁷ della disciplina dei servizi pubblici locali, sia perché gli indirizzi di politica del diritto che hanno sotteso i diversi interventi del legislatore statale, non sempre sono stati coerenti ed omogenei.

Un Autore ha evidenziato in proposito che *“I continui e ripetuti interventi del legislatore hanno generato una situazione di rivoluzione permanente in cui non si riesce a metabolizzare gli effetti di una riforma, che sopraggiunge una controriforma che riscrive la precedente, lasciando di fatto gli operatori a districarsi in un infinito diritto intertemporale. In questa prospettiva, è agevole osservare come in nessun altro settore come quello dei servizi pubblici locali si assiste a pronunce giurisprudenziali contraddittorie ed orientamenti, conseguentemente, instabili”*¹⁷⁸.

Queste parole espresse agli inizi degli anni 2000 e che già riecheggiano quelle pronunciate da Merusi nel 1990, suonano ancor oggi attuali e paradigmatiche.

degli stessi, la regola dell'affidamento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica, oltre alla clausola di prevalenza delle leggi di settore sulla disciplina generale. Nel 2002, l'art. 113 è stato oggetto di una procedura d'infrazione ex art. 226 del Trattato CE, per violazione delle norme comunitarie in materia di libera prestazione di servizi, per cui il legislatore è intervenuto nuovamente con l'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito dalla l. 326/2003, che, quanto alle modalità di gestione, oltre alla gara, ha previsto la possibilità di affidare il servizio alle cd. società in *house providing* e alle società miste, in cui il socio privato sia scelto tramite procedura ad evidenza pubblica. Si è arrivati, quindi, all'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 introdotto con la legge di conversione n. 133 del 6 agosto 2008. Tale articolo ha abrogato parzialmente l'art. 113 del T.U.E.L., disciplinando l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il conferimento della gestione dei servizi avveniva, ai sensi del comma 2, in via ordinaria, a favore d'imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Il comma 3 consentiva, tuttavia, che l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in deroga a quanto disposto dal comma 2, potesse avvenire “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”. L'articolo 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, ha in parte modificato i contenuti dell'art. 23bis, esplicitando le fattispecie dell'affidamento *in house* e della società mista, e articolando in modo più completo il regime transitorio degli affidamenti. Successivamente, nel 2011 il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno ed il conseguente D.P.R. n. 113/2011, ha posto nel nulla la disciplina dell'art. 23bis del d.l. 112/2008 e il regolamento d'attuazione D.P.R. 168/2010, mentre nel luglio 2012 è stata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 199¹⁷⁶ a sancire l'illegittimità dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni. Si ha come ultimo capitolo di questa evoluzione normativa, la Riforma “Madia” di cui alla legge delega n. 124/2015, ancora una volta travolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 251/2016.

¹⁷⁷ Merusi F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 10; Dugato M., *Beni e servizi pubblici nelle leggi finanziarie*, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 7-8, p. 2282.

¹⁷⁸ Ursi R., in *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 1, 2005, p. 179.

La Legge 7 agosto 2015, n. 124, recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, meglio conosciuta come Riforma “Madia” della P.A., costituisce con ogni probabilità l’ennesima occasione perduta di dare alla materia dei servizi pubblici locali una disciplina finalmente compiuta ed organica.

La legge contiene, infatti, 14 deleghe legislative tra le quali, per quanto qui d’interesse, agli artt. 16 e 19, quella per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Poco prima della definitiva approvazione del decreto legislativo attuativo, la Consulta con la sentenza n. 251/2016¹⁷⁹, intervenuta su ricorso della Regione Veneto, ha giudicato incostituzionali alcuni articoli della Riforma Madia, che prevedevano una semplice acquisizione del parere della Conferenza Stato-Regioni e non una vera e propria intesa per l’approvazione di quattro decreti attuativi.

A seguito della Sentenza, il Governo ha lasciato scadere i termini della delega per l’approvazione di alcuni dei decreti delegati, tra i quali quello sui servizi pubblici locali, vanificando, allo stato, il progetto riformatore.

Alla luce di queste vicende, ci si trova a descrivere una mera intenzione del legislatore, un “fantasma normativo” che non si sa se ed in quali tempi possa “reincarnarsi” in un provvedimento legislativo efficace.

Pertanto, ai fini della presente ricerca ci si limiterà a descrivere quelli che erano, nel disegno del legislatore, gli spunti utili a definire il servizio pubblico di TPL.

Innanzitutto, appare opportuno partire dall’art. 19 della l. n. 124/2015, che prevedeva tra i principi e criteri direttivi di delega al Governo: da un lato (lett. a), il riconoscimento, quale funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane, dell’individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale; dall’altro (lett. b), l’indirizzo della soppressione, previa ricognizione, dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di

¹⁷⁹ Bifulco R., *L’onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 3, 2017; Balboni E., *Sulla riorganizzazione della p.a. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione...e “l’intendenza seguirà”*, in *www.forumcostituzionale.it*, 10.1.2017.

concorrenza e comunque non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio; ed ancora (lett. c), l'individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale, 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.

Lo schema di decreto legislativo sviluppava i principi e 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, nonché per le disposizioni modificative ed espressamente abrogative contenute nel testo unico.

Già qui emergeva, dunque, una certa debolezza della soluzione offerta dal T.U., incapace di dare una disciplina generale ai servizi pubblici di maggior rilevanza economica.

Da un punto di vista definitorio l'art. 1 andava a chiarire che l'oggetto del dell'intervento legislativo era la disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale, definiti come *“I servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”*.

Tale definizione costituisce una sintesi normativa della nozione europea di “servizi pubblici di interesse economico generale (SIEG)” e di quella interna di “servizi pubblici locali di rilevanza economica”.

Il legislatore si muoveva evidentemente sul solco tracciato dalla sentenza n. 325/2010 della Corte Costituzionale e tale spunto avvalorava l'ipotesi sopra perseguita per cui per individuare e delimitare l'ambito del servizio pubblico è necessario operare su diversi piani normativi, facendo opera di sintesi non soltanto della normativa europea e di quella nazionale, ma anche di quella regionale ed eventualmente locale.

Altri spunti definitori interessanti erano costituiti dalla definizione generale di “diritto esclusivo” e “diritto speciale”, che per la prima volta avrebbero trovato ingresso in una disciplina a carattere generale.

In particolare, il T.U. definiva “diritto esclusivo” il diritto concesso da un’autorità competente mediante una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica, compatibile con i trattati europei e 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; “diritto speciale”, il diritto concesso da un’autorità competente mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica compatibile con i trattati europei e 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.

L’articolo che avrebbe potuto avere maggiore rilevanza sistematica sulla stessa delimitazione del servizio pubblico locale è certamente l’art. 5, ma la sua formulazione tradiva i chiari principi direttivi del legislatore delegante.

L’articolo 5 recava, infatti, disposizioni in materia di assunzione del servizio pubblico locale di interesse economico generale, stabilendo che essa costituisce funzione fondamentale degli enti locali e che l’individuazione di servizi pubblici avrebbe dovuto basarsi su una verifica dell’inidoneità del mercato a fornire tali servizi a condizioni compatibili con l’interesse pubblico come definito dall’amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio.

La verifica dell’idoneità del mercato a soddisfare le esigenze di interesse pubblico poteva avvenire anche mediante forme di consultazione del mercato e si prevedeva la conclusione della consultazione con un documento di sintesi che avrebbe attestato i risultati, in termini di partecipazione e di contenuto, della consultazione e avrebbe indicato le ragioni dell’accoglimento o del mancato accoglimento delle proposte.

Il comma 4 dell’articolo prevedeva che il provvedimento con il quale l’ente avrebbe dovuto deliberare l’assunzione del servizio, corredato dal documento che illustra gli esiti della verifica, avrebbe dovuto essere pubblicato sul sito dell’amministrazione e trasmesso all’Osservatorio su Servizi pubblici locali di cui all’articolo 13, comma 25-bis, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, mentre l’Autorità garante della

concorrenza e del mercato, in caso di violazione dei criteri e delle procedure, avrebbe potuto utilizzare i poteri di impugnazione avanti al G.A. del provvedimento anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'art. 5 del T.U. evocava, in realtà, una forma depotenziata e dall'ambito applicativo ben più circoscritto di quanto già previsto dall'articolo 4 del d.l. 138/2011, che ha avuto un'evanescente vigenza sino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012.

L'art. 4 del d.l. n. 138/2011 proponeva un modello gestorio dei servizi pubblici locali di rilevanza economica fortemente orientato alla concorrenza "nel mercato" – ossia alla libera produzione dei servizi da parte degli operatori economici senza la necessità di un atto traslativo da parte della P.A. – lasciando operare il modello della concorrenza "per il mercato" – ossia un sistema di concorrenza "regolata" nella quale la pubblica Autorità attribuisce un diritto di esclusiva per un periodo determinato all'esito di una gara aperta e trasparente – soltanto in via suppletiva, qualora si potesse "certificare" il fallimento del mercato stesso.

In tal senso la normativa dichiarata incostituzionale stabiliva che gli enti locali avrebbero dovuto verificare periodicamente la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, liberalizzando tutte le attività economiche e limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata non risultasse idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Soltanto a seguito di tale verifica l'ente avrebbe potuto adottare una "delibera quadro", da pubblicizzare e inviare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che avrebbe dovuto evidenziare, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici del mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Dalla descrizione dei due articoli è facile cogliere la loro ben diversa estensione ed incisività sul piano concorrenziale.

Infatti, l'art. 5, comma 2, del T.U. evidenziava che avrebbero dovuto ritenersi servizi pubblici locali di interesse economico generale anche quelli già previsti come tali dalla legge, indipendentemente da qualunque individuazione da parte dei suddetti enti locali.

Peraltro, la procedura prevista dall'art. 5 sarebbe stata prodromica alla sola assunzione del servizio da parte dell'ente locale e non certo alla verifica periodica della

realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali e si sarebbe applicata esclusivamente a servizi pubblici “nuovi”, estranei a quelli già definiti legislativamente, come il trasporto pubblico locale.

Pertanto, il prevedibile esito di siffatta normativa sarebbe stato quello di “cristallizzare” la portata e l’estensione dei servizi pubblici in essere, di fatto sacrificando la prospettiva di una loro liberalizzazione seppure parziale.

Infine si segnala che il Testo Unico decaduto recava una serie di articoli proprio in materia di TPL che perseguono finalità estranee ad una riforma organica della materia dei servizi pubblici, ed in particolare: l’art. 14 relativo ai bacini e livelli adeguati dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale; l’art. 17, che apportava modifiche alle competenze dell’Autorità di regolazione dei trasporti 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, che recava disposizioni per il contrasto all’evasione tariffaria; l’art. 27, che in materia di tutela dell’utenza nel settore del TPL; l’art. 35, recante disposizioni in materia di trasporto pubblico locale per la pianificazione e finanziamento della mobilità urbana sostenibile.

5) Il trasporto pubblico locale come libera attività d’impresa.

5.1) I fondamenti costituzionali e la legislazione statale.

Nei precedenti paragrafi si è trattato dell’attività di autotrasporto di linea tramite autobus come servizio pubblico, cercando di definirne i caratteri ed i confini, anche con riferimento al diritto di esclusiva. Si è visto che nel suo ambito, la libertà d’impresa è fortemente sacrificata, se si eccettuano le pallide e inattuate disposizioni dell’art. 12 del Decreto “Bersani”.

Ma proprio la ricerca del limite del servizio pubblico sposta immediatamente lo sguardo a ciò che vi può essere al di là del suo confine, mettendo in crisi quel processo d’identificazione tra l’attività economica e il regime di servizio pubblico che storicamente, in questo settore, è divenuto un conformismo anche legislativo.

Da un punto di vista metodologico due sono gli approcci che possono essere seguiti per stabilire detto confine.

Il primo parte dalla definizione del servizio pubblico e lascia alla libertà d'impresa i soli spazi che la pubblica autorità non sottoponga alla sua regolazione.

Il secondo, in modo speculare, parte dalla libertà d'impresa e dal principio di sussidiarietà e assicura all'iniziativa privata la possibilità di produrre nel mercato tutti quei servizi in grado di autosostenersi, mentre l'intervento pubblico è eventuale e suppletivo.

Ciò riflette, evidentemente, due impostazioni ideologiche che considerano in modo antitetico l'intervento dello Stato nell'economia ed i rapporti tra i diversi commi dell'art. 41 e l'art. 43 della Costituzione. Secondo la prima impostazione, la previsione, nell'articolo 41 Cost., del coordinamento tra l'attività economica privata e quella pubblica configura un'economia nella quale le due attività possono coesistere, salvaguardando la libertà d'iniziativa economica dei privati nei limiti in cui, ai sensi dell'art. 43 Cost., l'attività economica pubblica possa essere svolta in condizioni di riserva.

Pertanto, la libertà d'impresa include la pretesa di accedere ai mercati *non riservati*, alla sola condizione della presenza dei requisiti che la legge stabilisce a tutela degli interessi individuali e collettivi esposti a rischio dallo svolgimento dell'attività economica (art. 41, c. 2)¹⁸⁰. Nella seconda impostazione, invece, l'attività economica dei pubblici poteri deve trovare sempre una giustificazione nell'insufficienza ed inadeguatezza dell'iniziativa privata, per cui la coesistenza delle due attività, che trova fondamento nell'art. 41, comma 3, Cost., è sostituita dalla priorità dell'attività privata rispetto a quella pubblica¹⁸¹.

Come si è visto, nell'autotrasporto di linea è prevalsa chiaramente la prima impostazione e ciò anche per le intrinseche caratteristiche di questa attività.

Lo sbilanciamento tra libertà d'impresa e servizio pubblico a favore di quest'ultimo, si è tradotto nell'equiparazione normativa tra servizio pubblico e l'attività economica che ne costituisce l'oggetto.

Tale identificazione deve, tuttavia, ritenersi superata alla luce di concordanti elementi sia di natura dogmatica, che consentono di circoscrivere l'area del servizio pubblico, che di natura positiva che si tenterà di tratteggiare di seguito.

¹⁸⁰ Cfr. Trimarchi F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 2013, p. 30.

¹⁸¹ Trimarchi Banfi F., cit. p. 31.

Il D.lgs. n. 422/1997, infatti, pur mantenendo una certa ambiguità lessicale che consente letture anche antitetiche del dato normativo, offre argomenti logico-sistematici che permettono di superare il precedente regime giuridico.

Se, da un lato, il dato letterale offerto dal comma 1 dell'art. 18, stabilisce che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico locale, in qualsiasi forma affidato, è regolato da contratti di servizio, farebbe pensare che l'autotrasporto di linea, dovendo essere regolato da detti contratti, non potrebbe che essere esercitato in regime di servizio pubblico, dall'altro, un'interpretazione logica ed evolutiva della medesima disposizione lascia aperta la strada ad una diversa conclusione.

Nel D.lgs. n. 422/1997, l'oggetto dell'affidamento e, nello stesso tempo, dei contratti di servizio, sono soltanto i servizi cd. "programmati"¹⁸², ossia i servizi "minimi" e quelli "aggiuntivi".

Se questo è l'ambito d'applicazione del decreto "Burlando", si può pensare che residui al di fuori di esso uno spazio per ulteriori tipologie di servizi di linea nei quali la concorrenza "nel mercato" possa liberamente esplicarsi¹⁸³.

Del resto, come si è autorevolmente evidenziato¹⁸⁴, sarebbe incongruo che l'attività di trasporto in questione possa consistere esclusivamente nell'esercizio delle linee volute dall'amministrazione, poiché, siccome la conformazione dei prodotti di questa attività dovrebbe considerare i bisogni di mobilità da soddisfare, non si capisce come mai sia vietato rendere prestazioni ulteriori rispetto a quelle volute dall'amministrazione.

Infatti, la circostanza che questi servizi non rientrino tra quelli programmati non significa, di per sé, che essi contrastino con l'utilità sociale.

Tale opzione ermeneutica ha trovato conferma nella legislazione successiva.

¹⁸² Per la distinzione tra servizi programmati e servizi autorizzati v. Mazzamuto M., *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, cit., p. 225 ss.

¹⁸³ Evidenzia, Brancasi A., *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., p. 173, che "Il D.lgs. n. 422/1997, alla stregua della legge n. 151/1981, è completamente agnostico circa il regime dell'attività in sé considerata, perché i principi fondamentali che pone si preoccupano del solo servizio pubblico, e lascia alle Regioni stabilire se questo costituisce soltanto una parte dell'attività in questione e se la restante parte è esercitabile senza concludere un contratto di servizio".

¹⁸⁴ Brancasi A., *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., p. 132.

Come si è avuto modo di accennare, molte regioni hanno in vario modo, valorizzato lo spazio lasciato libero dal servizio pubblico, prevedendo, accanto ai “servizi programmati”, quelli “autorizzati”, a totale rischio dell’impresa che li presta.

Il legislatore statale, con il D.lgs. 21 novembre 2005, n. 285, ha liberalizzato i servizi automobilistici interregionali di competenza statale, passando da un regime concessorio ad uno autorizzatorio.

Si tratta di servizi che si differenziano da quelli locali soltanto per la dimensione territoriale nei quali sono prestati, dato che sono definiti come “*I servizi di trasporto di persone effettuati su strada mediante autobus, ad offerta indifferenziata, che si svolgono in modo continuativo o periodico su un percorso che collega più di due regioni*”¹⁸⁵.

Per questi servizi è venuta meno la stessa valutazione circa la doverosità del servizio, che lo Stato assicura con alternative modalità di trasporto come quello ferroviario, e la conseguente equivalenza tra attività economica e servizio pubblico.

Ciò testimonia che anche in questo settore il regime di servizio pubblico è spesso necessario, ma non è ontologicamente doveroso¹⁸⁶.

Significative, sotto il profilo che rileva, sono le disposizioni contenute nell’art. 3, comma 7, del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, e nell’art. 1, comma 2, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, le quali richiamandosi alla liberalizzazione delle attività economiche in virtù di quanto disposto dall’art. 41 della Costituzione e dal principio della concorrenza,

¹⁸⁵ Art. 1 del D.lgs. 21 novembre 2005, n. 285. Sulle linee interregionali v., Sileoni S., Archimi L., *Trasporti interregionali: eliminato il periodo transitorio? Riflessioni sull’art. 10, comma 9, del d.l. n. 7/2007 (Bersani bis)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 14 febbraio 2007.

¹⁸⁶ Sulla questione v. la “*Relazione sugli esiti dell’indagine conoscitiva sull’analisi dei profili regolatori inerenti il mercato dei servizi di trasporto via autobus a media e a lunga distanza in regime di libera concorrenza*” dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti, 2017, in www.autorita-trasporti.it. L’Autorità ha rilevato (p. 17 della Relazione) che “*Il primo effetto registrato a seguito della piena liberalizzazione del mercato è stato l’ampliamento della domanda, misurato dal numero dei passeggeri, soprattutto giovani, studenti, specifici gruppi etnici attratti dai prezzi inizialmente molto convenienti dei nuovi operatori e dalle strategie commerciali utilizzate, incluse le modalità di vendita attraverso Internet. Ha contribuito all’incremento della domanda anche l’offerta di nuovi collegamenti e di nuovi servizi sulle stesse relazioni e il miglioramento della qualità del servizio a bordo (comfort)*”, mentre “*L’impatto economico delle nuove modalità di concorrenza affermatesi con la liberalizzazione è stato rilevante per le imprese già esistenti in termini di minore redditività o di riduzione delle quote di mercato, a seconda dei casi. Sebbene non si disponga di un’analisi sistematica su un campione significativo di imprese, mentre non sono stati ancora chiusi bilanci 2016 sui quali si potranno misurare con precisione i riflessi su fatturato, redditività e altre voci contabili, può evidenziarsi come l’entrata dei nuovi attori abbia indotto un riposizionamento strategico da parte almeno di alcuni incumbent*”.

hanno stabilito che le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche debbano essere in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle finalità di interesse pubblico perseguite¹⁸⁷.

Queste disposizioni, possono essere lette anche come chiave interpretativa dei rapporti tra libertà d'impresa e servizio pubblico e suggeriscono un diverso equilibrio tra i due termini.

Infine, anche la disciplina europea non contraddice tale esito ricostruttivo, dato che essa si limita a regolamentare i servizi di trasporto di passeggeri d'interesse economico generale, mentre nell'ottavo Considerato del Regolamento CE n. 1370/2007, si sottolinea che i mercati liberalizzati di trasporto passeggeri nei quali non esistono i diritti di esclusiva dovrebbero mantenere le loro caratteristiche e modalità di funzionamento nella misura in cui esse sono compatibili con le disposizioni del Trattato.

Se il quadro normativo descritto sembra confortare l'ipotesi dell'astratta ammissibilità di un'attività di autotrasporto di linea in regime di libertà d'impresa anche a livello locale, si deve ora analizzarne i profili regolatori e le modalità di reciproca "convivenza" con il servizio pubblico, partendo dal quesito se tale regime giuridico debba trovare fondamento legale esplicito o possa essere espressione diretta della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1, Cost.

Si ritiene, in proposito, che l'*interpositio legislatoris* sia in questa materia in ogni caso necessaria.

L'autotrasporto di linea involge interessi pubblici primari come la sicurezza del servizio e del percorso¹⁸⁸, l'utilizzo di beni pubblici come le strade, la salubrità dell'ambiente e deve coesistere con l'altro segmento del mercato occupato dal servizio pubblico.

¹⁸⁷ Sul punto cfr. Marchianò G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, cit., p. 1027 ss.

¹⁸⁸ L'art. 87 del Codice della strada prevede che nel servizio di linea per trasporto di persone gli itinerari debbano essere "autorizzati" e l'art. 5, co. 6, del D.P.R. n. 753/1980, stabilisce, per quanto riguarda i servizi di pubblico trasporto svolgentisi su strade ed effettuati con autobus, che l'Amministrazione competente (ora comuni e province) riconosca, ai fini della sicurezza e della regolarità del servizio, l'idoneità del percorso e delle sue eventuali variazioni, nonché l'ubicazione delle fermate in relazione anche alle caratteristiche dei veicoli da impiegare.

Solo il legislatore, dunque, può evitare che detta attività si svolga in contrasto con l'utilità sociale o da recare danno alla sicurezza delle persone, realizzando un ragionevole bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati coinvolti.

Ciò si traduce in un risultato equivalente a quello derivante da una riserva di legge¹⁸⁹.

La giurisprudenza del Giudice amministrativo conferma questa conclusione, dato che pronunciandosi su dei servizi di linea prestati senza oneri a carico della P.A., ma in assenza di un'esplicita base legale, li ha ricondotti alla disciplina del servizio pubblico¹⁹⁰.

La ricerca di un addentellato normativo induce, conseguentemente, ad analizzare la legislazione regionale che ha dato fondamento in ambito locale a tale tipologia di servizi.

5.2. Gli spunti offerti dalla legislazione regionale.

Un primo problema che viene in rilievo è quello del titolo di legittimazione che consenta alle regioni di legiferare in *subiecta materia*.

Molte pronunce della Corte costituzionale si sono espresse sul riparto di competenza legislativa sul TPL¹⁹¹ e rilevano la tensione tra un ambito materiale che rientra nella competenza residuale regionale e la trasversalità di una materia/funzione come “la tutela della concorrenza” di competenza esclusiva dello Stato¹⁹².

¹⁸⁹ In tal senso, Vignudelli A., *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, p. 604.

¹⁹⁰ Consiglio Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 645, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha sottolineato che “Anche nel caso in cui l'amministrazione ritenga di non dovere istituire una linea sovvenzionata, tuttavia, la natura stessa delle linee di cui trattasi, per ciò solo qualificabili in termini di servizio di trasporto pubblico ordinario di linea, destinato a soddisfare gli interessi generali della collettività, richiede, necessariamente, il previo espletamento di una procedura di gara”. Nello stesso senso, TAR Lazio, Sez. II, 15 aprile 2014, n. 4061 e 3 novembre 2011, n. 33129, ivi, che sottolineano che “Attesa la qualificazione del servizio de quo come servizio ordinario di linea, infatti, non è poi possibile configurarne l'esercizio sulla base di mera autorizzazione”.

¹⁹¹ In particolare, v. Corte Costituzionale, sent. n. 2 del 2014; n. 41 del 2013, n. 291 e n. 18 del 2012; n. 150 del 2011; n. 288 del 2010; n. 431, n. 430, n. 401, n. 67 del 2007 e n. 80 del 2006, tutte in www.cortecostituzionale.it. In dottrina, cfr. da ultimo Candido A., *L'emergenza non estende le competenze regionali. Sulla proroga dei contratti di trasporto pubblico locale*, in *Giu. cost.*, 1, 2014, p. 73 ss.

¹⁹² Va ricordato che, ai sensi dell'art. 117 Cost., nel testo risultante dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, la materia del trasporto pubblico locale rientra nella competenza residuale legislativa e regolamentare delle regioni. Infatti tale materia non risulta ricompresa in alcuna di quelle attribuite, in via esclusiva od anche solo concorrente, allo Stato, ai sensi dei co. 2 e 3 dell'art. 117 Cost. Peraltro, alcune materie o funzioni di competenza legislativa statale hanno una capacità espansiva tale da riverberare i propri effetti su quelle di spettanza del legislatore regionale. Tra queste materie o funzioni “trasversali”, di competenza statale,

Sullo specifico tema della potestà da parte della regione di segmentare questo mercato, il Consiglio dei Ministri non ha mai sollevato in via principale questione di legittimità costituzionale delle norme che prevedono i cd. “servizi autorizzati”.

Le ragioni di tale inerzia posso essere plurime: molte delle disposizioni in questione hanno avuto la loro genesi nell’assetto costituzionale anteriore alla riforma del Titolo V, ove la “tutela concorrenza”, oltre a non avere esplicito riconoscimento, aveva minore impatto sul riparto di competenza¹⁹³; lo Stato ha assunto il ruolo di “gendarme” nei confronti della disposizioni regionali che determinano misure restrittive all’accesso al mercato, mentre per le norme pro-concorrenziali l’atteggiamento è stato meno rigoroso; la segmentazione del mercato troverebbe implicito riconoscimento nella legislazione statale, che già nella l. 1822/1939 dava cittadinanza ad una *species* dei servizi autorizzati, ossia a quelli di “granturismo”.

Tuttavia, un’eventuale scrutinio da parte della Consulta di tali disposizioni non avrebbe un esito scontato, anche alla luce della dimensione “supercostituzionale” che il principio di concorrenza ha progressivamente assunto nel nostro ordinamento¹⁹⁴.

Infatti, se da un lato, la Corte ha osservato che *“La Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, e si deve, pertanto, ritenere che le norme impugnate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell’esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai ‘servizi pubblici locali’, non possono essere ritenute in contrasto con*

spicca la “tutela della concorrenza”, di cui all’art. 117, co. 2, lett. e), sotto il profilo non solo della protezione, ma anche della promozione dell’assetto concorrenziale del mercato, investendo così le modalità di gestione e l’affidamento dei servizi pubblici locali nella loro rilevanza economica. Il *leading case* in materia è costituito dalla sent. n. 14 del 2004, in www.cortecostituzionale.it, con la quale la Corte costituzionale ha evidenziato che l’esplicito riconoscimento in capo allo Stato della tutela della concorrenza *“Evidenzia l’intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell’intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico”*. Per una ricostruzione dell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, v. Pinelli C., *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Riv. tel. giur. AIC*, 1, 2014.

¹⁹³ Sulla portata del principio di “concorrenza” anteriore alla modifica del Titolo V, cfr. Pace A., *La Corte Costituzionale disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2965 ss

¹⁹⁴ In tal senso, Dugato M., *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in *Munus*, 3, 2013, p. 458.

*la Costituzione*¹⁹⁵, dall'altro, ha affermato l'opposto principio, seppure in materia di appalti, secondo cui *“L'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. ha conferito allo Stato, in via esclusiva, il compito di regolare la concorrenza al fine di assicurare una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale. L'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali. La tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: essa, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia”*¹⁹⁶.

Precisato, dunque, che non dovrebbe stupire se lo Stato decidesse di riappropriarsi nella sua globalità di un tema come quello della regolazione del mercato del TPL, che a buona ragione appare riconducibile all'art. 117, comma 2, lettera e) Cost., andiamo ora ad analizzare i caratteri morfologici e di disciplina dei servizi “autorizzati”.

Dalla legislazione regionale¹⁹⁷, pur nella sua articolazione, è possibile individuare dei contenuti qualificatori minimi e comuni sia di segno “positivo”, che di segno “negativo”.

In “positivo”, si tratta di servizi che rientrano pienamente nella definizione del TPL, possedendo le caratteristiche di essere svolti in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite e ad accesso generalizzato, ma che si distinguono, “in negativo”, dai servizi programmati per non essere “doverosi” per l'amministrazione, ma ad iniziativa privata, per non essere sottoposti al regime amministrativo dell'esclusiva e non ricevere finanziamenti pubblici.

Sono perciò servizi a totale rischio dell'impresa che decide di produrli.

