

DIANA-URANIA GALETTA - MASSIMO GLAVAZZI

TRASPORTI TERRESTRI



giuffrè editore - 2007

Estratto dal volume:

TRATTATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

diretto da

MARIO P. CHITI e GUIDO GRECO

Coordinato da

GIAN FRANCO CARTEI e DIANA-URANIA GALETTA

PARTE SPECIALE

Tomo IV

Seconda Edizione

TRASPORTI TERRESTRI

di Diana-Urania Galetta e Massimo Giavazzi (*)

SOMMARIO: 1. Il difficile percorso della politica comune dei trasporti: fra esigenze di liberalizzazione del mercato e politiche nazionali dei trasporti. — 1.1. La politica comunitaria dei trasporti, fra necessità di instaurazione di un mercato comune e normative nazionali esistenti al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Roma. — 1.2. Le caratteristiche peculiari delle politiche nazionali preesistenti in materia di trasporti. — 1.3. Le principali fasi di sviluppo della politica comunitaria dei trasporti. — 2. Politica comune dei trasporti, trasporti terrestri ed obblighi di servizio pubblico. — 2.1. Le previsioni del Trattato e la prima fase della politica comune dei trasporti in materia di trasporti terrestri. — 2.2. Il regolamento CEE n. 1191/69 sugli obblighi di servizio pubblico. — 2.3. I trasporti come servizio pubblico « in senso oggettivo » e la disciplina degli aiuti di Stato. — 2.4. Le modifiche al regolamento sugli obblighi di servizio pubblico ad opera del regolamento CEE n. 1983/91 e le recenti proposte di modifica. — 3. I trasporti per ferrovia e le problematiche specifiche. — 3.1. I primi interventi normativi comunitari per normalizzare i conti delle aziende ferroviarie e separare gestione della infrastruttura ed esercizio dell'attività di trasporto. — 3.2. La direttiva CEE n. 440/91 sullo sviluppo delle ferrovie comunitarie e le modifiche introdotte dalle direttive CE n. 12/2001 e n. 51/2004. — 3.3. La direttiva CE n. 95/18 relativa alle licenze alle imprese ferroviarie e le modifiche introdotte dalla direttiva CE n. 2001/13. — 3.4. La direttiva CE n. 2001/14, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e la direttiva CE n. 2004/49 relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie. — 3.5. Dal d.p.r. 1998 n. 227 al decreto legislativo 8 luglio 2003 n. 188, di attuazione delle direttive CE n. 2001/12, n. 2001/13 e n. 2001/14 in materia ferroviaria. — 3.6. *Segue*. La possibilità di affidare a terzi la gestione di taluni servizi connessi alla gestione dell'infrastruttura e le problematiche emergenti. — 3.7. Il regolamento CE n. 881/2005 che istituisce un'Agenzia ferroviaria europea. — 4. I trasporti locali. — 4.1. La disciplina comunitaria degli obblighi di pubblico servizio nel settore dei trasporti locali. — 4.2. Il faticoso percorso della riforma dei trasporti pubblici locali — 4.3. La vigente disciplina dei

(*) I capitoli da 1 a 3 sono a cura di D.U. GALETTA. I capitoli 4 e 5 sono a cura di M. GIAVAZZI.

4. I trasporti locali.

4.1. La disciplina comunitaria degli obblighi di pubblico servizio nel settore dei trasporti locali.

Nell'ambito dei trasporti per via terrestre, le norme comunitarie di diritto derivato consentono alle amministrazioni pubbliche di istituire obblighi di servizio pubblico — ovverosia « *obblighi che l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni* » (100) — che debbono tuttavia essere compensati attraverso l'erogazione di provvidenze economiche. E, a tal proposito, la Corte di giustizia CE ha affermato che le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87 del trattato CEE, qualora soddisfino cumulativamente quattro criteri: *a)* l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, che devono essere definiti in modo chiaro; *b)* i parametri sulla base dei quali è calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; *c)* la compensazione non deve superare l'ammontare dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico; *d)* in assenza di una procedura di appalto pubblico, il livello della compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che una « *impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto* » avrebbe dovuto sostenere per adempiere tali obblighi (101).

(100) Cfr. articolo 2, comma 1, del regolamento CEE n. 1191/69.

(101) Sul punto vi è, per vero, un acceso dibattito tra coloro che ritengono che il finanziamento del servizio pubblico all'impresa privata costituisca sempre un aiuto di Stato, e quanti invece affermano che l'erogazione di pubblico danaro costituisce un aiuto di Stato solo là dove procuri un vantaggio economico a determinate imprese, in tal modo falsando la concorrenza, escludendo conseguentemente dal novero degli aiuti di Stato le compensazioni di obblighi di servizio pubblico. Si tratta, di due antitetiche concezioni, riassunte nelle contrapposte teorie della « *concezione lorda dell'aiuto* » anche detta del « *vantaggio apparente* » — in relazione alla quale i vantaggi conferiti dalla pubblica amministrazione e la contropartita posta a carico del beneficiario non sono legati da un rapporto sinallagmatico, di perciò che l'esistenza di una contropartita non sarebbe rilevante al fine di escludere la ricorrenza di un aiuto di Stato — e della « *concezione netta dell'aiuto* » anche detta del « *vantaggio reale* » — in relazione

L'obiettivo di evitare che le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico servano a veicolare aiuti di Stato è la *ratio* ispiratrice del regolamento CEE n. 1191/69, 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.

Peraltro, la disciplina in origine non interessava i trasporti locali, perché il regolamento CEE n. 1191 citato non si applicava agli operatori che fornivano in via principale servizi locali o regionali (102).

Questa primitiva disciplina normativa è, poi, stata modificata dal regolamento CEE n. 1893/91, che ha esteso al trasporto locale la disciplina del regolamento CEE n. 1191/69, e ha poi sostituito l'imposizione unilaterale di oneri di servizio pubblico con l'obbligo di concludere contratti di servizio (103), all'interno dei quali disciplinare in un rapporto sinallagmatico le reciproche obbligazioni assunte dall'operatore privato con la pubblica autorità.

La novella del 1991 non affronta, invece, la delicata questione delle modalità di affidamento dei contratti di servizio pubblico, in particolare con riferimento all'eventuale necessità di esperire una

alla quale una misura statale che si limiti a compensare il costo degli obblighi di servizio pubblico non costituisce un aiuto di Stato (si vedano, per l'analisi delle contrapposte teorie, le conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger nella causa C-280/00, in <http://curia.eu.int/>). La Corte di giustizia CE, nella sentenza 24 luglio 2003 nella causa C-280/00, Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdebur/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in <http://curia.eu.int/>, ha infine aderito alla tesi del «vantaggio reale», affermando che il finanziamento pubblico non costituisce aiuto di Stato, «nei limiti in cui... deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, così che tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza».

(102) Cfr. articolo 19, paragrafo 2, del regolamento CEE n. 1191/69.

(103) Cfr. articolo 14 del regolamento CEE n. 1893/1991, ove si legge: «per contratto di servizio pubblico si intende un contratto concluso fra le autorità competenti di uno Stato membro e una impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti ... il contratto di servizio pubblico comprende tra l'altro i seguenti punti: a) le caratteristiche dei servizi offerti...; b) il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, che si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate ...; c) le norme relative alle clausole addizionali e alle modifiche del contratto, segnatamente per tener conto dei mutamenti imprevedibili; d) il periodo di validità del contratto; e) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto».

procedura concorsuale per l'individuazione dell'operatore con cui concludere il contratto di servizio. Ciò che consente di dubitare della necessità di osservare in subietta materia la disciplina comunitaria sugli appalti, perché il trasporto pubblico di passeggeri si muove in realtà nell'ambito di una concessione di servizi, sottratta alle procedure di evidenza pubblica (104).

