federalismi.it
Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato

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)[*]

di

Alessandro Cabianca

(Funzionario della Direzione Mobilità
Regione del Veneto)

24 ottobre 2012

Sommario: **1.** Premessa: il TPL ai tempi della crisi. **2.** Le modalità di gestione del TPL alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012. **3.** La definizione degli Ambiti territoriali. **4.** L'introduzione del "costo *standard*" nel D.lgs. 422/1997. **5.** L'Autorità di regolazione dei trasporti. **6.** Conclusioni: dove sta andando il TPL?

1. Premessa: il TPL ai tempi della crisi.

La tempesta finanziaria che ha colpito il nostro Paese in questi mesi sembra aver sollevato un'onda lunga di modifiche ordinamentali che sta interessando un po' tutti i settori e ha innescato un processo di cambiamento di cui appare difficile scorgere l'esito sostanziale. L'urgenza di fornire delle risposte tempestive alle aspettative di organismi internazionali e mercati finanziari[1] ha comportato, infatti, la necessità per i Governi che si sono succeduti di far ricorso ad una decretazione largamente emergenziale, spesso poco coerente e di difficile interpretazione, che in alcuni casi ha dettato prescrizioni tanto rigorose e stringenti da essere,

[*] Articolo sottoposto a referaggio.
[1] 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.

sul piano della prassi, poco realistiche e che rischiano d'inserirsi in modo non del tutto coerente nel tessuto costituzionale.

Caso emblematico di questo modo di procedere è quello dei servizi pubblici locali di rilevanza economica[2].

Se nel 2011 ci aveva pensato il Corpo elettorale, con il *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno, a porre nel nulla l'art. 23bis del d.l. 112/2008 e il regolamento d'attuazione D.P.R. 168/2010, nel luglio scorso è stata la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 199[3], a sancire l'illegittimità dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138[4], convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni[5], facendo in tal modo venir meno quell'intreccio tra la disciplina generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica e discipline di settore che nei fatti si è rivelato tutt'altro che fecondo.

---

[2] I contributi dottrinari in materia sono numerosissimi. *Ex plurimis* **V. DOMENICHELLI**, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 311 e ss; **L. R. PERFETTI**, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 575 e ss.; **F. LIGUORI,** *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; **M. DUGATO**, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, vol. III, II ed., Milano, 2003, p. 2581 e ss.; **ID.**, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 15, 2004, p. 73 e ss.; **ID.**, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 24 e ss.; **ID.**, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 519 e ss.; **A. GRAZIANO**, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 1369 e ss.; **G. PIPERATA**, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

[3] Sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012, in *www.cortecostituzionale.it.* Per i primi commenti sulla pronuncia v. **M. GRECO**, *La Corte Costituzionale non guarda in faccia nessuno...nemmeno lo spread*, 3 agosto 2012, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; nota ANCI, *Prime osservazioni sull'affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della Sentenza della Corte Costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199*, in *www.ANCI.it*; **A. SANTUARI**, *C'era(no) una volta…i servizi pubblici locali liberalizzati – Corte Cost. n. 199/12*, in *www.personaedanno.it*, 30/07/2012; caustica è la nota a margine di **BOSETTI E GATTI & PARTNERS**, *Analfabetismo costituzionale o furbizia da bar di paese. I servizi pubblici locali tornano all'anno zero*, in *www.bosettiegatti.com*.

[4] Sull'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, v. **A. AZZARITI**, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2011, p. 539 e ss.; **G. GUZZO**, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8, 2011; **C. IAIONE**, *L'alba del giorno dopo nei servizi pubblici locali*, in *www.labsus.org*, 14 giugno 2011; **A. ILACQUA,** *L'in house «puro» dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3, p. 747 e ss; **A. LUCARELLI**, *Primissime considerazioni a margine degli articoli 4 e 5 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 2011, *www.associazionedeicostituzionalisti.it;* **S. STAIANO**, *I servizi pubblici locali nel decreto legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *www.federalismi.it*; **C. VOLPE**, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 11, p. 3549 e ss.

[5] L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ha subìto numerose modifiche, in particolare per effetto dell'art. 9, comma 2, lettera n), della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lettera b), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese).

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 della Costituzione, riproponendo, in molte parti alla lettera[6], le disposizioni già contenute nell'art. 23bis e nel D.P.R. 168/2010, in taluni casi accentuandone in modo evidente la portata restrittiva[7]. 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[8].

La sentenza n. 199/2012 ha riportato, dunque, le lancette dell'evoluzione normativa alla situazione *post* referendaria, riproponendo ancor oggi in tutta la sua pregnanza il tema dei confini che il legislatore incontra nell'esercizio della propria potestà in un ambito regolatorio ove si è espressa la volontà popolare, considerato che il *referendum* abrogativo non ha semplicemente natura politica ma costituisce uno specifico vincolo giuridico all'esercizio del potere legislativo[9]. Si tratta di un punto di tensione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta[10] che lascia aperti molti interrogativi, ma del quale si deve tener conto se si

---

[6] Sulle analogie e differenze tra disciplina di cui all'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 e la normativa anteriore v. **A. AZZARITI**, cit., p. 539 e ss.; per una netta distinzione tra le due discipline v. **C. SABETTA**, *La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità (commento a corte cost., sent. n. 199 del 2012)*, in *www.federalismi.it*, n. 18, 26.09.2012, secondo cui "*non pare negabile come, oltre a presentare contenuti essenziali incompatibili, le due discipline esaminate, prescindendo da qualunque giudizio di valore in merito, fossero pertanto animate da* ratio *ispiratrici che, almeno dalle premesse – o dalle promesse - risultavano profondamente differenti non solo nelle finalità e negli obiettivi, ma anche nelle disposizioni concretamente apprestate al fine di garantire una qualche effettività ai principi ispiratori in esse contenuti*".

[7] Sulla tematica di ordine costituzionale della riproposizione di una disciplina abrogata dall'intervento referendario v. **P. SABBIONI**, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 ottobre 2011.

[8] Da tale potenziale lesione la Corte fa discendere la dibattuta legittimazione delle regioni a impugnare la legge statale per violazione dell'art. 75 della Costituzione.

[9] In tal senso, **L. GENINATTI SATÈ**, *Sulla possibilità di (ri)produrre norme abrogate dal referendum*, in *Giur. Cost.*, 2011, V, p. 3834. *Ex multis* v. anche **T. F. GIUPPONI**, *Il "giudizio di legittimità" sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *www.forumcostituzionale.it*, *2006.*

[10] Secondo **L. GENINATTI SATÈ,** cit., p. 3833, la relazione tra i due istituiti non è di conflitto, ma d'integrazione poiché "*Si può quindi dire che il carattere astrattamente conflittuale del rapporto fra democrazia rappresentativa e democrazia diretta (enfatizzato a suo tempo da Guarino) è stato giuridicamente trasfigurato dalla Costituzione in una relazione d'integrazione fra i relativi istituti. Dal compito integrativo e correttivo che la Costituzione assegna al referendum abrogativo rispetto alla funzione legislativa discende infatti la necessità che il Parlamento eserciti il potere di approvare le leggi senza misconoscere il concorso del referendum stesso alla legislazione, rispettando le prerogative costituzionali del corpo referendario. Il problema si sposta dunque dall'alternativa fra supremazia della legge o della volontà popolare alle garanzie del corretto esercizio della funzione legislativa, soggetto all'onere di rispettare l'esito del referendum abrogativo come fonte di correzione e di completamento della legislazione. E poiché questo onere deriva al legislatore precisamente dal ruolo che la Costituzione assegna al referendum abrogativo (e, più in generale, dalla configurazione costituzionale del rapporto fra democrazia rappresentativa e democrazia diretta), esso non ha semplicemente natura politica, ma costituisce uno specifico vincolo giuridico all'esercizio del potere legislativo, con la conseguenza che la sua violazione sarà sindacabile nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi".*

vuole per un momento togliere "gli occhiali" con i quali si esamina il diritto positivo, per guardare più in là, cercando d'intravvedere l'orizzonte regolatorio del settore. In tal senso, nella sentenza della Consulta appaiono rinvenibili, *prima facie*, almeno due "paletti" all'espressione della funzione legislativa oltre i quali la discrezionalità politica può spiegarsi in modo ampio anche se non illimitato[11]: uno "negativo", del divieto di formale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, e uno "positivo", rappresentato dall'obbligo della salvaguardia della sfera d'autonomia di regioni ed enti locali.