Il loro esercizio è subordinato al rilascio di un'autorizzazione, sulla base di predefiniti requisiti tecnici, organizzativi ed economici in capo alle imprese richiedenti¹⁹⁸, per cui

¹⁹⁵ Corte Costituzionale, sentt. n. 307 del 2009 e n. 26 del 2006, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹⁶ Corte Costituzionale, sentt. n. 283 del 2009 e n. 443 del 2007, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹⁷ V. nota n. 7.

¹⁹⁸ Circa i requisiti di natura professionale che l'impresa deve possedere per svolgere i servizi “autorizzati”, i riferimenti presenti nelle leggi regionali al decreto del Ministro dei trasporti 20 dicembre 1991, n. 448 e al D.lgs. 22 dicembre 2000, n. 395, devono oggi leggersi con riferimento al Regolamento CE n. 1071/2009 del 21 ottobre 2009, che stabilisce norme comuni sulle condizioni da rispettare per esercitare l'attività di trasportatore su strada e abroga la direttiva 96/26/CE del Consiglio, al Decreto dirigenziale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 291 del 25 novembre 2011 e successivi atti attuativi.

la P.A. non ha, almeno sotto il profilo soggettivo, discrezionalità nel rilasciare o meno il titolo, mentre, come si vedrà, elementi di discrezionalità tecnica emergono, sul piano oggettivo, quanto alla valutazione del percorso della linea di cui si chiede l'esercizio.

In alcuni casi le leggi regionali delimitano l'ambito applicativo di questi servizi che risultano "speciali" rispetto alla definizione di TPL che si è data: vi può essere specialità sulle circostanze di tempo in cui essi possono essere prestati¹⁹⁹, specialità della direttrice di traffico o dell'utenza servita²⁰⁰ e, ancora, specialità delle finalità del trasporto perseguite.

Quest'ultimo caso è quello numericamente più consistente dei servizi di c.d. "granturismo", già previsti dall'art. 12 della l. n. 1822/1939, caratterizzati dallo scopo di valorizzare le caratteristiche artistiche, storico-ambientali e paesaggistiche delle località da essi collegati.

Sul tema si è sviluppato un vivace dibattito giurisprudenziale sulla sussumibilità in questa fattispecie di collegamenti tra poli aeroportuali e nodi ferroviari, ovvero di linee che mettano in relazione centri fieristici e commerciali.

Ad una qualificazione ampia di servizio di granturismo – non esclusivamente limitata al carattere storico-artistico della località collegata, quanto alla sua attitudine ad intercettare "flussi di visitatori" e quindi promuovere uno sviluppo turistico, inteso in senso ampio, comprensivo in tale finalità anche di tipi particolari di turismo (quali quello 'fieristico' ovvero 'termale')²⁰¹ – ha fatto seguito una decisamente più restrittiva, avvallata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁰², che ha indicato come tali soltanto i servizi di collegamento che presentino modalità e caratteristiche tali da assicurare la "valorizzazione" delle caratteristiche artistiche, storico-ambientali e paesaggistiche delle località collegate.

¹⁹⁹ Si tratta, per esempio, dei servizi "stagionali", per trasporto di viaggiatori in determinati periodi dell'anno e di quelli "occasional", per trasporto di viaggiatori con finalità a carattere temporaneo connesse a eventi particolari, previsti dall'art. 2, comma 6, della L.R. Puglia 31 ottobre 2002, n. 18.

²⁰⁰ È il caso dei "servizi di collegamento al sistema aeroportuale", di cui all'art. 2, comma 4, lett. a) della L.R. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6.

²⁰¹ TAR Lazio, Sez. II quater, n. 3545 del 24 aprile 2008 e n. 15934 del 7 giugno 2010, TAR Lazio, Sez. II, n. 11718 del 26 ottobre 2004, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰² Consiglio Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 645, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento della sentenza v. Attili E., *Il Consiglio di Stato nell'ambito del trasporto pubblico locale, distingue tra "servizi minimi" e "servizi gran turismo"*, in *Riv. dir. Nav.*, 2013, 1, p. 458 ss. Nello stesso senso si è pronunciato, il TAR Lazio, Sez. II, 3 novembre 2011, n. 33129 e 15 aprile 2014, n. 4061, in www.giustizia-amministrativa.it.

Aldilà degli esiti giurisprudenziali, la vicenda dei servizi di “granturismo” invita ad una riflessione che può essere estesa agli altri servizi autorizzati “speciali”.

Il legislatore regionale nel liberalizzare una porzione del mercato del TPL ha spesso sentito l’esigenza di connotare tali servizi con degli elementi normativi che circoscrivono la portata della liberalizzazione, indirizzando in modo eteronomo l’attività d’impresa a produrre le sole linee “volute” dal decisore pubblico.

La permanenza di un controllo della P.A. si può scorgere anche con riguardo alla valutazione degli elementi normativi “speciali”, che introducono nel procedimento autorizzatorio momenti di discrezionalità tecnica, sui quali s’inserisce, successivamente, il controllo giurisdizionale del G.A., con le inevitabili incertezze interpretative che ciò può comportare.

Il mercato liberalizzato risulta in questi casi del tutto marginalizzato non solo per la sua segregazione oggettiva, ma anche per la difficoltà soggettiva per le imprese di valutarne *ex ante* la concreta estensione.

Scarse o del tutto assenti sono le disposizioni di vera e propria regolazione dei servizi “autorizzati”: in alcuni casi si tratta di norme che si limitano a disciplinare il procedimento di rilascio dell’autorizzazione²⁰³, mentre altre fattispecie introducono ulteriori requisiti soggettivi, obblighi e divieti che rendono l’accesso al mercato più selettivo.

In particolare, nell’ordinamento della Regione Lombardia²⁰⁴ si richiede che l’impresa istante possieda una certificazione di qualità aziendale e s’impongono ad essa obblighi di classe ambientale dei mezzi utilizzati, il divieto di utilizzo di autobus acquistati con sovvenzioni pubbliche, l’obbligo di separazione contabile con i servizi prestati in regime di servizio pubblico, l’adozione della carta della mobilità, l’adozione di standard qualitativi minimi dei servizi e di un’adeguata copertura temporale degli stessi.

Si tratta evidentemente di oneri che in alcuni casi in nulla sono distinguibili dagli obblighi di servizio pubblico.

²⁰³ È il caso della L.R. Abruzzo 29 maggio 2007, n. 11, Disciplina dei servizi automobilistici commerciali di trasporto pubblico di persone di competenza regionale, e di numerosi regolamenti degli enti locali.

²⁰⁴ V. in proposito l’art. 28 della L.R. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6, e la Deliberazione della Giunta regionale della Lombardia n. IX/4850 del 13 febbraio 2013.

Nella Regione Toscana²⁰⁵, sono state introdotte disposizioni maggiormente volte alla tutela dell'utenza, imponendo ai soggetti autorizzati obblighi relativi all'igiene dei locali e dei mezzi utilizzati, obblighi informativi a terra ed a bordo, obblighi di rispetto del programma di esercizio e di rimborso dei biglietti.

Si noti, che queste ultime norme dal contenuto prettamente consumeristico s'intersecano, oggi, in modo problematico con quelle di derivazione dell'Unione europea e statale²⁰⁶.

5.3 Il problema dell'accesso al mercato e la saturazione delle linee più redditizie.

Nessuna disposizione regionale²⁰⁷ compone, poi, il possibile conflitto tra imprese già autorizzate e *new incomers* che aspirino a esercitare percorsi totalmente o parzialmente coincidenti con le linee assentite.

Questo vuoto potrebbe considerarsi espressione di un'opzione legislativa coerente con un mercato autenticamente liberalizzato, in cui il soggetto che per primo ottiene il titolo per esercitare una determinata linea di trasporto non per questo ha un interesse giuridicamente tutelato alla redditività della linea stessa²⁰⁸, mentre sarà eventualmente il

²⁰⁵ Il Titolo III del Regolamento della Regione Toscana 3 gennaio 2005, n. 9/R, di attuazione dell'art. 3 della L.R. 31 luglio 1998, n. 42, ha disciplinato “*Gli obblighi dei soggetti esercenti servizi di trasporto pubblico autorizzati*”.

²⁰⁶ Il regolamento (UE) n. 181/2011 del 16 febbraio 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004, relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus, definisce i diritti degli utenti dei servizi su autobus e gli obblighi delle imprese del settore. Esso stabilisce, tra l'altro, le informazioni che devono essere fornite dalle imprese, le modalità di emissione dei biglietti e delle prenotazioni, la responsabilità delle aziende di trasporto su autobus, le garanzie a favore delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta. Al regolamento UE è stata data esecuzione in Italia con il D.lgs. n. 169 del 4 novembre 2014, in vigore dal 6 dicembre 2014. L'art. 1, comma 4, di quest'ultimo atto normativo, stabilisce che ai servizi regolari, la cui distanza prevista è inferiore a 250 km, si applicano soltanto alcune disposizioni del regolamento, ed in particolare, l'art. 4, par. 2, l'art. 9, l'art. 10, par. 1, l'art. 16, par. 1, lettera b), l'art. 16, par. 2, l'art. 17, par. 1 e 2, e gli artt. da 24 a 28 del regolamento e, in caso di violazione degli obblighi ivi previsti, le relative sanzioni di cui al medesimo decreto.

²⁰⁷ L'art. 7 della L.R. Basilicata n. 9/2004 prevede una gara per l'affidamento dei servizi autorizzati di linea senza oneri per la Regione e con la sottoscrizione di un vero e proprio contratto di servizio. In tal modo, si nega in radice qualsiasi forma di concorrenza *nel* mercato.

²⁰⁸ Ciò è stato affermato anche dalla Corte Giustizia, 22 dicembre 2010, C-338/2009, in *curia.europa.eu*, che occupandosi di un contenzioso relativo ad una linea turistica internazionale, ha affermando il principio secondo cui “*L'obiettivo di garantire la redditività di una linea d'autobus concorrente, quale motivo di natura puramente economica, non può, alla luce di una giurisprudenza costante, costituire un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato*”. Per quanto riguarda i “servizi regolari” internazionali, ossia quelli che assicurano il trasporto di passeggeri con una frequenza e su un itinerario determinati e in cui l'imbarco o lo sbarco

mercato ad autoregolarsi ed a stabilire il numero di soggetti economici che in esso potranno operare.

In tal senso depono anche la sentenza della Corte di giustizia europea, Sez. III, del 22 dicembre 2010, n. C-338/09²⁰⁹, resa nel caso di un operatore Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH, con sede a Monaco di Baviera (Germania), e il Landeshauptmann von Wien (Austria), in merito al rigetto di una domanda presentata da tale società riguardante la concessione di un'autorizzazione all'esercizio di una linea regolare di trasporto di persone mediante autobus sul territorio della città di Vienna.

La Corte di Giustizia ha evidenziato in tale pronuncia che *“un regime di previa autorizzazione amministrativa non può legittimare un comportamento discrezionale da parte delle autorità nazionali, tale da vanificare le disposizioni dell'Unione, in particolare quelle relative ad una libertà fondamentale come quella oggetto della causa principale (di stabilimento). Pertanto, un regime di previa autorizzazione, perché sia giustificato anche quando deroghi ad una libertà fondamentale siffatta, deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che garantiscano la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali”*²¹⁰.

La Corte ha, quindi, dettato il seguente principio *“L'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che prevede il diniego di un'autorizzazione ai fini dell'esercizio di una linea d'autobus a scopi turistici in*

dei passeggeri hanno luogo alle fermate preventivamente stabilite, vi è stato un mutamento d'indirizzo dell'ordinamento europeo. Se, infatti, l'art. 7, n. 4, lett. d), del regolamento (CEE) n. 694/92 del 16 marzo 1992, prevedeva che l'autorizzazione all'esercizio dei servizi internazionali poteva essere denegata qualora fosse *“dimostrato che il servizio che ne costituisce oggetto comprometterebbe direttamente l'esistenza dei servizi regolari già autorizzati, salvo nel caso in cui i servizi regolari in questione siano offerti da un solo vettore o gruppo di vettori”*, il regolamento (CE) n. 1073/2009 del 21 ottobre 2009, che ha abrogato il precedente, stabilisce invece, all'art. 8, par. 4, che *“Il fatto che un vettore offra prezzi inferiori a quelli offerti da altri vettori stradali oppure che il collegamento in questione sia già effettuato da altri vettori stradali non costituisce di per sé una giustificazione per respingere la domanda”*. Per quanto attiene alla giurisprudenza interna, V. TAR Veneto, Sez. I, 14 settembre 2010, n. 4347, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha affermato, anche se come mero *obiter dictum*, che *“La circostanza che un servizio avente natura commerciale 'pura', e cioè sia espletato da un solo vettore o gruppo di vettori a totale suo rischio economico, non costituisce - di per sé - remora per il rilascio di un'ulteriore autorizzazione ad altro vettore, anche a prescindere dallo stesso divieto di sovrapposizione o interferenza vigente nella legislazione regionale veneta, posto che - altrimenti - il soggetto precedentemente autorizzato assumerebbe la sostanziale veste dell'imprenditore monopolista”*.

²⁰⁹ Corte giustizia, Sez. III, del 22 dicembre 2010, n. C-338/09, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

²¹⁰ Par. 53.

*ragione della diminuzione della redditività di un'impresa concorrente, titolare di un'autorizzazione d'esercizio riguardante una linea totalmente o parzialmente identica a quella richiesta, e ciò sulla base delle mere affermazioni di tale impresa concorrente*²¹¹.

Tuttavia, è proprio la disciplina dell'U.E. che consente l'emersione di quelli che la normativa europea chiama “motivi imperativi d'interesse generale”²¹², legittimando dunque forme d'indirizzo e di controllo dell'attività privata che possono arrivare al contingentamento delle autorizzazioni.

Si pensi ad ipotesi straordinarie di congestione del traffico o di sicurezza del trasporto, che obbligano a limitare il numero di operatori che esercitano un determinato collegamento.

La giurisprudenza amministrativa, in alcune circostanze, ha affermato che “*Anche con riferimento al servizio di trasporto c.d. granturismo rientra nel potere dell'amministrazione competente di procedere all'indizione di una gara pubblica ai fini dell'affidamento delle relative autorizzazioni, laddove il contingentamento delle predette autorizzazioni sia ritenuto in concreto necessario in quanto strumentale ad ovviare ad una situazione emergenziale quale è quella del traffico e della mobilità nel centro storico di Roma*”²¹³.

Nei casi esaminati dal G.A., si era in presenza di un potere commissariale che ha dato fondamento legale alla misura restrittiva che, tuttavia, non si ritiene possa avere ordinariamente titolo in un potere implicito dell'amministrazione²¹⁴.

²¹¹ Par. 55.

²¹² La direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, seppure si ponga, in via prioritaria, finalità di massima liberalizzazione delle attività economiche consente, comunque, la possibilità di porre dei limiti all'esercizio della tutela di tali attività nel caso che questi siano giustificati da “motivi imperativi di interesse generale”. Le disposizioni della direttiva non trovano applicazione alla materia dei trasporti, ma i principi da essa espressi appaiono applicabili ad un segmento di mercato liberalizzato come quello dei servizi “autorizzati”.

²¹³ Così, Consiglio Stato, Sez. V, 6 settembre 2012, n. 4733 e TAR Lazio, Sez. II, 15 aprile 2014, n. 4061, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹⁴ Il Regolamento per il servizio di trasporto pubblico di linea Gran Turismo di Roma Capitale, approvato con deliberazione del Commissario straordinario con i poteri dell'Assemblea capitolina n. 18 del 31.03.2016 è stato sottoposto al vaglio dell'AGCM, che con il Provvedimento n. AS1331, del 14.12.2016 2014, ha evidenziato che “*Ancorchè si ritenga condivisibile la scelta operata dall'Assemblea Capitolina con il Regolamento GT di ricorrere ad una procedura di gara per l'assegnazione delle autorizzazioni all'espletamento dell'attività di granturismo, dato l'oggettivo problema del congestionamento del traffico veicolare nel centro di Roma, si ritiene che il ritardo da parte di Roma Capitale nell'attuazione delle previsioni del medesimo Regolamento –in particolare la mancata*

Come richiesto dalla Corte di Giustizia²¹⁵, infatti, è necessaria una norma che stabilisca forme di “*bilanciamento tra liberalizzazione e i motivi imperativi di interesse generale*”, e su questo punto la scelta del legislatore regionale si dimostra un vero e proprio vuoto normativo.

Il tema del congestionamento di alcune tratte, conseguente all’entrata dei nuovi operatori su quelle generalmente più redditizie, è affrontato, seppure in modo giudicato poco soddisfacente dagli operatori del settore²¹⁶, dal d.lgs. 285/2005 che, come sopra si è visto, ha liberalizzato il mercato del trasporto via autobus a media – lunga distanza.

L’art. 3, c. 2, lettera m) del d.lgs. 285/2005 stabilisce che per ottenere l’autorizzazione ad esercitare servizi di linea, l’impresa richiedente tra le condizioni che deve soddisfare vi è quella “*proporre un servizio di linea che non riguardi unicamente i servizi più redditizi fra quelli esistenti*”.

L’art. 3, commi 2 e 3, del D.M. n. 316 del 1 dicembre 2016, stabilisce il procedimento amministrativo per il controllo del grado di saturazione delle relazioni di traffico, ed in particolare “*2. con riferimento al rispetto della condizione che il servizio di linea proposto non riguardi unicamente i servizi più redditizi fra quelli esistenti, il competente Ufficio della Direzione generale compara il programma di esercizio del servizio di linea proposto con quelli esistenti e, qualora accerti una totale identità di relazioni di traffico fra due servizi ed accerti, altresì, che il periodo e i giorni di esercizio del servizio proposto coincidono parzialmente con quelli del servizio esistente, rende note alle imprese titolari dei servizi di linea in esercizio le modalità di*

definizione della rete del Gran Turismo da parte della Giunta capitolina, ai sensi degli articoli 7 e 22 del Regolamento –possa rallentare o comunque rendere più difficile l’ingresso di nuovi operatori nel mercato dell’offerta di servizi di trasporto GT, consolidando, invece, le posizioni di vantaggio a lungo vantate dagli operatori già autorizzati. A ciò deve aggiungersi il rinvio dell’art. 7 del Regolamento alla procedura concorsuale per l’individuazione dei “criteri tecnici e qualitativi anche con riferimento al grado di impatto ambientale dei veicoli impiegati”, che consente l’introduzione nel futuro bando di gara di criteri tecnici e qualitativi non noti in anticipo e che potrebbero anche esorbitare da quanto necessario. Al riguardo si ricorda che la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha statuito che, in materia di autorizzazioni di linee d’autobus a vocazione essenzialmente turistica, il regime di previa autorizzazione è ammissibile per la necessità di contemperare interessi diversi, purché sia fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo”.

²¹⁵ Corte Giustizia, sent. 20 giugno 1996, in cause riunite C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 e C-332/94, in *curia.europa.eu*.

²¹⁶ Ciò emerge dalla “*Relazione sugli esiti dell’indagine conoscitiva sull’analisi dei profili regolatori inerenti il mercato dei servizi di trasporto via autobus a media e a lunga distanza in regime di libera concorrenza*” dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti, cit.

svolgimento del servizio di linea proposto, al fine di acquisire elementi utili per la valutazione sulla sussistenza della condizione di cui sopra. 3. Entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, le imprese iscritte all'elenco nazionale, nell'ambito del servizio di linea da esse esercitato, forniscono elementi atti a dimostrare in quali periodi o giorni il medesimo è più redditizio. Entro i successivi dieci giorni, il competente Ufficio della Direzione generale procede alla valutazione sulla sussistenza della eventuale maggiore redditività dei servizi esercitati. Non rientra in tale valutazione la comparazione tra il numero di corse effettuate nell'arco di una giornata, ovvero tra corse che prevedono una frequenza inferiore a quella settimanale”²¹⁷.

Secondo l'interpretazione del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, la disposizione trova applicazione, dunque, soltanto quando vi sia identità delle relazioni di traffico.

Circostanza che nel periodo di osservazione da parte dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti²¹⁸, il Ministero non ha mai riscontrato, non procedendo pertanto ai conseguenti controlli.

La poca effettività di tali disposizioni appare palese dato che la condizione di identità appare difficile da riscontare, essendo sufficiente variare un solo parametro del programma di esercizio affinché la relazione non sia identica.

²¹⁷ Nel parere reso in sede di adozione di tale regolamento, il Consiglio di Stato aveva espresso delle perplessità con riguardo a tale meccanismo procedurale: *“Si tratta di un meccanismo la cui valenza ad assicurare il principio sotteso alla fonte primaria risulta oscura, se non francamente negativa. Addirittura la previsione di un avviso all'impresa esercente della proposta formulata dal concorrente, lungi dall'essere uno strumento per il raggiungimento di soluzione più efficienti, rischia di configurarsi come un fattore di chiusura del mercato. In tal senso può leggersi la previsione del comma successivo, secondo cui <<Entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 4, le imprese iscritte all'elenco nazionale, nell'ambito del servizio di linea da esse esercitato, forniscono elementi atti a dimostrare in quali periodi o giorni il medesimo è più redditizio>>. L'idea di un contraddittorio da parte dell'impresa titolare di un'autorizzazione sulla proposta del concorrente – che a quell'autorizzazione aspira – è quantomeno singolare sul piano tecnico-giuridico, ma ancor più riesce scarsamente giustificabile su quello economico, posto che la competizione si svolge tra operatori presenti sul mercato, non tra chi è già presente e chi intende entrarvi”.*

²¹⁸ V. *“Relazione sugli esiti dell'indagine conoscitiva sull'analisi dei profili regolatori inerenti il mercato dei servizi di trasporto via autobus a media e a lunga distanza in regime di libera concorrenza” dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, cit.*

5.4. Il problema della sussidiazione incrociata e della sovrapposizione con i servizi sussidiati.

Il terreno elettivo sul quale si misura l'effettività della liberalizzazione dei servizi di autotrasporto di linea è, poi, quello delle norme che tracciano il confine tra questo segmento di mercato ed il servizio pubblico.

Alcune di esse hanno lo scopo di evitare la sussidiazione incrociata di cui potrebbe beneficiare un operatore economico che operi in entrambi i settori di attività, altre regolano le possibili sovrapposizioni tra l'attività commerciale e il servizio pubblico.

Quanto alle prime, già il Regolamento (CEE) 1893/91 del 20 giugno 1991, ha introdotto l'obbligo della separazione contabile tra attività oggetto di contribuzione pubblica e le altre attività eventualmente prestate dall'impresa²¹⁹.

Tale obbligo è stato successivamente specificato dall'Allegato del Regolamento (CE) 1370/2007, che prevede che i costi e i ricavi relativi ai contratti di servizio pubblico e alle attività commerciali siano correttamente ripartiti tra i due tipi di attività.

In tal senso, la Commissione²²⁰ ha evidenziato che è essenziale che vengano adottati provvedimenti adeguati di suddivisione dei costi tra l'obbligo di servizio pubblico e le attività commerciali.

Ad esempio, in caso di condivisione di mezzi di trasporto come gli autobus o di altri beni o servizi (quali uffici, personale o stazioni), i relativi costi devono essere ripartiti tra i due diversi tipi di attività in proporzione al rispettivo peso relativo nell'ambito dei servizi di trasporto complessivi forniti dall'impresa di trasporti.

La legislazione regionale su questo tema, oltre a riprodurre meramente l'obbligo di separazione contabile senza specificarne ulteriormente i contenuti, in alcuni casi ha affrontato in modo innovativo una problematica, invece, trascurata dal legislatore europeo, ossia quella delle contribuzioni pubbliche per l'acquisto degli autobus.

²¹⁹ La sufficienza della separazione contabile è stata messo in dubbio dall'AGCM con il Provvedimento n. 24878, del 9 aprile 2014, "*SP151 - A.IR autoservizi irpini-servizi di trasporto interregionali di competenza statale*", in *Bollettino*, 17/2014, dato che in questi casi ricorrerebbe l'obbligo di separazione societaria per lo svolgimento di attività in mercati diversi, di cui all'articolo 8, comma 2 bis, della l. n. 287/90. Di diverso avviso la Corte d'Appello di Napoli, Sez. imp., Ord. n. 15344 del 22 settembre 2014, inedita, che sulla medesima vicenda ha respinto un ricorso cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c. proposto da un'impresa concorrente, volto a inibire lo svolgimento di servizi di trasporto autorizzati in assenza di separazione societaria.

²²⁰ Par. 2.4.4., Comunicazione 2014/C 92/01, cit.

Infatti, le imprese che svolgono il servizio pubblico di trasporto non ricevono soltanto compensazioni per svolgere il servizio, ma anche contributi in conto capitale per l'acquisto dei mezzi di trasporto.

Evidente è, quindi, il pericolo che dall'utilizzo di detti mezzi possano derivare effetti distorsivi della concorrenza, pericolo al quale alcune regioni hanno fatto fronte vietando l'utilizzo degli autobus "contribuiti" nei servizi autorizzati²²¹.

Passando, al nodo centrale della regole di risoluzione dei possibili conflitti derivanti dall'interferenza tra i due segmenti di mercato, si deve evidenziare che le poche norme regionali che affrontano il problema stabiliscono esclusivamente clausole di tutela del servizio pubblico.

L'Autorità Antitrust ha evidenziato in proposito che *"Il primo ostacolo allo sviluppo della concorrenza nel mercato nel settore del TPL è, dunque, un quadro normativo che in teoria consente la fornitura di servizi commerciali a mercato ma in pratica confina tale modalità a casi eccezionali visto che ogniqualvolta si richiede l'autorizzazione per servizi che possono potenzialmente interferire con la redditività di linee all'interno dei contratti di servizio ci si deve sottoporre a "test di compromissione" dell'equilibrio"*²²².

La tecnica normativa è quella nota: la libertà d'impresa può esplicarsi solo ove non c'è il servizio pubblico.

Si pongono, quindi, con sfumature diverse²²³, dei limiti modali allo svolgimento del servizio "autorizzato" a garanzia di un interesse pubblico esterno che può entrare in conflitto con la libera prestazione dell'attività d'impresa.

²²¹ L'art. 20 della L.R. Veneto, 3 aprile 2009, n. 11 e l'art. 14, comma 10, della L.R. Toscana 13 luglio 1998, n. 42, hanno stabilito, per i servizi autorizzati, il divieto di utilizzo di autobus acquistati con finanziamenti pubblici; lo stesso divieto è posto anche dall'art. 3, co. 2, lett. f), della L.R. Abruzzo 29 maggio 2007, n. 11, per i servizi commerciali, e dall'art. 5, co. 2, lett. d) della Deliberazione della Giunta regionale della Lombardia n. IX/4850 del 13/02/2013, per i servizi di collegamento aeroportuale.

²²² AGCM, Indagine conoscitiva IC47 – Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, in Bollettino n. 20/2016, p. 141.

²²³ Più precisamente, l'art. 3, co. 2, lett. m), della L.R. Abruzzo 29 maggio 2007, n. 11, stabilisce che il servizio commerciale *"Non si sovrapponga o interferisca con la rete dei servizi minimi essenziali di competenza regionale"*; l'art. 7, comma 1, della L.R. Basilicata 19 maggio 2004, n. 9, prevede che l'autorizzazione all'espletamento di servizi "straordinari" è condizionata alla circostanza che non sussistano *"Interferenze con i servizi minimi"*; l'art. 39, comma 3, della L.R. Campania 28 marzo 2002, n. 3, parla *"Di coerenza, compatibilità e non sovrapposizione con la rete dei servizi minimi e aggiuntivi"*; l'art. 16 della L.R. Molise 24 marzo 2000, n. 19, più vagamente di *"Inesistenza di un qualsiasi effetto pregiudizievole sulla rete di bacino dei servizi minimi"*; l'art. 23, comma 2, della L.R. Veneto 30 ottobre 1998, n. 25, vieta *"L'effettuazione di servizi di trasporto passeggeri da parte di terzi in sovrapposizione o interferenza con i servizi affidati ai sensi della presente legge"*.

Infatti, se un operatore commerciale svolgesse il proprio servizio in “sovrapposizione” o “interferenza” con il servizio pubblico, questo potrebbe risultare danneggiato dalla conseguente sottrazione di clientela²²⁴.

Emergono qui, nella loro rilevanza giuridica, gli interessi oppositivi del concessionario, dato che esso remunera in parte la propria attività con le tariffe corrisposte dai fruitori del servizio, cosicché la decisione dell’amministrazione di assentire una nuova linea, è suscettibile di alterare l’equilibrio economico che lo aveva indotto a concludere il contratto di servizio, ma anche quelli evidentemente dell’ente locale che finanzia il contratto di servizio, che si trova esposto alle possibili rivendicazioni del proprio concessionario.

Per fugare questi rischi e apporre la pietra di confine tra servizio pubblico e libertà d’impresa, le leggi regionali si affidano, ancora una volta, ad elementi normativi indeterminati ed elastici, che non è chiaro se facciano riferimento ad una realtà materiale o economica²²⁵, introducendo elementi di discrezionalità, in prima battuta tecnica e successivamente “giudiziaria”, che certo non aiutano a dare certezza ai rapporti giuridici ed a sviluppare l’imprenditorialità del settore.