Difatti, nel luglio del 2000 la Commissione CE in tale ambito aveva presentato una proposta di regolamento con l'obiettivo di introdurre un sistema di concorrenza controllata e l'affermazione dell'obbligo dello svolgimento di pubbliche gare per l'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, in tal modo superando gli ostacoli a un'estensione generalizzata della disciplina sugli appalti al settore specifico. Sennonché il progetto di riforma non ha avuto successo, per il contrasto tra gli Stati membri favorevoli a una più ampia liberalizzazione del settore e quelli che invece erano sostenitori del mantenimento dello *status quo*, e che perciò si erano fatti promotori di un emendamento finalizzato a proteggere dalla concorrenza i servizi di trasporto pubblici locali. La situazione di stallo che si è, in tal modo, venuta a creare è stata, da ultimo, superata con l'approvazione, nel luglio del 2005, di una nuova proposta di regolazione dei servizi pubblici di trasporto che è intervenuta sui gangli del settore — l'attribuzione di diritti esclusivi e il versamento di compensazioni per gli obblighi di servizio pubblico — nella logica dei principi emergenti dal Libro bianco dei servizi di interesse generale e dalla sentenza Altmark. Il nuovo progetto di regolazione, che poggia sulla struttura portante di un sistema di aggiudicazione del contratto di servizio pubblico mediante appalto pubblico o affidamento diretto a organismo di diritto pubblico, è

(104) Cfr. Comunicazione della Commissione CEE — *Gli appalti pubblici nell'Unione europea* — Com/98/0143 def., in <http://europa.eu/>. Si legga, altresì, G. D'ANGELO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, art. 35 legge 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria 2002, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, che, alle pagine 82 e seguenti, afferma « *La gestione del servizio del trasporto pubblico locale è subordinata a un atto amministrativo che — a prescindere dalla qualificazione di autorizzazione o concessione per il diritto amministrativo italiano — il diritto comunitario qualifica come concessione (con la conseguenza che) s'impone ... un interrogativo di fondo ... va verificato, infatti, se la normativa comunitaria sugli appalti pubblici servizi, richiamata tanto dal decreto legislativo n. 422 del 1997 citato tanto dalla legislazione regionale di attuazione, sia realmente la disciplina dettata dal legislatore comunitario per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale...* ».

stato, infine, avallato dal Consiglio CE nel giugno del 2006 (105), segnando dunque un positivo progresso sulla via dell'evoluzione del sistema secondo la logica della concorrenza controllata.

4.2. Il faticoso percorso della riforma dei trasporti pubblici locali.

Il settore dei trasporti pubblici locali (106) negli ultimi anni, e segnatamente dalla pubblicazione della prima edizione del Trattato, è stato oggetto di un rilevante — e per certi versi travagliato — processo di riforma (107), sull'abbrivio del riassetto generale dell'organizzazione amministrativa centrale disposto dalla legge 15 marzo

(105) Sul punto si rinvia peraltro al precedente par. II. 4. a cura di D.U. GALETTA.

(106) Si intende in tal modo riferirci ai servizi di linea, in relazione ai quali «*l'amministrazione pubblica vuole conseguire il risultato di approntare dei mezzi di trasporto, che sempre e comunque (e, quindi, anche se semivuoti, anche se le condizioni atmosferiche siano avverse, e gli incassi non competitivi, ma addirittura nemmeno compensativi ecc.) siano a disposizione della collettività per raggiungere alcuni luoghi determinati a prezzi fissati autoritativamente*» (M.A. CARNEVALE VENCHI, *Trasporti in concessione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992), e in relazione ai quali soltanto si pone il problema di realizzare una sintesi tra l'apertura al mercato del settore e l'esigenza di garantire servizi di trasporto sufficienti o comunque adeguati e ininterrotti attraverso l'imposizione — autoritativa o negoziata che sia — di obblighi di servizio pubblico, con la conseguenza di interferire con la disciplina degli aiuti di Stato. Come afferma C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, 2002, p. 34, «*alla base dell'offerta di trasporti pubblici locali non sono i meccanismi di mercato, ma la decisione del soggetto politico che interpreta le esigenze della collettività e fa sì che il servizio venga prodotto anche quando i costi di produzione sono maggiori della sua utilità diretta. E proprio in tale ottica il settore, ritenuto deficitario per definizione (e, spesso, quasi per diritto) è stato fatto oggetto di contributi...*». A tal proposito, E. ZANELLI, *Due passi indietro, nessuno avanti: la regolamentazione del trasporto pubblico locale e l'articolo 35 della finanziaria 2002*, in *Corriere giuridico*, 2002, pagina 403, sostiene che il settore è «*caratterizzato soprattutto dagli elementi di market failure e di socialità ... che lo diversificano radicalmente dagli altri servizi a rilevanza industriale con mercato e redditività sostenibile e autosufficiente*».

(107) A. BOITANI, *Concorrenza e regolazione nei trasporti*, in *Economia e politica industriale*, 2004, alla pagina 17, sostiene che «*i fini della riforma (sono): 1) recuperare efficienza ed efficacia dei servizi tramite una iniezione di concorrenza per il mercato; 2) ridurre — grazie alla maggiore efficienza e ai minori costi — i sussidi pubblici che risultano essere i più elevati d'Europa; 3) responsabilizzare finanziariamente regioni ed enti locali al fine di evitare i periodici ricorsi alle casse dello Stato per ripianare i disavanzi accumulati dalle aziende; 4) promuovere la crescita industriale del settore...*»

1997 n. 59 (108). In questo lasso di tempo, si sono infatti succeduti diversi provvedimenti normativi che hanno, in effetti, rivoluzionato l'originario sistema. Rinviando, perciò, a quanto si era (da altri e con maggiore autorità) sostenuto in merito all'esegesi della legge n. 151 del 1981 nella precedente edizione del Trattato, si tratta ora di affrontare la disamina del nuovo sistema, che del precedente parrebbe avere ereditato solo l'insegnamento degli errori da evitare.

Queste le tappe del cammino compiuto.

Nel collegato alla legge finanziaria per il 1996 (legge 28 dicembre 1995 n. 549) si è prevista l'eliminazione del fondo nazionale dei trasporti, sostituendolo con la devoluzione alle regioni di una quota del gettito sull'accisa dei carburanti, in tal modo eliminando l'originario vincolo di destinazione delle risorse pubbliche, così da gettare le basi (l'autonomia finanziaria) per realizzare il decentramento amministrativo delle funzioni (109).

(108) In realtà, il procedimento di riforma ha preso l'avvio con la legge 28.12.1995 n. 549, così detto collegato alla finanziaria per il 1996, contenente la delega al governo all'emanazione di un decreto legislativo con il quale «... delegare alle regioni funzioni in materia ... di trasporti di interesse regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati, ... fissando criteri omogenei allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto necessari ai fabbisogni di mobilità ai sensi del Regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio, del 20 giugno 1991, conferendo la relativa autonomia finanziaria e procedendo al risanamento finanziario del settore»; ma poi la caduta del governo e le conseguenti elezioni impedirono che la delega fosse esercitata. In quel primo, fallito, tentativo, già si rinvergono i germogli del futuro sviluppo: vi si afferma, infatti, che «... nell'emanazione dei decreti legislativi ... il Governo si atterrà ai seguenti principi e criteri direttivi: ... delegare alle regioni i compiti di programmazione e amministrazione in materia di servizi di trasporto pubblico di interesse locale e regionale con qualsiasi modo di trasporto esercitati, ivi compresi i servizi ferroviari in concessione e gestione governativa e i servizi locali svolti dalle Ferrovie dello Stato S.p.a.; affidare l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico attraverso concessioni regolate da contratti di servizio, aventi caratteristiche di certezza finanziaria e di copertura di bilancio da parte delle regioni o degli enti locali, stabilendo che il relativo costo è finanziato dai bilanci regionali e prevedendo che i servizi ulteriori, rispetto a quelli corrispondenti ai livelli minimi definiti dalle regioni, siano determinati dai contratti di servizio stipulati tra le aziende e/o società concessionarie e gli enti locali e che il corrispondente costo sia a carico dei bilanci dei medesimi enti locali; separare istituzionalmente i compiti di programmazione e amministrazione da quelli di produzione dei servizi; definire i criteri per l'istituzione, a livello regionale e locale, di specifici organismi preposti alla formazione e attuazione dei piani di trasporto e alla preparazione e gestione dei contratti di servizio pubblico».