Facendo un passo indietro, l'articolo 4 del d.l. 138/2011 e le sue successive modificazioni ed integrazioni, 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. In questo sistema la possibilità di operare affidamenti c.d. *in house* era stata marginalizzata all'ipotesi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse stato pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui e l'affidamento fosse avvenuto a favore di società a capitale interamente pubblico che avesse i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*[12].

---

[11] Sul tema v. **C. MORTATI**, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, parte I, n. 1, 1949, p. 457 e ss; **G. SCACCIA**, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1999, p. 387 e ss.

[12] Nell'originario testo del comma 13 dell'art. 4 del d.l. 138/2011 la soglia per l'affidamento *in house* era di 900.000 euro annui. Il comma 13 è stato successivamente modificato dall'art. 9, comma 2, lett. d), L. 12 novembre 2011, n. 183, a decorrere dal 1° gennaio 2012 e, successivamente, dall'art. 25, comma 1, lett. b), n. 5), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

La Corte Costituzionale, con una sentenza "*tanto perfetta quanto banale*"[13], ha così posto nel nulla l'affannosa ricorsa di regioni ed enti locali volta al rispetto del fitto calendario di scadenze dettato dal d.l. 138/2001, che nell'arco di pochi mesi obbligava tali enti a: 1) definire il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, istituendo o definendo gli enti di governo degli stessi; 2) effettuare una ricerca di mercato; 3) liberalizzare i servizi aventi un mercato ovvero adottare una "delibera quadro", da sottoporre al vaglio dell'AGCM[14], che motivasse il mantenimento dei diritti d'esclusiva; nel caso di mantenimento di diritti d'esclusiva: 4) individuare la modalità organizzativa di gestione del servizio tra quelle consentite dall'art. 4 del d.l. 138/2001, compresa la possibilità di costituire un'unica società *in house* risultante dall'integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto e gestioni in economia, tale da configurare un unico gestore del servizio a livello d'ambito; 5) intraprendere le eventuali procedure di gara; 6) adottare il provvedimento di conferimento della gestione del servizio.

A seguito dell'intervento demolitorio della Corte, soltanto il primo di tali adempimenti trova oggi fonte nel d.l. 138/2011 mentre, in attesa di un probabile intervento del legislatore statale che avrà comunque il limite dei "paletti" sopra ricordati, il quadro regolatorio dei servizi pubblici locali trova il proprio riferimento nei principi generali desumibili dalla normativa comunitaria e nella disciplina speciale dei vari settori non abrogata dal d.l. 138/2011.

Ancora una volta, quindi, la permanente "instabilità"[15] della normativa sui servizi pubblici locali si è abbattuta sugli ordinamenti di settore, come il trasporto pubblico locale (TPL) del quale ci si vuole occupare con il presente contributo[16], obbligando l'interprete ad operare uno

---

[13] **BOSETTI E GATTI & PARTNERS**, cit.

[14] L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha reso, ai sensi dell'art. 4 del d.l. 138/2011, soltanto una ventina di pareri, dei quali più della metà positivi in ordine alle motivazione addotte dagli Enti locali sull'impossibilità di operare una liberalizzazione "nel mercato" dei servizi. I pareri positivi riguardano, perlopiù, i servizi d'igiene urbana e la gestione dei parcheggi, mentre le maggiori criticità sono sorte proprio con riguardo al settore del TPL (pareri AS926 - Regione Molise, 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*".

[15] **F. MERUSI**, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990.

[16] Sulla disciplina del TPL v. **A. BOITANI, C. COMBINI,** in *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, Hermes, 2004; **M. CAMMELLI**, *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

sforzo ricostruttivo che vada a ricomporre il quadro normativo di riferimento quanto ai modelli di gestione del servizi.

Ma per il TPL le novità che emergono dalle onde della crisi non si sono limitate a questa controversa vicenda, essendo disseminati nei vari provvedimenti legislativi adottati nell'ultimo anno importanti tessere di un *puzzle* normativo, che forse non è ancora il momento di ricomporre, dato il senso di assoluta precarietà nel quale si è costretti ad operare, ma che appare utile in ogni caso cominciare a raccogliere ed illustrare.

2. Le modalità di gestione del TPL alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012.

Per cercare di ricostruire correttamente la disciplina relativa alle modalità di gestione del TPL dopo la sentenza della Consulta appare utile muovere dallo scenario normativo del settore a seguito del *referendum* del 2011.

In quel momento si doveva fare riferimento[17]: a) all'art. 18, comma 3bis, del D.lgs. 422/1997, fonte legale che attribuiva agli enti locali la potestà di esternalizzare il servizio tramite gara; b) all'art. 61 della l. 23 luglio 2009, n. 99, che faceva un rinvio recettizio agli articoli 5, par. 2, 4, 5 e 6, e 8, par. 2, del Regolamento (CE) 1370/2007, consentendo alle autorità competenti all'aggiudicazione dei servizi di TPL di avvalersi della disciplina dettata da tale atto comunitario sugli affidamenti *in house*, su quelli diretti "sottosoglia" e in caso d'emergenza; c) all'art. 4bis del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, introdotto dalla legge di conversione n. 102 del 3 agosto 2009, che poneva l'obbligo per gli enti che decidessero di effettuare un affidamento *in house* di mettere a gara almeno il 10% dei servizi di TPL oggetto dell'affidamento principale, in favore di soggetti diversi da quelli sui quali esercitavano il "controllo analogo".

In questo quadro si è inserito l'articolo 4 del d.l. 138/2011.

Mulino, Bologna, 2006; **L. CICI**, *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *Giornale dir. Amm.*, 1998, p. 289; **A. CLARONI**, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in *Il diritto del Mercato del Trasporto*, a cura di Zunarelli, Trattato di Dir. comm. e dir. pubb. Economia diretto da Galgano F., Cedam, Padova, 2008, pp. 141 e ss; **R. DAMONTE**, *Il D.Lg. 422/97, in materia di pubblici trasporti: enti locali, committenti ed appaltatori allo stesso tempo?*, in *Foro Amm.*, 1999, 3, p. 934 e ss; **G. D'ANGELO**, *La riforma dei servizi pubblici locali, il trasporto pubblico locale*, in *Le Nuove leggi civ. comm.* , 2003, p. 91; **C. IAIONE**, *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Jovene, Napoli, 2008; **M. MAZZAMUTO**, *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; **F. RAMELLA,** *Quale politica per il trasporto collettivo locale?*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2002, p. 203 e ss.; **N. RANGONE,** *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato amministrativo. Parte speciale*, a cura di Cassese S., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 2272 e ss.; **M.A. SANDULLI**, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali***,** in *www.federalismi.it*, 30 giugno 2010.

[17] Sul punto v. **F. SCURA**, *Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del tpl: prime osservazioni*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 14 luglio 2011; **A. CABIANCA**, *Il trasporto pubblico travolto dall'acqua: considerazioni sull'assetto organizzativo del settore a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*, in *ibidem*, 14 luglio 2011.