Manca dunque un riferimento normativo certo come quello introdotto in Francia dalla legge 2015-990 per i servizi di trasporto di cabotaggio, che per relazioni di traffico inferiori ai 100 km, prevede un potere di intervento del regolatore nazionale - ARAFER (*Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières*) - in ordine alla valutazione dell’idoneità di tali servizi a compromettere l’equilibrio economico dei contratti di servizio relativi al settore ferroviario o su strada.

In questi casi, l’ARAFER, su istanza dell’autorità dei trasporti locali che finanzia il contratto di servizio, può vietare o limitare la prestazione di servizi su strada su distanze

²²⁴ Sull’argomento v. i pareri dell’AGCM, AS459 – “*Disposizioni in materia di servizio di noleggio di autobus con conducente e servizio di linea di gran turismo (Regione Lazio)*”, del 26 giugno 2008, in *Bollettino*, 22/2008, e AS1107 – “*Provincia di Roma - Bozza di regolamento disciplinante i servizi di trasporto di linea gran turismo*”, del 23 gennaio 2014, in *Bollettino*, 4/2014.

²²⁵ In proposito, Il TAR Veneto, Sez. II, 13 luglio 2000, n. 2346, ha evidenziato che: “*Torna utile, per ora, distinguere tra gli stessi due concetti di ‘sovrapposizione’ e di ‘interferenza’.* Nella riscontrata assenza di ulteriori spunti letterali, risulta ragionevole ricondurre il primo all’identità, anche parziale, del tragitto da parte di due o più servizi, nel mentre la ‘interferenza’ non ha riguardo alla materiale comunanza del tragitto, ma alla sostanziale identità delle aree servite dai diversi vettori e, conseguentemente, alla concorrenza tra vettori innescata dalla pluralità di offerte rivolte alla medesima utenza”. V. anche, TAR Lombardia, Sez. III, 31 dicembre 2003, n. 8002, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

inferiori ai 100 km in grado di arrecare una “lesione sostanziale” dell’equilibrio economico previsto nel contratto di servizio.

Per accertare l’eventuale alterazione all’equilibrio del contratto di servizio della nuova linea, l’ARAFER avvia un procedimento istruttorio che si conclude con un parere giuridicamente vincolante sulla base di quattro stadi di valutazione: 1) l’esistenza di una sovrapposizione tra il servizio oggetto di contratto di servizio e il nuovo servizio bus che si intende introdurre; 2) l’analisi della sostituibilità tra il servizio oggetto di contratto di servizio e il nuovo servizio bus che si intende introdurre in base alle caratteristiche della domanda e dell’offerta; 3) la stima della lesione dell’equilibrio economico del contratto di servizio; 4) la valutazione della sostanzialità della lesione.

Sul punto la posizione dell’Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato è netta anche se probabilmente tale orientamento è dettato dalla sua *mission* di protezione di un unico interesse, quello alla concorrenza dei mercati, risultando talvolta poco incline a fare sintesi degli interessi pubblici e privati in gioco.

Nel parere reso sulla bozza di regolamento della Regione Campania *“In materia di esercizio dei servizi autorizzati di linea con autobus, senza oneri a carico della Regione e degli enti locali”*²²⁶, l’Autorità ha criticato l’art. 5 dove prevedeva, in particolari circostanze, il contingentamento delle autorizzazioni e la possibilità di negarle qualora vi fosse una significativa sovrapposizione con i servizi minimi regionali.

L’Antitrust ha sottolineato che *“Sul punto, occorre in primo luogo rilevare che solo laddove la scelta dell’impresa incaricata degli obblighi di servizio pubblico sia stata effettuata mediante una procedura ad evidenza pubblica può invocarsi la presunzione che l’impresa sia in grado di fornire i servizi al costo minore per la collettività e che, quindi, i corrispettivi a copertura degli obblighi di servizio pubblico non eccedano quanto necessario. Pertanto solo in queste circostanze appare prima facie giustificabile una tutela, nel senso sopra indicato, della sostenibilità finanziaria del relativo contratto di servizio. In secondo luogo, una tale finalità potrebbe comunque essere perseguita anche con modalità meno restrittive del diniego di autorizzazione, prevedendo, nel rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato ed ove ne sia accertata l’indispensabilità, il pagamento di diritti di compensazione, tali da neutralizzare l’eventuale e comprovata compromissione dell’equilibrio economico, in analogia con la*

²²⁶ Parere AGCM, AS1196 – *“Servizi autorizzati di linea con autobus”*, del 30 aprile 2015.

normativa nazionale e comunitaria in caso di compromissione di un contratto di servizio relativo al trasporto ferroviario di passeggeri. È importante sottolineare che l'analisi finalizzata alla verifica dell'entità del rischio di compromissione dell'equilibrio economico di un contratto di servizio, correlato all'avvio di un servizio di trasporto autorizzato, è un'attività di natura prettamente regolatoria, che deve essere svolta anche al fine di scongiurare il rischio di conflitti di interesse possibili ove la Regione partecipasse al capitale azionario di una società titolare di un contratto di servizio oggetto di investigazione”.

Se manca un approccio del legislatore nazionale alla problematica, mentre la legislazione regionale appare alquanto incerta, tuttavia un approccio inedito, che prefigura una diversa soluzione al problema che si sta affrontando, è offerto dalla normativa della Regione Toscana²²⁷.

Si prevede, infatti che nel caso in cui l'istanza finalizzata allo svolgimento di servizi autorizzati abbia ad oggetto tratte interessate da servizi di trasporto pubblico programmati, l'amministrazione competente verifichi la compatibilità dei servizi da autorizzare con quelli in essere, e, in caso di esito negativo, non vi è un automatico diniego del titolo, ma sussiste l'obbligo di verificare la possibilità e le condizioni per la modifica del contratto di servizio.

In altre parole, l'amministrazione può rilasciare il titolo anche nel caso in cui il collegamento proposto non risulti compatibile con la rete dei servizi programmati a condizione, tuttavia, che a seguito della modifica del contratto di servizio si realizzino economie di spesa e siano garantiti livelli e qualità della prestazione non inferiori a quelli in precedenza assicurati dal servizio pubblico.

La prospettiva è ribaltata: è l'attività di mercato, qualora consenta risparmi di spesa, a circoscrivere lo spazio occupato dal servizio pubblico.

In un'ottica sussidiaria, l'apposizione del “termine” tra servizio pubblico e attività d'impresa è, in qualche modo, lasciata all'iniziativa privata, che può dimostrare di poter svolgere una determinata linea senza compensazioni e allo stesso livello qualitativo.

²²⁷ Si tratta dell'art. 14, comma 10, della L.R. Toscana 13 luglio 1998, n. 42, come sostituito dall'art. 22 della L.R. 3 dicembre 2012, n. 69.

Non si possono nascondere le difficoltà che una siffatta normativa cela, dato che essa appare parziale, di problematica applicazione e non dissipa le incertezze presenti in altri ordinamenti regionali.

È parziale, dato che fa emergere soltanto quelle che sono le anomalie più macroscopiche presenti nei contratti di servizio, ossia la presenza di linee, corse o tratte oggetto di compensazioni pubbliche che il mercato sarebbe in grado di autoprodurre senza oneri per la P.A., mentre non considera in alcun modo quelle, pur ricomprese nei contratti di servizio, non oggetto di contribuzione pubblica.

È problematica, dato che va ad incidere sul contratto di servizio che, nonostante non sia un “Moloch” imm modificabile, richiede, in ogni caso, il rispetto del suo complessivo equilibrio sinallagmatico.

Non dissipa le incertezze, dato che anche in questo caso s’introducono momenti di discrezionalità, che appaiono anche più ampi di quelli osservati in altre leggi regionali. Questi aspetti non fanno diminuire l’interesse per questa normativa che, per la prima volta, “entra” nei contratti di servizio e sposta, perciò, l’attenzione sull’estensione oggettiva del servizio pubblico e del diritto di esclusiva.

Una diversa soluzione è prospettata, de iure condendo, dall’AGCM secondo cui l’interferenza tra servizi onerati inseriti in un contratto di servizio e servizi autorizzati può essere risolta prevedendo a carico dei nuovi entranti, ove necessario, il pagamento di un contributo all’onere per il servizio universale (c.d. diritti di compensazione)²²⁸.

Si cominciano in questo modo a tracciare i confini tra i due segmenti di attività non con la tecnica del “ritaglio” unilaterale (può essere attività libera solo ciò che non è servizio pubblico), ma nel considerare che l’attività in regime di servizio pubblico e quella libera si delimitano vicendevolmente, per cui non è ammessa un’indiscriminata invasione di campo della prima sulla seconda.

Qualche conferma di questo esito interpretativo si comincia ad intravedere, seppure in modo timido, nella giurisprudenza del G.A. e, più convintamente, nella prassi dell’Autorità antitrust.

²²⁸ AGCM, Indagine conoscitiva IC47 – Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, in Bollettino n. 20/2016, p. 141.

Il caso affrontato, in prima istanza, dal TAR del Veneto, e in appello dal Consiglio di Stato²²⁹, riguardava il collegamento con un sito aeroportuale, ed è rapidamente riassumibile.

Un operatore era stato autorizzato dalla provincia a svolgere detto collegamento come servizio commerciale, senza oneri a carico della P.A.

Successivamente, lo stesso collegamento era riqualificato dall'amministrazione come servizio "aggiuntivo", che provvedeva contestualmente ad affidarlo, direttamente e in esclusiva, al medesimo operatore, impedendo, così ad altre imprese di trasporto di operare sulla medesima tratta.

Una di esse impugnava i provvedimenti provinciali, ricorrendo al TAR locale per vederne riconosciuta l'illegittimità e il conseguente annullamento.

Sia il Giudice di primo grado, che il Consiglio di Stato in sede di appello, hanno riconosciuto la fondatezza delle ragioni dell'impresa ricorrente.

Ciò che è interessante rilevare è che il G.A. fonda la propria statuizione sulla diversa natura dei servizi "commerciali" rispetto a quelli "aggiuntivi", dato che i primi sono a totale rischio dell'impresa richiedente, mentre i secondi presuppongono il fallimento del mercato, con oneri a carico degli enti locali che decidono di produrli.

Le due fattispecie sono, perciò, incompatibili per cui, a parità di condizioni di fatto, non è possibile trasformare un servizio "commerciale" in uno "aggiuntivo".

Il caso affrontato²³⁰ dall'AGCM, ai sensi dell'articolo 21 *bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, aveva ad oggetto un diniego da parte di un comune dell'autorizzazione a svolgere servizi trasporto "turistici", motivato dalla "sovrapposizione e interferenza" di questi ultimi con il servizio pubblico. Il provvedimento dell'Autorità è interessante sia per il suo contenuto sostanziale, che per quello procedurale.

Quanto al primo aspetto, l'AGCM evidenzia come il diniego contestato integri una violazione dei principi a tutela della concorrenza nella misura in cui risulta sostanzialmente fondato su un'ingiustificata estensione del regime di esclusiva attribuito

²²⁹ TAR Veneto, Sez. I, n. 446 del 23 marzo 2012 e Consiglio Stato, Sez. V, n. 4171 dell'8 agosto 2013, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁰ Parere dell'AGCM AS1138, "Comune di Venezia – Autorizzazione al trasporto turistico per via navigabile", dell'11 febbraio 2014, in *Bollettino*, 29/2014.

al gestore del servizio pubblico di collegamenti di natura turistico-commerciale che dovrebbero, diversamente, essere gestiti in regime di autorizzazione.

Infatti, nell'affidare tali servizi il comune non avrebbe effettuato, in concreto, un bilanciamento tra l'esigenza di assicurare il corretto svolgimento dell'attività di servizio pubblico e la necessità di preservare il maggior grado di concorrenza possibile nell'ambito di un'attività economico-imprenditoriale liberalizzata, per cui l'asserita sovrapposizione e interferenza su cui è fondato il diniego sembrano all'Autorità costituire diretta conseguenza dell'improprio affidamento in esclusiva di servizi commerciali che dovrebbero, invece, poter essere forniti da più soggetti in regime di concorrenza "nel mercato".

Da un punto di vista procedurale, l'interesse si sposta sul mancato adeguamento da parte del comune interessato al parere espresso *ex art. 21 bis* e alla conseguente decisione da parte dell'Autorità indipendente d'impugnare il provvedimento di diniego avanti al locale TAR²³¹.

Ulteriore tema è quello dell'identificazione dei casi in cui possa esserci in concreto "sovrapposizione" o "interferenza" delle linee autorizzate con quelle del servizio pubblico.

Tale tema è stato di recente sviluppato dall'AGCM in un caso in cui l'Ente di Governo ha disposto il diniego dell'autorizzazione per un servizio di trasporto commerciale diretto, senza fermate intermedie, tra una stazione marittima e l'aeroporto²³², motivando il provvedimento negativo sulla base della "sovrapposizione" ed "interferenza" della linea commerciale con alcune linee del trasporto pubblico locale.

Secondo l'Autorità, tuttavia, il provvedimento si basava su di un'interpretazione eccessivamente lata dei concetti di "sovrapposizione/interferenza", in contrasto con i

²³¹ Su tale argomento, cfr. Clarich M., *I poteri d'impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 278/90*, in www.giustizia-amministrativa.it; Cintioli F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Nuovo dir. amm.*, 2, 2012, p. 3 ss. Sandulli M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l.n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, 12, 2012; Giovagnoli R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *Giustamm.it*; Urbano G., *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 12, p. 1022 ss.

²³² AGCM AS1295, "Servizio di trasporto commerciale tra la stazione di Venezia marittima e l'aeroporto Marco Polo", del 16 maggio 2016.

principi comunitari posti a tutela della concorrenza e nello specifico, gli articoli 49, 56 e 106 TFUE.

Nel concludere che il provvedimento dell'Autorità di Governo era ingiustificato e non adeguatamente motivato, l'AGCM ha posto l'accento su come debbano essere interpretati i termini "sovrapposizione-interferenza": *“Nello specifico, l'Amministrazione procedente ha ritenuto sufficiente per integrare i requisiti ostativi della sovrapposizione/interferenza la sola circostanza per cui il servizio proposto “preveda relazioni di traffico (nel caso Venezia-Aeroporto Marco Polo) comprese nei programmi di esercizio dei servizi minimi essenziali, tali da sottrarre utenza a questi ultimi”, senza effettuare alcuna istruttoria né sviluppare alcuna ulteriore valutazione in merito al concreto svolgersi dell'attività di fornitura di servizi sulle linee e al target di utenza dalle stesse servito. Si rileva a tal proposito che il servizio per il quale è stata chiesta l'autorizzazione è privo di fermate intermedie, collegando direttamente il parcheggio interno alla Stazione Marittima (Park3) e l'aeroporto Marco Polo; esso appare con tutta evidenza orientato ad intercettare un target specifico di utenza fatto di soli turisti, ossia i passeggeri delle navi da crociera (con bagagli a carico) in partenza e/o in arrivo, che intendono recarsi immediatamente alle banchine di imbarco e/o all'aeroporto, potendo fruire di un servizio di trasporto presente direttamente all'interno dell'area portuale, ad una distanza minima dalla nave (tanto è vero che esso è stato programmato per la sola stagione crocieristica). Tale servizio commerciale appare, al contrario, del tutto inidoneo ad intercettare la domanda di mobilità della popolazione residente, tenuto anche solo conto del fatto che il punto di partenza/arrivo si trova all'interno dell'area portuale (dotata di varchi di ingresso)”*.

Pertanto, l'endiadi "sovrapposizione-interferenza" non deve essere interpretata come mera coincidenza materiale di linee ed orari, ma come quel servizio idoneo ad intercettare la medesima utenza, sottraendola quindi al servizio oggetto di contratto di servizio pubblico.

Come si può osservare, i casi concreti che si sono riportati cominciano a mettere in dubbio l'ampia discrezionalità dell'amministrazione sia di assumere "qualsiasi" servizio di TPL in regime di servizio pubblico, che di sottoporlo al diritto di esclusiva.

Sopra si è visto, come tale problematica si ammantava di diverse coloriture con riferimento ai servizi "minimi" e a quelli "aggiuntivi", dato che per i primi vi è un

substrato sostanziale e procedurale che ne consente una più oggettiva identificazione, mentre per i secondi gli elementi di discrezionalità amministrativa appaiono ancora ampi.

Tuttavia, proprio con riferimento a questi ultimi si comincia ad avvertire una forma di controllo esterno della discrezionalità dell'ente locale demandato all'Autorità indipendente²³³, mentre un ruolo di chiusura sarà assolto dal G.A.²³⁴, chiamato al delicato bilanciamento tra libertà economiche e missione d'interesse generale²³⁵, soltanto nel caso in cui il confronto intersoggettivo tra l'Autorità indipendente e l'ente locale non riesca a raggiungere la composizione degli interessi pubblici e privati in gioco.

6. Il trasporto pubblico locale e i mercati ad esso contigui.

6.1. I servizi di trasporto passeggeri statali non contribuiti.

L'art. 3, comma 1, lett. c) del D.lgs. n. 422 attribuisce la competenza in materia di linee interregionali che collegano più di due regioni allo Stato, lasciando quella tra regioni finitime alla competenza regionale.

Tale criterio è stato giudicato non del tutto funzionale alle dinamiche di un mercato in rapida espansione, che si caratterizza per una pluralità di soluzioni di offerta atte a soddisfare una domanda sempre più differenziata.

²³³ Rileva Midiri M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2014, p. 133, che “Un compito delicato spetta in questa fase all'Autorità garante della concorrenza. Essa può far uso dei suoi poteri — contestando ad es. l'abuso di posizione dominante — per delimitare in senso restrittivo il perimetro della privativa comunale, garantendo la liberalizzazione anche di singoli segmenti di mercato. È agevolata dalle denunce che le trasmettono i privati per sollecitare l'apertura di un'istruttoria”.

²³⁴ In un settore contiguo a quello oggetto di trattazione come quello del cabotaggio marittimo il TAR Campania con la sentenza n. 6949/2014 ha rilevato “Gli Stati Membri possono imporre obblighi di servizio pubblico e concludere contratti di servizio pubblico solo se hanno appurato, per ognuna delle rotte in questione, che i servizi di trasporto regolare risulterebbero inadeguati (cioè non sarebbero prestati nella misura o alle condizioni definite appropriate dalle autorità pubbliche) qualora la loro fornitura fosse lasciata alle sole forze del mercato [...] In altre parole gli Stati membri non possono assoggettare ad obblighi di servizio pubblico e a contratti di servizio pubblico servizi che sono già forniti in maniera soddisfacente e a condizioni, ad esempio in termini di prezzi, continuità e accesso al servizio, compatibili con l'interesse pubblico, quale definito dallo Stato, da parte di imprese che operano in normali condizioni di mercato”.

²³⁵ L'intervento del G.A. è problematico dato che attraverso il sindacato sull'eccesso di potere esso potrebbe spingersi sino alla soglia del merito. In argomento, v. Clarich M., *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 115 ss.

L'Autorità di Regolazione dei Trasporti ha in proposito rilevato che *“proprio le politiche di offerta e le strategie di marketing delle imprese in questo settore, ormai liberalizzato, portano a una segmentazione della domanda che non appare più compatibile con il vincolo amministrativo dell'attraversamento di almeno tre regioni. Data la conformazione del territorio italiano, il vincolo in parola può portare a definire relazioni troppo lunghe (per tempi di percorrenza) rispetto alle esigenze degli utenti e a non soddisfare esigenze di mobilità latenti, pur se su distanze medie. Si segnala pertanto l'esigenza di valutare la possibilità di introdurre un criterio differente, maggiormente funzionale a garantire la flessibilità organizzativa necessaria al perseguimento dell'efficienza e dell'efficacia nella gestione di un servizio svolto in regime di concorrenza”*²³⁶.

Come sopra si è avuto modo di evidenziare, l'attività di trasporto di persone di competenza statale è oggi disciplinata dal Decreto Legislativo del 21 novembre 2005, n. 285, “Riordino dei servizi automobilistici interregionali di competenza statale”, che ha liberalizzato l'attività.

La normativa statale definisce i servizi automobilistici interregionali di competenza statale i trasporti di persone effettuati su strada mediante autobus, ad offerta indifferenziata, che si svolgono in modo continuativo o periodico su un percorso che collega più di due regioni ed aventi itinerari, orari, frequenze e prezzi prestabiliti.

In merito all'accesso al mercato, si prevede che i servizi siano esercitati da imprese che li organizzano e gestiscono a proprio ed esclusivo rischio economico, in possesso dei requisiti relativi all'accesso alla professione di trasportatore di persone su strada di cui al Decreto Legislativo n. 395/2000 e che il loro svolgimento sia subordinato al rilascio di un'autorizzazione da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nel rispetto di specifiche condizioni previste dall'art. 3²³⁷.

²³⁶ Autorità Regolazione dei Trasporti, Parere n. 2/2017 “Parere reso dall'Autorità nella seduta del 24 marzo 2017 al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sullo schema di decreto ministeriale attuativo dell'articolo 4 del decreto legislativo 21 novembre 2005, n. 285, recante il riordino dei servizi automobilistici interregionali di competenza statale”, p. 5.

²³⁷ Oltre al possesso dei requisiti relativi all'accesso alla professione di trasportatore di persone su strada di cui alla lettera a), l'art. prevede questi ulteriori requisiti: b) possedere la certificazione relativa alla qualità aziendale secondo le norme UNI EN ISO 9000 nella versione più recente; c) applicare nei confronti degli addetti, in materia di rapporto di lavoro, le norme di diritto comune e le norme del contratto collettivo nazionale di lavoro di settore; d) rispettare le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 5, del Regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, così come sostituito dal

Rispetto al trasporto pubblico locale, dunque, le differenze tra le due attività si possono riscontrare soltanto sull'ambito spaziale di esercizio e sul regime giuridico al quale esse sono sottoposte.

Ulteriore elemento, che differenzia i due settori di attività di trasporto collettivo di persone tramite autobus e che costituisce un precipitato della sottoposizione del trasporto di media-lunga percorrenza alla concorrenza nel mercato, è costituito dall'art. 11, comma 1bis, secondo cui *“1-bis. I servizi di linea di competenza statale non possono essere soggetti ad obblighi di servizio, come previsto dalla normativa comunitaria in materia, e a fronte del loro esercizio non viene erogata alcuna compensazione od altra forma di contribuzione pubblica”*.

Risulta, quindi, rispondente ad un criterio di normalità che un'impresa di trasporto svolga entrambe le attività.

Le problematiche relative alla possibilità della sussidiazione incrociata tra servizi caratterizzati da obblighi di servizio pubblico e non, è risolta anche dal D.lgs. n. 285/2005 con la previsione della separazione contabile, nell'ipotesi in cui la medesima impresa gestisca anche servizi oggetto di contribuzione pubblica (art. 3, lett. d), ed con la prescrizione di disporre di autobus non acquistati con sovvenzioni pubbliche di cui non possano beneficiare la totalità delle imprese (art. 3 lett. f).

Un vuoto normativo esiste, invece, per quanto riguarda la possibile sovrapposizione tra il servizio di trasporto di interesse nazionale in regime di libero mercato ed i servizi regionali e locali caratterizzati da obblighi di servizio pubblico.

Regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio, del 20 giugno 1991 in materia di separazione contabile, nell'ipotesi in cui la medesima gestisca anche servizi soggetti ad obblighi di servizio pubblico; e) disporre di personale, impianti e strutture in misura idonea ad assicurare il regolare esercizio del servizio di linea; f) disporre di autobus classificati, ai sensi del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in data 23 dicembre 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 30 del 6 febbraio 2004, come classe "B" o classe "III" e non acquistati con sovvenzioni pubbliche di cui non possano beneficiare la totalità delle imprese, in misura idonea ad assicurare il regolare esercizio del servizio di linea. Dal 1° gennaio 2011, le imprese devono disporre di autobus immatricolati per la prima volta da non più di sette anni; g) ottenere, da parte dei competenti organi del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il nulla osta, ai sensi della vigente normativa in materia di sicurezza, sul percorso e sulle aree di fermata del servizio di linea proposto; h) non aver commesso, nel periodo di un anno precedente alla data di presentazione della domanda per ottenere l'autorizzazione di cui al comma 1, più di due infrazioni considerate molto gravi, ai sensi dell'articolo 7, commi 1, 2 e 3; i) non aver commesso, nel periodo di un anno precedente alla data di presentazione della domanda, più di cinque infrazioni considerate gravi, ai sensi dell'articolo 7, commi 1, 4 e 5; l) non essere incorsa, nel periodo di un anno precedente alla data di presentazione della domanda, nella revoca di un titolo legale per l'esercizio di servizi di trasporto di persone su strada mediante autobus; m) proporre un servizio di linea che non riguardi unicamente i servizi più redditizi fra quelli esistenti.

La normativa statale, infatti, pone come unico elemento di discrezionalità tecnica in capo al MIT quello di valutare che il servizio di linea proposto “*non riguardi i servizi più redditizi fra quelli esistenti*” (dall’art. 3, comma 2, lett. m), ma tale aspetto riguarda la sovrapposizione con le linee di media-lunga percorrenza già assentite e non i contratti di servizio stipulati dalle regioni e dagli enti locali, sui quali peraltro il Ministero non ha alcuna competenza.

Si tratta di una lacuna che evidenzia come la coesistenza in mercati limitrofi di regimi giuridici differenziati può determinare delle disfunzioni nel mercato nelle quali possono insinuarsi i comportamenti opportunistici delle imprese.

Sulla questione l’Autorità di Regolazione dei Trasporti ha proposto “al fine di continuare a garantire l’equilibrio economico-finanziario del contratto oggetto di obblighi di servizio pubblico, sembrerebbe utile integrare il quadro normativo con l’introduzione di limitazioni proporzionate e non discriminatorie al servizio a mercato, prevedendo, al contempo, l’attribuzione all’Autorità, in virtù della sua connotazione indipendente, della competenza di analizzare la compromissione dell’equilibrio economico del contratto di servizio pubblico in sovrapposizione”²³⁸.

6.2. I servizi di trasporto passeggeri internazionali.

Sempre l’art. 3, comma 1, lett. c) del D.lgs. n. 422 attribuisce allo Stato la competenza sulle linee internazionali, con esclusione di quelle transfrontaliere.

La materia è stata oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore europeo, che di recente è intervenuto con il Regolamento n. 1073/09 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009, che fissa norme comuni per l’accesso al mercato internazionale dei servizi di trasporto effettuati con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 561/2006, e con il Regolamento n. 361/14 della Commissione del 9 aprile 2014 recante modalità di esecuzione del regolamento (CE) n. 1073/2009 con riguardo ai documenti per il trasporto internazionale di passeggeri mediante autobus e che abroga il regolamento (CE) n. 2121/98 della Commissione.

Il Regolamento dà attuazione in *subiecta materia* al principio di libera prestazione dei servizi, che costituisce principio fondamentale della politica comune dei trasporti ed esige che l’accesso ai mercati di trasporto internazionale sia garantito ai vettori di tutti

²³⁸ Autorità Regolazione dei Trasporti, Parere n. 2/2017, cit., p. 6.

gli Stati membri, senza discriminazioni fondate sulla nazionalità o sul luogo di stabilimento.

L'art. 4 dell'atto europeo stabilisce che il trasporto internazionale di passeggeri effettuato con autobus è subordinato al possesso di una licenza comunitaria rilasciata dalle autorità competenti dello Stato membro di stabilimento.

Per quanto qui d'interesse, il Regolamento definisce i "servizi regolari" quei servizi che assicurano il trasporto di passeggeri con una frequenza e su un itinerario determinati e in cui l'imbarco o lo sbarco dei passeggeri hanno luogo alle fermate preventivamente stabilite.

Quanto all'accesso al mercato, l'art. 5 lo subordina ad autorizzazione che abilita il suo titolare o i suoi titolari ad effettuare servizi regolari nel territorio di tutti gli Stati membri su cui si svolge l'itinerario del servizio.

La procedura di rilascio dell'autorizzazione si basa su di una forma di cooperazione tra Autorità nazionali, dato che l'art. 8 specifica che essa è rilasciata con l'accordo delle autorità di tutti gli Stati membri nei cui territori hanno luogo l'imbarco o lo sbarco dei passeggeri.

I motivi principali di legittimo rifiuto dell'atto permissivo, oltre a quelli imputabili al richiedente, sono 1) che il servizio oggetto della domanda rischia di compromettere gravemente l'esistenza di un servizio comparabile gestito in base a uno o più contratti di servizio pubblico sulle tratte dirette interessate; 2) che lo scopo principale del servizio non è il trasporto di passeggeri tra punti situati in Stati membri diversi.

Di notevole interesse è proprio la prima fattispecie di rifiuto che si ha in caso di sovrapposizione con servizi oggetto di contratto di servizio pubblico.

La lett. d) del par. 4 del Regolamento stabilisce, infatti, che l'autorizzazione è rilasciata, a meno che uno Stato membro decida, in base ad un'analisi dettagliata, che il servizio interessato comprometterebbe gravemente l'esistenza di un servizio comparabile coperto da uno o più contratti di servizio pubblico in conformità del diritto comunitario sulle tratte dirette interessate.