(109) Cfr. A. BOITANI e C. CAMBINI, *Il trasporto pubblico locale in Italia, dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002,

Il decreto legislativo n. 422 del 19 novembre 1997 ha, poi, introdotto il principio della separazione delle funzioni di programmazione e regolazione (110) da quelle di erogazione del servizio; e ha individuato la regione come unico soggetto regolatore di tutto il comparto, al quale attribuire funzioni di pianificazione e di finanziamento del servizio pubblico di trasporto locale (111). Al contempo, si è previsto il trasferimento di funzioni e compiti — vale a dire l'organizzazione e la concreta erogazione del servizio pubblico di trasporto — agli enti territoriali minori (112) (113), che vi proce-

pagina 46, ove si legge: «*l'abolizione del fondo nazionale trasporti e la sua sostituzione con una parte delle accise sui carburanti riscosse in ogni singola regione, senza vincoli di destinazione, ha cercato di rendere più stringente e credibile il vincolo di bilancio e di far percepire alle Regioni i costi e i benefici degli usi alternativi delle risorse*».

(110) G.A. QUERCI, *In tema di liberalizzazione dei trasporti pubblici locali*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, 2001, p. 153, sostiene che: «*l'attività economica e i fini sociali fungono da meri presupposti, mentre la determinazione del programma e dei controlli si configurano come elementi essenziali, e l'indirizzo e il coordinamento si atteggiano invece come termini di riferimento del programma e dei controlli*», e afferma di conseguenza che «*questa è la nozione di servizio pubblico oggettivo, la quale attiene all'attività, non a chi la svolge, ossia all'operatore*».

(111) Cfr. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 2273, ove si legge: «*Le regioni, alle quali sono conferite tutte le competenze amministrative non espressamente riservate allo Stato, assumono, sostanzialmente, il ruolo di programmazione, definendo i piani di bacino e i piani regionali di trasporto, disciplinando il livello dei servizi minimi essenziali (secondo le modalità stabilite con legge regionale) e aspetti quali l'integrazione modale, le risorse da destinare all'esercizio, le modalità di determinazione delle tariffe, le modalità di attuazione e revisione dei contratti di servizio pubblico, il sistema di vigilanza sul servizio, i criteri per la riduzione dell'inquinamento*». Vi è al proposito da rilevare, con L. RAZZITTI, *La riforma dei trasporti pubblici locali nell'Unione europea e in Italia: aspetti problematici connessi alla realizzazione di un adeguato assetto concorrenziale del mercato*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, pagina 664, che «*la legge n. 59 del 1997 non ha operato una delega delle competenze in materia di servizi pubblici a favore delle regioni ..., al contrario, la legge citata ha stabilito un vero e proprio conferimento di competenze, consistente nel trasferimento, stabile e permanente, di funzioni ...*».

(112) Cfr. art. 7: «*Le regioni, in conformità ai singoli ordinamenti regionali e sentite le rappresentanze degli enti e delle autonomie locali, conferiscono alle province, ai comuni e agli altri enti locali tutte le funzioni e i compiti regionali in materia di trasporto pubblico locale ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale*».

(113) Cfr. R. DAMONTE, *Il decreto legislativo n. 422 del 1997, in materia di*

dono tramite imprenditori privati, individuati attraverso procedure di evidenza pubblica e operanti nell'ambito di un rapporto definito da un contratto di servizio (114) (115): in tal modo, perseguendo l'apertura del mercato alla concorrenza, attraverso una forma di concorrenza per il mercato, piuttosto che di una concorrenza nel mercato, pure sperimentata — con discutibili risultati — in altri ordinamenti (116), e invocata nel nostro dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato (117).

L'originario assetto delle competenze e delle funzioni è poi stato modificato e integrato con il decreto legislativo n. 400 del 20 settembre 1999, che ha tra l'altro stabilito tempi certi per il periodo transitorio e ha indicato nella fine del 2003 il momento in cui « *tutti i servizi vengono affidati esclusivamente tramite le procedure concorsuali* » (118).

pubblici trasporti: enti locali, committenti ed appaltatori allo stesso tempo?, in *Foro Amministrativo*, 1999, p. 931, sostiene che « *in pratica gli enti locali, nella riforma introdotta dal decreto legislativo n. 422 del 1997, assumono il ruolo di autorità dei servizi di trasporto pubblico locale a cui viene conferito un amplissimo potere organizzativo, gestionale e decisionale* ».

(114) L'art. 14 del decreto legislativo n. 269 del 2003 ha eliminato l'obbligo di gara per l'affidamento dei servizi locali. Ma, poi, l'art. 1 della legge n. 308 del 2004 ha sottratto i trasporti dalla disciplina dell'art. 35 del decreto legislativo n. 448 del 2001, e, conseguentemente, è riemerso l'obbligo della gara per l'affidamento dei servizi, a partire dalla fine del 2005. Si veda in questo senso, A. BOITANI, *Concorrenza e regolazione dei trasporti*, citato, 2004, pagina 20.

(115) Cfr. art. 18: « *L'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, è regolato, a norma dell'art. 19, mediante contratti di servizio di durata non superiore a nove anni* ».

(116) Cfr. A. BOITANI, C. CAMBINI, *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, in *Economia e Politica industriale*, 2004, p. 93 sostengono che « *Laddove un confronto è possibile tra i risultati ottenuti passando alla pura e semplice deregulation oppure alla concorrenza regolata — come in Gran Bretagna — sembra che la concorrenza regolata abbia nel complesso fornito una performance migliore della deregulation, se si tiene conto tanto per la riduzione dei costi quanto della qualità e regolarità dei servizi* ».

(117) Cfr. segnalazione dell'Autorità AS 125 del 26 giugno 1998, in <http://www.agcm.it/>, con la quale « *L'Autorità ha rilevato che, all'interno di un riassetto del settore volto a contenere il volume di risorse pubbliche assorbite dai sussidi, occorre procedere ad una corretta identificazione dell'estensione dell'intervento pubblico, nonché a una verifica degli spazi praticabili per una gestione concorrenziale dei servizi, così da consentire il dispiegarsi del confronto competitivo tra più operatori. È quindi necessario che l'intervento pubblico sia circoscritto ai soli casi in cui l'iniziativa economica privata non risulti sufficiente* ».

(118) Cfr. art. 18, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 422 del 1997,

Sennonché, con la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 sono stati modificati i criteri di riparto delle competenze tra Stato, regioni e autonomie locali. E, per quanto concerne la disciplina dei trasporti, il nuovo art. 117 della Costituzione individua tra le materie a legislazione concorrente quelle indicate come « *grandi reti di trasporto di navigazione* » e « *porti e aeroporti civili* », non prevedendo invece riferimenti diretti ai trasporti pubblici locali. Dimodoché, il comparto dei trasporti pubblici di interesse locale deve ritenersi attribuito alla competenza legislativa esclusiva della regione, giusta il disposto del novellato art. 117 della carta costituzionale (119).

Ciò nonostante, il settore dei trasporti pubblici locali non si è in tal modo del tutto emancipato dalla disciplina statale, perché il comparto è interessato da alcune problematiche che rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, fra cui la « *tutela della concorrenza* », la « *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale* » e la « *tutela dell'ambiente* », di cui rispettivamente all'art. 117, secondo comma, lettera e), m), s) della Costituzione (120).

così come novellato dal decreto legislativo n. 400 del 1999. In realtà, il termine è poi stato prorogato di un anno, con l'art. 23 del decreto legge 24 dicembre 2003 n. 355.

(119) Cfr. Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sentenza 4 luglio 2005 n. 9806, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>: « *mentre in passato la materia delle tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale era materia di competenza concorrente, oggi il trasporto pubblico regionale e locale (che aveva già formato oggetto dell'ampio trasferimento di funzioni disposto con il d.lgs. n. 422/97, in attuazione delle delega contenuta nella l. n. 59/97), almeno nelle ipotesi in cui non sussista un concorrente titolo di legittimazione statale — quale ad es. la tutela della concorrenza, materia la cui disciplina rimane riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato — rientra nella competenza, residuale ed esclusiva, delle regioni* ».