Nella sua formulazione originaria, il comma 34 non conteneva alcuna clausola di prevalenza della disciplina generale sui servizi pubblici su quelle di settore, per cui si può ritenere che per il TPL l'apparato normativo poc'anzi illustrato doveva ritenersi sostanzialmente confermato. Successivamente, l'art. 9, comma 2, lett. n), della l. 12 novembre 2011, n. 183, ha stabilito che a decorrere dal 1° gennaio 2012, le disposizioni dell'art. 4 del d.l. 138/2011 si applicassero a tutti i servizi pubblici locali e prevalessero sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, mentre l'art. 25, comma 1, lett. b), n. 9), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, ha determinato l'applicazione anche al servizio di trasporto ferroviario regionale della disciplina dei servizi pubblici locali, facendo salvi, fino alla scadenza naturale dei primi sei anni di validità, gli affidamenti diretti dei servizi ferroviari già deliberati. Anche per gli affidamenti diretti in materia di TPL su gomma, già affidati ai sensi dell'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 ed in conformità all'articolo 8 del regolamento (CE) n. 1370/2007, l'articolo richiamato del d.l. n. 1/2012 ha sancito che essi cessassero alla scadenza prevista nel contratto d'affidamento. Tali disposizioni hanno avuto un effetto abrogativo di quelle settoriali incompatibili e, in particolare, tanto dell'art. 61 della l. n. 99/2009, che dell'art. 4bis del d.l. n. 78/2009, che contenevano disposizioni decisamente meno orientate alla concorrenza di quelle contenute nell'art. 4 del d.l. 138/2011. A conferma di ciò si deve rilevare l'attenzione che avuto il legislatore di fare salvi gli affidamenti già operati nel rispetto della disciplina di settore implicitamente abrogata[18].

Cosa succede, dunque, a seguito della sentenza n. 199/2012?

Se la Corte Costituzionale prima della celebrazione del *referendum* del 2011 aveva chiarito[19] come dall'abrogazione dell'art. 23bis, da un lato, non conseguisse alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo e, dall'altro, ciò comportasse l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali

[18] A diverse conclusioni giunge **A. ARGENTATI**, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in www.federalismi.it, n. 18 del 26 settembre 2012, p. 20 secondo cui "*Dubbi maggiori si pongono invece con riferimento a quei servizi pubblici locali in precedenza oggetto di discipline settoriali e poi disciplinati, sotto il profilo specifico delle modalità di gestione, dall'art. 4 del d.l. 138/2011 dichiarato illegittimo: la gestione integrata dei rifiuti e il trasporto pubblico locale. Per essi, potrebbero ritenersi applicabili le normative settoriali temporaneamente rese inefficaci dal medesimo art. 4 che, al comma 34, sanciva la prevalenza delle disposizioni da esso stesso dettate sulle relative discipline di settore incompatibili*". Si rileva, tuttavia, che la problematica relativa all'abrogazione o meno delle disposizioni settoriali incompatibili con l'art. 4 del d.l. 138/2011, nel caso concreto del TPL, non determina una grande differenza circa la disciplina sostanziale applicabile che trova in ogni caso fonte nel Regolamento (CE) 1370/2007, mentre sono soltanto le ulteriori disposizioni dettate dal combinato disposto dell'art. 61 della l. n. 99/2009 e dell'art. 4bis del d.l. n. 78/2009 a trovare o meno applicazione.

[19] Corte Costituzionale, sentenza n. 24 del 13 – 20 gennaio 2011, in *www.cortecostituzionale.it.*

minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica, altrettanto non ha fatto con la sentenza del 2012. Come è noto, con la dichiarazione di incostituzionalità, la sentenza della Corte produce un esito di annullamento della norma con efficacia retroattiva, diversamente dal caso di abrogazione a seguito di *referendum*, sicché essa viene espunta dall'ordinamento sin dal momento della sua entrata in vigore e vengono a mutare, *ipso facto*, i rapporti giuridici da essa regolati, con l'eccezione di quelli che hanno completamente esaurito i loro effetti. A questo punto c'è da chiedersi se l'effetto della declaratoria d'incostituzionalità abbia avuto come conseguenza la "reviviscenza" delle disposizioni di settore abrogate. Il tema appare alquanto controverso in quanto, né la dottrina[20], né la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale sembrano offrire un indirizzo certo. Se da un lato, infatti, il giudice di legittimità, pronunciandosi a proposito della fattispecie di dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di una disposizione di una legge abrogatrice di altra legge precedente, ha avuto modo di affermare che in tal caso ridiventa operante la norma abrogata dalla disposizione dichiarata illegittima, in quanto, con la perdita dell'efficacia della norma abrogatrice fin dall'origine, vengono travolti anche gli effetti che essa produceva (v. Cass. nn. 3284/1979, 6955/1998 e 18054/2009), dall'altro la stessa Suprema Corte ha avuto modo di evidenziare che la "reviviscenza" non è pacifica nemmeno nel caso in cui la norma per ipotesi colpita da sentenza di illegittimità costituzionale sia esclusivamente ed espressamente abrogatrice (Cass. n. 310/1993). La Consulta, dal canto suo, con le sentenze nn. 107 del 1974 e 314 del 2009, ha manifestato un orientamento favorevole alla tesi della reviviscenza, ma è da sottolineare che in tali pronunce le disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime erano disposizioni espressamente abrogatrici, per cui l'invalidità avrebbe creato un vuoto normativo, e la Corte ha esplicitamente riconosciuto la reviviscenza della precedente normativa, cosa che nella sentenza n. 199/2012 non è avvenuto. Anche nella recente pronuncia n. 13/2012[21], la Consulta

[20] Sul tema v. **A. GIGLIOTTI**, *Brevi note in tema di reviviscenza degli atti normativi*, in *Nomos - Le attualità nel diritto, Rivista telematica quadrimestrale*, n. 0, p. 35 e ss; **E. PALUMBO**, *La via referendaria per tornare alla legge Mattarella*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 luglio 2011, pp. 5-6.

[21] Corte costituzionale 24 gennaio 2012, n. 13, in *www.giurcost.org*, con commenti di **A. PERTICI**, *La Corte costituzionale conferma la propria giurisprudenza: quesiti referendari inammissibili se la normativa elettorale "di risulta" non è direttamente applicabile*, in *Rivista telematica del Gruppo di Pisa*, 2012; **A. RUGGERI**, *Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di "reviviscenza" della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? (A prima lettura di corte cost. n. 13 del 2012)*, in *Consulta OnLine*, 2012; **M. RUOTOLO,** *Un'inammissibilità annunciata. Commento a prima lettura a Corte cost., sent. n. 13/2012*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2012; **L. TRUCCO**, *Note minime sul "prima e il "dopo" la sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2012 di inammissibilità dei referendum in materia elettorale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012; **V. EDOARDO C. RAFFIOTTA**, *Quale spazio per la reviviscenza di norma abrogate dopo la sent. 13 del 2012?*, in *ibidem*; **T. F. GIUPPONI**, *Davvero inammissibile il referendum elettorale "parziale"? La sent. n. 13/2012 della Corte costituzionale, tra "forma" e "sostanza"*, in *ibidem*.

ha evidenziato che il fenomeno della reviviscenza di norme abrogate non opera in via generale e automatica e può essere ammesso soltanto in ipotesi tipiche e molto limitate. Si ritiene, dunque, di seguire quell'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa[22] che limita il fenomeno della reviscenza al caso in cui a seguito dell'abrogazione di una legge e a causa della mancanza di una nuova e diversa disciplina, una determinata materia resti nel suo complesso del tutto sfornita di regolamentazione. Nel caso di specie, per il TPL, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 138/2011 non ha creato un vuoto normativo. Infatti, parafrasando la sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2012, si ritiene che la disciplina di settore possa trovare il proprio riferimento tanto nelle disposizioni non abrogate dall'art. 4 del d.l. 138/2011, quanto nell'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria.

Con riguardo alle prime, si deve fare riferimento all'art. 18, comma 3bis, del D.lgs. 422/1997, che ponendo la gara come modalità d'affidamento del servizio, si poneva in un rapporto di non incompatibilità con quanto disposto dal comma 8 dell'art. 4 del d.l. 138/2011.