In tal caso, lo Stato membro stabilisce criteri, su base non discriminatoria, in base ai quali determinare se il servizio oggetto della domanda comprometta gravemente l'esistenza del summenzionato servizio comparabile e li comunica alla Commissione, su richiesta della stessa.

Non solo il Regolamento va a disciplinare l'ipotesi in cui un nuovo servizio autorizzato vada a sovrapporsi ad un già esistente servizio oggetto di contratto di servizio pubblico, ma anche la diversa ipotesi in cui tale interferenza avvenga successivamente al rilascio dell'autorizzazione.

Si prevede, infatti, che *“Qualora un servizio internazionale di autobus esistente comprometta gravemente l'esistenza di un servizio comparabile coperto da uno o più contratti di pubblico servizio in conformità del diritto comunitario sulle tratte dirette interessate, per motivi eccezionali che non potevano essere previsti al momento del rilascio dell'autorizzazione, uno Stato membro può, con l'accordo della Commissione, sospendere ovvero ritirare l'autorizzazione ad esercitare un servizio internazionale di autobus dopo aver dato un preavviso di sei mesi al vettore”*.

Si tratta di una normativa i cui principi possono essere estesi analogicamente al settore trasporto passeggeri delle linee statali viste nel paragrafo precedente e che evidenzia che né l'esercizio delle linee statali, né di quelle internazionali presentano le caratteristiche di servizi di interesse economico generale in quanto sono esenti da obblighi di servizio pubblico e sono gestite in regime di autorizzazione su richiesta dell'esercente che determina liberamente le tariffe²³⁹ valutando, in tale contesto, unicamente il proprio interesse commerciale.

Se così è, la tutela dei SIEG, consente e comporta le inevitabili e proporzionate limitazioni all'esercizio dei servizi prestati in concorrenza.

²³⁹ L'AGCM, nel Parere AS1256 “Servizi di linea interregionali di competenza statale”, del 15 gennaio 2016, ha evidenziato che *“Per il trasporto di linea su gomma interregionale, dunque, la normativa vigente prevede esclusivamente che i prezzi siano prestabiliti e, secondo quanto affermato dallo stesso MIT, nell'autorizzazione “sono indicati i prezzi massimi nonché lo sconto massimo applicabile”. Nulla è invece disposto dalla normativa con riguardo all'articolazione delle politiche di prezzo da parte degli operatori, i quali sono liberi di fissare il livello e la frequenza degli sconti e di stabilire prezzi diversi in funzione dei giorni o del fattore di riempimento dei mezzi o di altre variabili. La metodologia applicata dai nuovi operatori attivi nel mercato dei servizi di linea su gomma interregionali, oggetto della richiesta di parere, appare infatti ispirata ad un principio di gestione dinamica delle tariffe orientata alla massimizzazione dei ricavi, che è lo stesso principio su cui si fondano le politiche di prezzo adottate nella generalità dei mercati dei servizi di trasporto persone liberalizzati (ad esempio nel trasporto aereo, o marittimo o nel trasporto ferroviario sulla rete ad alta velocità, ecc.) o anche in diversi mercati legati all'attività turistica (es. prenotazione hotel). Di più, trattandosi di un mercato liberalizzato, ogni eventuale vincolo normativo o regolamentare alla libertà tariffaria delle imprese sarebbe in aperto contrasto con i principi e le norme a tutela della concorrenza”*.

6.3. Il noleggio di autobus con conducente.

L'attività di autotrasporto di linea per mezzo di autobus costituisce soltanto una *species* del trasporto collettivo di persone, connotata da elementi di specialità e conformazione della prestazione che, come si è sottolineato, è svolta in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato.

In un settore di mercato ad essa contiguo, si trova l'attività di noleggio di autobus con conducente, che può essere definita come un servizio di trasporto di viaggiatori effettuato per uno o più viaggi richiesti da terzi committenti o offerti direttamente a gruppi precostituiti²⁴⁰.

Il servizio deve avvenire con la preventiva determinazione sia del periodo della sua effettuazione, che dell'importo complessivo dovuto per l'impiego dell'autobus adibito al servizio.

Date le due definizioni, le attività sembrerebbero facilmente distinguibili e potrebbe sembrare incongruo parlare dell'attività di noleggio quando si sta trattando dell'autotrasporto di linea. In realtà, la suddivisione dei due mercati è il precipitato della ricordata distinzione normativa, per cui essa è del tutto artificiale, costituisce cioè una "creazione" del diritto.

Un'impresa in possesso dei requisiti relativi all'accesso alla professione di trasportatore su strada di viaggiatori, infatti, può adoperare la sua struttura organizzativa indifferentemente nelle due attività²⁴¹, dato che si tratta, pur sempre, di trasporto collettivo di persone tramite autobus, per cui non è raro imbattersi in imprese presenti in entrambi i mercati.

Come ci si accinge a puntualizzare, la riscontrata contiguità dei due settori economici presenta, in alcuni casi, degli inevitabili punti di contatto normativo che si sono fatti via via più fitti, sino a culminare in quella normativa regionale che ha ricondotto i servizi non di linea nell'ambito del TPL.

²⁴⁰ La definizione si trae dall'art. 2, comma 2, della l. 11 agosto 2003, n. 218, che stabilisce che "*Per servizi di noleggio di autobus con conducente si intendono i servizi di trasporto di viaggiatori effettuati da una impresa professionale per uno o più viaggi richiesti da terzi committenti o offerti direttamente a gruppi precostituiti, con preventiva definizione del periodo di effettuazione, della sua durata e dell'importo complessivo dovuto per l'impiego e l'impegno dell'autobus adibito al servizio, da corrispondere unitariamente o da frazionare tra i singoli componenti del gruppo*".

²⁴¹ Quanto all'impiego degli autobus nelle due attività, alcune limitazioni di natura tecnica sono stabilite dal Decreto Ministero Infrastrutture e Trasporti del 20 dicembre 2003, "Uso, destinazione e distrazione degli autobus", in G.U. 6 febbraio 2004.

Ciò, rende opportuna una breve incursione anche in questo settore.

La legge 11 agosto 2003, n. 218, inquadra l'esercizio dell'attività di trasporto di viaggiatori su strada nella sfera della libertà d'iniziativa economica ai sensi dell'art. 41 Cost.

Oltre a fissare i principi e le norme generali a tutela della concorrenza, la legge individua come finalità specifiche da perseguire la trasparenza e la libertà d'accesso al mercato, come esplicazione anche della libera circolazione delle persone, e la sicurezza dei viaggiatori.

Quanto alle disposizioni in materia di concorrenza, la l. n. 218/2003, ha posto una forte spinta alla liberalizzazione, determinando il superamento del sistema basato sul contingentamento del numero di autobus che potevano essere adibiti all'attività, sostituito dalla generale autorizzazione allo svolgimento dell'impresa.

Ai sensi dell'art. 5, infatti, l'esercizio dell'attività di noleggio autobus con conducente è subordinata al rilascio, da parte delle regioni o degli enti locali allo scopo delegati, di apposita autorizzazione, che consente lo svolgimento professionale dell'attività senza limitazioni territoriali e l'immatricolazione degli autobus, senza limiti numerici.

L'art. 4 della legge ha demandato alle regioni di adottare propri atti legislativi o regolamentari volti a stabilire le modalità per il rilascio delle autorizzazioni e per l'accertamento periodico della permanenza dei requisiti previsti per lo svolgimento dell'attività di trasporto di viaggiatori su strada²⁴².

Ai nostri fini, già in questa legge troviamo una disposizione che suscita un certo interesse. Si tratta dell'art. 1, co. 3, il quale afferma il principio che costituisce una distorsione della concorrenza l'utilizzo di autobus acquistati con sovvenzioni pubbliche di cui non possa beneficiare la totalità delle imprese nazionali.

La disposizione risulta un po' enigmatica nella sua formulazione, dato che siamo al cospetto di un'attività economica privata, nella quale eventuali contributi pubblici possono essere considerati compatibili con il Trattato UE se, ed in quanto, non

²⁴² In realtà, molte leggi regionali, anziché limitarsi a stabilire le modalità per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di noleggio, così come prescritto dall'art 4 comma 2 della legge n. 218/2003, hanno introdotto ulteriori requisiti, oltre a quelli previsti dal legislatore nazionale, al cui possesso si subordina il rilascio dell'autorizzazione. Ciò si pone in tensione con i principi di concorrenza, di libertà d'accesso al mercato e di omogeneità dei requisiti professionali stabiliti dall'art. 1, co. 4, della legge statale e, quindi, con gli artt. 41 e 117, secondo co., lett. e) Cost. Sul punto v. A. Santuari, *La nuova disciplina della Regione Veneto in materia di noleggio bus privati*, in *Giustamm.it*, 9, 2009.

costituiscano aiuti di stato, mentre la disposizione fa riferimento ad una disparità di trattamento nel mercato nazionale.

Qui, evidentemente, si vuole alludere ad un diverso fenomeno: quello dell'utilizzo dei mezzi del servizio pubblico di linea oggetto di contribuzione in attività di noleggio.

Tale eventualità aveva una certa diffusione nella prassi applicativa e trovava fondamento positivo nell'art. 87, comma 4, del Codice della strada, che stabilisce che *“Il concedente la linea può autorizzare l'utilizzo di veicoli destinati al servizio di linea per quello di noleggio da rimessa, purché non sia pregiudicata la regolarità del servizio”*.

Si tratta di una breccia tra i due mercati che a seguito della completa liberalizzazione dell'attività di noleggio ha perso gran parte del suo significato, per cui l'art. 1, co. 3, della l. n. 218/2003, pone un rimedio al più macroscopico effetto distorsivo per la concorrenza che lo “sconfinamento” del servizio pubblico nel mercato del noleggio può comportare.

Ma un problema di “sconfinamento” si può avere anche invertendo i fattori, quando è l'impresa di noleggio che svolge la prestazione di trasporto con le caratteristiche proprie del servizio di linea, in assenza della richiesta autorizzazione.

Qui siamo al cospetto di un'attività abusiva, che tuttavia s'inserisce in una sempre maggiore indistinzione tra le due attività, dato che il noleggio di autobus con conducente può essere prestato anche per più viaggi, per cui l'unico elemento che connota la fattispecie rispetto al servizio di linea può risultare la tipologia di utenza servita, predeterminata nel noleggio ed indifferenziata nella linea, che nella pratica non sempre è di agevole distinzione²⁴³.

La legislazione regionale ha cominciato, così, ad interessarsi a questa “zona grigia” costruendo, in alcuni casi²⁴⁴, una tipologia di servizi intermedia tra la “linea” e il

²⁴³ Un caso paradigmatico è quello affrontato da TAR Toscana, Sez. II, n. 6723 dell'11 dicembre 2010, in www.giustizia-amministrativa.it, di un servizio di collegamento aeroportuale prestato da un operatore di noleggio che dissimulava un vero e proprio servizio di linea. Nella fattispecie risultava decisivo, per qualificare il servizio come “linea”, la circostanza che i titoli di viaggio, al di là del dichiarato collegamento con talune compagnie aeree, potevano essere liberamente acquistati presso edicole, fermate di stazionamento degli autobus ovvero via internet accedendo al sito dell'operatore.

²⁴⁴ Si tratta dei servizi “atipici” previsti dall'art. 18, comma 1, lett. b), della L.R. Puglia 31 ottobre 2002, n. 18, e dalla L.R. Veneto 14 settembre 1994, n. 46; dei servizi “a contratto”, di cui all'art. 24, comma 5, lett. b) della L.R. Emilia Romagna n. 30 del 2 ottobre 1998. In tale categoria possono essere ricomprese anche le disposizioni in materia di trasporto scolastico di cui alla L.R. Campania n. 13 del 1 agosto 2011.

“noleggio”, in cui alla particolare modalità di prestazione del servizio della prima, si coniuga la specificità dell’utenza che vi può accedere del secondo.

Agli antipodi del servizio pubblico, si sono create, in questo modo, delle vere e proprie linee private, in cui la privatezza connota non solo l’interesse sotteso alla loro produzione, come nei servizi “autorizzati”, ma anche l’interesse che sono volte a soddisfare.

Come si è accennato, in altre esperienze regionali si è tentato di ampliare la definizione di TPL, tanto da ricomprendere nel suo ambito i servizi non di linea, svolti tramite autovettura, autobus o entrambe le modalità di trasporto²⁴⁵.

A ben vedere, già nel Decreto “Burlando” era contenuta una disposizione che, al fine di garantire il servizio universale nei territori a domanda debole, consentiva alle regioni d’individuare modalità particolari di espletamento dei servizi di linea, da affidare, attraverso procedure concorsuali, alle imprese che avessero i requisiti per esercitare autoservizi pubblici non di linea o servizi di trasporto di persone su strada.

Si tratta, tuttavia, di una norma speciale, che non va ad alterare la sostanza definitoria del TPL.

Alcune leggi regionali, invece, hanno cercato di andare ad incidere proprio sul concetto di trasporto pubblico, adottando un approccio integrato ai problemi della mobilità²⁴⁶, la cui soluzione passa anche attraverso la regolazione unitaria delle attività economiche che della mobilità costituiscono l’espressione imprenditoriale.

A tale metodo, le leggi regionali non hanno fatto seguire significativi risvolti sostanziali, per cui esse sembrano seguire più la logica del “testo unico”, che sperimentare percorsi regolatori innovativi²⁴⁷.

Il mercato dell’autotrasporto di linea e quello del noleggio di autobus con conducente rimangono così due mercati, da un punto di vista giuridico, rigidamente distinti, mentre

²⁴⁵ V. nota n. 8.

²⁴⁶ In tal senso, Iaione C., *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 230.

²⁴⁷ Soltanto la L.R. Liguria n. 33/2013, all’art. 17, co. 5, consente il subaffidamento di servizi di TPL a titolari di licenza taxi o di autorizzazione al noleggio con conducente, mentre l’art. 24, co. 5 bis, della L.R. Emilia Romagna n. 30/1998, stabilisce che “*Per l’esercizio dei servizi pubblici di trasporto locale gli enti competenti possono individuare modalità particolari di espletamento dei servizi di linea, da affidare, attraverso procedure concorsuali, alle imprese che hanno i requisiti per esercitare autoservizi pubblici non di linea o servizi di trasporto di persone su strada*”.

nella realtà economica sempre più spesso sono riscontrabili ambiti in cui le due attività si sovrappongono.

Si pensi ai servizi “navetta” che collegano centri commerciali, centri congressi, discoteche, parchi tematici, località turistiche etc., che difficilmente trovano collocazione nell’una o nell’altra attività.

Si pensi, ancora, alla specificità del servizio di trasporto scolastico che, sebbene, non venga svolto a favore di una collettività indifferenziata, e spesso è prestato senza un corrispettivo pagato direttamente dagli utenti, deve tuttavia essere qualificato come servizio pubblico locale a causa delle finalità sociali che, con questo, si realizzano²⁴⁸.

Su questo terreno, dunque, il legislatore regionale ha ancora spazio d’intervento.

²⁴⁸ In tal senso, tra le tante, Consiglio Stato, Sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7636 e Consiglio Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5100, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

CAPITOLO 3.

Le società del trasporto pubblico locale

1. Le società del trasporto pubblico locale emergenti dalla crisi: immagine di un settore in evoluzione. 2. Dall'obbligo di separazione contabile a quello di divisione societaria? 3. La parabola delle società a partecipazione pubblica nel trasporto pubblico locale; 4. Le limitazioni all'accesso al libero mercato liberalizzato per le società a partecipazione pubblica; 4.1. Evoluzione normativa. 4.2. L'approdo del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. 5. Le limitazioni all'accesso al mercato del servizio pubblico per i soggetti privati.

1. Le società del trasporto pubblico locale emergenti dalla crisi: immagine di un settore in evoluzione.

Nei capitoli precedenti si è cercato di smentire quella relazione identitaria tra l'attività di trasporto pubblico locale esercitata tramite autobus e il servizio pubblico, relazione che sacrifica in modo eccessivo la libertà d'impresa in questo settore.

Si è potuto così evidenziare come da un punto di vista normativo sussistano significativi spazi ove la libertà d'impresa può esplicarsi, seppure il rapporto dialettico con la presenza del servizio pubblico renda gli spazi lasciati al mercato spesso angusti e difficili da delimitare.

Nel presente capitolo, l'attenzione dal profilo oggettivo dell'attività, si sposterà a quello soggettivo dei soggetti economici che svolgono professionalmente l'attività di trasporto pubblico ed ai condizionamenti funzionali che derivano al loro agire, derivanti dall'esercizio di un'attività definibile di servizio pubblico.

Da un punto di vista soggettivo, dunque, un altro luogo comune deve essere messo in discussione, ossia la coincidenza tra operatori economici che svolgono il TPL e le società a partecipazione pubblica.

Un recente *report*²⁴⁹ di un'associazione di categoria evidenzia, infatti, una realtà più complessa.

Nel nostro paese operano nel TPL 988 imprese, di cui 116 società partecipate.

²⁴⁹ Report ASSTRA, *Le società partecipate nel trasporto pubblico locale e regionale*, 2016.

Le società partecipate producono l'84% del valore della produzione (circa 12,4 miliardi di euro), impiegano circa l'83% degli addetti (120.000 addetti totali) e trasportano il 90% dei passeggeri trasportati (5 miliardi annui).

Delle 116 società a partecipazione pubblica, 34 hanno un fatturato inferiore a 15 Mln di euro, 47 tra i 15 e i 50 Mln, 20 tra i 50 e i 100 Mln e soltanto 15 superiore ai 100 Mln.

Nell'ambito delle 116 aziende a controllo pubblico, 88 sono a totale partecipazione pubblica e le rimanenti 28 a partecipazione mista; nel 94% dei casi si tratta di società di capitali, mentre soltanto il 6% delle aziende ha una forma giuridica diversa (aziende speciali, consorzi, gestione in economia, associazioni temporanee di imprese).

Le società a partecipazione pubblica oltre al TPL svolgono spesso altre attività, come la gestione del servizio di sosta (32%) ed il trasporto tramite scuolabus (17,8%).

Da tali dati emerge che il settore è senza dubbio dominato dalle società a partecipazione pubblica, ma oltre ad esse esiste un numero considerevole di operatori privati che si trovano a produrre servizi di trasporto collettivo di persone tramite autobus proprio in quell'area grigia tra servizio pubblico e attività in concorrenza che *supra* si è cercato di definire.

Inoltre, non solo le società private sono un microcosmo di soggetti economici di piccole dimensioni, ma le stesse società a partecipazione pubblica hanno una grandezza limitata, ancora ben lontana da livello critico necessario per competere a livello europeo.

Infatti, nel corso degli anni '90 del secolo scorso, il mercato europeo del trasporto pubblico locale è stato caratterizzato da un intenso processo di concentrazione, che ha rafforzato la *leadership* di un numero ristretto d'aziende con forti connotazioni internazionali in grado, non solo di controllare i mercati nazionali di riferimento, ma anche di competere sul terreno internazionale, conquistando quote di mercato sempre più consistenti nei Paesi esteri²⁵⁰.

Non solo la maggior scala dimensionale delle aziende consente una loro competizione su scala continentale, ma l'aggregazione tra imprese può avere effetti benefici sulla stessa qualità dei servizi offerti e quindi sulla soddisfazione degli utenti del servizio.

²⁵⁰ È il caso, per esempio, delle società francesi RATP, Connex e Transdev e di quelle inglesi Arriva Group, National Express Group, Stagecoach Holdings.

È stato, infatti rilevato che *“Se si pensa all’integrazione tra imprese del trasporto pubblico regionale e locale anche esercenti diverse modalità (ferro e gomma) i benefici potrebbero venire, come minimo, dall’integrazione tariffaria, da una maggiore frequenza dei servizi (a parità di mezzi e personale) ottenibile tagliando i servizi che prima dell’aggregazione venivano svolti in sovrapposizione (come strumento di concorrenza tra le imprese mono-modalità), da un miglior cadenzamento dei servizi con integrazione degli orari e da una più rigorosa puntualità”*²⁵¹.

Negli ultimi anni i progressivi tentativi di creare soggetti imprenditoriali di maggiori dimensioni in grado di superare il così detto fenomeno del “nanismo municipalistico”, sembrano cominciare a dare i loro frutti.

Alcune spinte legislative²⁵², ma ancor di più la crisi economica, hanno consentito di ridurre il numero delle società a partecipazione pubblica dalle 160 del 2010 alle 116 del 2016 e la creazione anche nel nostro Paese del primo soggetto a vocazione nazionale ed internazionale²⁵³.

²⁵¹ Boitani A., Ramella F., *Competizione e aggregazioni nel TPL*, Paper Università Cattolica del Sacro Cuore, 5 luglio 2017, p. 41. Gli Autori sottolineano (pp. 42-43) che i *“Benefici derivanti dalla possibile riduzione dei costi unitari di produzione ottenibili grazie alle aggregazioni. Tali benefici, come è stato più volte sottolineato, possono derivare da economie di densità, economie di scala, economie di scopo. Col termine economie di densità ci si riferisce al fatto che, producendo una maggior quantità di servizi su una data infrastruttura, i costi unitari di produzione si riducono. (...) Le economie di scala propriamente intese si riferiscono a una situazione in cui un aumento equi-proporzionale di tutti gli output e della dimensione della rete genera una riduzione dei costi unitari di produzione. Le economie di scopo hanno origine in costi congiunti o comuni a più servizi. Generalmente, le economie di scopo possono sorgere se una compagnia effettua servizi merci e passeggeri utilizzando lo stesso personale e gli stessi depositi”*.

²⁵² A partire dal comma 393 dell’art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, che ha consentito alle regioni di differire il termine degli affidamenti diretti del TPL di due anni qualora le aziende affidatarie dirette avessero dato luogo a nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale ovvero alla costituzione di una società consortile, con predisposizione di un piano industriale unitario. Di recente, poi, i commi 611-612 dell’art. 1 della l. n. 190/2014 (legge di stabilità per il 2015), con l’obiettivo di ridurre il numero delle società partecipate, hanno posto l’obbligo, a carico degli enti proprietari, di presentare “piani operativi di razionalizzazione”, prevedendo altresì alcuni incentivi a vantaggio degli enti che si muovano in questa direzione.

²⁵³ Si tratta di Busitalia Sita Nord S.r.l., appartenente al gruppo Ferrovie dello Stato (FSI), la quale svolge servizi di TPL su gomma in molte Regioni con una quota di mercato nazionale di almeno il 6%, tramite l’acquisizione dell’intero capitale sociale di ATAF Gestioni, azienda di proprietà del Comune di Firenze che gestisce il servizio di TPL urbano, l’acquisizione della maggioranza del capitale sociale di Umbria Mobilità Esercizio, la sottoscrizione di un accordo di collaborazione con la società privata Autoguidovie Spa, la produzione di servizi di TPL nelle province di Padova e Rovigo attraverso la società Busitalia Veneto S.p.a., che è per il 55% di Busitalia e per il 45% di APS Holding. Di recente Busitalia ha fatto il

L'ulteriore circostanza che le società del TPL siano strutturalmente inefficienti e fonte di spreco di risorse pubbliche appare più che altro un luogo comune, mentre la realtà è più composita e territorialmente variegata.

Sicuramente la crisi economica degli ultimi anni ha colpito un settore debole come quello del trasporto pubblico locale in maniera dura e le aziende che già soffrivano di problemi endemici hanno visto aggravare i loro risultati di bilancio, sino a giungere all'incapacità di far fronte regolarmente ai propri debiti, allo stato d'insolvenza e quindi al fallimento²⁵⁴.

primo passo per diventare un *player* di livello europeo con l'acquisizione di Qbuzz, società olandese di servizi TPL, di proprietà di Abellio Nederland e controllata dalle ferrovie olandesi.

²⁵⁴ Molto dibattuta è stata la questione della fallibilità delle società *in house*. L'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione sin dalla sentenza n. 22209/2013 è stato quello favorevole all'assoggettamento delle società *in house* al fallimento, in considerazione del fatto che *“la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità”*; tale orientamento ha avuto conferma da ultimo nella sentenza della Suprema Corte n. 3196/2017 che ha trovato conforto, oltre che da argomenti di natura sistematica di cui al precedente citato, anche su solide basi di diritto positivo; in particolare, l'art. 1, comma 3, del D.lgs. n. 175 del 2016, ha stabilito con disposizione di portata generale che *“Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”*, mentre l'art. 14 ha esplicitato che *“Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e al D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 febbraio 2004, n. 39”*; sull'argomento cfr. Codazzi E., *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto della società*, atti V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori universitari di diritto commerciale —orizzonti del diritto commerciale — l'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi, Roma, 21-22 febbraio 2014; D'Attorre G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?*, in *Fall.*, 2010, p. 691 ss.; Fimmanò F., *Il fallimento delle “società pubbliche”*, in *Crisi di Impresa e Fallimento*, 18 dicembre 2013, in www.ilcaso.it; Fimmanò F., *Insolvenza dell'imprenditore “società pubblica”, gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, commento a Trib. Palermo, 20 ottobre 2014, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, p. 20257 ss; Fiorani L.E., *Società “pubbliche” e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 532 ss; Alecci S., *Assoggettabilità delle “società pubbliche” alle procedure concorsuali: le mobili frontiere tra socialità e profitto*, in *Dir. civ. cont.*, 5 gennaio 2015; Cervelli S., *Assoggettabilità a fallimento della società in house*, commento a Trib. Napoli Sez. VII, 29 maggio 2014, in *Dir. Fall.*, 2015, 1, 2066 ss; Mulazzani G., *Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Giu. Comm.*, 1, 2015, p. 135 ss; Codazzi E., *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1, 2015, p. 74 ss;

La CSTP, azienda della Mobilità di Salerno e provincia, è stata messa in amministrazione straordinaria, mentre sono fallite società come l'ACSM di Caserta, l'EAVBUS di Volturno e l'ATM di Alessandria. Per AMTS di Benevento, società *in house* che gestisce i servizi di TPL urbano, il Tribunale ha respinto la domanda di concordato e si va verso il fallimento.

Altre situazioni appaiono problematiche come l'AMT di Genova e l'ATAC di Roma che costituisce ancor oggi la principale azienda italiana di TPL e che è spesso indicata come paradigmatico caso di un settore irrimediabile.

In particolare, il fatturato 2013 di ATAC è risultato superiore agli 861 milioni di euro, ma soltanto 317 milioni provenienti da ricavi tariffari.

L'azienda perde mediamente oltre 200 milioni l'anno e versa in una situazione di dissesto finanziario, dato che il risultato di esercizio mostra un trend strutturalmente negativo poiché l'azienda dal 2003 non produce un bilancio in utile.

Ma il TPL italiano non è solo ATAC e le aziende altre fallite.

Per fare un esempio di una società a partecipazione pubblica di grandi dimensioni, ATM Spa, nel 2013 ha realizzato un fatturato superiore agli 822 milioni di euro, con un *trend* di crescita costante, dato che nel 2006 esso si attestava sui 670 milioni di euro; l'azienda ha avuto una gestione positiva negli ultimi otto anni, come mostra l'andamento tendenzialmente crescente dei principali indicatori di risultato.

Tra il 2013 ed il 2015 a livello aggregato le aziende del TPL pubbliche e private hanno registrato un aumento del valore della produzione dell'1,5%, in un contesto di crescita economica stagnante del Paese.

Nel triennio le imprese mostrano un tendenziale miglioramento della *performance* economico-finanziaria, migliorando i margini, i risultati, il valore della produzione per addetto e gli indicatori di redditività, mentre le situazioni critiche sono limitate ad un numero ristretto d'impres²⁵⁵.

La crisi è stata, quindi, un elemento di trasformazione del settore, che sta innescando non soltanto dinamiche negative, ma anche l'opportunità di ripensare sul piano oggettivo all'estensione del servizio pubblico e su quello soggettivo al ruolo dei soggetti pubblici in questo mercato.

²⁵⁵ Ricerca ASSTRA, *Le aziende del TPL: un valore per il Paese*, 2016.

Ma proprio l'emersione dalle nebbie della crisi di soggetti con spiccata attitudine imprenditoriale in cerca di nuovi mercati da conquistare per sfruttare economie di scala, di densità e di scopo, pone il problema della capacità di tali soggetti di operare contestualmente in mercati soggetti al regime di servizio pubblico e in quelli liberalizzati.

Come si è visto nei precedenti capitoli, la contemporanea presenza di un settore di attività fortemente regolamentato e di un contiguo settore liberalizzato crea dei vincoli giuridici allo svolgimento di quest'ultimo segmento di attività a difesa del servizio pubblico.

Altri vincoli sono posti da un punto di vista soggettivo per i soggetti che operano in entrambi i mercati.

Tali vincoli hanno una portata ben diversa a seconda che il soggetto che operi sia privato o una società a partecipazione pubblica.

Nel proseguo del lavoro, si andranno quindi ad analizzare partitamente quelli che sono i vincoli giuridici per i soggetti che gestiscono un servizio pubblico di operare in un mercato liberalizzato.