(120) M. SMERALDI, *Riforma amministrativa, sussidiarietà e concorrenza nella regionalizzazione del trasporto locale*, in *Diritto dei trasporti*, 1999, p. 14, sostiene invece che il « *decreto legislativo n. 422 del 1997 che ha dato esecuzione alla delega sulla materia del trasporto locale potrebbe essere inteso come una abdicazione tout court delle competenze dello Stato...* ». In realtà, la Corte costituzionale, con sentenza 1 febbraio 2006 n. 29, ha affermato che « *alla potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia tutela della concorrenza, devono essere ricondotte le disposizioni statali di principio contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, in quanto le medesime, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali, che appartiene alla competenza residuale delle regioni, disciplinano l'affida-*

Dimodoché il processo di riordino del settore è proseguito senza soluzione di continuità a livello statale, dapprima, con l'art. 35 della legge finanziaria del 2002 (121), in seguito con l'art. 45 della legge n. 167 del 2002 (122), e infine con il decreto legislativo n. 269 del 2003 (123).

Sul processo di riordino del sistema dei servizi pubblici locali, e, dunque, tra essi, originariamente, anche di quelli che interessano il trasporto, si è inserita pure la Corte costituzionale che, con sentenza 27 luglio 2004 n. 272, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nel testo sostituito dall'art. 35, comma 1, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 e dell'art. 14, commi 1 e 2, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326 (124).

mento della gestione dei servizi pubblici locali, di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato ».

(121) A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1116, sostiene che « pur tenendo conto dell'ampiezza trasversale dell'attività legislativa consentita da alcuni obiettivi di tutela presenti (nell'art. 117, comma 2 della Costituzione), segnatamente la tutela della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali dei servizi, sembra comunque pacifico che quando è stata approvata la legge finanziaria il Parlamento non fosse già più competente a produrre un testo con il contenuto ampio e diversificato proprio dell'art. 35 ».

(122) Cfr. G. D'ANGELO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, citato, pag. 85, ove si afferma che « l'unico intervento legislativo in questo settore successivo all'art. 35 (cioè l'art. 45 della legge 1 agosto 2002, n. 166) è sembrato indirizzato a rendere più omogenee le due discipline ».

(123) Cfr. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, citato, p. 2311, ove si legge: « Le caratteristiche principali della disciplina del trasporto pubblico locale, che emergono dalla normativa di settore (decreto legislativo n. 422 del 1997, come modificato dal decreto legislativo n. 400 del 1999), dalle leggi regionali di attuazione e dall'art. 113 Testo Unico Enti Locali (come modificato dalla legge n. 448 del 2001), appaiono sintetizzabili come segue... a) la separazione delle funzioni di programmazione e di finanziamento da quelle di gestione ... b) la separazione tra proprietà della rete, gestione della rete e gestione del servizio ... c) la scelta concorrenziale del gestore del servizio (concorrenza per il mercato) ... d) la definizione contrattuale dei rapporti tra gestori delle reti e degli impianti e erogatori del servizio, da un lato, i pubblici poteri, dall'altro ... e) la tendenziale separazione nell'ente locale del ruolo di proprietario da quello di gestore... ».

(124) La Corte costituzionale ha affermato che « non appaiono censurabili tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti — come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi — i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali. Alle stesse finalità garantistiche della

Al termine di questo accidentato cammino, il processo di riforma è poi tornato alle origini (il decreto legislativo n. 422 del 1997) con la novella, infine, introdotta dall'art. 1 della legge 15 dicembre 2004 n. 308, che, modificando, ancora una volta, il testo dell'art. 113 del TUEL, ha statuito che le disposizioni del menzionato articolo « non si applicano al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni ». E ciò in ragione del fatto che « la disciplina recata dal decreto legislativo n. 422 del 1997, come modificata dal decreto legislativo n. 400 del 1999, ha dato avvio a un processo di progressiva apertura al mercato del settore del trasporto pubblico locale, volto a coniugare al meglio l'economicità della gestione con il miglioramento degli standard qualitativi » (125).

Infine, nel luglio del 2006, è intervenuto il così detto decreto Bersani (126), che, tra l'altro, al proposito del trasporto pubblico

concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio », e ha ritenuto che non soddisfacessero il richiamato principio di proporzionalità le prescrizioni dell'art. 14, comma 1, lettera e), del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, che, in riferimento all'art. 113, comma 7, del Testo Unico Enti Locali, stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri in base ai quali la gara viene aggiudicata, mentre ha affermato esulassero dalle esigenze di tutela della libertà di concorrenza, le disposizioni dell'art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, di cui all'art. 113-bis del citato testo unico.

(125) Cfr. Atti parlamentari della XIV legislatura, Camera dei Deputati, 1798-C, in aderenza all'ordine del giorno n. 9/1984/91 approvato il 19 dicembre 2001, ove si legge che « il settore del trasporto pubblico locale è regolato da una specifica legislazione di riforma prevista dal decreto legislativo 422/1997 successivamente modificato dal decreto legislativo n. 400 del 1999 che segna il passaggio dal sistema concessorio di affidamento diretto a quello di affidamento con procedure concorsuali ad evidenza pubblica (che) ha consentito di avviare già in alcune realtà territoriali la fase di apertura al mercato con l'aggiudicazione dei servizi attraverso le gare al fine di coniugare l'economicità con il miglioramento degli standard qualitativi del servizio offerto e di introdurre progressivamente nel settore elementi fondamentali di cultura imprenditoriale, di sana gestione e di capacità innovativa (e) tale quadro normativo ha altresì prodotto in questa fase transitoria la situazione per cui alcune aziende affidatarie dirette del servizio nelle realtà territoriali di loro competenza sono risultate anche aggiudicatrici delle gare ». Si veda al proposito del peculiare iter legislativo quanto afferma G. D'ANGELO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, citata, alle pagine 83 e seguenti.

(126) Cfr. decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito con legge 4 agosto 2006 n. 248.

locale, ha statuito che, «fermi restando i principi di universalità, accessibilità ed adeguatezza dei servizi pubblici di trasporto locale ed al fine di assicurare un assetto maggiormente concorrenziale delle connesse attività economiche e di favorire il pieno esercizio del diritto dei cittadini alla mobilità, 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...», in tal modo inserendo — sia pure come mera facoltà degli enti territoriali minori — accanto al meccanismo di regolazione del mercato della concorrenza controllata l'alternativo sistema della liberalizzazione di stampo anglosassone, basato sulla soppressione dei diritti esclusivi (127).

4.3. La vigente disciplina dei trasporti pubblici locali.

In base al principio di sussidiarietà — introdotto nell'ordinamento dalle leggi ordinarie dello Stato nn. 57 e 127 del 1997 e infine recepito nell'art. 118 della Carta costituzionale — la gestione del servizio pubblico dei trasporti locali, e dunque, tra l'altro, la scelta della loro latitudine, è assegnata agli enti territoriali minori. In questo senso, l'ambito dei trasporti pubblici locali — tradizionalmente individuato dal criterio oggettivo della territorialità — è ora definito dal criterio soggettivo dell'interesse collettivo che attraverso di essi si intende realizzare (128). Si tratta, peraltro, di

(127) Al livello di concreti progetti di riforma del settore, vi è da segnalare pure il disegno di legge delega per il riordino dei servizi pubblici locali approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 giugno 2006, che prevede la riforma del settore in una logica liberista, per così dire, spinta, aprendo a forme di concorrenza nel mercato, da realizzare attraverso l'obbligo dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale mediante pubblica gara: si afferma a tal proposito nella relazione di accompagnamento del disegno di legge che «L'architettura della nuova disciplina è costituita dal generale ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore, per l'affidamento delle nuove gestioni e per il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad eccezione del servizio idrico, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici e di pubblici servizi.»