Il riferimento alla disciplina comunitaria trova, invece, per il TPL un suo riferimento specifico nel Regolamento (CE) 1370/2007, entrato in vigore il 3 dicembre 2009, che ha delineato un quadro normativo di riferimento entro il quale le autorità possono intervenire nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri.

L'atto comunitario riconosce alla pubblica autorità l'opzione tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio, senza che si possa individuare una chiara gerarchia tra queste forme organizzative. L'art. 5 par. 2, stabilisce, infatti, che le autorità competenti a livello locale, hanno la facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta 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 (CE) 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. Tale elencazione appare una *summa*

[22] Da ultimo, T.A.R. Calabria, sez. II, 3 luglio 2009, n. 717, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

degli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per cui se ne deve arguire la portata meramente esemplificativa, 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. La disposizione dell'art. 5 par. 2 stabilisce, inoltre, che la proprietà pubblica totalitaria, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per aversi il controllo analogo[23] a condizione vi sia "*un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*". Non è solo il paradigma della proprietà pubblica totalitaria ad essere ridimensionato, ma lo stesso modello dell'*in house* ad avere qui contorni in parte diversi rispetto a quelli delineati dalla stessa 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 (CE) 1370/2007 essa è, invece, delineata come una modalità organizzativa della pubblica autorità relativamente ai propri uffici e alle loro funzioni, espressione del potere di autorganizzazione proprio di qualsiasi amministrazione. A fronte della facoltà di autoprodurre 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 vicine, oltre al divieto di partecipare a gare organizzate in altri bacini di traffico.

Per il TPL, se l'*in house* ritrova una dimensione ben più permissiva, liberandosi dalle strette maglie dell'art. 4 del d.l. 138/2011, la possibilità di produrre il servizio in economia, ed in particolare la tentazione di far "risorgere" l'azienda speciale[24], non appare in ogni caso giuridicamente perseguibile. Infatti, l'art. 18, comma 3, del D.lgs. 422/1997 ha dato avvio ad un iter di trasformazione delle aziende speciali in società di capitali ovvero in cooperative a responsabilità limitata, mentre per dar vita al processo contrario è necessaria una esplicita volontà legislativa che consenta il ricorso a tale peculiare figura organizzativa con natura giuridica pubblicistica, regolandone il processo trasformativo ed il regime giuridico[25].

Per la società mista le innovazioni appaiono più limitate. Si ricorda, che tale modello è stato oggetto tanto di una Comunicazione interpretativa da parte della Commissione Europea del 12 aprile 2008 "*Sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle*

[23] Tale disposizione contraddice la giurisprudenza comunitaria a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03 *"Stadt Halle"*, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 93 e ss.

[24] Sul "ritorno" dell'azienda speciale nel settore del servizio idrico integrato v. **G. NICOLETTI**, *Il rilancio dell'azienda speciale: il "caso" di Arin Napoli*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 5 settembre 2012.

[25] Sul tema v. **G. CAIA**, *Finalità e problemi del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, p. 663 e ss.

concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)"[26], che di numerose decisioni del Giudice Amministrativo, tra le quali l'arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio Stato n. 1 del 3 marzo 2008 assume particolare rilievo poiché ha posto dei punti fermi sulla legittimità dell'adozione di tale modello organizzativo[27]. In particolare, tanto i Giudici di Palazzo Spada, che la Commissione Europea hanno ritenuto ammissibile l'effettuazione di un'unica gara per la scelta del partner operativo e il contestuale affidamento del servizio al soggetto societario misto, ponendo tuttavia una serie di prescrizioni affinché l'affidamento stesso possa essere considerato legittimo. Lo strumento della "gara a doppio oggetto" ha ricevuto altresì un'autorevole conferma dalla Corte di Giustizia con la sentenza 15 ottobre 2009, resa nella causa C-196/2008[28]. A ben vedere, quindi, la prescrizione che viene meno a seguito della pronuncia della Consulta è quella del limite legale della partecipazione del privato non inferiore al 40 per cento posta dal comma 12 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, mentre gli altri elementi di regolamentazione della "gara a doppio oggetto" trovano comunque un riferimento tanto nella giurisprudenza comunitaria che in quella nazionale.

Rappresentano, invece, disposizioni innovative quanto a modalità di gestione del TPL quelle contenute nei par. 4, 5 e 6 dell'art. 5 del Regolamento (CE) 1370/2007. Infatti, l'atto comunitario, riconosce la possibilità d'aggiudicazione diretta dei contratti "sotto soglia", di quelli relativi al trasporto ferroviario e di quelli stipulati nel caso di pericolo d'interruzione del servizio. In particolare, il par. 4 dell'articolo 5 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 ventitre veicoli, mentre nel successivo par. 6 detta facoltà d'aggiudicazione diretta non incontra particolari limitazioni per il caso di trasporto per ferrovia. Alla luce di queste disposizioni, quindi, l'esternalizzazione del servizio può avvenire non solo tramite lo strumento della gara, ma anche, in alcune ipotesi che si devono ritenere tassative, tramite l'affidamento diretto ad un operatore "terzo". 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

[26] Comunicazione 2008/C91/02, pubblicata nella GUCE del 12 aprile 2008.
[27] Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1, in *www.giustiziamministrativa.it.*
[28] Corte di Giustizia 15 ottobre 2009, resa nella causa C-196/2008, con nota di **G.F. NICODEMO**, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto,* in *Urb. app.*, 2010, p. 158 e ss.

distanze di modesta entità o in considerazione degli interessi delle PMI[29], i contratti di servizio non hanno un rilevo 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 competente 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.

Se, alla luce della ricostruzione che si è operata, regioni ed enti locali sono più libere nello scegliere la modalità organizzativa di gestione dei servizi di TPL, tuttavia il riespandersi della discrezionalità amministrativa appare fortemente condizionato dalla fitta congerie di norme che incentivano ovvero scoraggiano l'adozione di una modalità gestionale piuttosto che un'altra.

Nello stesso d.l. n. 138/2011, infatti, all'art. 3bis – introdotto dall'art. 25, comma 1, lett. a), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 e successivamente modificato dall'art. 53, comma 1, lett. a), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 – il legislatore ha stabilito che: 1) a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111; 2) i finanziamenti derivanti da risorse pubbliche statali sono destinati, in via prioritaria, agli enti di governo degli ambiti o bacini ottimali oppure ai gestori selezionati con gara o a quelli di cui l'Autorità di settore abbia verificato la qualità e l'efficienza in base a specifici parametri dalla stessa definiti; 3) gli affidatari *in house* sono soggetti al patto di stabilità interno, secondo le modalità previste dall'art. 18 comma 2bis d.l. 112/2008[30]; 4) le società *in house*

[29] Il *favor* per lo sviluppo delle piccole e medie imprese è stato chiaramente delineato a livello europeo dalla 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)*".

[30] Si nutrono, tuttavia, dubbi sulla permanente efficacia del comma 5 dell'art. 3bis del d.l. 138/2011 circa l'assoggettamento degli affidatari *in house* al patto di stabilità interno, dato che la norma è riproduttiva dei

per l'acquisto di beni e servizi applicano le disposizioni di cui al D.Lgs. 163/2006, mentre per il conferimento degli incarichi ed il reclutamento del personale applicano propri provvedimenti nel rispetto dei principi del D.Lgs. 165/2001. Si tratta evidentemente di vincoli e premialità che rendono di per sé non neutra la scelta degli enti sulla modalità di gestione del servizio.