2. Dall'obbligo di separazione contabile a quello di divisione societaria?

Come si è visto, la possibile interferenza tra le attività di servizio pubblico e quelle di mercato è stata risolta dal legislatore, sia comunitario che nazionale, tramite lo strumento della separazione contabile tra attività oggetto di contribuzione pubblica e le altre prestate in regime di libertà d'impresa, mentre in qualche caso gli ordinamenti regionali hanno arricchito tale prescrizione con il divieto di utilizzo in attività "di mercato", di autobus acquistati anche solo in parte con denaro pubblico.

Tale condivisibile approccio è assolutamente neutro circa la qualificazione del soggetto che svolge l'attività di autotrasporto, risultando indifferente se esso sia o meno partecipato dalla pubblica amministrazione.

La dottrina ha messo in luce che la separazione contabile è sufficiente ad evidenziare la misura e la rilevanza dei fondi pubblici attribuiti alla società, nonché la commistione tra

questi e le risorse impiegate per competere nel mercato impedendo ogni investimento in grado di alterarne la posizione rispetto agli altri *competitors*²⁵⁶.

La sufficienza della separazione contabile è stata, tuttavia, a più riprese messa in discussione dall'AGCM.

L'Autorità Antitrust, con una serie di provvedimenti che costituiscono oramai una prassi consolidata²⁵⁷, ha evidenziato che l'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90 dispone che le imprese, le quali offrono servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono per l'adempimento degli specifici compiti loro affidati, devono agire attraverso società separate.

Inoltre, in base al successivo comma 2-*ter*, la costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo, in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-*bis*, sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità.

Nel caso dunque in cui una società svolga oltre ai servizi di interesse generale di trasporto pubblico locale di linea anche servizi in regime di libero mercato soggiacerebbe al regime di cui ai commi 2-*bis* e 2-*ter* dell'art. 8 della l. n. 297/1990.

In merito all'argomentazione addotta dalle società oggetto d'indagine, secondo le quali l'articolo 8 della legge n. 287/90 sarebbe inapplicabile al settore del TPL in quanto norma generale derogabile dalle norme speciali di settore che prevedono solo la separazione contabile, l'Autorità ha osservato che ai sensi di quanto disposto dalla normativa nazionale vigente in materia di TPL, in particolare il Decreto Legislativo n. 422/97, i servizi di trasporto pubblico regionale e locale – con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati - sono espressamente individuati e disciplinati quali “servizi di interesse economico generale”; conseguentemente, le imprese che li prestano risulterebbero soggette agli obblighi di cui al citato articolo.

²⁵⁶ Cammelli M., Dugato M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, 2008, p. 348.

²⁵⁷ AGCM provv. n. 24878, del 9 aprile 2014, “*SP151 - A.IR autoservizi irpini-servizi di trasporto interregionali di competenza statale*”; n. 24889 del 16 aprile 2014 “*SP131 - “Consorzio Prontobus-Arpa*”; n. 25322 dell'11 febbraio 2015 “*SP153 - Viaggi Di Maio-Servizi di Trasporto e di Noleggio*”; n. 26252 del 22 novembre 2016 “*SP158 - Alilaguna - servizi di trasporto pubblico locale nella Laguna di Venezia*”. Il G.A., peraltro, sull'interpretazione dell'art. 8, comma 2-*bis*, della l. 287/1990 non si è espresso, annullando talvolta i provvedimenti dell'AGCM ma per *errores in procedendo*, v. in tal senso T.A.R. Lazio, 04.07.2011, n. 5843,

Secondo l'AGCM priva di pregio risulterebbe altresì l'asserita presunzione di "cedevolezza" della norma nazionale rispetto alla specifica disciplina comunitaria in materia di TPL che, in base al regolamento (CE) 1370/2007, impone la misura della separazione contabile fra attività compensate e soggette ad obblighi di servizio pubblico ed altre attività.

A tale riguardo l'Autorità ha osservato che il legislatore nazionale non ha inteso sottrarre il settore in questione dall'applicabilità delle disposizioni di cui all'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, che hanno portata generale e risultano applicabili a tutti i settori economici.

D'altra parte, la norma nazionale di cui all'articolo 8, comma 2-*bis*, non si pone in contrasto con l'obbligo di separazione contabile previsto dal Regolamento comunitario n. 1370/2007 come una delle misure necessarie in materia di TPL.

L'articolo 8, infatti, prevede un obbligo "rafforzato" di separazione societaria che risulta pienamente compatibile con l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale in materia di servizi pubblici locali, secondo cui è legittimamente concesso al legislatore statale di imporre misure *pro* concorrenziali di natura trasversale e maggiormente rigorose di quelle previste da norme di armonizzazione comunitaria (Corte Costituzionale, sentenza n. 325/2010).

L'impostazione interpretativa seguita dall'AGCM, ha escluso dall'ambito applicativo dell'art. 8, comma 2-*bis*, le imprese che esercitano la gestione di servizi d'interesse economico generale ad esito di una procedura ad evidenza pubblica, ciò al fine di evitare che l'obbligo della separazione societaria sia dovuto nei casi in cui il rischio della sussidiatura incrociata non sussiste dato che il mercato è aperto alla concorrenza.

Di diverso avviso il Tribunale di Napoli, Sez. imp., Ord. n. 15344 del 22 settembre 2014²⁵⁸, che sulla medesima vicenda ha respinto un ricorso cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c. proposto da un'impresa concorrente, volto a inibire lo svolgimento di servizi di trasporto autorizzati in assenza di separazione societaria.

Il G.O. ha evidenziato che sotto il profilo soggettivo la società resistente non gestiva servizi d'interesse economico generale *per disposizioni di legge*, ma svolgeva servizi minimi di TPL sulla base di contratti di servizio.

²⁵⁸ Tribunale Napoli, Sez. imp., Ord. n. 15344 del 22.9.2014, in www.massimomalea.it

La disposizione del comma 2-bis richiede che l'impresa operi *per disposizioni di legge*, il che farebbe capire come non sia sufficiente un generico richiamo normativo alla fonte contrattuale, ma sarebbe necessaria una disposizione che precisamente individui il gestore dei servizi di interesse economico generale.

Secondo il Giudice partenopeo, del resto, un'interpretazione lata della disposizione come quella operata dall'AGCM, avrebbe l'effetto di produrre un'incontrollabile proliferare di società a partecipazione pubblica con impatto negativo sulla finanza pubblica ed in contrasto con lo spirito e la *ratio* della normativa comunitaria in tema di mera separazione contabile.

Sul tema è intervenuto il legislatore con l'art. 6 del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*".

L'art. 6, comma 1, dispone infatti che: "*le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività*".

La norma si applica a tutte le società pubbliche, ha il paradossale l'effetto di introdurre un'immotivata disparità di trattamento tra imprese a partecipazione pubblica e imprese a proprietà privata, anche in contrasto con il principio comunitario di neutralità della proprietà, di cui all'art 345 TFUE. Si tratta dell'ennesimo disallineamento del legislatore italiano rispetto a quello europeo che rischia di creare situazioni palesemente discriminatorie a favore delle imprese a partecipazione pubblica.

Come si è visto, l'idea di trasporto pubblico considerata nella sua sincreticità e complessità, come insieme di servizi che possono essere prestati, ora in regime di servizio pubblico, ora in regime di libero mercato, può essere economicamente credibile soltanto se si consente ad un unico soggetto, la società, di fare da centro di programmazione e gestione dei diversi servizi e di sfruttare in questo modo, le economie di scala, di scopo e di densità che derivano dalla loro gestione unitaria. L'obbligo di divisione societaria è in questo senso troppo penalizzate per i soggetti privati, che come sopra si è visto sono spesso piccole imprese, ai quali la norma impone sostanzialmente di scegliere tra un'attività di servizio pubblico e quella di mercato.

Per le società a partecipazione pubblica, invece, il semplice obbligo di separazione contabile previsto dal Testo Unico consente loro di avere una flessibilità tale da fagocitare i segmenti di mercato del trasporto collettivo di persone lasciati alla libera concorrenza, per cui si rischia il paradosso di una “pubblicizzazione” di un mercato come quello del noleggio con conducente e dei servizi autorizzati in cui storicamente i piccoli imprenditori privati hanno avuto una significativa presenza.

3. La parabola delle società a partecipazione pubblica nel trasporto pubblico locale

L’asimmetria normativa tra operatori privati e quelli a partecipazione pubblica che abbiamo evidenziato nel precedente paragrafo, ci porta a parlare delle società c.d. “pubbliche”, che in questo settore hanno sostanziato e ancora oggi significano, anche nell’immaginario collettivo, l’idea stessa di servizio pubblico di trasporto.

In ogni città italiana, il trasporto collettivo si identifica con l’acronimo dell’operatore che produce il servizio e con la livrea dei mezzi che le attraversano.

Il fenomeno della “societarizzazione” dei servizi pubblici è, tuttavia, fenomeno relativamente recente, complesso e non lineare²⁵⁹ anche con riferimento al settore del trasporto pubblico locale.

²⁵⁹ La dottrina ha raggiunto in materia almeno un punto di condivisione, seppure negativo, ossia l’oggettiva inesistenza di una categoria unitaria a cui tutte le “società pubbliche” possono essere ricondotte, per cui il diritto delle società a partecipazione pubblica diviene, anziché terreno del diritto comune, il campo dei diritti speciali e singolari. Nei confronti delle società partecipate dagli enti locali ci si muove ancora in un terreno di specialità e non di singolarità, dato che esse si trovano ad operare entro schemi delineati da disposizioni pur sempre dettate in via generale, perlomeno per tipologie normative. Nell’evoluzione legislativa si possono, così, riscontrare disposizioni che individuano il presupposto della fattispecie nella partecipazione, più o meno rilevante, dell’ente locale nel capitale sociale. Altre hanno riguardo al profilo funzionale, come nel caso delle società c.d. “strumentali” o quelle che gestiscono servizi pubblici locali. Altre ancora, sottendono alla loro applicazione l’esistenza di un particolare rapporto tra società e l’ente che le partecipa, come per le società c.d. “*in house*”. Infine, non mancano disposizioni che combinano questi profili, come nel caso di quanto previsto dall’art. 4, comma 8, del d.l. 95/2012, che ha stabilito che l’affidamento diretto di beni e servizi strumentali possa avvenire soltanto a favore di società c.d. “*in house*”. La specialità della disciplina a cui sono sottoposte le società partecipate dagli enti locali è riscontrabile anche nel Testo Unico di cui al D.lgs. n. 175/2016, che assoggetta integralmente questi soggetti al quadro ordinamentale previsto per le società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica o quotate, mentre l’art. 21 detta le norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali. Il regime di specialità e non di singolarità, dunque, permette di operare delle categorizzazioni, difficilmente ipotizzabili, per le c.d. “società legali”, ossia quelle costituite e spesso regolate dalla legge, frutto della potestà legislativa dello Stato e, più problematicamente, di quella delle Regioni, sottoposte a “statuti” non soltanto “speciali”, ma che la forza della legge può talvolta rendere

Infatti, quello dell'intervento pubblico nell'economia tramite soggetti di diritto privato è un terreno d'elezione dell'ormai secolare contrapposizione tra indirizzi ideologici le cui sfumature più intense considerano, da un lato, lo Stato un mero "guardiano notturno" la cui attività regolativa non deve ingerirsi con le dinamiche del mercato, lo "Stato minimo" che non deve diventare attore economico ma che è soltanto tenuto a "far rispettare i contratti ed a proteggere il popolo contro la forza, il furto e la frode"²⁶⁰, dall'altro quelli che, constatate le insufficienze, le disfunzioni e talvolta l'incapacità del mercato di perseguire l'interesse generale, ritengono necessario l'intervento diretto dei pubblici poteri nell'economia²⁶¹.

"singolari", derogatori cioè dei fondamentali principi di organizzazione e funzionamento delle società di capitale. In tal senso il Testo Unico fa salve proprio le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse. La letteratura in materia di società pubbliche è particolarmente copiosa. Cfr. Napolitano G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 999 ss; Montalenti P., *Le società a partecipazione pubblica. Spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 3, 2010, p. 10 ss; Ibba C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba - M.C. Malaguti - A. Mazzoni, Torino, 2011; Goisis F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; Renna M., *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; Chiti M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, 10, 2009, p. 1115 ss; Clarich M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, p. 261 ss; Del Gatto S., *Società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2014, p. 890 ss; Della Scala M. G., *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; Gruner G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, *Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; Ursi R., *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 116 ss; Pizza P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; Valaguzza S., *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012.

²⁶⁰ Questa è la concezione neoliberista affermata da Nozick R., in *Anarchy, State and Utopia* del 1974. Secondo l'A. ogni tipo di estensione diversa dello Stato viola i diritti della persona a non essere obbligata a fare certe cose ed è ingiustificata. Osserva G. Rossi, in *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in *Riv. Soc.*, 4, 2014, p. 753, che "La lontananza dei vari neoliberalismi dal liberalismo sta soprattutto nell'aver via via sostituito come principio fondamentale al regime di libertà il regime di mercato, facendone un regime di verità, come già aveva intuito Michel Foucault".

²⁶¹ Questo indirizzo di matrice socialista, trova importanti sostenitori anche nell'abito del liberalismo. Su tutti, si pensi a Keynes J.M., che nel famoso saggio: *Am I a Liberal?* del 1925, ricordava come "La transizione dall'anarchia economica a un regime che mira deliberatamente al controllo e alla direzione delle forze economiche nell'interesse della giustizia e della stabilità sociale presenterà difficoltà enormi sia tecniche, sia politiche. Ritengo tuttavia che il vero destino del nuovo liberalismo consista nel tentare di risolverle".

Sono nate così le categorie dello “Stato imprenditore”²⁶², dello “Stato gestore” e più di recente, dello “Stato regolatore”²⁶³.

I momenti di profonda crisi economica hanno spesso segnato l’occasione di ripensamento dei paradigmi sino a quel momento affermati a favore di un diverso equilibrio tra Stato e mercato.

L’andamento pendolare delle ideologie prevalenti ha dato origine, sul piano organizzativo, ad incisive riforme dell’apparato amministrativo e delle modalità d’intervento dei pubblici poteri nell’economia.

Ciò nel nostro Paese è particolarmente evidente in alcuni momenti di crisi come quella seguita alla grande depressione del 1929, la crisi valutaria del 1992 e quella recente da sovraindebitamento del 2008.

Singolarmente, le riforme non hanno seguito la stessa traiettoria nell’ordinamento statale e in quello degli enti locali, tanto che nei due livelli istituzionali le politiche pubbliche appaiono talvolta disomogenee e differenziate, quasi da configurare, consapevolmente o meno, un doppio binario d’intervento.

Un primo riscontro si può trovare negli interventi normativi conseguiti alla crisi del 1929, che ha avuto profonde conseguenze anche nel nostro Paese a seguito dell’intreccio azionario tra il sistema bancario nazionale e le grandi imprese industriali. La risposta del regime fascista fu *in primis* l’assoggettamento ad autorizzazione del Governo delle iniziative economiche dei privati²⁶⁴ e, poco dopo, l’istituzione dell’IRI, Istituto per la ricostruzione industriale²⁶⁵, che assunse il controllo delle principali banche e delle imprese industriali in crisi.

²⁶² Con riguardo al nostro Paese v. Cianci E., *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977. Per la riscoperta di un ruolo strategico della presenza imprenditoriale dello Stato v. Mazzucato M., *Lo Stato innovatore*, Bari, 2014, secondo cui è lo Stato, nelle economie più avanzate, a farsi carico del rischio d’investimento iniziale all’origine delle nuove tecnologie. È lo Stato, attraverso fondi decentralizzati, a finanziare ampiamente lo sviluppo di nuovi prodotti fino alla commercializzazione. E ancora: è lo Stato il creatore di tecnologie rivoluzionarie come quelle che rendono l’iPhone così ‘smart’: internet, touch screen e gps. Ed è lo Stato a giocare il ruolo più importante nel finanziare la rivoluzione verde delle energie alternative.

²⁶³ Si veda per questa evoluzione il saggio di La Spina A. e Majone G., *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000.

²⁶⁴ Legge 12 gennaio 1933, n. 141.

²⁶⁵ Istituito con la r.d.l. 23 gennaio 1933, n. 5.

Nasceva così il sistema delle partecipazioni statali che aveva come cardine istituzionale l'ente pubblico economico²⁶⁶, una sorta di cerniera tecnica frapposta tra lo Stato e le sue partecipazioni azionarie, una forma di dissociazione tra lo statuto pubblicistico dell'organizzazione e quello privatistico dell'attività²⁶⁷.

La creazione di questo “Giano bifronte” trovava la propria ragione dogmatica in una sorta di “*contrasto ontologico fra Stato e società per azioni: questa appartenendo al diritto privato, al regime giuridico degli interessi individuali e degli scopi lucrativi; quello al diritto pubblico, alla tutela di interessi che sovrastano e dominano l'economia*”²⁶⁸.

Con la Costituzione repubblicana l'ente pubblico economico non solo mantenne il ruolo di strumento di supporto e integrazione dell'economia privata, ma divenne un tassello essenziale della politica di programmazione economica²⁶⁹.

A livello locale, invece, l'ente pubblico economico non penetrò nel tessuto

²⁶⁶ Rileva Irti N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. Soc.*, 1993, p. 474, che: “Il primo quarantennio del dopoguerra è dominato dalla figura dell'ente pubblico economico. Cioè, da un istituto giuridico: che non conosce né capitale di rischio né scopo lucrativo né distribuzione di utili, ma soltanto fondi di dotazione erogate dall'autorità politiche; che rinnova il lacerante dissidio tra interesse pubblico generatore di controlli e di direttive ministeriali, ed attività economica; che, obbedendo a vincoli di efficienza o di economicità, introduce vincoli ed oneri impropri. Che, sottraendosi al fallimento ed alle altre procedure concorsuali, altera la parità della competizione economica e immette nel mercato elementi di anomalia e di eccezionalità. Insomma, Stato imprenditore sì, ma non stato azionista”. Rileva Rossi Giampaolo, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comm.*, 1, 2014, p. 39 che “Dovendo il sistema rispondere a due diverse esigenze: dell'interesse pubblico, che ne giustificava l'esistenza, e della autonomia e flessibilità della gestione imprenditoriale, le formule organizzative univano le due esigenze con la formula dell'ente pubblico economico e della sua variante dell'“ente di gestione”, nella quale il profilo pubblicistico e quello economico-privatistico si accompagnavano e congiungevano senza confondersi. Da un lato l'indiscussa natura pubblica dell'ente lo corredeva dei profili pubblicistici che vi sono connessi (come la sottoposizione a un potere di controllo e di indirizzo, attraverso le “direttive”, l'impossibilità di fallimento e il regime dei beni destinati al servizio, connessi al suo carattere “necessario”), dall'altro il carattere privatistico della attività e dei rapporti di impiego e con i terzi”.

²⁶⁷ Ottaviano V., *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, rileva che “Perché si abbia ente pubblico economico, allora, dovrà dirsi che lo stesso deve essere organizzato in modo da soddisfare al principio di economicità e che deve produrre beni per il mercato in modo da sottostare al rischio conseguente”.

²⁶⁸ Irti N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, cit., p. 468.

²⁶⁹ Montalenti P., *Le società a partecipazione pubblica. Spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 3, 2010, p. 10 ss. V., per esempio, l'art. 3, della l. 22 dicembre 1956, n. 1589 che ha istituito il Ministero delle Partecipazioni statali e l'art. 3, n. 10, della l. 6 dicembre 1962, n. 1643 che ha nazionalizzato l'energia elettrica tramite l'istituzione dell'Enel.

ordinamentale di comuni e province se non tardivamente²⁷⁰, mentre fu l'azienda speciale il principale attore d'intervento diretto nell'economia sin dalla legge comunale e provinciale del 1903²⁷¹.

Tale strumento trovò duratura collocazione sistematica nel r.d. n. 2578 del 15 ottobre 1925, il quale rappresentò per decenni, anche dopo la caduta del regime fascista, la disciplina fondamentale della materia.

Attraverso questo modulo organizzativo si combinava l'organizzazione amministrativa con la gestione di un servizio secondo logiche imprenditoriali, *“inserendo l'azienda, elemento costitutivo dell'impresa, nell'organizzazione amministrativa, attribuendole lo status di organo dell'ente”*²⁷².

Da un punto di vista dell'organizzazione, le aziende municipali erano disciplinate da regolamenti amministrativi, non avevano personalità giuridica, per cui le eventuali passività erano imputate alla responsabilità patrimoniale del comune, erano governate da una commissione eletta dal consiglio comunale ed avevano come organo esecutivo un direttore nominato dalla commissione a seguito di un concorso pubblico.

Come attore economico, invece, l'art. 2, co. 3, del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, concedeva loro un'ampia capacità negoziale.

Infatti, la disposizione stabiliva che *“le aziende speciali hanno la capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine”*, cioè l'erogazione del servizio loro direttamente assunto.

Se tale modalità organizzativa nel corso della Grande crisi si rivelò del tutto adeguata alla finalità di un controllo dirigistico di un fenomeno in piena espansione come quello della municipalizzazione dei servizi pubblici, ben presto l'innesto dell'azienda nell'organizzazione amministrativa portò al rigetto di tale ibridazione.

La regolamentazione amministrativa portava, infatti, ad un inevitabile burocratizzazione dei processi decisionali dell'impresa, mentre la limitazione della capacità giuridica ne circoscriveva la possibilità di svolgere attività economica sia sotto il profilo funzionale,

²⁷⁰ Soltanto con l. 8 giugno 1990, n. 142, sul nuovo ordinamento delle autonomie locali, infatti, il legislatore attribuì alle aziende speciali la personalità giuridica trasformandole in “enti strumentali dell'ente locale”, ossia in enti pubblici economici.

²⁷¹ Si tratta della cd. legge Giolitti n. 103 del 29 marzo 1903 che rappresentò per il Regno dell'Italia la prima normativa *“Sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni”*.

²⁷² Merusi F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1, 2004, p. 38.

che territoriale²⁷³.

Si è assistito, quindi, a quel fenomeno che è stato descritto come “fuga dalla municipalizzazione”, con la costituzione di società di capitali.

Ben presto, infatti, i comuni hanno sperimentato che la costituzione di una società di capitali comportava un procedimento costitutivo più semplice di quello dell’assunzione diretta del servizio pubblico tramite l’azienda speciale, con inoltre il vantaggio di una maggiore efficienza e duttilità operativa.

Ulteriori vantaggi erano, poi, rappresentati dalla maggiore facilità d’accesso al credito e alla possibilità di svolgere attività oltre ai confini territoriali dell’ente locale, potendo quindi svolgere attività *extra moenia*²⁷⁴.

Infatti, la naturale apertura del capitale delle società all’apporto partecipativo di una pluralità di soggetti, consentiva agli enti territoriali di gestire unitariamente un servizio su scala extraterritoriale, superando in tal modo la criticità della mancata coincidenza tra l’area dell’utenza servita e quella della competenza amministrativa dell’ente.

Inoltre, la personalità giuridica delle società locali consentiva loro di presentarsi agli enti creditizi con un proprio patrimonio, distinto da quello dell’ente socio, portato a garanzia delle linee di credito richieste.

L’affermarsi del fenomeno societario si è sviluppato sul terreno della fattualità, dato che non si poteva riscontrare una vera e propria base normativa né che consentisse, né che vietasse agli enti locali di partecipare a tali enti e neppure l’argine posto dalla giurisprudenza amministrativa²⁷⁵ riuscì a limitare l’onda lunga del diritto privato che

²⁷³ La giurisprudenza prevalente riteneva, infatti, che l’azione e le spese degli enti locali dovevano essere indirizzati alla salvaguardia dell’interesse della collettività amministrata entro i limiti territoriali della circoscrizione dell’ente locale di riferimento.

²⁷⁴ Secondo Resta D., *Profili giuridici delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *TAR*, 1983, II, p. 215, la società a partecipazione comunale ha avuto un’ampia diffusione data la sua capacità ad “eliminare le lacune legislative riguardanti la municipalizzazione di pubblici servizi, a soddisfare la necessità di creare nuovi strumenti finanziari per far fronte alle nuove e accresciute esigenze economiche degli enti locali ed a rendere più effettiva la collaborazione tra soggetti pubblici e tra soggetti pubblici e privati”.

²⁷⁵ Cons. Stato, sez. I, par. 6 marzo 1956, n. 373, in *Riv. amm.*, 1957, p. 284, secondo cui non possono “essere conseguiti nelle forme del diritto privato fini pubblici per i quali la legge pone a disposizione degli enti interessati solo mezzi di diritto pubblico”. In dottrina v. Giannini M.S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1956, p. 617 e ss.; adesivo con l’orientamento del Consiglio di Stato, Miele G., *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Il diritto dell’economia*, 1958, p. 1134 ss., mentre critico De Valles A., *In tema di azionariato comunale*, in *Studi in onore di Silvio Lessona*, I, Bologna, 1963, p. 247 ss.

ormai aveva valicato i confini dell'organizzazione amministrativa.

Si assistette, quindi, a partire dagli anni '60 del secolo scorso ad un fiorire un variegato e territorialmente differenziato di società²⁷⁶.

In prima battuta il soggetto societario venne utilizzato per la costruzione di infrastrutture di particolare importanza, con funzione strumentale alla pianificazione urbanistica e territoriale.

Successivamente, la società divenne un vero e proprio pilastro dello sviluppo economico locale e per il reperimento delle risorse e l'aggregazione della domanda proveniente dai privati e soprattutto per la gestione dei servizi pubblici locali²⁷⁷.

Tale parabola è stata seguita anche nel settore del trasporto pubblico.

Infatti, anche la l. n. 151/1981, la legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali, che ha costituito il primo intervento organico di riforma del settore, all'art. 4, tra le forme di gestione riproponeva quelle classiche già previste dal T.U. del 1925, ossia in economia, mediante aziende speciali e da ultimo in regime di concessione.

Ma proprio per questa terza forma di gestione, il legislatore prevedeva ambiguamente che *“Le concessioni sono accordate alle aziende pubbliche e private”*, con ciò lasciando spazio allo stesso ente locale di affidare il servizio di trasporto pubblico tramite concessione ad un soggetto soggettivamente distinto da sé, ma controllato tramite la partecipazione societaria.

In questo quadro di sostanziale deregolamentazione, quindi, nel quale i comuni potevano liberamente esplicare la loro generale capacità di diritto privato, si sviluppò quello che è stato definito il *“capitalismo municipale”*.

²⁷⁶ Osserva a tal proposito Cammelli M., *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, Rimini, 1989, p. 33-34: *“Il forte squilibrio tra esperienza di s.p.a. locali al centro-nord rispetto alle aree del Mezzogiorno non è dovuto solo a ragioni di sviluppo più ritardato ma anche alla presenza ed all'azione degli apparati della Cassa del Mezzogiorno e degli enti a questa collegati, che hanno in qualche modo assorbito con le proprie iniziative una quota (forse non trascurabile) delle esigenze che altrove hanno condotto alla soluzione societaria”*.

²⁷⁷ In tal senso, Cammelli M., *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, cit., p. Lo stesso A. evidenzia ID., *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Annali*, V, p. 2012, *Proprio il settore dei servizi pubblici erogati a livello locale ha rappresentato il campo di intervento pubblico rispetto al quale maggiormente si è fatto ricorso al modello societario, considerato che la natura di tali attività più di ogni altra si presta ad essere organizzata e svolta attraverso diverse tipologie di società*.

Fino agli anni '90 del secolo scorso due, dunque, sono state le direttrici dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia, l'una a livello nazionale ove si affermarono e si rafforzarono i grandi enti pubblici economici, l'altra a livello locale ove si diffuse un variegato sistema che vedeva la compresenza di aziende speciali e società di capitali. Se, gli strumenti giuridici utilizzati sono stati diversificati, tuttavia, unitario è stato il loro diffuso utilizzo nella prassi, per cui l'intervento pubblico nel periodo tra gli anni '30 e gli anni '90 del secolo scorso si è rivelato pervasivo sia livello nazionale che locale, tanto che alcuni hanno parlato per l'Italia di un'economia "mista".

Nel settore del TPL, in realtà, in un primo tempo con la Legge 28 settembre 1939, n. 1822, l'intervento pubblico si concentrò nell'ambito dei servizi urbani, mentre il servizio extraurbano era gestito inizialmente da imprese private che erano in grado di raggiungere il pareggio di bilancio anche in assenza di contribuzione pubblica.

Questo equilibrio venne spezzato nel corso degli anni '50 del secolo scorso quando, con il cd. "miracolo economico", si assistette allo sviluppo e diffusione della motorizzazione privata, per cui anche le aziende dell'extraurbano cominciarono a richiedere l'intervento pubblico non essendo più in grado di raggiungere il pareggio di bilancio.

Tale fenomeno si è aggravato nei successivi anni '60 e '70 con l'aumento dei costi di produzione del servizio dovuti al costo del lavoro e del carburante, con le tariffe rimaste sostanzialmente stabili e con la sempre più diffusa concorrenza del trasporto privato. Ecco dunque il fallimento del mercato ed il conseguente abbandono dell'imprenditoria privata dal settore, dato che l'esercizio anche delle linee extraurbane diventò scarsamente remunerativo, per cui l'intervento pubblico diretto divenne quasi l'unica modalità di produzione del servizio²⁷⁸.