(128) M. SMERALDI, *Riforma amministrativa, sussidiarietà e concorrenza nella regionalizzazione del trasporto locale*, citato, p. 15, sostiene di contro che nell'ambito del servizio pubblico dei trasporti locali vi è «una allocazione delle funzioni che prescinde dalla rilevanza (di incerta determinazione) dell'interesse da queste rivestito (nazionale, regionale, locale), ma secondo la stessa dimensione del-

una scelta che non è completamente rimessa alla discrezionalità degli enti locali, perché anche in questo ambito residua un'ampia e penetrante capacità di intervento dello Stato, al quale la riforma costituzionale del 2001 ha assegnato il compito di determinare i « *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale* » (129) e la « *tutela della concorrenza* » (130).

le funzioni, ovvero sui caratteri propri e intrinseci delle stesse al fine di realizzare poi una corrispondenza o un equilibrio fra la dimensione della collettività o della istituzione a cui è assegnata la funzione e dimensione della funzione stessa ».

(129) La Corte costituzionale esclude che la disciplina statale sui servizi pubblici locali sia riferibile alla competenza di cui alla lett. m), dell'art. 117, comma 2, della Costituzione, « *giacché questa riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali* », ma si tratta, per vero, di argomentazione non persuasiva.

(130) La Corte costituzionale, con sentenza 1 febbraio 2006 n. 29 ha così delineato il nuovo sistema: « *Il richiamato art. 113 del decreto legislativo n. 267 del 2000, nel testo risultante dalle varie modifiche subite nel tempo, delinea una complessa disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che risulta caratterizzata, in linea generale: — dalla separazione tra la proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, riservata all'ente locale (o trasferita da quest'ultimo a società a capitale interamente pubblico, che è incedibile), e la gestione del servizio pubblico; — da un tendenziale accorpamento della gestione delle reti all'erogazione del servizio pubblico locale, prevedendosi la tipizzazione, ad opera della normativa di settore, dei casi in cui le suddette attività possono, invece, essere eccezionalmente disgiunte. In detto sistema, quindi, si possono distinguere tre aspetti nella regolamentazione dei servizi pubblici locali, che possono essere così individuati: — proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali; — gestione della rete; — erogazione del servizio. Dall'esame del contenuto del citato art. 113, in combinato disposto con altre norme nel medesimo articolo richiamate, sono desumibili, i seguenti principi: — la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali spetta agli enti locali (art. 113, comma 2), che possono conferirla però — come si è precisato — a società a capitale interamente pubblico (art. 113, comma 13); — le discipline di settore possono stabilire i casi in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti può essere separata dalla erogazione del servizio (art. 113, comma 3); qualora sia stata prevista detta separazione, per la gestione gli enti locali si avvalgono, con affidamento diretto, delle società proprietarie delle reti, di società a capitale interamente pubblico costituite allo scopo, oppure, mediante procedure di evidenza pubblica, di imprese idonee (art. 113, commi 13 e 4); — il conferimento della titolarità del servizio pubblico, per l'erogazione dello stesso, è affidato (art. 113, comma 5): a) a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare ad evidenza pubblica; b) a società di capitale misto pubblico/privato, nelle quali il socio privato sia scelto attraverso gare ad evidenza pubblica; c) a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulle società un controllo analogo a*

In effetti, la fitta trama di prescrizioni normative dello Stato riduce fortemente la capacità degli enti territoriali minori di organizzare il servizio dei trasporti pubblici locali, nell'esercizio di quella autonomia legislativa e nell'ambito di quella riserva di amministrazione, che pure dovrebbe loro competere a norma di quanto disposto dagli articoli 117 e 118 della Costituzione, ma che viene sacrificata ai concorrenti principi costituzionali.

Nella prospettiva del decreto legislativo n. 422 del 1997, la riorganizzazione del servizio pubblico dei trasporti locali è funzionalizzata al recupero delle gestioni a una logica imprenditoriale, attraverso un sistema di concorrenza controllata, basata, da un lato, sulla separazione tra funzioni di regolazione e attività di concreta erogazione del servizio (131), e, dall'altro, sulla scelta dell'operatore cui affidare la gestione del servizio attraverso procedure di evidenza pubblica (132).

quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano — le società che in Italia o all'estero gestiscono a qualsiasi titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi, nonché le società controllate o collegate alle medesime ovvero i soggetti titolari della gestione delle reti (quando sia disgiunta dall'erogazione del servizio) non possono partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio pubblico di cui al comma 5 (art. 113, comma 6)».

(131) C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, citato, p. 60, rileva come « un elemento di criticità della riforma del trasporto pubblico locale riguarda la necessità (e le modalità) di separazione della funzione di regolazione e programmazione da quella di gestione ed erogazione del servizio. Azioni fondamentali in cui si concretizza la riforma del settore sono (i) la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali o cooperative a responsabilità limitata (ii) la stipula del contratto di servizio e (iii) lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio. Tuttavia, la trasformazione della maggioranza delle aziende in società per azioni ... e la redazione dei contratti di servizio ... non garantisce condizioni adatte allo svolgimento di gare in situazione di concorrenza. Infatti ... la trasformazione delle aziende in società per azioni senza privatizzazione, ossia senza una effettiva alienazione delle aziende da parte dell'ente locale, può determinare una confusione di ruoli tra il soggetto regolatore (ente locale) e il soggetto regolato (azienda)... »

(132) Cfr. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, citato, p. 2270, ove si legge che « l'obiettivo della normalizzazione dei rapporti con i pubblici poteri è, inoltre, perseguito attraverso la separazione tra le funzioni di programmazione e di finanziamento da quelle di gestione e la definizione contrattuale dei rapporti tra operatori e regolatori ».

Nel delineato quadro normativo, la gestione del servizio pubblico dei trasporti locali è costretta in uno schema organizzativo, che assegna all'amministrazione regionale compiti di disciplina del settore, in conformità alla normativa comunitaria e a quella statale di recepimento, di programmazione (133), coordinamento (134) finanziamento e controllo, e riserva compiti di organizzazione del servizio e di programmazione a livello locale alle province e ai comuni (135), che debbono provvedere alla concreta erogazione del servizio di trasporto tramite imprese, siano esse soggetti privati o società a partecipazione pubblica ma comunque organizzati secondo le regole del diritto privato, e solo eccezionalmente possono provvedere alla sua erogazione diretta (136).

(133) L'art. 14 del decreto legislativo n. 122 del 1997, commi 2 e 3, dispone che nell'esercizio dei compiti di programmazione le regioni definiscono gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali e in particolare per i piani di bacino, redigono i piani regionali dei trasporti e approvano i programmi triennali dei servizi, nell'ambito dei quali definire, tra l'altro, i servizi minimi e la politica tariffaria. Le regioni, con le rispettive leggi di settore, nella maggior parte dei casi, hanno assegnato al piano regionale dei trasporti la funzione di stabilire altresì gli indirizzi per la successiva programmazione degli enti locali, in tal modo snaturando la logica del legislatore nazionale, inserendo l'atto di indirizzo, di competenza esclusiva della regione, in un atto — il piano regionale dei trasporti — approvato di concerto con gli enti territoriali minori (Si veda al proposito la deliberazione della Corte dei Conti n. 1 del 3 maggio 2003, intitolata: « *La gestione del trasporto pubblico locale e lo stato di attuazione della riforma a livello regionale — relazione comparativa e di sintesi sull'andamento dei trasporti locali* », in <http://www.corteconti.it>, alla p. n. 46).

(134) Tutte le regioni hanno concluso accordi con lo Stato, ai sensi di quanto disposto dagli articoli 8 e 9 del decreto legislativo 422 del 1997, per la delega delle funzioni e dei compiti di programmazione e di amministrazione inerenti i servizi ferroviari in concessione alle Ferrovie dello Stato S.p.a. di interesse regionale e locale. Alcune di esse hanno fatto ricorso a tali strumenti di amministrazione negoziata per concordare con gli enti locali interventi finalizzati alla riorganizzazione della mobilità, negli ambiti che coinvolgono l'esercizio di funzioni di loro esclusiva competenza (Cfr. deliberazione della Corte dei Conti n. 1 del 3 maggio 2003 citata, alla p. n. 51).

(135) Gli enti locali cooperano con le Regioni nella formazione del piano regionale dei trasporti e sono titolari di propri strumenti di programmazione: i piani di bacino, che si riferiscono ad ambiti territoriali di tipo funzionale, non sempre coincidenti con il territorio della Provincia, caratterizzati da esigenze di trasporto omogenee che necessitano di essere coordinate in modo unitario, e i piani urbani del traffico, altrimenti detti piani della mobilità, che pianificano il servizio dei trasporti pubblici all'interno del territorio comunale.