Quanto alle disposizioni dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135, *c.d. spending review*, che ha impresso una drastica disciplina delle partecipazioni societarie degli enti pubblici[31] ed una forte accelerazione alla privatizzazione di tali partecipazioni, si deve rilevare che esse riguardano perlopiù le società "strumentali" di cui all'art. 13 del d.l. 223/2006. Il comma 3 stabilisce, infatti, che le disposizioni sullo scioglimento o alienazione delle società pubbliche non si applichino a quelle che "*svolgono servizi d'interesse generale, anche aventi rilevanza economica*", mentre soltanto il comma 5 riguarda le "*altre società a totale partecipazione pubblica*", che comprendono anche quelle che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica, per le quali si va a disciplinare la composizione degli organi d'amministrazione. Infine, il comma 8 dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, che pone dei limiti stringenti agli affidamenti *in house*[32], nonostante non faccia uno specifico riferimento alle sole società "strumentali" evocate nel comma 1, si ritiene che debba essere letto in combinato disposto con il comma 7 del medesimo articolo e che riguardi, dunque, esclusivamente l'acquisizione di beni e servizi strumentali da parte delle pubbliche amministrazioni e delle altre stazioni appaltanti. Un diverso opinamento, oltre che essere stridente con la logica dell'intervento legislativo dell'art. 4 del decreto *c.d. spending review*, si porrebbe in palese contrasto con quanto stabilito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, essendo le disposizioni

---

contenuti del comma 14 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, travolto dalla sentenza della Consulta n. 199/2012, e che già la stessa Corte Costituzionale, con sent. n. 325/2010, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 23bis, comma 10, lettera a), prima parte, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, limitatamente alle parole: "*l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e*". Sulla questione v., **A. LUCARELLI,** *La sentenza della corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *www.federalismi.it*, n. 18 del 26 settembre 2012, secondo cui "*In ossequio ad un'interpretazione sistematico-evolutiva del dato normativo, si potrebbe sostenere l'esclusione delle società* in house *nonché delle aziende speciali affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali dal patto di stabilità interno".*

[31] **G. SCARAFIOCCA**, *Le società partecipate dagli enti pubblici nel decreto sulla* spending review *e la recentissima sentenza della Corte Costituzionale sui servizi pubblici locali, note a prima lettura,* in *www.legautonomie.it, 2012.*

[32] La disposizione stabilisce, infatti, che a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto possa avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui.

limitative dell'*in house* contenute nel comma 8 identiche a quelle dichiarate incostituzionali dalla Consulta con riferimento ai servizi pubblici locali.

3. La definizione degli Ambiti territoriali.

Con riguardo all'organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali la sentenza della Consulta non ha interessato l'art. 3bis[33] del d.l. 138/2011, anche se le sue disposizioni sono state autonomamente impugnate in via principale, per cui il Giudice delle leggi dovrà presto scrutinarne la legittimità costituzionale[34].

L'articolo ha 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, 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, legata 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 comma.

Ciò che è venuto meno con la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale è il comma 35bis dell'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

[33] 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.

[34] La Giunta regionale della Regione Veneto, infatti, con deliberazione n. 773 del 7 maggio 2012, ha autorizzato il Presidente a proporre ricorso avanti la Corte Costituzionale per la declaratoria di illegittimità costituzionale, tra gli altri, dell'articolo 25 del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Si legge in motivazione del provvedimento *de quo* che "*Le medesime censure di illegittimità costituzionale, con il richiamo agli stessi articoli specificati a proposito dell'articolo 1, appaiono proponibili anche con riferimento all'articolo 25, comma 1, lettera a) che, avendo inserito l'art. 3 bis nel decreto legge 13 agosto 2011, n.138, convertito, con modificazioni con la legge 14 settembre 2011, n.148, al comma 3 della nuova norma riconduce nell'alveo degli elementi di valutazione della virtuosità della Regione anche l'applicazione della procedura di affidamento dei servizi ad evidenza pubblica, secondo un modello tanto meccanicistico negli esiti, quanto indeterminato nei presupposti. Conseguentemente, si lamenta la lesione degli articoli 3, 5, 97, 117, 118 , 119 e 120 della Costituzione, ai quali si aggiunge l'articolo 41 della Carta fondamentale, trattandosi di servizi pubblici locali*".

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 locali[35], che nella legislazione di settore del TPL, per cui l'effettiva incidenza di tali disposizioni sull'organizzazione dei servizi appare limitata. Già in molte leggi regionali d'attuazione del "Decreto Burlando" 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 trasporto[36]. Tuttavia, nell'esperienza di questo settore l'individuazione delle dimensioni dei bacini di gara è stata talvolta utilizzata dagli enti locali in modo strumentale per 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 stigmatizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in diverse segnalazioni[37], la quale ha sottolineato come tali scelte presentano 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, l'intervento della Corte Costituzionale fa 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

[35] 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.

[36] **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*".

[37] 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.

di buon senso, come nel caso della nuova legge della Lombardia in materia di trasporti[38] 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.

Inoltre, l'art. 3bis al d.l. 138/2011 pone qualche problema di coordinamento, non solo con la legislazione regionale vigente, ma anche con il Decreto c.d. *spending review*, e in particolare con l'art. 19, che al comma 1 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, e ha demandato alla regione, nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto, della Costituzione, tra le quali rientra anche il TPL, d'individuare, previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali, la dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento, in forma obbligatoriamente associata da parte dei comuni delle funzioni fondamentali, secondo i principi di efficacia, economicità, di efficienza e di riduzione delle spese. Il problema, quindi, di definire gli ambiti territoriali ottimali su scala "di norma" provinciale oppure su di una più ridotta "sovracomunale" appare di rilievo soprattutto alla luce del processo di riduzione e accorpamento delle province innescato dall'art. 17 del d.l. 95/2012, che dovrebbe avere come esito un ridisegno dei confini di tali enti con un conseguente accrescimento dell'estensione territoriale di competenza.

4. L'introduzione del "costo *standard*" nel D.lgs. 422/1997.

Nel decreto c.d. *spending review* il legislatore, soprattutto nel momento della conversione del decreto d'urgenza in legge, ha prestato una particolare attenzione al TPL, dettando alcune disposizioni di sicuro impatto per il settore.

Innanzitutto, l'art. 16, che concerne la riduzione della spesa degli enti territoriali, esclude dalle risorse statali che possono essere ridotte per garantire i maggiori obiettivi del Patto di stabilità (ulteriori 700 milioni per il 2012, che diventano 1.000 milioni a decorrere dal 2013) quelle destinate al finanziamento corrente del trasporto pubblico locale. Si tratta di una vera e propria boccata d'ossigeno per regioni, enti locali e gestori del servizio, che negli ultimi anni

[38] Legge Regionale Lombardia 4 aprile 2012, n. 6 "*Disciplina del settore dei trasporti*", pubblicata sul BURL n. 14, suppl., del 6 aprile 2012.

hanno dovuto far fronte al drastico decremento delle risorse statali trasferite tramite pesanti tagli di servizi e/o incrementi tariffari. Si ricorda, infatti, che la l. n. 122/2010, di conversione del d.l. n. 78/2010, ha determinato per le Regioni a Statuto ordinario una riduzione dei trasferimenti statali di 4.000 milioni di euro nel 2011 e di 4.500 milioni di euro nel 2012, con conseguente riflesso sui finanziamenti destinati al settore del trasporto pubblico d'interesse regionale e locale.

Ulteriore articolo da considerare è l'art. 16bis, introdotto sempre in sede di conversione del d.l. 95/2012, che ha legificato il patto tra Governo e regioni per il TPL, stabilendo che il fondo istituito dall'art. 21, comma 3, del d.l. 98/2011 e successivamente rifinanziato dall'art. 30, comma 3, del d.l. n. 201/2011 (c.d. decreto Salva Italia), sia ripartito con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, secondo criteri volti ad incentivare le regioni e gli enti locali a razionalizzare ed efficientare la programmazione e la gestione dei servizi di TPL. Si tratta, evidentemente, di finalità assolutamente condivisibili ma che nella loro evanescenza rischiano di non consentire, ancora volta, d'introdurre efficaci criteri di premialità nella distribuzione delle risorse, perpetuando la logica del finanziamento su base storica[39]. È da rilevare, inoltre, che il comma 2 dell'art. 16bis stabilisce che i fondi trasferiti dalla Stato non possano essere destinatati a finalità diverse da quelle del finanziamento del trasporto pubblico locale, anche ferroviario. Tale specificazione appare, ancora una volta[40], in contrasto con la volontà del legislatore costituzionale, espressa nell'art. 119 Cost., di escludere la sopravvivenza di fondi statali di trasferimento, soprattutto a destinazione vincolata, che non siano relativi alle previsioni del quinto comma dello stesso art. 119.