All'inizio degli anni '90 del secolo scorso tale paradigma entrò in crisi ed il pendolo oscillò stavolta verso l'affermarsi dell'indirizzo ideologico neoliberista che vedeva nella de-statalizzazione dell'economia uno dei suoi capisaldi concretamente declinato attraverso una massiccia campagna di privatizzazione delle imprese pubbliche che prima ha interessato il mondo anglosassone, per poi investire anche l'Europa continentale²⁷⁹.

²⁷⁸ Cfr. Polidori G., *Aspetti economici del trasporto pubblico locale e loro evoluzione*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, a cura di Bucci O., Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17 e ss.

²⁷⁹ Per un bilancio sulle privatizzazioni degli anni '90 Torchia L., *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, a

Nel nostro Paese tale svolta è stata favorita dal progressivo inserimento nell'ordinamento italiano di quello comunitario, che muove dal riconoscimento da parte della Corte Costituzionale del primato del diritto comunitario, dall'introduzione della legislazione antitrust, dalla giurisprudenza, anche interna, in materia di aiuti di Stato.

Orbene se l'onda lunga delle privatizzazioni, ossia in prima battuta la trasformazione dell'ente pubblico in un soggetto di diritto privato e la successiva alienazione delle partecipazioni in mano pubblica²⁸⁰, ha investito i grandi enti pubblici nazionali²⁸¹, ben altro impatto ha avuto nell'ambito locale, ove tale processo ha solo lambito l'arcipelago delle aziende speciali e delle società locali.

Invero, anche in quegli anni si assistette a un'espansione dell'intervento municipale nell'economia locale, con un processo di graduale trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali, per cui il processo di privatizzazione si è sostanzialmente fermato al primo passo della privatizzazione formale.

Tale fenomeno è particolarmente evidente nel settore del trasporto pubblico locale. L'art. 18, comma 3, del D.lgs. n. 422/1997, come modificata dal D.lgs. n. 400/1999, ha previsto, infatti, che le regioni e gli enti locali incentivassero il riassetto organizzativo attraverso la trasformazione, entro e non oltre il 31 dicembre 2000, delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali, ovvero in cooperative a responsabilità limitata, anche tra i dipendenti, o l'eventuale frazionamento societario derivante da esigenze funzionali o di gestione.

cura di Cammelli M. e G. Sciullo, *Quaderni della Spisa*, Rimini, 2004 e Napolitano G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Regole, concorrenza e mercato*, 2003, n. 3, pp. 543-544.

²⁸⁰ Sul tema v. Di Gaspare G., *Privatizzazioni. Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, ad vocem, 1; Cassese S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1996, 581; Amato G., *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in www.astridonline.it.

²⁸¹ Il 5 dicembre 1991 il governo Amato ha emanato il d.l. n. 386 denominato "Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica", successivamente convertito nella l. 29 gennaio 1992, n. 35, che può essere considerato l'atto che ha dato l'avvio al processo di privatizzazione. Successivamente con il d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito in legge dalla 8 agosto 1992, n. 359 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), si dispose la trasformazione di IRI, ENI, INA, ENEL in società per azioni sulla base di deliberazioni del CIPE, qualunque fosse il settore di attività degli enti. Con riferimento agli interventi volti alla privatizzazione sostanziale degli enti pubblici nazionali va ricordata la delibera del Consiglio dei Ministri del 30 dicembre 1992, con cui si conferma la decisione di dismettere le partecipazioni detenute da IRI ed ENI in alcune delle società da essi controllate, e la direttiva del CIPE pubblicata in G.U., 4 febbraio 1993, n. 28, che conteneva gli indirizzi in materia di processi di dismissione.

La disposizione, prevedeva altresì un potere sostitutivo in caso d'inerzia, demandando a provvedere al sindaco o al presidente della provincia nei successivi tre mesi.

Il grado di effettività della norma era, infine, blindato da un meccanismo di ulteriore superamento dell'eventuale inerzia anche dei poteri sostitutivi di primo livello, attraverso la previsione che la regione procedesse all'affidamento immediato del servizio mediante le procedure concorsuali.

Si può dire che il processo trasformativo previsto dalla norma, grazie anche alla previsione di poteri sostitutivi di duplice livello, è stato sostanzialmente attuato, anche se non sempre entro le tempistiche previste dal legislatore e questo perché, come sopra si è visto, lo strumento dell'azienda speciale risultava obsoleto, mentre quello della società appariva offrire sicuri vantaggi funzionali ed operativi.

Ma lo stesso comma conteneva un'altra previsione normativa, rimasta sostanzialmente lettera morta.

Infatti si prevedeva che delle società frutto di trasformazione, l'ente titolare del servizio potesse restare socio unico per un periodo non superiore a due anni.

In questo modo, seppure in forma embrionale, si dava un impulso, se non all'avvio di una privatizzazione sostanziale, almeno all'apertura del capitale delle società trasformate a soggetti comunque esterni all'ente locale proprietario e titolare del servizio.

La sostanziale cristallizzazione delle posizioni monopolistiche in capo alle società a partecipazione pubblica frutto della trasformazione, è stata sancita dall'originaria formulazione dello stesso comma 3 del D.lgs. n. 422/1997 che prevedeva che le regioni potessero prevedere un regime transitorio, non superiore a cinque anni, nel quale era consentito l'affidamento diretto dei servizi.

La disposizione, stabiliva altresì, che trascorso il periodo transitorio, i servizi relativi sarebbero stati affidati tramite procedure concorsuali lasciando spazio anche nella gestione del servizio pubblico all'eventuale iniziativa del privato.

Tuttavia, se rientra nella fisiologia la previsione di una fase interinale in un processo riformatore tanto significativo, ben presto, il suo continuo procrastinarsi ha sostanzialmente paralizzato uno degli aspetti più significativi della riforma²⁸².

²⁸² Già con riferimento all'originaria previsione dell'art. 18 del D.lgs. 422/1997 l'AGCM, nel parere AS125 sopra citato, evidenziava criticamente che: *“Al riguardo, occorre rilevare che la previsione di una*

In tal senso è eloquente considerare che il termine finale del periodo transitorio, fissato dal D.lgs. 400/1999 nel 31 dicembre 2003, è slittato al 31 dicembre 2007²⁸³, con la

fase interinale di durata quinquennale non appare giustificata. In effetti, in numerosi casi non vi sono costi irrecuperabili ed in altri il periodo è largamente superiore a quello necessario per recuperare i costi eccedenti e rischia di determinare un duraturo ed immotivato vantaggio concorrenziale a favore degli operatori già presenti sul mercato, soprattutto se l'esperienza nel settore dovesse assurgere a criterio preferenziale in sede di gara, a prescindere dal contenuto economico e qualitativo dell'offerta. Il rischio del consolidamento delle situazioni esistenti risulta tanto più evidente se si considera che dall'analisi delle esperienze rilevate su un campione di trenta Comuni in dieci Regioni italiane emerge una netta preferenza degli Enti locali nei confronti degli operatori già presenti sul mercato, sicché la scelta del soggetto cui affidare lo svolgimento del servizio si è conclusa nel 45% dei casi con un rinnovo dei rapporti già in essere (La concessione nei servizi pubblici locali, CISPEL, cit.). Se non si vuole vanificare nei fatti il disegno di riforma in senso concorrenziale del trasporto pubblico locale è necessario limitare il regime transitorio ad un periodo non superiore a tre anni e assicurare che non sia assegnata alcuna preferenza agli operatori già presenti sul mercato nell'assegnazione dei servizi”.

²⁸³ Di seguito sono elencate le disposizioni che hanno comportato il differimento della scadenza del periodo transitorio: l'articolo 11, comma 3, della legge n. 166 del 2002, cd. “collegato infrastrutture e trasporti”, ha stabilito la possibilità per le regioni spostare il termine del 31 dicembre 2003 di un biennio; successivamente, l'art. 22 del d.l. 24 dicembre 2003, n. 355, convertito dalla l. 27 febbraio 2004, n. 47, ha previsto il mantenimento, fino al 31 dicembre 2004, in capo agli attuali concessionari dell'affidamento dei servizi ferroviari di interesse regionale e locale per i quali non fosse stato raggiunto almeno il rapporto del 35 per cento tra ricavi e costi; per i soli servizi automobilistici, l'art. 23 del medesimo d.l. ha rinviato al 31 dicembre 2005 il termine del periodo transitorio fissato dall'articolo 18, comma 3-bis, del D.lgs. 422/1997; ancor più articolato è quanto disposto dai commi 393 e 394, dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006). In particolare il comma 394 ha spostato alla data del 31 dicembre 2006 (il comma 2bis della legge 23 febbraio 2007, n. 17, ha modificato tale data nel 31 dicembre 2007) il termine massimo entro il quale le regioni avevano la facoltà di mantenere tutti gli affidamenti agli attuali concessionari dei servizi di trasporto pubblico locale, mentre, ai sensi del comma 393, la durata del periodo transitorio poteva essere prorogata dalle regioni agli attuali esercenti di ulteriori 2 anni (il periodo di un anno originariamente previsto dal comma 393 è stato portato a due anni dall'art. 3, comma 2bis, della legge 23 febbraio 2006, n. 51), se si fosse realizzata una delle condizioni di seguito enunciate: a) nel caso di aziende partecipate da regioni o enti locali, che, entro il 31 dicembre 2006, fosse avvenuta la cessione, mediante procedure ad evidenza pubblica, di almeno il 20% del capitale sociale ovvero di almeno il 20% dei servizi eserciti a società di capitali, anche consortili, nonché a cooperative o consorzi, purché non partecipate da regioni o da enti locali; b) che, entro il suddetto termine del 31 dicembre 2006, si fosse dato luogo ad un nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale ovvero alla costituzione di una società consortile, con predisposizione di un piano industriale unitario, di cui fossero soci almeno due società affidatarie di servizi di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale. Le società interessate dalle operazioni di fusione o costituzione di società consortile avrebbero dovuto operare all'interno della medesima regione ovvero in bacini di traffico uniti da contiguità territoriale, in modo che tale nuovo soggetto unitario fosse risultato affidatario di un maggiore livello di servizi di trasporto secondo parametri di congruità individuati dalla regione. Le successive proroghe degli affidamenti hanno avuto come base normativa lo stesso Regolamento (CE) 1370/2007 che ha previsto a sua volta un periodo transitorio con scadenza il 3 dicembre 2019, e sono state attuate dal legislatore nazionale tramite l'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, che ha stabilito che 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, par. 2, 4, 5 e 6, e di cui all'articolo 8, par. 2, del Regolamento (CE) 1370/2007.

possibilità, dettata dal comma 393 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per le regioni di differire ancora detto termine di ulteriori due anni qualora le aziende affidatarie dirette avessero rispettato le condizioni indicate dalla norma.

In particolare, per beneficiare di detto differimento, le aziende pubbliche avrebbero dovuto procedere alla cessione di almeno il 20% del capitale sociale ovvero il 20% dei servizi esercitati.

Lo stesso beneficio avrebbero conseguito le aziende che avessero dato luogo a nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale ovvero alla costituzione di una società consortile, con predisposizione di un piano industriale unitario²⁸⁴.

Si tratta di strumenti che avevano come obiettivi²⁸⁵, da un lato, l'introduzione di una parziale apertura a soggetti privati di quei mercati in mano al monopolista pubblico, dall'altro la creazione di soggetti imprenditoriali di maggiori dimensioni, in grado di competere anche per l'affidamento dei servizi di grandi reti di trasporto, cercando così di superare il fenomeno del cd. "nanismo municipalistico" che connota le nostre aziende.

Il terzo momento significativo che viene in rilievo è la crisi da sovraindebitamento del 2008, in cui il *focus* si è decisamente spostato sul sistema delle società locali e in questo caso l'indirizzo è stato quello della razionalizzazione e della dismissione delle partecipazioni.

La tempesta finanziaria che ha colpito l'Italia in quel periodo ha innescato un inevitabile processo di trasformazione dettato dall'urgenza di fornire delle risposte tempestive alle pressanti richieste di organismi internazionali e mercati finanziari²⁸⁶.

Ciò ha comportato, la necessità per i Governi che si sono succeduti in quegli anni di far ricorso ad una decretazione d'urgenza, spesso poco coerente e di difficile interpretazione, che in alcuni casi ha dettato prescrizioni tanto rigorose e stringenti da

²⁸⁴ Sul punto v. Tassarolo C., *Il nuovo regime del periodo transitorio nel settore del trasporto pubblico locale (art. 1, c. 393 e 394, l. 23 dicembre 2005, n. 266)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2006; Vigneri A., *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d. l. 30 dicembre 2005 n. 273*, in *ASTRID-Rassegna*, 1/2006.

²⁸⁵ Dugato M., in *Beni e servizi pubblici nelle leggi finanziarie*, cit., secondo cui si tratta di strumenti "Di sostanziale impulso della concorrenza e di razionalizzazione degli ambiti ottimali di gestione dei servizi di trasporto pubblico locale".

²⁸⁶ Si ricorda che il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 è stato adottato a seguito della lettera della BCE al Governo italiano del 5 agosto 2012.

essere, sul piano fattuale, poco realistiche e che hanno rischiato d'inserirsi in modo assai problematico nel tessuto costituzionale²⁸⁷.

Emblematico in questo senso è stato il Programma di razionalizzazione delle partecipate locali del Commissario straordinario per la revisione della spesa, pubblicato il 7 agosto 2014.

Questo Programma, che ha avuto l'indubbio merito di mettere al centro del dibattito pubblico il tema delle "partecipate locali" fornendo un'analitica rappresentazione quantitativa e qualitativa del fenomeno, ha adottato criteri prettamente aziendalistici per valutare l'andamento di tali soggetti.

La fotografia che ne è emersa è quella nota, ossia di un numero pletorico di società con andamenti fortemente deficitari, soprattutto per quelle che svolgono attività e servizi a spiccato contenuto sociale come i TPL.

Le conclusioni sono state quanto mai lineari, laconiche e conformi all'*idem sentire* dell'opinione pubblica, ossia che "*Che esistono elevati costi per la finanza pubblica e per la collettività in generale derivanti dalle inefficienze delle partecipate*"²⁸⁸, con la conseguente proposta di razionalizzazione e dismissione delle partecipazioni.

Anche la magistratura contabile ha evidenziato che la gestione delle società partecipate è divenuta un nodo cruciale nel coordinamento della finanza pubblica anche a causa dell'incapacità dimostrata dal legislatore di elaborare un sistema normativo idoneo a fronteggiare la criticità della situazione²⁸⁹.

L'immagine descritta rappresenta efficacemente la degenerazione che ha coinvolto le società a partecipazione pubblica locale negli ultimi anni, ma rischia di restituire una rappresentazione eccessivamente semplificata di un fenomeno in cui la dimensione dell'interesse pubblico non può essere elisa e descritta da un dato meramente contabile.

²⁸⁷ Rileva Siclari D., *Il guazzabuglio in tema di costituzione e mantenimento delle società pubbliche*, in *Dir. ec.*, 2, 2012, p. 12 ss, che "*Il prismatico scenario che ne è emerso, contrassegnato da un'eterogenea e magmatica regolamentazione, ha dato vita ad una vera e propria "nomorrea"; vale a dire, ad una sovrapproduzione normativa di per sé generatrice di un "caos regolativo", accompagnata dalla persistente assenza di un criterio di raccordo volto a discernere tra tipologie strutturalmente e soggettivamente diversificate. La "nomorrea" è così diffusa da rendere difficile parlarne ancora in termini di eccezionalità o di patologia; e, del resto, la situazione non è molto diversa negli altri ordinamenti paragonabili all'italiano. [...]. Così, a partire dalla legge finanziaria per il 2008, il tentativo di connotare in termini di crescente "specialità" la disciplina in esame ha consegnato ad un regi- me asimmetrico dell'impresa pubblica rispetto a quella privata*".

²⁸⁸ Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, del 7 agosto 2014, p. 6.

²⁸⁹ Sezione Autonomie, delibera n. 15/SEZAUT/2014/FRG.

Infatti, lo stesso risultato d'esercizio è condizionato dai complessivi rapporti, da un lato, tra la società e l'ente locale e, dall'altro, tra la società e il mercato in cui si trova ad operare.

Un risultato economico negativo può essere frutto non solo d'inefficienza, ma anche dello svolgimento di attività o servizi non remunerativi, il cui costo sia sottostimato dall'ente committente, ovvero determinato dall'impossibilità per la società partecipata di esplicitare liberamente la propria libertà d'impresa nel mercato.

A ben vedere un radicale mutamento d'indirizzo nella politica legislativa nei confronti delle "società pubbliche" era già avvenuto a partire dal 2006, ossia dall'introduzione dell'art. 13 del c.d. "decreto Bersani".

Da allora, infatti, quello che sembrava un universo in continua espansione, frutto di un indirizzo che favoriva o imponeva alle amministrazioni locali l'adozione di strumenti organizzativi privatistici non solo per la gestione di servizi pubblici, ma finanche per l'esercizio di attività amministrativa, si è trasfigurato nel suo contrario, ossia in una legislazione vincolistica, che ha progressivamente esteso alle partecipate regole pubblicistiche e che ha inciso prima sulla loro capacità d'agire e poi su quella degli enti locali a costituirle o a parteciparvi ed ha avuto il primo tentativo di ricostruzione con il D.lgs. Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

4. Le limitazioni all'accesso al libero mercato liberalizzato per le società a partecipazione pubblica.

4.1. Evoluzione normativa.

Come sopra si è accennato, a partire dal 2006 si è affermata la tendenza legislativa che, con l'esplicito intento di tutelare la concorrenza e il mercato, ha limitato l'azione imprenditoriale degli enti locali e delle società da essi partecipate.

Si tratta di interventi spesso frammentari e disorganici che verranno qui considerati esclusivamente per i riflessi che essi possono comportare sullo svolgimento dell'attività delle società partecipate che producono servizi di trasporto pubblico ed in particolare sulla loro capacità di svolgere quei servizi "di mercato", come quelli denominati "autorizzati" ovvero i servizi di noleggio di autobus con conducente descritti nel Capitolo 2.

A questi fini, le disposizioni che vengono in rilievo sono innanzitutto quelle di cui all'art. 13 del d.l. 223/2006, lo stesso "decreto Bersani", di cui si è già esaminato l'art. 12 in materia di TPL, ed ai precipitati che esse possano avere sulla capacità delle società "miste" e di quelle "in house", mentre uno sguardo sarà rivolto anche alla possibile incidenza in *subiecta materia* dell'art. 3, commi da 27 a 32, della l. Finanziaria 2008.

Per poter meglio affrontare l'argomento, appare utile proporre una diversa classificazione dei servizi di trasporto che si stanno esaminando non più basata sul mercato di loro pertinenza, quale l'autotrasporto di linea e noleggio autobus con conducente, ma sulle fattispecie negoziali che ne costituiscono tipica espressione.

Da un punto di vista civilistico, infatti, l'attività di trasporto descritta nei precedenti paragrafi può essere fondamentale ricondotta a due schemi negoziali: quello in cui il trasporto è richiesto da un terzo committente ad un'impresa di autotrasporto ovvero la fattispecie in cui il trasporto è offerto da un'impresa direttamente all'utenza.

Nel primo caso diversi sono gli schemi contrattuali che possono essere utilizzati: il contratto di trasporto a favore di terzi, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1678 e 1411 c.c., l'appalto di servizi di cui all'art. 1655 e ss. c.c. a cui accedono singoli contratti di trasporto ex 1678 c.c., a titolo gratuito od oneroso a seconda che i fruitori del servizio sopportino o meno i relativi costi.

A queste fattispecie è riconducibile la tipica ipotesi del noleggio, ma anche trasporti collettivi di persone "autorizzati" nei quali vi è la presenza di un committente, sia esso un soggetto pubblico o privato.

Nel secondo caso, invece, siamo di fronte ad un'offerta al pubblico da parte di un'impresa di trasporto ai sensi dell'art. 1336 c.c., alla quale segue la stipula del relativo contratto tramite l'acquisto da parte dell'utente del titolo di viaggio .

Questo è il caso dei servizi "di linea", organizzati, prodotti ed infine offerti da un'impresa di autotrasporto direttamente ad un'utenza indifferenziata.

Ciò posto, si ricorda che l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248²⁹⁰, poneva delle preclusioni operative in capo alle società "strumentali" degli enti

²⁹⁰ Sull'argomento cfr. Caia G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 2007, 10, p. 1 e ss; Calcagnile M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. TAR*, 11, 2012, p. 3713 e ss; Casilini D., *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, commento a C.d.S. n.101/2009, in *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 969 e ss; Dugato M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 855 ss; Piccinini G., *Le*

territoriali – ossia quelle costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione tra l’altro dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza – prescrivendo loro di operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, ed impedendo di conseguenza di svolgere qualsiasi prestazione a favore di terzi e di partecipare ad altre società o enti²⁹¹.

Il comma 2 stabiliva che dette società dovevano avere un “oggetto sociale esclusivo”²⁹², cioè si doveva trattare di organismi dedicati delle pubbliche amministrazioni, mentre i successivi commi 3 e 4 imponevano, rispettivamente, la dismissione delle attività non consentite o delle partecipazioni detenute e sanzionava con la nullità i contratti stipulati in violazione delle prescrizioni di cui ai commi 1 e 2.

Questo microsistema deve essere calato nella realtà dell’attività di autotrasporto in regime di libertà d’impresa oggetto del presente contributo, per verificare se le società partecipate dagli enti locali potessero o meno rientrare nel “fuoco” di queste disposizioni.

Ci si deve cioè interrogare se i servizi “autorizzati” o di noleggio eventualmente prodotti da tali società costituiscano attività “strumentale” sottoposta al regime vincolistico decritto.

Ci si addentra qui in questioni interpretative sulla non nitida portata oggettiva dell’art. 13 che da tempo impegnano il giudice sia amministrativo che contabile e che hanno dato luogo a frequenti cambiamenti d’indirizzo giurisprudenziale.

società strumentali possono anche gestire servizi pubblici locali - società miste, inapplicabilità del divieto di cui all’art. 13 d.l. 223/06, in Gazz. Amm., 2, 2011, p. 128 ss;

²⁹¹ Secondo Cammelli M., *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Annali*, V, p. 2012 “La riforma operata dall’art. 13 d.l. n. 223 del 2006 (68), formalizzando la distinzione tra società a capitale locale e regionale che operano nel mercato alla stregua di un qualsiasi imprenditore privato, nel pieno rispetto della concorrenza e senza alcuna relazione con gli enti azionisti, nei confronti dei quali sono neutre e prive di qualsiasi pretesa referenziale e società in house e società a partecipazione pubblica mista « strumentali », destinate a prestare attività solo per gli enti soci e che quindi non possono operare all’esterno nemmeno in misura residuale e nel rispetto delle regole concorrenziali, rende certamente meno appetibile per il privato la partecipazione a società che vedono fortemente limitata la propria capacità d’agire”.

²⁹² Calcagnile M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, cit., p. 3720, “cioè si deve trattare di organismi dedicati delle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento, sulla base di affidamenti diretti, di attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico”.

Il primo profilo d'incertezza attiene proprio alla definizione di attività "strumentale". Secondo un primo orientamento ermeneutico, che trova riscontro e fondamento anche in un importante *decisum* della Corte Costituzionale, il divieto di fornire prestazioni ad enti terzi colpisce le società strumentali regionali o locali che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali, che esercitano attività d'impresa di enti pubblici.

Il divieto sarebbe, dunque, posto al fine di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo quella d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione.

La dicotomia tra attività amministrativa e attività d'impresa costituirebbe, dunque, il criterio discretivo che consentirebbe d'identificare l'ambito di applicazione delle disposizioni dell'art. 13.

Portata ai suoi estremi esiti, tale ricostruzione avrebbe la conseguenza di escludere dai divieti anche quelle attività strumentali che non si caratterizzano come attività amministrative in senso proprio ma come attività meramente economico-imprenditoriali.

Declinata nell'ambito dei servizi di autotrasporto prodotti da società partecipate, ciò comporterebbe che tali servizi non potrebbero mai essere considerati strumentali, dato che si sostanziano sempre in un'attività di natura imprenditoriale.

Più persuasiva appare una diversa ricostruzione della "strumentalità", che comprende, oltre all'attività propriamente amministrativa, anche le attività diverse dalle funzioni e dai servizi pubblici, che possono essere oggetto di un appalto di forniture o di servizi e che quindi sono definibili come strumentali in quanto non erogate al pubblico, ma all'amministrazione, che costituisce il soggetto committente e da cui proviene il corrispettivo.

Il Consiglio di Stato ha affermato, in tal senso, che il carattere della strumentalità sussiste quando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche per il perseguimento dei loro fini istituzionali e ha evidenziato che solo se l'oggetto sociale contempla una "missione" rivolta al pubblico – e quindi al mercato un'attività di tipo imprenditoriale – piuttosto che un'esclusiva

riserva di attività per una qualche amministrazione pubblica locale, allora la società non ha carattere strumentale.

Rispetto a questo indirizzo, è evidente che tutti quei servizi di trasporto che si sostanziano in un rapporto di committenza da parte dell'ente locale nei confronti della società da esso partecipata, riconducibili allo schema dell'appalto, potrebbero essere considerati strumentali se a supporto del perseguimento dei fini istituzionali dell'ente e se tale vincolo di strumentalità emerge dall'oggetto sociale della società partecipata.

Si pensi ai vari servizi di "navetta", che i Comuni spesso organizzano in occasione, per esempio, di fiere, concerti, manifestazioni sportive.

Tuttavia ad una diversa conclusione si potrebbe addivenire se nell'oggetto sociale si metta l'accento non tanto sulle prestazioni strumentali o finali da rendere all'ente pubblico, quanto sui destinatari immediati della prestazione di trasporto.

Infatti, nella maggior parte dei casi la prestazione è destinata a soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente e non quelle dell'amministrazione committente.

La strumentalità residuerebbe, in questo caso, soltanto nel caso in cui le prestazioni vengano effettuate direttamente a favore dell'amministrazione, nei rari casi cioè in cui essa organizzi un servizio di trasporto per i propri dipendenti.

La risposta al quesito sulla strumentalità di tutti o parte dei servizi di autotrasporto su committenza pubblica, pone l'attenzione su di un diverso profilo interpretativo, ossia quello sulla portata della deroga prevista per le società operanti nel settore dei servizi pubblici locali, dato che normalmente le società partecipate hanno come oggetto principale proprio la produzione di servizi pubblici di linea.

Anche in questo caso, due sono le possibili chiavi interpretative di tale esclusione.

La prima di carattere "oggettivo", attribuisce rilievo alla qualificazione giuridica dell'attività svolta, per cui sarebbero escluse dal divieto le sole attività qualificabili come servizio pubblico e non tutte le altre ricadenti nell'ambito operativo della società.

La seconda, invece, privilegia il profilo soggettivo della società affidataria della gestione dei servizi pubblici locali che, in quanto tale, vedrebbe sottratta dalla disciplina vincolistica tutta la sua attività, compresa quella "strumentale".

Tale secondo approccio sembra da privilegiarsi per una molteplicità di ragioni. Innanzitutto, l'art. 48 della l. 23 luglio 2009, n. 99, ha modificato l'art. 13, abrogando

l'avverbio "esclusivamente": ciò ha fatto venir meno l'obbligo di svolgere servizi strumentali in via esclusiva, per cui oggi la previsione dell'esclusività è limitata all'oggetto sociale e non anche all'attività svolta.

Inoltre, esigenze di certezza dei rapporti giuridici fanno propendere per questa soluzione.

Infatti, se si dovesse distinguere quando una società svolge attività di servizio pubblico e attività prive di tale qualificazione si finirebbe con rendere estremamente complessa ed incerta la sua azione.

Ciò è tanto vero per l'autotrasporto di linea in cui l'attività è naturalisticamente la stessa se prestata in regime di servizio pubblico o di libertà d'impresa, mentre ciò che cambia è la sola qualificazione giuridica, sottoposta peraltro alle note incertezze definitorie.

Un discorso diverso può essere fatto per l'attività di noleggio, le cui caratteristiche oggettive veleggiano più distanti dal servizio pubblico, per cui gli esiti della qualificazione appaiono maggiormente prevedibili.

Tirando le somme della gimcana interpretativa, il regime di cui all'art. 13 del d.l. 223/2006 appariva applicabile alle società partecipate del TPL soltanto in casi marginali come quelli della committenza di servizi per i propri dipendenti e, al più, ai servizi riconducibili al noleggio di autobus con conducente di cui alla l. 218/2003, mentre in ogni caso rimanevano esclusi dal divieto quei servizi offerti dalla società partecipata direttamente all'utenza²⁹³.