(136) Cfr. Tribunale amministrativo regionale della Basilicata, sentenza 6

In effetti, le regioni ordinarie hanno emanato proprie leggi di regolamentazione della materia trattata, riproducendo — talvolta pedissequamente — il contenuto del decreto legislativo n. 427 del 1997 (137).

Nel perseguimento poi dell'obiettivo di «*coniugare al meglio l'economicità della gestione con il miglioramento degli standard qualitativi*» (138), il legislatore statale non trascura di disciplinare il criterio di scelta dell'operatore, prescrivendo di adottare per l'aggiudicazione della gara il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (139). E, al fine di rimuovere gli ostacoli all'accesso al mercato, l'art. 18 del decreto legislativo n. 422 del 1997, così come modificato dall'art. 45 della legge n. 166 del 2002, prescrive, inoltre, che i contratti di servizio contengano specifiche clausole che consentano all'aggiudicatario dell'appalto di acquisire la disponibilità del materiale rotabile indispensabile all'erogazione dei servizi, sovente acquistato con contributi pubblici, da chi ne ha la proprietà (140): in tal modo, differendo la disciplina generale sui servizi pubblici locali da quella speciale dedicata ai trasporti in relazione alla circostanza che, in questo diverso ambito, non trova applica-

ottobre 2005, n. 994, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si legge che la facoltà (prevista dall'art. 18, comma 1, del decreto legislativo n. 422 del 1997) dell'ente locale di gestire in economia il servizio di trasporto locale è subordinata alla previa approvazione di un regolamento, «*in quanto lo svolgimento in economia del servizio di trasporto locale può essere espletato in modo ordinato ed efficiente (e con costi contenuti) solo se previamente disciplinato da precise regole, raccolte in modo organico in apposito testo regolamentare*».

(137) Cfr. deliberazione della Corte dei Conti n. 1 del 3 maggio 2003 citata, alla p. n. 28.

(138) Cfr. ordine del giorno del Parlamento n. 9/1984/91 citato.

(139) Cfr. art. 18, secondo comma, lettera a), del decreto legislativo n. 422 del 1997, come novellato dall'art. 1 del decreto legislativo n. 400 del 1999, ove si legge: «*La gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché dei piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che della fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per la istituzione o il mantenimento delle singole linee esercitate*».

(140) Il comma 2, lettera a), dell'art. 18 è stato infatti integrato con la seguente proposizione: «*Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione dei concorrenti. Il bando di gara deve altresì assicurare che i beni di cui al capoverso siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica*».

zione l'art. 35, comma 13, della legge n. 448 del 2001 (141), che riserva agli enti pubblici la proprietà delle infrastrutture (142).

Il nuovo sistema di gestione del pubblico servizio dei trasporti locali, così come delineato dal decreto legislativo n. 422 del 1997, prescrive il passaggio (da realizzare all'esito di una complessa fase transitoria, cui è affidato il difficile compito della gestazione della riforma (143)) da un sistema caratterizzato dalla unilateralità delle prescrizioni degli oneri di servizio da parte dell'ente pubblico committente e dalla logica contributiva a un diverso sistema fondato sulla negoziazione dei medesimi oneri di servizio pubblico nell'ambito di un rapporto paritetico e in una logica — secondo taluni (144) — di corresponsività, che troverebbe la sua sintesi nel sinallagma del contratto di servizio il cui contenuto è analiticamente

(141) Cfr. art. 35, comma 13, della legge n. 448 del 2001: « *Gli enti locali, anche in forma associata, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società di capitali di cui detengono la maggioranza, che è incredibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio ...* ».

(142) Non è, dunque, più attuale l'affermazione di C. ALVISI, *Assetti proprietari e strumentali contrattuali concernenti i beni destinati all'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale*, in *Contratto e impresa*, 2004, pagina 1344, secondo cui « *l'assetto giuridico dei beni destinati all'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale trova la sua principale fonte di disciplina dell'articolo 113 Testo Unico Enti Locali ... e, in via residuale, nell'articolo 18, decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422* ».

(143) Si veda al proposito la deliberazione della Corte dei Conti n. 1 del 3 maggio 2003, citata, ove si legge, alla p. 21, che le « *proroghe in via di fatto delle vecchie concessioni e contratti - ponte, sovente speculari alle concessioni, cui sono subentrati, di fatto vanificano quella prospettiva sinallagmatica dei rapporti tra committente e i gestore, che la ratio legislativa voleva sancire* ».

(144) Si veda in questo senso S. RAIMONDI, *Accordi di programma, contratti ed obblighi di servizio pubblico: il decreto legislativo n. 422/97*, in <http://www.diritto.it>: « *Il contratto di diritto pubblico dovrebbe segnare il tramonto del sistema della sovvenzione e il superamento della duplicità del rapporto: da una parte, un rapporto di concessione, che ignora i problemi di carattere finanziario, dall'altra, un contributo che consente alle imprese sostanzialmente la sopravvivenza, perché senza il contributo nessuna impresa potrebbe mai riuscire a svolgere il servizio pubblico. Con il contratto di servizio pubblico questi due rapporti vengono saldati in un unico rapporto: non più la concessione da una parte e la sovvenzione dall'altra, ma il contratto di diritto pubblico. Tutto viene ricondotto nell'ambito del medesimo rapporto* ». Di perciò che M. SMERALDI, *Riforma amministrativa, sussidiarietà e concorrenza nella regionalizzazione del trasporto locale*, citato, p. 26, ha affermato che « *il carattere sinallagmatico degli obblighi imposti all'autorità amministrativa (il cosiddetto prezzo delle prestazioni) contribuisce a trascinare il tra-*

disciplinato dall'art. 19, terzo comma, del decreto legislativo n. 422 del 1997 (145).

L'art. 18, secondo comma, del decreto legislativo n. 422 del 1997 (146) prescrive agli enti locali di determinare le tariffe, ove possibile, secondo il criterio del *price-cap*, di cui all'art. 2 della legge n. 481 del 1995 (147): ovverosia attraverso il sistema di regolamentazione delle tariffe di origine anglosassone, che vincola i futuri aumenti delle tariffe a un indice di rivalutazione ancorato al tasso di inflazione dell'economia e ai risparmi che possono derivare all'operatore da aumenti della produttività, miglioramenti tecnologici o economie di scala: di modo che la tariffa, nel lasso di tempo considerato, è aumentata dall'ente che gestisce il servizio pubblico in proporzione all'indice di inflazione e diminuita in ragione dei recuperi di efficienza attesi dagli operatori del settore; ciò che dovrebbe consentire di stimolare politiche aziendali di miglioramento della produttività e in definitiva un risparmio della spesa pubbli-

sporto pubblico locale fuori dal sistema di contribuzione di incerta legittimità comunitaria che era stato vigente fino al momento ».

(145) Vi si legge: « *I contratti di servizio ... definiscono: a) il periodo di validità; b) le caratteristiche dei servizi offerti ed il programma di esercizio; c) gli standard qualitativi minimi del servizio, in termini di età, manutenzione, confortevolezza e pulizia dei veicoli, e di regolarità delle corse; d) la struttura tariffaria adottata; e) l'importo eventualmente dovuto dall'ente pubblico all'azienda di trasporto per le prestazioni oggetto del contratto e le modalità di pagamento, nonché eventuali adeguamenti conseguenti a mutamenti della struttura tariffaria; f) le modalità di modificazione del contratto successivamente alla conclusione; g) le garanzie che devono essere prestate dall'azienda di trasporto; h) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto; i) la ridefinizione dei rapporti, con riferimento ai lavoratori dipendenti e al capitale investito, dal soggetto esercente il servizio di trasporto pubblico, in caso di forti discontinuità nella quantità di servizi richiesti nel periodo di validità del contratto di servizio; l) l'obbligo dell'applicazione, per le singole tipologie del comparto dei trasporti, dei rispettivi contratti collettivi di lavoro, così come sottoscritti dalle organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative e dalle associazioni datoriali di categoria ».*