Infine, il comma 12*undecies* dell'art. 23, del decreto *spending review* è andato a novellare l'art. 17, comma 1, del D.lgs. 422/1997, stabilendo che gli enti locali definiscano gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo nei contratti di servizio le corrispondenti compensazioni economiche "*determinate secondo il criterio dei costi standard che dovrà essere osservato dagli enti affidanti nella quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta previsti nel*

[39] Osserva **L. ANTONINI,** *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, p. 2646, che "*Il finanziamento in base alla spesa storica è stato, infatti, un fenomeno che ha inquinato per decenni il sistema della finanza decentrata, di fatto premiando le gestioni non oculate. Tanto più si era speso l'anno precedente, tanto più si riceveva l'anno dopo: la spesa storica, infatti, riflette sia i fabbisogni reali (quelli standard) sia vere e proprie inefficienze. Solo il primo elemento ha una valenza sociale significativa, l'altro rappresenta un elemento negativo che non può essere avallato*".

[40] Numerose sono le sentenze della Corte Costituzionale che hanno dichiarato illegittime disposizioni di leggi statali che istituivano fondi di trasferimento a destinazione vincolata. *Ex plurimis* v. sentenze nn. 16, 49 e 423 del 2004; nn. 51, 162, 219 e 222 del 2005; n. 451 del 2006; nn. 105 e 137 del 2007; nn. 50 e 142 del 2008.

bando di gara o nella lettera di invito delle procedure concorsuali di cui al successivo articolo 18, comma 2, lettera a)".

Innanzitutto, preme evidenziare come con questa norma il legislatore abbia "riscoperto" il decreto "Burlando" e ciò potrebbe costituire il primo mattone di un auspicabile intervento normativo di riassetto organico della disciplina del settore.

Sulla vasta problematica dei costi *standard* non è possibile in questa sede offrire un approfondimento, per cui ci si limiterà a fornire solo poche suggestioni. Si può considerare il costo *standard* come il costo di produzione di un determinato servizio in condizioni di efficienza media, che può essere impiegato nel TPL a livello macro finanziario per determinare il riparto di determinate erogazioni pubbliche (per es. fondi statali tra le regioni ovvero fondi regionali tra diversi bacini sub-regionali), ovvero a livello di determinazione del micro finanziamento, per stabilire l'ammontare delle compensazioni da concedere alle imprese, considerato l'ammontare dei servizi prodotti e il livello delle tariffe applicate. È evidente che con la citata disposizione il legislatore abbia voluto introdurre nell'ordinamento la seconda delle possibili declinazioni del concetto di costo *standard*[41]. Si tratta di una forma di determinazione delle compensazioni che non può certo dirsi originale, dato che trova in qualche modo riscontro a livello comunitario sia nella giurisprudenza c.d. "*Altmark*"[42], che nel Regolamento (CEE) n. 1191/69 del 26 giugno 1969, come modificato dal Regolamento (CEE) 1893/91 del 20 giugno 1991, e successivamente nel Regolamento (CE) 1370/2007 del 23 ottobre 2007. Secondo tali fonti, il livello della compensazione deve essere 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. Ciò che sembra un po' paradossale è che negli atti comunitari si fa ricorso ad un concetto che si approssima a quello del "costo standard" 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, mentre qui l'accento cade proprio nel caso in cui l'affidamento del contratto avvenga tramite gara[43]. A ben vedere, poi, la disposizione non

[41] La prima delle concezioni sopra ricordate trova riscontro in recenti disposizioni di alcune leggi regionali. In particolare, v. art. 17 della L.R. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6 e l'art. 88 e ss. della L.R. Toscana 4 aprile 2012, n. 65.

[42] 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.

[43] Rileva **M. SEBASTIANI**, in *Federalismo fiscale e trasporto pubblico locale: costi standard e finanziamento pubblico. Nuove opportunità per la politica industriale?*, in Relazione preparata per Federmobilità nell'ambito

detta alcun criterio per il calcolo di tale costo, quando già nel 1981 la legge n. 151, all'art. 6, prevedeva che per determinare i contributi d'esercizio fosse calcolato il costo economico standardizzato del servizio con riferimento a criteri e parametri di rigorosa ed efficiente gestione, distinto per categorie e modi di trasporto e tenuto conto, attraverso analisi comparate, della qualità del servizio offerto e delle condizioni ambientali in cui esso viene svolto. L'effettiva portata innovatrice e precettiva della disposizione appare, dunque, limitata e viene lasciato ampio spazio agli enti locali e all'Autorità di regolazione il compito darne un serio contenuto sostanziale.

5. L'Autorità di regolazione dei trasporti.

Nel descritto *puzzle*, il principale tassello istituzionale che è stato inserito dal legislatore è certamente la costituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti[44].

La genesi di tale *authority* indipendente trova le sue radici già all'epoca dell'elaborazione della l. 481/1995, ma soltanto l'onda lunga della crisi è riuscita ad abbattere le pervicaci resistenze politico-istituzionali che per molto tempo ne hanno impedito la nascita. Anche il percorso che ha portato all'attuale assetto normativo risente di tale tensione, dato che l'originario testo dell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 è stato significativamente modificato sia dalla sua legge di conversione n. 214/2011, che dal d.l. n. 1/2012, e dalla legge di conversione di quest'ultimo n. 27/2012, che, da ultimo, ha spazzato via le iniziali timidezze che emergevano dai testi precedenti, istituendo direttamente l'Autorità e riconducendola sotto l'ombrello dell'attività di regolazione di cui alla l. 481/1995.

All'Autorità è attribuita una competenza generale nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori che spazia, dunque, dai servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio, al trasporto ferroviario, al settore autostradale, a quello aeroportuale, al servizio taxi. Questo modello "multisettoriale" costituisce una scelta innovativa nel panorama europeo[45], ove prevalgono organi tecnici che si occupano di singoli ambiti trasportistici, per cui risulta doveroso, per le finalità del presente scritto,

---

del Gruppo di lavoro su costi *standard*, fabbisogno e finanziamento del trasporto pubblico locale nell'ambito della l. 42/2009 sul Federalismo Fiscale, Roma 6 novembre 2009, che "*Il ricorso al costo* standard *è dunque motivato quando si renda necessario supplire alla assenza di concorrenza, nel o per il mercato, nell'individuare uno standard per la determinazione di un costo congruo, inteso come costo che un operatore mediamente efficiente sarebbe forzato a realizzare in un contesto concorrenziale. Questa accezione ben si applica al caso del TPL ed è in piena coerenza con le condizioni fissate dalla giurisprudenza comunitaria, che sancisce il principio che qualora la scelta dell'impresa affidataria non avvenga mediante procedura competitiva, l'importo della compensazione va congruito sulla base dei costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente*".

[44] Sul punto v. **A. TONETTI**, *L'Autorità di regolazione dei trasporti,* in *Giornale dir. amm.*, 6, 2012, p. 589 e ss.