Si deve dar conto, tuttavia, che dalla giurisprudenza emergeva una diversa operatività delle disposizioni del "decreto Bersani", basata sulla distinzione tra il modello organizzativo della società mista e quello dell'*in house providing*.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, considerate le finalità della speciale disciplina limitativa, mentre i divieti e gli obblighi imposti dall'art. 13 trovano una ben

²⁹³ Almeno in questo settore, dunque, viene scongiurata la preoccupazione di chi come Casilini D., *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, cit., p. 973 riteneva che "Il divieto di cui all'art. 13, d.l. n. 223/2006 è pertanto espressione di una scelta politica nazionale che riduce l'effettività dell'equiparazione tra impresa pubblica e privata, ove l'imprenditore pubblico non potrebbe operare sul mercato ma solo (auto)- produrre beni e servizi strumentali o funzioni amministrative entro il perimetro dell'organizzazione del proprio ente territoriale o dei propri enti territoriali di riferimento che è la negazione del mercato. L'effetto sarebbe quello di riduzione degli operatori economici presenti sul mercato attraverso l'eliminazione di quelli pubblici (che operano solo fuori dal mercato entro l'organizzazione degli enti territoriali di riferimento) con conseguente paradossale riduzione della concorrenza".

ragionevole giustificazione per le società *in house*, non altrettanto ragionevole né fondata sarebbe l'applicazione degli stessi anche per quelle società c.d. "miste", partecipate da soggetti pubblici e privati, che, pur non avendo un oggetto sociale esclusivo, circoscritto come tale alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi a favore degli enti pubblici e privati partecipanti e di terzi, operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato ed altresì di quelle previste per le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Se questa giurisprudenza costituisce un'apertura all'operatività delle società miste rispetto al lettura ancor più "rigoristiche" del "decreto Bersani", letta in controtendenza non consente alla stessa società *in house* di svolgere per conto di uno o più enti sia attività strumentali che di servizio pubblico locale, paralizzandone dunque in gran parte l'operato anche oltre i limiti propri di questa tipologia soggettiva.

Limiti di carattere generale alla stessa costituzione o partecipazione da parte degli enti locali a società di capitali sono stati successivamente imposti dall'art. 3, commi da 27 a 32, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, che ha circoscritto la possibilità per le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, di costituire, assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle loro finalità istituzionali²⁹⁴.

Come ha precisato la giurisprudenza, tali disposizioni pongono un limite all'impiego dello strumento societario non solo per assicurare, come indicato dal legislatore, la tutela della concorrenza, quanto piuttosto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico.

Sicché è possibile ritenere che attualmente sussiste una norma imperativa che esprime un principio già immanente nel sistema, che pone un chiaro limite all'esercizio

²⁹⁴ Rileva Bottino G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1608, che "Le società pubbliche non si sono limitate a svolgere attività che la legislazione vigente ha demandato in ambiti e per funzioni ben determinate, ma hanno adottato, nei propri statuti societari, oggetti sociali sovente ampi, variegati, e sostanzialmente omnibus, con la conseguenza che esse agiscono oggi sul mercato. Di fronte a questa proliferazione, soggettiva (nel numero) e oggettiva (nel florilegio delle attività intraprese), ci si è avveduti che la tutela della concorrenza e del mercato non è l'unico profilo rilevante del fenomeno considerato. Anche le forme di controllo giuscontabile delle risorse finanziarie pubbliche impiegate assumono altrettanta rilevanza".

dell'attività d'impresa da parte dei pubblici poteri rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico.

Il comma 27 poneva, tuttavia, tra le deroghe alla disciplina limitativa le società che producono servizi d'interesse generale, per le quali è sempre consentita la costituzione o partecipazione.

Il successivo comma 28, stabiliva che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento di quelle già detenute devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di legge, da trasmettere alla della Corte dei conti.

Infine, il comma 29 disponeva un obbligo di cessione a terzi delle società e delle partecipazioni vietate, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.

L'apparato normativo sommariamente descritto si poneva in rapporto di essenziale complementarietà con l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, il quale rivolgeva il divieto nei confronti della società a capitale pubblico degli enti locali, mentre l'art. 3 della l. finanziaria 2008 indirizza le limitazioni direttamente alle pubbliche amministrazioni che di tali società ne decidono la costituzione e la partecipazione.

A bene vedere, tuttavia, se il "decreto Bersani" si occupa delle società "strumentali", la l. Finanziaria 2008 faceva emergere un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative speciali.

In altre parole, ciò che si vuole evitare è che la P.A., nel costituire o partecipare in società di capitali sia mossa da mere finalità imprenditoriali.

Prima facie, per i servizi di autotrasporto questo potrebbe significare il divieto per gli enti locali di costituire o partecipare a società che non producano servizi pubblici di trasporto, ma servizi in regime di libertà d'impresa come quelli "autorizzati" o di noleggio di autobus con conducente.

Tuttavia tale affermazione, se in qualche caso può avere fondamento, non appare generalizzabile.

In disparte, la questione dell'estensione oggettiva dei "servizi d'interesse economico generale", sulla quale come si è osservato non sussiste ad oggi un punto fermo, è la

stretta funzionalizzazione della società alle finalità dell'ente pubblico che pone la maggior incertezza sulla portata applicativa della disciplina.

Infatti, le finalità istituzionali di un ente come quello territoriale sono ampie, complesse, differenziate ed esterne all'oggetto sociale della società, per cui non si può inferire esclusivamente da quest'ultimo la stretta funzionalizzazione della società alle finalità istituzionali dell'ente.

La valutazione di stretta necessità è, invece, da compiersi caso per caso, ed è un concetto relazionale che comporta il raffronto tra l'attività che costituisce l'oggetto sociale e quelle di competenza dell'ente, quali derivanti dall'attuale assetto istituzionale, che vede i Comuni, le Province e le Città metropolitane titolari di funzioni amministrative proprie e di funzioni conferite – secondo i noti criteri di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza – con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

In tal senso, non è escludibile a priori che anche società che producano servizi di autotrasporto in regime di libertà d'impresa possano essere considerate “strettamente necessarie”, qualora soddisfino un interesse pubblico perseguito dall'ente locale costituente o partecipante.

4.2. L'approdo del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Innanzitutto l'art. 28 del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 ha esplicitamente abrogato sia l'articolo 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, sia l'articolo 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

L'art. 4 del Testo Unico, come modificato ed integrato a seguito del D.lgs. n. 100/2017, stabilisce quelle che sono le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, riproducendo anche da un punto di vista letterale il limite già presente nella disposizione della l. Finanziaria 2008.

Il comma 1 dell'art. 4, prevede infatti che *“Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*.

La disposizione si pone, quindi, in continuità con la legislazione sopra commentata e la

sua lettura non può uniforme con quanto sopra si è rilevato.

Ben più pregnante è, invece, l'abrogazione dell'art. 13 del Decreto "Bersani".

L'art. 4 stabilisce che le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività, tra le altre, di:

- a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento.

Il comma 4, dell'art. 4 stabilisce poi che le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2.

Vengono così smentite le sopra ricordate interpretazioni "rigoristiche" del Decreto Bersani, consentendo esplicitamente anche alle società "*in house*" di svolgere sia attività strumentali, che di servizio pubblico, mentre per le ulteriori attività di mercato vigono i limiti di cui all'art. 16.

In particolare, il comma 3 di detto articolo prevede gli statuti delle società *in house* devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, mentre il 3-bis, introdotto dal decreto correttivo, stabilisce altresì che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Dunque, il combinato disposto degli artt. 4 e 16 del T.U., consentono anche alla società *in house* non solo di svolgere sia attività di servizio pubblico e strumentali, ma anche attività di mercato nel limite del 20% del fatturato, mentre il comma 9bis precisa soltanto che la produzione ulteriore rispetto al limite dell'80% incontra il solo limite che consenta recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale.

Declinato al campo del trasporto pubblico, tale disciplina appare fortemente penalizzante per gli operatori privati.

Consentire, infatti alle società *in house* di avere un oggetto sociale ampio, tale da comprendere sia la gestione di servizi di interesse economico generale, attività strumentali alla P.A. ed anche attività di mercato che consentano di sfruttare economie di scala, significa dare la possibilità alle grandi società pubbliche di penetrare in modo massiccio nei settori contigui al mercato del trasporto pubblico come quello del noleggio con conducente.

Come si è visto, l'attività di autotrasporto di viaggiatori tramite autobus è un'attività unitaria sia che si svolga il servizio pubblico, sia che si svolga servizi di linea "di mercato", sia che si eserciti il noleggio di autobus con conducente.

Infatti, ciò che connota le tre tipologie di attività è soltanto una diversa qualificazione giuridica, mentre rimangono gli stessi i mezzi di produzione (personale, autobus, mezzi strumentali quali le officine e complessivamente l'organizzazione aziendale) e medesima è l'attività di trasporto collettivo di persone.

L'articolo 16, comma 5, prevede, poi, che nel caso in cui non siano rispettati i limiti quantitativi sopra indicati che la società possa in ogni caso sanare l'irregolarità attraverso o la rinuncia entro tre mesi a una parte dei rapporti con i soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero tramite un'improbabile rinuncia agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti.

Ancor più ampie sono le possibilità di svolgere attività sia di servizio pubblico che di mercato di mercato per le società a partecipazione mista pubblico-privata, disciplinate dall'art. 17 del T.U.

A differenza delle società *in house*, per le quali come si è visto la disciplina del D.lgs. n. 175/2016 prevede la necessità di un oggetto sociale esclusivo seppure allargato, per le società miste, che rientrano nella categoria del partenariato pubblico-privato inerente all'organizzazione e gestione di un servizio di interesse economico generale, l'esclusività concerne non l'oggetto sociale, bensì l'attività svolta dalla società mista in virtù di contratto di appalto o concessione affidatole all'esito di gara a doppio oggetto, e ciò sul presupposto di previo acquisto o mantenimento di partecipazione societaria, diretta o indiretta, dell'ente locale esclusivamente per lo svolgimento delle attività elencate all'art. 4, c. 2, d.lgs. n. 175/2016.

Pertanto, poiché la determinatezza e specificità del bando di gara si riflette direttamente

sull'oggetto sociale, si delinea in questo modo in via definitiva l'ambito operativo della concessione di servizi, affidati alla società mista e ciò *“rende ultronea una misura, come quella dell'immutabilità dello statuto sociale, sproporzionata per una società privata per azioni poiché sensibilmente limitativa dell'autonomia negoziale della medesima”*²⁹⁵.

Quanto alla possibilità per le società *in house* di svolgere attività extraterritoriale rispetto alla collettività di riferimento²⁹⁶, si deve innanzitutto ricordare che l'art. 5, comma 2, lettera b), del Regolamento (CE) n. 1370/2007 pone all'operatore affidatario diretto l'obbligo di prestare la propria attività limitatamente all'ambito territoriale dell'Autorità competente, con l'eccezione di eventuali linee in uscita che interessino il territorio di Autorità locali vicine ed il divieto di partecipare a gare organizzate in altri bacini di traffico.

Sul punto, la Commissione Europea²⁹⁷ ha precisato che *“Tale disposizione garantisce un certo livello di flessibilità consentendo il soddisfacimento dei bisogni di trasporto tra regioni confinanti. Gli operatori interni possono pertanto esercitare le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri in una certa misura oltre il territorio della loro autorità competente a livello locale. Per valutare se i servizi che rientrano nell'ambito del contratto di servizio pubblico siano conformi alla citata disposizione, si dovrebbero verificare i seguenti aspetti: se essi collegano il territorio dell'autorità competente in questione a un territorio vicino e se si configurano come servizi integrativi rispetto all'obiettivo principale delle attività di trasporto pubblico oggetto del pertinente contratto. La Commissione valuta l'eventuale natura integrativa delle attività di trasporto pubblico confrontandone il volume in km su strada o rotaia rispetto al volume*

²⁹⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 31/1/2018 n. 655.

²⁹⁶ Dugato M., *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, nota a Cons. Stato Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, in *Giornale dir. amm.* 2005, 10, p. 1051 che evidenzia *“La tesi dell'assoluta impossibilità d'azione extraterritoriale, autorevolmente sostenuta ma minoritaria, non convince. In secondo luogo, lo stesso principio di funzionalizzazione, inteso in senso moderno, impone di considerare l'interesse della collettività locale in una dimensione non meramente territoriale, così che l'interesse è garantito anche per mezzo di un ritorno economico dell'attività extra moenia da impiegare in favore dei bisogni del territorio di riferimento. Dunque, la collettività locale può essere favorita dall'impiego degli utili realizzati dalla società fuori del territorio comunale e non soltanto dall'azione diretta della stessa”*.

²⁹⁷ Comunicazione della Commissione *“Sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia”*, 2014/C 92/01.

complessivo delle attività di trasporto pubblico contemplate dal contratto o dai contratti dell'operatore interno”.

Pertanto la Commissione interpreta con flessibilità e ragionevolezza la possibilità per l'autorità che decida di autoprodurre il servizio di svolgere attività *extra moenia*, consentendo tale possibilità nel caso in cui emerga una connotazione qualitativa del servizio extraterritoriale prestato, ossia la vicinanza territoriale tra i bacini di traffico serviti, ed una connotazione quantitativa, ossia valutando il volume dei servizi prestati al di fuori del territorio di competenza rispetto a quelli in esso svolti.

Su questa problematica il Decreto correttivo del Testo Unico ha apportato un significativo elemento di novità normativa, introducendo il comma 9bis all'art. 4.

Il legislatore del 2017 ha stabilito che è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, tra cui evidentemente anche il trasporto pubblico locale, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica.

L'attività *extra moenia* viene quindi pienamente legittimata a condizione che si rimanga entro il limite quantitativo stabilito dall'art. 16 del T.U., e quindi del 20% di fatturato per le società *in house* e che, ai sensi dell'art. 20, comma 2 lett. e), le società non abbiano chiuso quattro esercizi su cinque in perdita.

Se la disposizione del T.U. nel dettare un limite quantitativo all'attività extraterritoriale appare pienamente compatibile con le disposizioni del Regolamento comunitario, non altrettanto appare l'assenza di un riferimento qualitativo ai servizi prestati, che nell'atto dell'U.E. è limitata alle “linee in uscita”.

Pertanto, sul punto la disposizione nazionale viene senz'altro integrata da quella comunitaria, sia per il noto principio di primazia dell'ordinamento europeo, sia perché il comma 9bis dell'art. 4 del T.U. è pur sempre un norma generale valevole per tutti i servizi d'interesse economico generale a rete, per cui tale disposizione viene integrata dalla normativa di settore.

A ben vedere, poi, quello dell'attività svolta dalle società *in house* al di fuori del proprio ambito territoriale di riferimento è un problema in concreto poco significativo da

quando si è ammesso la possibilità dell'*in house* congiunto o pluripartecipato²⁹⁸, oggi pacificamente previsto sia dal Regolamento comunitario (art. 5, comma 2) che dal Testo Unico (art. 16, comma 1). Si è affermata, infatti come consolidata modalità di organizzazione integrata del servizio in ambito extraterritoriale, la prassi della partecipazione azionaria anche frazionaria dei comuni territorialmente contigui o comunque interessati all'estensione del servizio nel loro territorio, nella società *in house* del comune capoluogo, consentendo pertanto alla società di estendere il suo ambito d'azione e ai piccoli comuni di avere un controllo dall'interno della struttura societaria sul gestore del servizio.

5. Le limitazioni all'accesso al mercato del servizio pubblico per i soggetti privati.

Nei paragrafi precedenti si è analizzato come le società a partecipazione pubblica del TPL abbiano ampi margini sia normativi che organizzativi per accedere e affermarsi in quel settore di mercato di servizi di trasporto collettivo di persone in regime di libera concorrenza.

Qui si cercherà di verificare quali siano gli ostacoli sia normativi che di prassi applicativa che di fatto, in molti casi, non hanno consentito l'apertura del mercato del servizio pubblico di trasporto. Visto il particolare tessuto imprenditoriale che connota il settore, un sguardo particolare sarà rivolto alle piccole e medie imprese.

Orbene, se si parte dal Decreto "Burlando" del 1997, non si può che ricordare che la perentoria promessa della gara come unica modalità di affidamento del servizio pubblico sia stata pesantemente tradita dalla possibilità di prorogare gli affidamenti diretti, con un periodo transitorio che sostanzialmente dopo circa vent'anni non si è ancora concluso.

Di recente, anche il d.l. n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017, ha cercato di indurre regioni ed enti locali a mettere a gara i rispettivi servizi attraverso l'incentivo finanziario.

²⁹⁸ Sul controllo analogo congiunto v. Donativi V., *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, nota a Corte Giustizia 29 novembre 2012, cause riunite nn. 182-183/11, in *Giur. comm.*, II, 5, 2014, p. 765 ss; Casavecchia M., *Le società in mano pubblica*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 10, p. 64 ss; Libertini M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, 8, 2010; Ibba C., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. Comm.*, 1, 2014, p. 13 ss; Guerra F., *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 774 ss., spec. p. 781.

L'art. 27, comma 2, lett. c) ha previsto, per la prima volta, 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 ad evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

La disposizione ha previsto che la riduzione sia applicata alla quota di ciascuna regione nella misura del quindici per cento del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con le predette procedure e che le risorse derivanti da tali riduzioni siano ripartite tra le altre Regioni.

Si tratta, evidentemente, di una leva disincentivante molto importante e spesso invocata, che potrebbe avere significativi effetti sulle decisioni di Regioni ed Enti locali d'indire le procedure ad evidenza pubblica.

Ma indire le gare non significa, di per sé, aprire alla concorrenza i servizi e consentire ai privati di parteciparvi.

Di gare del trasporto pubblico nel nostro Paese se ne sono tenute e spesso i loro esiti sono stati piuttosto deludenti, con l'aggiudicazione del servizio perlopiù all'impresa *incumbent*.

Considerata la ridotta dimensione degli operatori privati che svolgono l'attività di trasporto collettivo di persone²⁹⁹, il vero problema che si pone è quello delle dimensioni dei lotti da mettere a gara e quindi dei requisiti soggettivi di partecipazione alle stesse.

L'art. 3bis³⁰⁰ del d.l. 138/2011 e l'art. 13 del d.l. n. 150/2013, hanno stabilito che le regioni e le province autonome avrebbero dovuto organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo, entro il 30 giugno 2012, il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi.

La dimensione degli ambiti o bacini territoriali è stata individuata "di norma" non inferiore a quella del territorio provinciale, mentre è stato previsto che la regione,

²⁹⁹ Con l'eccezione, come si è visto sopra, di Busitalia Sita Nord S.r.l., appartenente comunque al gruppo Ferrovie dello Stato (FSI), la quale svolge servizi di TPL su gomma in molte Regioni con una quota di mercato nazionale di almeno il 6%

³⁰⁰ L'articolo è stato inserito dall'articolo 25 del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e successivamente modificato dall'art. 53, comma 1, lett. a), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 e dalla legge di conversione di quest'ultimo 7 agosto 2012, n. 134.

sempre entro il 30 giugno 2012, motivandone le ragioni in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza, avrebbe potuto individuare bacini di dimensione differente, legate a specifiche caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni interessati. In caso d'inadempimento di tali disposizioni, il legislatore ha disciplinato il potere sostitutivo da parte del Consiglio dei Ministri e ha fatto salva l'organizzazione dei servizi pubblici in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista dalle specifiche discipline settoriali in coerenza con le previsioni indicate nel medesimo comma.

Con la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma l'art. 4 del d.l. 138/2011, che stabiliva che le procedure di gara per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica si effettuassero unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui all'articolo 3bis, dagli enti di governo degli stessi istituiti o designati. L'individuazione di bacini di gara ottimali è un obiettivo non certo nuovo, che trova riscontro sia nella precedente disciplina in materia di servizi pubblici locali³⁰¹, che nella legislazione di settore del TPL, per cui l'effettiva incidenza di tali disposizioni sull'organizzazione dei servizi è stata limitata.

Invero, già in numerose leggi regionali si è fatto strada il concetto che i servizi da mettere a gara dovessero costituire una "rete" che consentisse di conseguire economie di scala e l'integrazione tra le diverse modalità di trasporto³⁰².

Tuttavia, nell'esperienza di questo settore l'individuazione delle dimensioni dei bacini di gara è stata talvolta utilizzata dagli enti locali in modo strumentale, proprio per

³⁰¹ Si ricorda, infatti, che il comma 7 dell'art. 23bis del d.l. 112/2008 prevedeva la possibilità, da parte delle regioni e degli enti locali, di definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi. Ciò al fine di consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo, e di favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di quelli più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello d'impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

³⁰² Per esempio, la L.R. Campania 3/2002, all'art. 32, comma 7, prevede che "*Le procedure di affidamento concorsuale riguardano unità di gestione che sono contraddistinte da una dimensione della percorrenza superiore ad un minimo adeguato al conseguimento di economie di scala e al miglioramento dell'efficienza, e che sono corrispondenti ad un sistema di reti e di servizi autonomo e integrato*"; la L.R. Veneto 25/1998, all'art. 19, "*definisce unità di rete di trasporto pubblico locale un insieme di linee tra loro connesse funzionalmente ai fini di una maggiore economia ed efficienza di gestione e di un miglior grado di integrazione modale, nonché per il raggiungimento del rapporto tra ricavi e costi dello 0,35*".

restringere in modo artificioso i soggetti che possono partecipare alle procedure per la gestione dei servizi.

Una scala territoriale troppo ampia ovvero la scelta di mettere a gara servizi integrati di diverse modalità di trasporto possono avere, infatti, come effetto quello di elevare in modo significativo i requisiti d'ammissione alla gara, restringendo il novero dei possibili partecipanti.

Il fenomeno, è stato più volte stigmatizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in diverse segnalazioni³⁰³, la quale ha sottolineato come tali scelte presentino elevati rischi sul piano concorrenziale, in quanto possono essere considerate legittime soltanto se i vantaggi derivanti da quest'articolazione dei servizi siano tali da più che compensare i costi concorrenziali derivanti dall'impatto negativo di tali previsioni sul numero dei potenziali partecipanti alla gara.

Pertanto, la pronuncia del 2012 della Corte Costituzionale ha fatto venir meno quel rapporto di necessaria corrispondenza tra ambiti ottimali e bacini di gara che appariva lesivo del principio di ragionevolezza, lasciando il campo a soluzioni più flessibili e di buon senso, come nel caso della legge della Lombardia in materia di trasporti³⁰⁴ che, all'art. 22, prevede che le agenzie per il TPL organizzino le procedure per l'affidamento dei servizi a livello dei bacini territoriali di competenza sulla base di più lotti contendibili, nel rispetto di entrambe le seguenti condizioni: a) ciascun lotto non deve essere inferiore a dieci milioni di vetture/chilometro annue; b) ciascun bacino può essere suddiviso al massimo in tre lotti, salvo i bacini composti da tre o più province che possono essere suddivisi al massimo in sei lotti.

Sulla questione dell'individuazione delle dimensioni dei lotti da mettere a gara è intervenuta di recente l'Autorità di Regolazione dei Trasporti³⁰⁵, la quale ha stabilito che al fine di favorire la più ampia partecipazione degli operatori in condizioni di efficienza, il lotto dei servizi da affidare in regime di esclusiva sia individuato

³⁰³ V. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere reso ex art. 22 della l. 287/1990, A449 del 21/02/2008, recante *"Affidamento ad un gestore unico del servizio di TPL nella regione Friuli Venezia Giulia"*, in Bollettino 8/2008; segnalazione ex art. 21 della l. 287/1990, AS462 del 10/07/2008, recante *"Bando di gara per l'affidamento dei servizi nell'ambito della Provincia e del Comune di Caserta"*, in Bollettino 22/2008; segnalazione ex art. 21 della l. 287/1990 AS713 del 10/06/2010 recante *"Provincia di Firenze - gara per l'affidamento dei servizi di tpl"*, in Bollettino 25/2010.

³⁰⁴ Legge Regionale Lombardia 4 aprile 2012, n. 6 *"Disciplina del settore dei trasporti"*, pubblicata sul BURL n. 14, suppl., del 6 aprile 2012.

³⁰⁵ Delibera ART n. 48/2017 del 30 marzo 2017 in www.autorita-trasporti.it

analizzando la dimensione minima ottimale di produzione del servizio, alla quale conseguono economie di scala e di densità da parte degli operatori ed il numero di concorrenti che possono partecipare alle procedure di affidamento dei servizi.

L'Autorità ha evidenziato che al fine di migliorare le condizioni di contendibilità, nel caso in cui il soddisfacimento delle esigenze di mobilità essenziali della popolazione all'interno di un Ambito richieda l'approntamento di più modalità di servizi di trasporto di linea suscettibili di essere affidati in esclusiva, siano individuati più lotti.

Alla luce di queste indicazioni, l'Autorità ha cercato, quindi, di coniugare il principio della "dimensione ottima minima" di produzione del servizio, dalla quale discende la massima efficienza delle imprese che possono partecipare alla procedura di affidamento, con quello della massima contendibilità dell'offerta, ovvero la massimizzazione della partecipazione di operatori alla procedura di aggiudicazione dei servizi e la minimizzazione della quota di finanziamento pubblico necessario a copertura degli Obblighi di servizio pubblico³⁰⁶.

Secondo l'Autorità, infatti *"L'affidamento a pochi grandi operatori per periodi lunghi (anche in caso di affidamento diretto o in house) su un intero Bacino di mobilità può definitivamente far uscire dal mercato operatori di dimensioni più contenute, ma ugualmente efficienti e con potenzialità di crescita in grado di competere alla tornata successiva"*³⁰⁷.

Alla luce di queste risultanze, la partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare del servizio di trasporto pubblico è in prospettiva più percorribile soprattutto per l'affidamento del servizio extraurbano, mentre più difficile appare che i bacini di traffico urbano vengano disarticolati in una pluralità di lotti, data la forte interconnessione delle linee che costituiscono questi bacini.

Per le piccole e medie imprese che svolgono l'attività di trasporto collettivo di persone, l'accesso al servizio pubblico può in concreto avvenire o tramite la partecipazione ad un associazione temporanea d'imprese ovvero tramite strumenti giuridici diversi dall'aggiudicazione della gara, quali il sub-affidamento dei servizi o, ancora, secondo quanto previsto dal par. 4 dell'articolo 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

³⁰⁶ Relazione a Delibera ART n. 48/2017 del 30 marzo 2017, p. 24, in www.autorita-trasporti.it

³⁰⁷ Relazione a Delibera ART n. 48/2017, cit., p. 25.

Quanto, al sub-affidamento di servizi, si tratta di uno strumento largamente utilizzato sia dal legislatore statale, che da quello regionale che in questi anni ha consentito, in una situazione di sostanziale cristallizzazione degli affidamenti, la produzione anche da parte di piccoli operatori di un'aliquota attività di trasporto collettivo di persone sottoposta al regime di servizio pubblico.

In particolare, la legge n. 266/2006 ha introdotto, per quanto qui d'interesse, il comma 3ter e 3sexies all'art. 18 del D.lgs. n. 422/1997.

Il comma 3ter ha previsto la possibilità per le regioni di disporre la proroga degli affidamenti anche nel caso in cui gli affidatari diretti avessero ceduto, tramite procedure ad evidenza pubblica, almeno il 20 per cento dei servizi eserciti a società di capitali, anche consortili, nonché a cooperative e consorzi, purché non partecipate da regioni o da enti locali.

Del medesimo tenore era anche, il comma 3sexies che ha previsto che i medesimi soggetti titolari dell'affidamento dei servizi provvedessero ad affidare, con procedure ad evidenza pubblica una quota di almeno il 20 per cento dei servizi eserciti a soggetti privati o a società, purché non partecipate dalle medesime regioni o dagli stessi enti locali affidatari dei servizi.

Successivamente, l'art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102, ha inoltre precisato che le autorità competenti, sempre al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, qualora si fossero avvalse delle previsioni di cui all'articolo 5, par. 2 (affidamenti *in house*), del Regolamento (CE) 1370/2007, ossia della proroga degli affidamenti diretti sino al termine indicato dalla disciplina comunitaria, avrebbero dovuto aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il dieci per cento dei servizi oggetto dell'affidamento diretto a soggetti diversi da quelli sui quali esercitavano il controllo analogo.

Si tratta di disposizioni che hanno avuto pratica attuazione, dato che hanno consentito agli affidatari diretti del servizio di sub-affidare le linee meno remunerative, con evidenti vantaggi di contenimento dei costi di esercizio.

Tuttavia, proprio la concreta attuazione delle disposizioni citate, fa emergere in modo inequivocabile che sussiste una quota di servizio pubblico che può essere svolto a costi inferiori a quelli degli affidatari diretti e che può essere gestita anche da piccole e medie imprese che possono sfruttare la loro flessibilità ed il loro dinamismo.

Un secondo strumento giuridico che sicuramente potrebbe favorire l'accesso delle piccole e medi imprese al mercato del servizio pubblico di trasporto è rappresentato dall'art. 4 dell'articolo 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007 il quale, come sopra si è visto, prevede la possibilità di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato sia inferiore a 1.000.000 di euro, oppure che riguardino la fornitura di servizi il cui ammontare sia inferiore a 300.000 chilometri annui, con il raddoppio di tali soglie qualora il contratto sia aggiudicato direttamente ad una piccola o media impresa che operi con non più di 23 veicoli.