(146) Vi si legge che le regioni devono assicurare « *la determinazione delle tariffe del servizio in analogia, ove possibile, a quanto previsto dall'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481 ».*

(147) Vi si legge che « *... i parametri... che l'Autorità fissa per la determinazione della tariffa con il metodo del price-cap, inteso come limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale, sono i seguenti: a) tasso di variazione medio annuo riferito ai dodici mesi precedenti dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevato dall'ISTAT; b) obiettivo di variazione del tasso annuale di produttività, prefissato per un periodo almeno triennale ».*

ca. Nondimeno, con la sola eccezione della Puglia, non risulta che alcuna altra regione abbia fatto proprio il criterio del *price-cap* di cui si è dinanzi scritto (148). Vero è peraltro che il legislatore statale ha espressamente riconosciuto alle regioni (là dove prevede che il criterio del *price-cap* sia adottato « *ove possibile* ») una facoltà di scelta, che però non può giungere sino al punto di remunerare il gestore del servizio attraverso il vecchio meccanismo dei costi standard che ispirava la logica contributiva del sistema della legge n. 151 del 1981, perché quale che sia il sistema remunerativo adottato (in alternativa, si sono infatti ipotizzati quelli del *net-cost* (149) (150) e *gross-cost* (151)) l'ente pubblico deve erogare le risorse secondo precise dinamiche, che — se pure non corrispettive — debbono però senz'altro essere compensative.

In ultimo, la normativa più recente, di derivazione comunitaria, riconosce all'utente il diritto di ottenere un servizio pubblico rispondente a uno *standard* qualitativo minimo. E in tale ambito il gestore assume nei confronti dell'utente concreti obblighi di qualità del servizio stabiliti nelle apposite carte della mobilità che le imprese sono tenute ad adottare in conformità a quanto prescritto dalla direttiva del presidente del consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994 e dal successivo decreto del presidente del consiglio dei ministri del 30 dicembre 1998, che sono stati richiamati nella gran parte delle leggi regionali, assegnando alle carte dei trasporti la funzione di strumento operativo per la valorizzazione della qualità dei servizi e per la tutela degli utenti. Nel rapporto triangolare di erogazione del servizio pubblico, sul fronte della relazione tra il

(148) Cfr. deliberazione della Corte dei Conti n. 1 del 3 maggio 2003 citata, alla p. n. 55.

(149) In questo caso le tariffe sono gestite dallo stesso imprenditore che ne riscuote gli introiti quale ricavo delle proprie attività. Il prezzo pagato dal committente pubblico è al netto degli introiti tariffari che non passano per i bilanci pubblici.

(150) L'art. 19 comma 1, del decreto legislativo n. 422 del 1997 statuisce che « *I contratti di servizio assicurano la completa corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili, al netto dei proventi tariffari* », in tal modo inducendo G. D'ANGELO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, citato, pag. 83, ad affermare che il legislatore statale avrebbe scelto il criterio del *net-cost*.

(151) In questo caso le tariffe rappresentano una vera e propria tassa, rigorosamente determinata nell'entità dall'ente committente e da questo incamerata, anche se riscossa per il tramite del gestore quale agente incaricato. Il prezzo del servizio è perciò fissato indipendentemente dalle variazioni delle tariffe e del loro ammontare.

gestore e l'ente pubblico, l'impegno assunto nei confronti dell'utente diviene, infatti, obbligazione contrattuale attraverso l'inserimento delle garanzie previste dalla carta dei trasporti all'interno del contratto di servizio. E a tal proposito l'art. 19 del decreto legislativo n. 422 del 1997 stabilisce che il contenuto del contratto di servizio va definito « *nel rispetto dei principi sull'erogazione dei servizi pubblici così come fissati dalla carta dei servizi nel settore trasporti* ».

5. Il contratto di servizio pubblico: l'antinomia tra la compensazione necessaria degli obblighi di servizio pubblico e la libera sintesi del confronto concorrenziale delle offerte all'interno della procedura di evidenza pubblica.

Quale sia la natura del contratto di servizio pubblico è, invero, controverso (152). E si tratta di questione dommatica gravida di conseguenze pratiche. Si consideri infatti che, riconducendo l'istituto al contratto di diritto privato, ancorché stipulato all'esito di una procedura di evidenza pubblica, vi sarebbe da riconoscere al rapporto obbligatorio la naturale stabilità del negozio di diritto privato. Diversamente, riconducendo il contratto di servizio pubblico all'accordo sostitutivo di provvedimento *ex art. 11* della legge n. 241 del 1990, o — ammesso che vi sia differenza di struttura (153) — alla concessione-contratto, si dovrebbe sottoporre il vincolo obbligatorio, per tale via forgiato alla stregua di un contratto di diritto pubblico, al principio *rebus sic stantibus*, con la conseguente facoltà della pubblica amministrazione di emanciparsi unilateralmente dalle obbligazioni assunte con il privato imprenditore.

Ma prima di cimentarsi con il complesso problema dell'inquadramento del contratto di servizio, vi è un altro aspetto che è forse opportuno affrontare, anche perché da esso si può trarre un'utile

(152) Cfr. M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 809.

(153) Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 455, ove si legge che « *se si afferma la generale riconducibilità agli accordi di cui all'art. 11 di tutte le convenzioni pubblicistiche, sembrerebbe, secondo un'avvertita sistemativa giuridica, doversi abbandonare la costruzione dualistica e qualificare la concessione di pubblico servizio come un contratto di diritto pubblico* ».

prospettiva per tentare di prendere posizione in ordine all'inquadramento dogmatico dell'istituto.

Vi è, a tal proposito, da considerare che esiste un'antinomia tra la disciplina comunitaria, ove si prevede un'alternativa tra l'imposizione unilaterale degli obblighi di servizio pubblico (154) e la loro definizione in via consensuale attraverso contratti di servizio (155), e la disciplina nazionale che, invece, prevede che gli obblighi di servizio pubblico siano sempre definiti attraverso un contratto di servizio (156).

Nel sistema comunitario, infatti, il contratto di servizio rappresenta una delle modalità alternative attraverso cui ottenere dal gestore del servizio prestazioni a favore della collettività. L'alternativa alla stipulazione del contratto di servizio è, appunto, l'imposizione unilaterale, per atto amministrativo, dell'obbligo di eseguire dette prestazioni. E solo in questa diversa evenienza vi è la necessità di prevedere la concessione di una compensazione, che — come si è visto — non ha il valore della remunerazione di una prestazione, e non costituisce, dunque, il suo corrispettivo.

Il legislatore nazionale, invece, assegna al contratto di servizio la duplice funzione di atto vincolato di erogazione delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico imposti con provvedimento autoritativo e di sintesi delle reciproche prestazioni in un rapporto, che, perciò, è solo in apparenza sinallagmatico. La regolazione negoziale di una prestazione imposta non è, infatti, in grado di mutare la natura sostanziale del rapporto, che resta pur sempre di carattere autoritativo. E ciò ci conduce inevitabilmente al di fuori del paradigma dell'attività amministrativa di diritto privato.

Nell'ambito di un contratto di evidenza pubblica, infatti, il privato imprenditore assume volontariamente l'obbligazione di gestire il servizio, così come definito dalla pubblica amministrazione nel bando di gara, e, perciò, non vi è, in effetti, spazio per esternalità negative da limitare nella misura di ciò che « è indispensabile ... per assicurare la fornitura di servizi di trasporto sufficienti » (157), e che, in quanto imposte, debbono essere compensate attraverso aiuti di Stato. Il privato imprenditore valuta la convenienza economica del rapporto obbligatorio, delineato dalla sintesi sinallagmatica

(154) Cfr. art. 1 del regolamento CEE n. 1191/1969.

(155) Cfr. art. 1 del regolamento CEE n. 1191/1969.

(156) Cfr. art. 17 del decreto legislativo n. 422 del 1997.