[45] Per una panoramica v. **L. VECERE E A. PALUMBO**, *Autorità dei trasporti, privatizzazioni e liberalizzazioni, normativa d'indirizzo e regolamentazione comunitaria in materia di trasporto e l'esperienza di alcune realtà europee,* in *Rivista giur. Circolazione e trasporti*, ACI, 2012.

contestualizzare le competenze dell'Autorità con riguardo al settore del TPL. Scorrendo l'elenco delle competenze[46] descritto dal comma 2 dell'art. 37 si evince che l' *authority* in questo settore provvederà: 1) a garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti (lett. a) 2) a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori (lett. b); 3) a verificare la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri fissati ai sensi della lettera b) (lett. c); 4) a stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta (lett. d); 5) a definire, in relazione ai diversi tipi di servizio e alle diverse infrastrutture, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto; sono fatte salve le ulteriori garanzie che accrescano la protezione degli utenti che i gestori dei servizi e delle infrastrutture possono inserire nelle proprie carte dei servizi (lett. e); 6) a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; con riferimento al trasporto ferroviario regionale, l'Autorità verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificamente che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti. In questi casi, all'impresa aggiudicataria è concesso un tempo massimo di diciotto mesi, decorrenti dall'aggiudicazione definitiva, per l'acquisizione del materiale rotabile indispensabile per lo svolgimento del servizio (lett. f); 7) con particolare riferimento all'accesso all'infrastruttura ferroviaria, a svolgere tutte le funzioni di organismo di regolazione di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188,

[46] Quanto ai poteri della nuova Autorità, l'art. 37, comma 3, conferisce ad essa compiti di vigilanza sul rispetto della regolazione attraverso incisivi poteri conoscitivi ed ispettivi, come la possibilità di chiedere informazioni, esibire documenti, disporre accessi e verifiche, poteri conformativi e inibitori, supportati da un rilevante apparato sanzionatorio.

e, in particolare, a definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura e i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità e a vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura (lett. i).

Dall'elenco riportato, il rischio che ci siano punti di sovrapposizione ed interferenza tra ambiti di competenza dell'Autorità e quelli di regioni o agenzie locali[47] appare concreto dato che, come ha precisato la Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 222 del 2005, la materia del TPL rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost., mentre l'intervento dello Stato, che trova titolo nell'art. 117, secondo comma, lett. e), m) e s) della Costituzione, risulta legittimo se ed in quanto sia conforme ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza (Corte Cost., sentenza 13-27 luglio 2004, n. 272). Attività di regolazione indirizzate alla fissazione di criteri di determinazione delle tariffe, alla determinazione delle condizioni minime di qualità dei servizi, alla definizione degli schemi dei bandi delle gare e dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici sono tutti terreni sui quali la legislazione regionale ha avuto modo di esprimersi[48].

Bene ha fatto quindi il legislatore, con una sottolineatura che non appare superflua, a prescrivere che l'Autorità agisca nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al Titolo V della parte seconda della Costituzione, sottendendo che essa debba instaurare rapporti di cooperazione con gli enti locali, possibilmente tramite "*forme di partecipazione qualificata alle procedure di definizione delle proprie determinazioni*"[49]. Di tale forma collaborativa di esercizio del potere si trova traccia positiva già nel comma 3 dell'art. 37, ove è conferita all'Autorità la potestà di "sollecitare e coadiuvare" le amministrazioni all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei

[47] Le varie agenzie per la mobilità costituiscono uno dei più originali strumenti di *governance* del TPL adottati dalla legislazione regionale, la quale ha sperimentato una pluralità di modelli organizzativi, con differenze anche strutturali sulla forma giuridica adottata, sulle funzioni ad esse demandate e sul grado d'indipendenza. Quanto al primo di questi aspetti, nelle leggi regionali di settore sussistono agenzie sia nella forma dell'ente pubblico o consortile, che della società di capitali. Da un punto di vista funzionale, poi, si possono avere agenzie c.d. "leggere", a cui sono generalmente affidate funzioni di regolazione, programmazione, affidamento e monitoraggio dei servizi; agenzie "pesanti", che oltre alle funzioni richiamate gestiscono anche gli *assets* necessari per l'erogazione del servizio; agenzie di mero supporto tecnico, che non svolgono direttamente attività di regolazione ma che assistono l'amministrazione nei processi decisionali. Quanto al problema della loro indipendenza, si riscontra una certa tendenza a demandare agli esecutivi di regioni ed enti locali il compito di nominarne i principali organi, mentre non è raro il caso in cui a tali enti siano imputate quote di partecipazione delle società affidatarie dei servizi di TPL. Risulta incerta, dunque, la stessa ontologia di tale enti che sembrano più avvicinarsi a strutture tecniche intermedie tra gli organi di rappresentanza politica e imprese di trasporto, piuttosto che a vere e proprie autorità locali di regolazione del settore.

[48] Su tale rischio, v. la recente L.R. Puglia 20 agosto 2012, n. 24 "***Rafforzamento delle pubbliche funzioni nell'organizzazione e nel governo dei Servizi pubblici locali*", che ha previsto** l'istituzione di un'**Autorità regionale per la regolamentazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con l'attribuzione di compiti che per il TPL in parte sembrano sovrapporsi a quelle dell'*authority* nazionale.**

[49] **A. TONETTI**, cit., p. 602.

metodi più efficienti per finanziarli (lett. a) e di "proporre" all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico, dei contratti di programma (lett. c), ma si ritiene che tali disposizioni costituiscano soltanto un indice di un metodo da adottare per evitare che la complessità istituzionale si traduca in conflitto[50].

6. Conclusioni: dove va il TPL?

Quando la tempesta rischia di travolgere tutti i riferimenti, la tentazione di rimanere fermi nell'illusoria speranza che si plachi senza subirne gli effetti, è forte.

Tuttavia se si cerca di capire dove ci sta portando e ci si muove di conseguenza, si può uscirne sicuramente diversi e probabilmente più forti.

Fuor di metafora, per il TPL, come per tutti i servizi pubblici e per l'intero sistema del *welfare* del nostro Paese, a seconda di come ci muoveremo in questo mare, la crisi può rappresentare o l'elemento che può disgregare la stessa concezione in generale dello stato sociale, ed in particolare del servizio pubblico, o una straordinaria opportunità di ristrutturazione e rilancio.

Gli elementi d'incertezza che si sono descritti, dal sistema delle regole alle modalità di finanziamento, non devono quindi stupire, perché stiamo vivendo una fase non di "cambiamento", ove un indirizzo preciso si può scorgere, ma di "mutazione", ove una direzione precisa non c'è, per cui le scelte di politica del diritto risultano decisive nel delineare gli scenari futuri.

In questo contesto, l'istituzione dell'Autorità dei trasporti, costituisce un faro al quale si può guardare con interesse e speranza, dato che essa, con "*modalità di regolazione proporzionate agli obiettivi di interesse generale che si debbono perseguire*"[51] e con la sua autorevolezza, può costituire un punto di riaggregazione della frammentarietà e aiutare a risolvere i molti

---

[50] Del problema sembra essere lucidamente consapevole il Presedente designato all'Autorità di regolazione dei trasporti, Prof. MARIO SEBASTIANI, che nella presentazione alla Commissione trasporti, poste e telecomunicazioni del 26 giugno 2012, ha affermato che "*Affinché possa assolvere alle proprie finalità, l'Autorità dovrà sviluppare rapporti di leale collaborazione con il Governo e con le pubbliche amministrazioni. Dovrà mantenere costanti relazioni con le regioni e gli enti locali. Questo è un aspetto di particolare importanza, tanto più in quanto, diversamente dalle altre Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, quella dei trasporti è istituita dopo la riforma del titolo V della Costituzione, che ha assegnato alla competenza concorrente delle regioni importanti materie relative a infrastrutture e trasporti. Il rispetto del principio di sussidiarietà, espressamente richiamato dalla legge istitutiva, richiederà dunque la ricerca di soluzioni differenziate a seconda dei campi di intervento e un costante rapporto con gli enti territoriali*".