Il chiaro *favor* del legislatore comunitario per le PMI³⁰⁸ non è stato colto dal legislatore nazionale, anche se si può affermare che la disposizione comunitaria non abbia la necessità di alcun intervento di attuazione essendo precisa nell'individuare le soglie di valore e dimensionali dell'impresa per le quali può trovare applicazione.

Tale disposizione, invero, potrebbe essere sfruttata non tanto per operare affidamenti diretti, quanto per dare base giuridica a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi i cui bandi recepiscano i limiti dimensionali indicati per le PMI come requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, in modo tale da garantire a questi operatori una quota del mercato del servizio pubblico ed impedire, quindi, ai grandi operatori del TPL di cannibalizzare l'intero mercato di questi servizi.

³⁰⁸ Il *favor* per lo sviluppo delle piccole e medie imprese è stato chiaramente delineato a livello europeo dalla recente Comunicazione COM(2008)394, del 25.06.2008, della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo, e al Comitato delle Regioni recante “Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (Un “Small Business Act” per l’Europa)”.

CONCLUSIONI

Lo studio che si è svolto ha avuto come baricentro l'attività del trasporto collettivo di persone tramite autobus e come lo svolgimento di questa attività economica sia condizionato sul piano oggettivo dalla sottoposizione della stessa a diversi regimi giuridici, ossia di servizio pubblico e di libertà d'impresa e sul piano soggettivo dalla presenza su questo mercato sia di società a partecipazione pubblica che di soggetti privati che spesso si identificano in una moltitudine di piccole e medie imprese.

La contemporanea presenza di un settore di attività fortemente regolamentato e di un contiguo settore liberalizzato crea un intreccio di vincoli giuridici sia allo svolgimento di quest'ultimo segmento di attività, a difesa del servizio pubblico, sia per i soggetti che si trovino ad operare in entrambi i segmenti di mercato.

Con questo approccio, si è voluto operare un ribaltamento rispetto allo studio che parte dal regime giuridico in cui si svolge una determinata attività economica e che spesso confonde le regole a cui la stessa è sottoposta con la sua ontologia.

Questo è particolarmente evidente per il trasporto pubblico locale, ove si è assistito ad un fenomeno di compenetrazione tra attività e regime giuridico alla quale la stessa è sottoposta, tanto da identificarla con il "servizio pubblico".

La ricerca è partita, quindi, affrontando il problema della delimitazione oggettiva dell'area di attività sottoposta al regime pubblicistico, poiché soltanto una sua precisa identificazione consente di stabilire ciò che è servizio pubblico e ciò che invece può essere liberamente prestato in regime di mercato.

Alla luce della ricostruzione normativa multilivello, che vede una sovrabbondanza di riferimenti normativi definitivi, si è cercato d'identificare l'ambito oggettivo del servizio di trasporto pubblico facendo leva sul doppio pilastro definitorio dei "servizi minimi", esplicazione del "diritto alla mobilità" costituzionalmente garantito, nucleo forte ed essenziale del servizio pubblico costituzionalmente incompressibile, e dei servizi "aggiuntivi", rispondenti ai criteri di necessità, proporzionalità ed effettività dell'interesse generale alla loro assunzione.

Si è evidenziato che nella definizione dei "servizi aggiuntivi", gli Enti locali esercitano tipicamente discrezionalità amministrativa, per cui risulta necessario delimitarne rigorosamente l'esercizio attraverso un *test* che accerti la necessità dell'intervento, ossia

in tutti i casi di accertato fallimento del mercato determinato dall'assenza di imprese disponibili ad offrire i servizi alle condizioni previste dal regolatore pubblico; la proporzionalità dello stesso, ossia la verifica che l'assunzione del servizio non ecceda la misura necessaria alla cura dell'interesse generale; l'effettiva esistenza dell'interesse generale che rinvia, infine, alla discrezionalità del decisore pubblico e lo costringe a motivare la sua scelta.

Il tentativo di delimitare il servizio pubblico sul piano oggettivo non è però sufficiente per tracciare il confine oltre il quale la libertà d'impresa possa esplicarsi, dato che il secondo elemento essenziale da considerare è quello dell'estensione del diritto di esclusiva o di privativa.

Per il trasporto pubblico si è assistito non solo a quella completa omologazione tra l'attività di autotrasporto di linea e il servizio pubblico, ma anche ad una progressiva identificazione tra quest'ultimo e il servizio riservato in regime di monopolio e tale impostazione è stata sostanzialmente mantenuta anche con il D.lgs. n. 422/1997, in cui il diritto di esclusiva è diventato elemento connaturato all'affidamento di una rete di servizi, dato che attraverso la privativa l'ente affidante assicura l'equilibrio economico del contratto impedendo la sottrazione di volumi di traffico da parte di terzi.

Si è potuto constatare, tuttavia, che tale impostazione, che di fatto ha permesso il consolidarsi dei monopoli locali, è stata successivamente scalfita dall'art. 12, co. 1, del d. l. n. 223/2006, che ha sostanzialmente previsto che in alcune tratte la riserva di attività potrebbe venir meno, per cui l'iniziativa dell'ente locale potrebbe essere affiancata da analoghe e concorrenti iniziative private.

La portata sistematica di tale disposizione lascia trasparire il ritorno alla "linea" come entità giuridica autonoma oggetto del servizio pubblico, che può essere distinta dalle altre e consentire una separazione dei rispettivi mercati e dei relativi regimi giuridici.

Infatti, nell'autotrasporto oggetto del servizio pubblico può essere una rete di servizi considerata come entità giuridica unitaria, ovvero una pluralità di linee sottoponibili, eventualmente, a diversi regimi regolatori.

I diversi approcci, portano con sé diverse problematiche quali, da un lato, quella della sussidiazione incrociata tra servizi redditizi e non redditizi e, dall'altro, quello della "scrematura" dei servizi più remunerativi da parte di coloro che non operano in regime concessorio.

La faticosa ricerca del servizio pubblico e della delimitazione dell'area sottoposta a regime monopolistico, ci ha consentito di rivolgere lo studio al segmento del mercato dell'autotrasporto collettivo di persone liberalizzato.

Sul punto, si è potuto osservare che nel D.lgs. n. 422/1997, l'oggetto dei contratti di servizio sono soltanto i servizi cd. "programmati", ossia i servizi "minimi" e quelli "aggiuntivi", per cui residua al di fuori di essi uno spazio per ulteriori tipologie di servizi di linea nei quali la concorrenza "nel mercato" può liberamente esplicarsi.

Tale opzione ermeneutica ha trovato conferma sia nella legislazione statale successiva, sia negli ordinamenti regionali, ove si è assistito alla previsione di una variegata tipologia di servizi "autorizzati", ossia di servizi il cui esercizio è subordinato al rilascio di un'autorizzazione amministrativa, sulla base di predefiniti requisiti tecnici, organizzativi ed economici in capo alle imprese richiedenti.

A fronte di tali previsioni normative, si è potuto constatare che scarse o del tutto assenti sono le disposizioni di vera e propria regolazione di tali servizi per cui, se in alcuni casi, si tratta di norme che si limitano a disciplinare il procedimento di rilascio dell'autorizzazione, in altri casi, si prevedono fattispecie che introducono ulteriori requisiti soggettivi, obblighi e divieti che rendono l'accesso al mercato più selettivo.

Non si può che concludere che il mercato liberalizzato risulta ancora fortemente marginalizzato non solo per la sua segregazione oggettiva rispetto al servizio pubblico, ma anche per la difficoltà soggettiva per le imprese di valutarne *ex ante* la concreta estensione.

Anche il problema della sovrapposizione con i servizi sussidiati limita fortemente il mercato liberalizzato, dato che spesso quando un'impresa chiede l'autorizzazione per servizi che possono potenzialmente interferire con la redditività di linee all'interno dei contratti di servizio si deve sottoporre il servizio proposto ad un "test di compromissione" dell'equilibrio del contratto.

L'approccio seguito dal legislatore regionale è, dunque, quello che la libertà d'impresa può esplicarsi solo ove non c'è il servizio pubblico, per cui si sono posti limiti modali allo svolgimento del servizio "autorizzato" a garanzia di un interesse pubblico esterno che può entrare in conflitto con la libera prestazione dell'attività d'impresa.

Tale approccio appare troppo penalizzante per la concorrenza e si ritiene che non sia l'unico percorribile.

Un esempio sicuramente interessante ci è parso la legge della Toscana, nella quale si prevede che l'amministrazione possa rilasciare l'autorizzazione a svolgere servizi in regime di mercato anche nel caso in cui il collegamento proposto non risulti compatibile con la rete dei servizi programmati a condizione, tuttavia, che a seguito della modifica del contratto di servizio si realizzino economie di spesa e siano garantiti livelli e qualità della prestazione non inferiori a quelli in precedenza assicurati dal servizio pubblico.

La prospettiva è ribaltata: è l'attività di mercato, qualora consenta risparmi di spesa, a circoscrivere lo spazio occupato dal servizio pubblico.

In un'ottica sussidiaria, l'apposizione del "termine" tra servizio pubblico e attività d'impresa è, in qualche modo, lasciata all'iniziativa privata, che può dimostrare di poter svolgere una determinata linea senza compensazioni e allo stesso livello qualitativo.

Sempre con riferimento al *focus* sull'attività di trasporto collettivo di persone, si sono affrontati gli aspetti regolatori dei servizi di trasporto passeggeri statali non contribuiti, dei servizi di trasporto passeggeri internazionali e del noleggio con conducente.

Si tratta di mercati contigui al mercato del trasporto pubblico locale, nei quali tuttavia le imprese del TPL spesso operano, per cui anche in questi ambiti emergono i problemi di distorsione della concorrenza, per esempio, con riferimento ai finanziamenti pubblici di cui dispongono le imprese del TPL per l'acquisto degli autobus.

Lo studio dei rapporti tra servizio pubblico e libertà d'impresa ci ha portato ad occuparci dei soggetti economici che svolgono l'attività di trasporto collettivo di persone e ai condizionamenti funzionali che essi subiscono per l'esistenza stessa di una parte dell'attività sottoposta al regime di servizio pubblico e, per le società a partecipazione pubblica, il particolare regime vincolistico a cui esse sono sottoposte.

Come per il rapporto tra servizio pubblico e libertà d'impresa, ci appare che la legislazione sia sbilanciata a favore delle società a partecipazione pubblica a scapito delle piccole e medie imprese che diffusamente sono presenti in questo settore.

Si pensi all'obbligo di divisione societaria, troppo penalizzate per i soggetti privati, ai quali la norma impone sostanzialmente di scegliere tra un'attività di servizio pubblico e quella di mercato. Si pensi al problema delle dimensioni dei lotti da mettere a gara del servizio pubblico che di fatto impedisce a molte imprese anche di medie dimensioni di accedere a questo mercato.

Di contro la pure pervasiva legislazione vincolistica per le società a partecipazione pubblica appare un argine più teorico che reale al loro operare contestualmente in mercati soggetti al regime di servizio pubblico e in quelli liberalizzati.

Come si è visto, la crisi economica è stato un elemento di trasformazione del settore e ha innescato non soltanto dinamiche negative, ma anche l'opportunità di ripensare sul piano oggettivo all'estensione del servizio pubblico e su quello soggettivo al ruolo dei soggetti pubblici in questo mercato.

Ma proprio l'emersione dalle nebbie della crisi di soggetti con spiccata attitudine imprenditoriale in cerca di nuovi mercati da conquistare per sfruttare economie di scala, di densità e di scopo, rischia di riconsegnare nelle mani delle grandi società del TPL, sia a partecipazione pubblica che private, quegli spazio di libero mercato che faticosamente in questi anni si sono creati.

BIBLIOGRAFIA

- Alberti C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 3-4, p. 495 e ss.;
- Alecci S., *Assoggettabilità delle “società pubbliche” alle procedure concorsuali: le mobili frontiere tra socialità e profitto*, in *Dir. civ. cont.*, 5 gennaio 2015;
- Alessi R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956;
- Amato G., *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in www.astridonline.it.;
- Antonucci M., *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato*, in *Cons. St.*, 2003, II, p. 1356 e ss.;
- Anzon Demmig A., *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, p. 155 ss.;
- Argentati A., *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell’AGCM sulle deliberazioni quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in *Federalismi.it*, 2012, 18, pp. 1-24;
- Attili E., *Il Consiglio di Stato nell’ambito del trasporto pubblico locale, distingue tra “servizi minimi” e “servizi gran turismo”*, in *Riv. dir. Nav.*, 2013, 1, p. 458 ss.
- Azzariti A., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative*, in *Ist. Federalismo*, 2012, 4, pp. 1-24;
- Bassi G. e Moretti F., *Il nuovo quadro ordinamentale dei servizi pubblici di rilevanza economica dopo la conversione del decreto “liberalizzazioni”*, in *Azienditalia*, 2012, 5, p. 381 ss.;
- Benvenuti M., *Brevi annotazioni critiche intorno a una recente pronuncia della Corte costituzionale in tema di fondi a destinazione vincolata, stabiliti con legge statale in materia di trasporto pubblico locale, anche ferroviario*, in *Giur. cost.*, 6, 2013, p. 4391 ss.;

Bercelli J., *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 2, p. 155 ss;

Berti G., *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 867 ss;

Bertonazzi L., Villata R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Tratt. dir. amm. eur.*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, parte speciale, IV, p. 1791 ss;

Bifulco R., *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 3, 2017; Balboni E., *Sulla riorganizzazione della p.a. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione...e "l'intendenza seguirà"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 10.1.2017;

Boitani A., Combini, in *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, Hermes, 2004;

Boitani A., *I trasporti del nostro scontento*, Bologna, 2012;

Boitani A., in *La riforma del trasporto pubblico locale: una valutazione personale*, sintesi dell'intervento al convegno *La riforma del trasporto pubblico locale in Alto Adige*, Bolzano 22.11.2000;

Boitani A., Ramella F., *Competizione e aggregazioni nel TPL*, Paper Università Cattolica del Sacro Cuore, 5 luglio 2017, p. 41;

Bonetti T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica dalla instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2, 2012, p. 422;

Boscolo E. e Cafagno M., *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, p. 104 e ss;

Bottino G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1606 e ss;

Brancasi A., *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, 2003;

- Busti S., *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in *Dir. trasp.*, 2, 2011, p. 461 ss;
- Cabianca A., *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 *Federalismi.it*, 2012, 20, pp. 1-26;
- Cabianca A., *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, pp. 1-73;
- Caia G., *I servizi pubblici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, p. 131 ss;
- Caia G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2007, 10, p. 1 e ss;
- Calcagnile M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. TAR*, 11, 2012, p. 3713 ss;
- Camera C. e Magnini A., *Commento alla legge 29 marzo 1903, n. 103*, Rocca S. Casciano, 1963;
- Cammelli M., *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, a cura di O. Bucci, Bologna, 2006;
- Cammelli M., Dugato M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, 2008, p. 348 e ss;
- Cammelli M., in *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, a cura di Bucci O., Bologna, 2006;
- Cammelli M., *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, Rimini, 1989;
- Cammelli M., *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Annali*, V, p. 2012;

- Candido A., *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli, L. Trucco, Torino, 2014;
- Candido A., *L'emergenza non estende le competenze regionali. Sulla proroga dei contratti di trasporto pubblico locale*, in *Giu. cost.*, 1, 2014, p. 73 ss;
- Cangiano R., *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*", in *Economia pubbl.*, 2005, p. 93 e ss;
- Capantini M., *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, p. 805 e ss;
- Capantini M., *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1, p. 99 e ss;
- Capantini M., *La sentenza n. 199 del 2012: i servizi pubblici locali dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, p. 868 ss;
- Caputi G., *Servizi pubblici ed aiuti di stato nella giurisprudenza comunitaria. ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, p. 823 e ss;
- Carnevale P., *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2013, 3, pp. 405 ss;
- Carnevale Vecchi M. A., *Trasporti in concessione*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992;
- Cartei G. F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2005, p. 1219 ss;
- Cartei G. F., *Il servizio universale*, Milano, 2002, p.1 e ss;
- Casalini D., *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm.*, CdS, 2003, 10, p. 2733 e ss.;
- Casalini D., *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, commento a C.d.S. n.101/2009, in *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 969 e ss;
- Casavecchia M., *Le società in mano pubblica*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 10, p. 64 ss;

Cassese S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 581;

Ceraso L., *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, p. 97 e ss.;

Cerulli Irelli V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2900 ss;

Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss;

Ceruti M., *Aiuti di Stato e compensazione retroattiva di servizio pubblico: l'aiuto è incompatibile con il mercato interno se c'è rischio di sovracompensazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 6, 2016, p. 1618 e ss;

Cervelli S., *Assoggettabilità a fallimento della società in house*, commento a Trib. Napoli Sez. VII, 29 maggio 2014, in *Dir. Fall.*, 2015, 1, 2066 ss;

Chiti M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, 10, 2009, p. 1115 ss;

Cianci E., *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977;

Cici L., in *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *Giornale dir. Amm.*, 1998, p. 289 e ss;

Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 226 e ss;

Cintioli F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Nuovo dir. amm.*, 2, 2012, p. 3 e ss;

Cintioli F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 3, 2006, p. 453 e ss;

Clarich M., *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 115 e ss;

Clarich M., *I poteri d'impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 278/90*, in www.giustizia-amministrativa.it;

Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 194 e ss.;

Clarich M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, p. 261 ss.;

Claroni A., *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in *Il diritto del Mercato del Trasporto*, a cura di Zunarelli S., in *Trattato di Dir. comm. e dir. pubb. Economia* diretto da Galgano F., Cedam, Padova, 2008, p. 141 e ss.;

Codazzi E., *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto della società*, atti V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori universitari di diritto commerciale —orizzonti del diritto commerciale — l'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi, Roma, 21-22 febbraio 2014;

Codazzi E., *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1, 2015, p. 74 ss.;

Comino A., De Marco A., Natalini A., *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in L. Torchia (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna 2005, p. 95 ss.;

Cuniberti M., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in www.giurcost.org;

Cuocolo L., *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 5, p. 484 e ss.;

D'Alberti M., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII;

D'Aloia A., *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008;

D'Atena A., *L'impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti*, in *Studi in onore di L. Elia*, Milano, 1999;

D'Attorre G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?*, in *Fall.*, 2010, p. 691 ss.;

De Nes M., *Fondi statali vincolati in materie regionali: una giurisprudenza (im)prevedibile*, in *Giur. cost.*, 2, 2014, p. 1978 e ss.;

De Valles A., *I servizi pubblici*, in *Primo Tratt. completo dir. amm. ital.*, IV, parte I, diretto da V.E. Orlando, Milano, 1924, p. 6 e ss;

De Valles A., *In tema di azionariato comunale*, in *Studi in onore di Silvio Lessona*, I, Bologna, 1963, p. 247 e ss;

Del Dotto A., *L'in house providing e il paradosso del caffè*, in www.altalex.it, 12.01.2009;

Del Gatto S., *Società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2014, p. 890 ss;

Della Scala M. G., *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012;

Di Cristina F., *I pareri dell'AGCM sull'affidamento 'in house' dei servizi pubblici locali (agosto 2009 – marzo 2011)*, in *Conc. merc.*, 2011, p. 173 ss;

Di Gaspare G., *Privatizzazioni. Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem* 1;

Diverio D., *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 2, p. 610 e ss.;

Donativi V., *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, nota a Corte Giustizia 29 novembre 2012, cause riunite nn. 182-183/11, in *Giur. comm.*, II, 5, 2014, p. 765 ss;

Dugato M., *Beni e servizi pubblici nelle leggi finanziarie*, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 7-8, p. 2282 e ss;

Dugato M., *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, in Della Cananea, Dugato, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 72 e ss;

Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in *Tratt. dir. amm., Dir. amm. spec.*, a cura di S. Cassese, III, Milano, 2003, p. 2581 ss;

Dugato M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 9, p. 929 e ss;

Dugato M., *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici*, in *Munus*, 3, 2012, pp. 520 e ss;

Dugato M., *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, nota a Cons. Stato Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, in *Giornale dir. amm.* 2005, 10, p. 1051 ss;

Dugato M., *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in *Munus*, 3, 2013, p. 458 e ss;

Dugato M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 169 e ss;

Dugato M., *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Istituzioni del Federalismo, Quaderni*, 2, 2012, p. 5 ss;

Dugato M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 855 ss;

Fimmanò F., *Il fallimento delle "società pubbliche"*, in *Crisi di Impresa e Fallimento*, 18 dicembre 2013, in www.ilcaso.it;

Fimmanò F., *Insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, commento a Trib. Palermo, 20 ottobre 2014, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, p. 20257 ss;

Fiorani L.E., *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 532 ss;

Galetta D. U., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, p. 389 ss;

Gallo D., *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 5, p. 893 e ss;

Gaudamet Y., *Regolazione e servizi pubblici*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, 2000;

Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995;

Giannini M.S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1956, p. 617 e ss;

Gigliani F., *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 5, p. 538 e ss;

Giovagnoli R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *Giustamm.it*;

Goisis F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004;

Gruner G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A., Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009;

Guerra F., *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 774 ss., spec. p. 781 e ss;

Iaione C., *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008;

Ibba C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba - M.C. Malaguti - A. Mazzoni, Torino, 2011;

Ibba C., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. Comm.*, 1, 2014, p. 13 e ss;

Irti N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. Soc.*, 1993, p. 474 e ss;

La Spina A. e Majone G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000;

Libertini M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, 8, 2010;

Liguori F., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004;

Lottini M., *Servizi d'interesse economico generale: una nozione controversa*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, p. 1351 e ss;

Lucarelli A., *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1, 2011, p. 261 e ss;

Lucarelli A., *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 2012, 18, p. 1 e ss;

Luciani M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 356 e ss;

Magliano R., *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 3, p. 790 e ss.;

Mameli B., *Concessioni e pubblici servizi*, in *ibidem*, 2001, 1, p. 63 e ss.;

Marchianò G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5-6, 2013, p. 1021 e ss.;

Marfoli L., *Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, 3-4, 2013, p. 305 e ss.;

Martinelli M., *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1, p. 113 e ss.;

Mazzamuto M., *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 4-5, 2000, p. 569 e ss.;

Mazzamuto M., *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di Brancasi A., Il Mulino, Bologna, 2003, p. 225 e ss.;

Mazzamuto M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.;

Mazzarino M., *Regolazione dei trasporti e Authority*, in *Munus*, 2, 2013.;

Mazzucato M., *Lo Stato innovatore*, Bari, 2014.;

Mengozzi M., *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, *ivi*, 2013, 21, pp. 1 e ss.;

Merloni F., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e comunitario*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.;

Merusi F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1, 2004, p. 38 e ss.;

Merusi F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 313 e ss.;

Merusi F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.;

- Merusi F., Villata R., *Pubblici servizi*, Milano, 2003;
- Midiri M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2014, p. 133 e ss;
- Miele G., *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, p. 1134 ss;
- Miele G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 136 e ss;
- Montalenti P., *Le società a partecipazione pubblica. Spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 3, 2010, p. 10 e ss;
- Mostacci E., Romeo G., *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 2;
- Mulazzani G., *Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Giu. Comm.*, 1, 2015, p. 135 ss;
- Napolitano G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Regole, concorrenza e mercato*, 2003, n. 3, p. 540 e ss;
- Napolitano G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 999 ss;
- Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005;
- Napolitano G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;
- Ottaviano V., *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965;
- Ottaviano V., *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, XX, 1970
- Pace A., *La Corte Costituzionale disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2965 ss;
- Panzerà C., *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 4, 2011, p. 3374 e ss;
- Perfetti L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001;

- Perfetti L. R., *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 3, 2013, p. 683 e ss;
- Perfetti L. R., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi d'interesse economico generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, p. 479 ss;
- Petroni P., *Il servizio pubblico nell'esperienza giuridica italiana*, in www.diritto.it, 28.12.2006;
- Piccinini G., *Le società strumentali possono anche gestire servizi pubblici locali - società miste, inapplicabilità del divieto di cui all'art. 13 d.l. 223/06*, in *Gazz. Amm.*, 2, 2011, p. 128 ss;
- Pinelli C., *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Riv. tel. giur. AIC*, 1, 2014;
- Pinotti C., *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, p. 146 e ss.;
- Piperata G., *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 11/2008, p. 1120 ss;
- Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005;
- Pizza P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007;
- Polidori G., *Aspetti economici del trasporto pubblico locale e loro evoluzione*, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, a cura di Bucci O., Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17 e ss;
- Positano G., *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, (Nota a App. Napoli 24 aprile 2013), in *Dir. Fall.*, 2013, 6, p. 563 ss;
- Pototschnig U., *I servizi pubblici*, Padova, 1964;
- Pototschnig U., *Vicende e problemi delle concessioni in atto nella nuova organizzazione del trasporto pubblico*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999;

Ramella F., in *Quale politica per il trasporto collettivo locale?*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2002, p. 203 e ss;

Rangone N., *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato amministrativo. Parte speciale*, a cura di Cassese S., Milano, Giuffrè, 2003, p. 2272 e ss.;

Rangone N., *Servizi universali*, in *Enc. giur.*, 1998, *ad vocem*;

Renna M., *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997;

Resta D., *Profili giuridici delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *TAR*, 1983, II, p. 215 e ss;

Rinaldi Baccelli G., *Per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 11 e ss;

Romano Tassone A., *La concessioni a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, p. 87 e ss;

Rossano C., in *Prefazione a C. Iaione, La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008;

Rossi G., *I servizi pubblici*, in *Riv. giur. quadrim. serv. pubbl.*, 1998, p. 16 e ss;

Rossi G., in *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in *Riv. Soc.*, 4, 2014, p. 753 e ss;

Rossi Giampaolo, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comm.*, 1, 2014, p. 39 e ss;

Sabbatini M. S., *Le Direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e "grandi opere": un riordino in itinere*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2004, 2, p. 335 e ss.;

Sabbioni P., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 6, 2010, p. 4654 e ss;

Saitto F., *La Corte conferma la 'regola dell'eccezione' in materia di fondi vincolati tra inattuazione dell'art. 119 cost. e imperiose necessità sociali*, in *Giur. cost.*, 6, 2013, p. 4400 e ss;

Saltari L., *Lo Stato del mercato*, in *Giornale dir. amm.*, 6, 2012, p. 579 e ss;

Sambri S. M., *L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 10.7.2013;

Sandulli M.A., *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *Federalismi.it*, 2010, 13, pp. 1 e ss;

Sandulli M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, 12, 2012;

Saracino C. M., *Appalti e concessioni: dai "nomina iuris" alla disciplina. Alcuni profili di indagine*, in *Foro amm.*, TAR, 2007, 7-8, p. 2480 e ss.;

Scotti E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro Amm.*, CdS, 2003, p. 3219 ss.;

Scura F., *Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del tpl: prime osservazioni*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 14 luglio 2011;

Sebastiani M., *Concorrenza, competitività e regolazione nei trasporti*, in *Relazione al Convegno "Le priorità per la politica dei trasporti"*, Società Italiana di Politica dei Trasporti – Si.Po.Tra, Venezia 21 ottobre 2013, p. 21 e ss;

Sileoni S., Archimi L., *Trasporti interregionali: eliminato il periodo transitorio? Riflessioni sull'art. 10, comma 9, del d.l. n. 7/2007 (Bersani bis)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 14 febbraio 2007;

Sorace D. - Marzuoli C., *Concessioni amministrative*, in *Digesto disc. pubbl.*, III, Torino, 1989;

Sorace D., *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, p. 1 e ss;

Sorace D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 372 e ss

Tessarolo C., *Il nuovo regime del periodo transitorio nel settore del trasporto pubblico locale (art. 1, c. 393 e 394, l. 23 dicembre 2005, n. 266)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2006;

Tessarolo C., *La disciplina comunitaria del trasporto di passeggeri*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 13 giugno 2008;

Torchia L., *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, a cura di Cammelli M. e G. Scialoja, *Quaderni della Spisa*, Rimini, 2004;

Trimarchi Banfi F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 2013, p. 30 e ss;

Tubertini C., *I livelli essenziali di assistenza sanitaria e l'effettività del diritto alla salute*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2006, p. 508 e ss;

Urbano G., *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 12, p. 1022 e ss;

Ursi R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 1, 2005, p. 179 e ss;

Ursi R., *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 116 e ss;

Valaguzza S., *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012;

Vigneri A., *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in *Le virtù della concorrenza, regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, AA.VV., Bologna, 2007;

Vigneri A., *La disciplina dei servizi pubblici locali nell'art. 4 del legge 148/2011. Brevi considerazioni sul nuovo quadro normativo*, in *ASTRID Rassegna*, 2011, 1;

Vigneri A., *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d. l. 30 dicembre 2005 n. 273*, in *ASTRID-Rassegna*, 1/2006;

Vignudelli A., *Diritto costituzionale*, Torino, 2010;

Villata R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008;

Zammartino F., *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012*, in *Giustamm.it*, 2013, 6, pp. 1 e ss;

Zanelli E., *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in *Politica dir.*, 2004, p. 175 e ss.;

Zanlucchi F., *La compensazione degli obblighi di servizio pubblico: una storia tormentata*, in *Urb. appalti*, 5, 2013, p. 573 e ss.