(157) Cfr. le premesse del regolamento CEE n. 1191/1969.

tra le contrapposte prestazioni, e si offre di gestire il servizio pubblico di trasporto considerando solo il suo « *proprio interesse commerciale ...* ». È evidente che l'imprenditore privato eviterebbe volentieri di impegnarsi a eseguire tutte quelle prestazioni effettuate a favore della collettività non adeguatamente remunerate dalla tariffa, ma con riferimento a dette prestazioni l'ente pubblico si presenta come utente collettivo che, su un piano paritario, nella configurazione del *do ut facias* che segna il rapporto di corrispettività tra le prestazioni, offre la remunerazione del servizio. E, nella misura in cui il privato imprenditore partecipa volontariamente alla procedura di evidenza pubblica, egli, dunque, opera una scelta che non lascia margine residuo a imposizioni unilaterali di obblighi di servizio pubblico che debbano essere retribuite con compensazioni eterodeterminate e inserite *ab externo* nel contratto come clausole imposte (158), essendo, invero, la sintesi tra le contrapposte prestazioni segnata dal sinallagma del contratto negoziato dall'imprenditore privato con l'ente pubblico su un piano paritario.

Il meccanismo di compensazione degli obblighi di servizio pubblico bene si concilia con un sistema di imposizione *ab externo* di un obbligo di pubblico servizio, che rappresenta per l'impresa una esternalità negativa, il cui pregiudizievole effetto deve essere neutralizzato attraverso la corresponsione di una compensazione economica. Risulta, però, difficile concepirne l'utilità ma finanche immaginarne il funzionamento, nell'ambito di un contratto di appalto, all'interno del quale l'assunzione degli obblighi di pubblico servizio costituisce il risultato del libero confronto tra autonomie negoziali, la cui sintesi si esprime nel sinallagma di un negozio di diritto privato, che si vuole (attraverso il meccanismo della proce-

(158) Il Consiglio di Stato, con sentenza 17 dicembre 2002 n. 5902, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ha precisato che « *in base al disegno normativo, quale si desume dal regolamento comunitario, dalla legislazione statale e dalla legislazione regionale, nelle concessioni di trasporto pubblico locale i costi delle agevolazioni tariffarie assentite dall'ente concedente (tessere gratuite e simili) devono trovare previsione e copertura nei contratti di servizio, secondo un criterio di corrispondenza tra gli oneri e le risorse allo scopo stanziati, risorse che a loro volta devono essere adeguate a compensare il costo marginale, e non il costo pieno, sostenuto per tali oneri* » perché « *occorre tenere conto della circostanza che i titolari delle agevolazioni tariffarie fruiscono, di regola, dei mezzi di trasporto collettivi contemporaneamente agli altri utenti a costo ordinario, sicché il costo del trasporto complessivo va ripartito tra tutti gli utenti* ».

dura di evidenza pubblica) il più conveniente possibile per la pubblica amministrazione (159).

Nel contratto di servizio *ex art.* 17 del decreto legislativo n. 422 del 1997 l'atto amministrativo di imposizione unilaterale dell'obbligo di servizio pubblico e la convenzione attraverso la quale sono (tra l'altro) regolate nel confronto paritario tra le parti le conseguenze di tale prestazione imposta costituiscono, nel loro inscindibile insieme, il contenuto del rapporto tra la pubblica amministrazione e l'operatore privato del trasporto pubblico locale. Ciò che costituisce il *proprium* della concessione-contratto (160). Di

(159) Cfr. Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, Brescia, sentenza 17 febbraio 2003 n. 157, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>: « Il nuovo sistema di gestione dei trasporti pubblici locali, così come si desume dai principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega, si regge su due elementi fondamentali: 1) il tendenziale superamento degli assetti monopolistici nella gestione dei servizi di trasporto urbano ed extraurbano e l'introduzione delle regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi; 2) la regolazione dell'esercizio dei servizi, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, mediante contratti di servizio pubblico, che rispettino gli articoli 2 e 3 del Regolamento (CEE) n. 1191/69 ed il Regolamento (CEE) n. 1893/91, che abbiano caratteristiche di certezza finanziaria e copertura di bilancio e che garantiscano un rapporto di almeno 0,35 tra ricavi da traffico e costi operativi. A loro volta i contratti di servizio devono disciplinare aspetti essenziali del rapporto fra amministrazione e gestore, fra i quali si possono ricordare: l'individuazione degli obblighi di servizio pubblico di cui all'art. 2 del Regolamento n. 1191/69/CEE e le corrispondenti compensazioni economiche (art. 17 d.lgs. 422 del 1997); gli elementi del rapporto da porre a base delle procedure concorsuali per la scelta del gestore (art. 18 comma 2 lett. a, d.lgs. 422 cit.); le caratteristiche dei servizi offerti, gli standard minimi di qualità, la struttura tariffaria adottata, l'importo eventualmente dovuto dall'ente pubblico, le modalità di modifica del contratto, di ridefinizione dei rapporti e di revisione annuale (art. 19 commi 3 e 4 d.lgs. 422 cit.). In sostanza, attraverso le procedure concorsuali l'amministrazione affida il servizio secondo le logiche della concorrenza, al fine di conseguire migliori condizioni economiche e prestazionali e restituire agli utenti, in questo modo, il surplus di cui godrebbe invece il gestore in un sistema monopolista o quasi-monopolista. Mediante il contratto di servizio, i cui elementi sono posti a base per la selezione del gestore, è invece assicurata, da un lato, la completa corrispondenza fra oneri per i servizi e risorse disponibili, al netto dei proventi tariffari, al fine di garantire la certezza finanziaria e la copertura di bilancio di cui ai principi direttivi e criteri di delega contenuti nell'art. 4 comma 4 della legge n. 59 del 1997 nonché, dall'altro, per garantire l'efficienza e l'economicità del servizio attraverso la struttura tariffaria, eventuali adeguamenti dei corrispettivi a carico dell'affidatario, compensazioni economiche a fronte degli obblighi di servizio e possibilità di ridefinizione dei rapporti in caso di discontinuità nella quantità di servizi richiesti ».

(160) Cfr. G. PERICU e M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione*

modo che, anche per tale via, trova conferma quanto si è sostenuto nella prima edizione di questo Trattato in merito al fatto che il contratto di servizio bene può essere inserito nell'ambito dei consueti rapporti concessori, in tal modo dando luogo a una ipotesi di concessione-contratto, secondo schemi e modalità da tempo sperimentati (161).

Invero, la pubblica amministrazione, nell'evenienza di nuove necessità connesse al migliore esercizio del servizio pubblico, qualora si manifestino insufficienti le originarie previsioni contrattuali, conserva la possibilità di modificare unilateralmente il rapporto obbligatorio (162), potendo essa determinare con atto autoritativo ulteriori obblighi di servizio pubblico, in tal caso dovendo solo prevedere adeguati meccanismi di compensazione, così che i nuovi obblighi di servizio pubblico e le maggiori compensazioni modificano il contenuto del contratto di servizio, a prescindere dal consenso che il privato intenda eventualmente esprimere, che accede al provvedimento autoritativo della pubblica amministrazione ma non si congiunge a esso in un atto negoziale di mutuo consenso. Ciò che, invece, non sarebbe possibile se il contratto di servizio fosse riconducibile al novero dei contratti di diritto privato conclusi dalla pubblica amministrazione all'esito di una procedura di evidenza pubblica, valendo per essi il disposto dell'art. 1372 del Codice Civile, a mente del quale « *il contratto ha forza di legge tra le parti* ».

pubblica, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, p. 313, ove si legge: « *nella fattispecie che stiamo esaminando ... il rapporto trova la sua disciplina integrale in due diversi atti giuridici: l'atto amministrativo e la convenzione accessiva; entrambi essenziali e reciprocamente integranti* ».

(161) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, ove si afferma che « *in questi casi vi è dunque un rapporto contrattuale, nascente dal contratto accessivo della concessione, in parallelo al rapporto amministrativo nascente dal provvedimento di concessione ... nel rapporto amministrativo l'amministrazione conserva il suo carattere di autorità (le potestà che possiede come autorità) ... e gli atti con cui la esercita sono provvedimenti amministrativi che possono produrre effetti (autoritativi) di modificazione del contenuto contrattuale* ».

(162) Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 186, ove si legge che « *in tema di pubblico servizio, le nuove necessità connesse al servizio medesimo, qualora rendano insufficienti le originarie previsioni contrattuali, impongono all'Amministrazione di intervenire su tale assetto* ».