[51] **M. SEBASTIANI**, presentazione alla Commissione trasporti, poste e telecomunicazioni del 26 giugno 2012, cit., che prosegue osservando che "*Una regolazione ingiustificatamente invasiva genera oneri che vanno ben oltre quelli amministrativi e che possono in ultima analisi tradursi in ostacoli alla competitività e alla stessa concorrenza. Lo strumento regolatorio va attentamente tarato e adattato in relazione all'evoluzione dei mercati e della concorrenza al fine di applicare la miglior forma di regolazione possibile: quella che massimizza i benefici rispetto ai costi, diretti e indiretti che comporta*".

nodi problematici che, di fatto, hanno impedito alla riforma della fine degli anni '90 del secolo scorso di funzionare, come, per esempio, il tema dell'accesso alla rete ferroviaria e ai beni c.d. "essenziali", quello della determinazione degli ambiti del servizio pubblico, il rapporto "incestuoso"[52] tra enti locali e le società da essi controllate affidatarie dei servizi.

La legge istitutiva dell'*authority* ha anche il merito di aver riportato al centro del sistema normativo il cittadino – utente, riconoscendo all'Autorità il compito di stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi e il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori. Tali indicazioni trovano corrispondenza, sul versante comunitario, nel Regolamento (CE) 1370/2007, nel quale è esplicitato che lo scopo dell'intervento normativo è quello di "*garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire*"[53].

Si può sottolineare, quindi, che questo orientamento legislativo, tanto nazionale che europeo, mette in primo piano non tanto la dimensione di mercato dei servizi di TPL, ma quella di "servizio universale" che li connota. In questo modo la concorrenza non assurge più ad essere un valore in sé, ma diventa uno degli strumenti per il conseguimento di detti obiettivi.

Anche la sentenza delle Corte Costituzionale n. 199/2012 più essere letta in continuità con questa impostazione, dato che la Corte ha censurato proprio un approccio legislativo fortemente sbilanciato sulla liberalizzazione dei servizi, con disposizioni rigide e troppo dettagliate, che privilegiavano modelli normativi astratti, piuttosto che far derivare la legislazione da un'attenta osservazione dei fenomeni sociali e dall'analisi dell'impatto della regolazione sugli stessi[54]. L'esito di tale tipo di regolazione era 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 contesti territoriali nei quali essi

---

[52] **A. Boitani, C. Cambini,** *Il trasporto pubblico locale. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, p. 65.

[53] Art. 1 Regolamento (CE) 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, in GUUE L 315/1 del 3.12.2007.

[54] Rileva **G. Piperata**, in *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, Relazione al Convegno Poteri pubblici e sviluppo economico locale, organizzato il 14 novembre 2008 dall'ISGRE a Udine, in Osservatorio del diritto del governo del territorio, IUAV, *http://www.iuav.it/Facolta/facolt--di/OSSERVATOR/*, p. 5 "*Bisogna, infatti, segnalare che non sempre il legislatore è riuscito ad imporre una precisa e univoca politica del diritto agli interventi di riforma del settore dei servizi pubblici locali. A salti in avanti verso modelli di mercato concorrenziale hanno fatto seguito ripensamenti e passi indietro, finalizzati alla previsione, sia pur in forma residuale, di dinamiche idonee a garantire riserve pubblicistiche della gestione e del controllo delle imprese incaricate dello svolgimento delle attività prestazionali. In altri termini, è sempre mancato il coraggio di andare fino in fondo, liberalizzando, lì dove possibile, i mercati o imponendo una concorrenza per il mercato negli altri casi*".

sono prodotti. A tale oggettiva differenziazione deve, invece, corrispondere una differenziazione anche sul piano regolatorio: questo si ritiene che possa costituire il limite "in positivo" di cui il legislatore dovrebbe tener conto nell'affrontare il tema dei servizi pubblici locali in generale, e del TPL in particolare[55].

Un approccio equilibrato che privilegi "autonomia" e "differenziazione", non solo risulterebbe più aderente al disegno costituzionale, ma potrebbe essere anche più idoneo per ottenere i migliori risultati in termini di efficacia, efficienza e di economicità nella prestazione dei servizi. Si deve ricordare, come ci insegna la giurisprudenza amministrativa sin dagli anni '90[56], che la scelta di adottare un determinato modello organizzativo da parte dell'amministrazione deve essere supportata da un adeguato apparato motivazionale che, in modo trasparente, dia conto dei risultati economici prevedibilmente derivanti dalla sua adozione e che vada a confrontare tali risultati con quelli ottenibili con le possibili altre forme di gestione, considerando la qualità del servizio erogato e il diverso grado di efficienza nel suo svolgimento tramite un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici. In questo modo si rientra nell'ambito della discrezionalità tecnica, con possibile scrutinio di legittimità dell'atto, sotto il profilo della sua ragionevolezza, da parte del giudice amministrativo. Ma le garanzie sulla scelta del modello gestionale non si fermano a tale giudizio estrinseco da parte del G.A., poiché l'ordinamento riconosce un sindacato anche alla Corte dei Conti sotto il profilo dell'economicità e dell'efficacia della scelta operata[57], mentre l'Autorità *antitrust* conserva il

---

[55] In tal senso anche l'AGCM nella Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito a "*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*", la quale argomenta che *"Senza intervenire nuovamente con una norma di carattere generale, appare preferibile seguire la strada di un intervento normativo che riguardi i settori dei servizi pubblici locali, di più ampia diffusione e dove maggiormente sussistono spazi di apertura alla concorrenza. Tale soluzione ha il vantaggio di calibrare la disciplina sulla specificità dei singoli settori, evitando di reintrodurre un'ulteriore norma generale, i cui contenuti potrebbero nuovamente risultare di dubbia costituzionalità"* (AGCM, Segnalazione del 2 ottobre 2012, in *www.agcm.it*, p. 28).

[56] Secondo il Consiglio di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro it.*, 1991, III, p. 278 "*Occorre difatti ribadire al riguardo (Cons. Stato, sez. I, 1° febbraio 1985, n. 130) che la scelta da parte dell'amministrazione di utilizzare tale modello organizzatorio, in relazione alle conseguenze derivanti sotto molteplici aspetti (es. per il sistema dei controlli, sia giuridici che politici) deve essere rivestita da particolari cautele e deve derivare da un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti da tale scelta; segnatamente, deve evidenziare la convenienza economica per le finanze dell'ente locale di tale soluzione rispetto a quelle, per così dire, tradizionali. In particolare, occorrerà redigere una relazione che confronti i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno e l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e benefici di ciascuno di essi*".

[57] Sul problema del sindacato giurisdizionale contabile sull'attività discrezionale della P.A., si veda la recente sentenza della Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Lazio, 10 gennaio 2012, n. 22, in *Responsabilità amministrativa*, *www.respamm.it*, secondo la quale *"L'esercizio in concreto del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia che il legislatore con il citato art. 1 comma 1 della legge n. 20/1994 ha inteso salvaguardare dal sindacato della Corte dei conti; ma detta disposizione va oggi correlata anche con l'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990 il quale stabilisce, in via generale, che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di "economicità" e di "efficacia". Detti criteri,*

potere di esercitare l'impugnativa ai sensi dell'art. 21*bis* della l. n. 287/1990[58] avverso quegli affidamenti che dovessero risultare non conformi ai principi e alle regole concorrenziali.

In questo modo, gli enti locali riconquistano un ambito di discrezionalità sulla scelta della forma organizzativa dei servizi da loro governati, senza che questa discrezionalità possa sconfinare nell'arbitrio, dato il regime di libertà "vigilata"[59] nella quale essa si esplica, non solo per la sua sottoposizione ai descritti controlli esterni, ma anche per la presenza di rilevanti vincoli legislativi che di fatto la indirizzano pesantemente[60].

L'orizzonte regolatorio dei servizi di TPL, trova quindi traccia già nello spartito delineato dal Regolamento (CE) 1370/2007 e dalla sentenza n. 199/2012 della Consulta, per cui, *de iure condendo*, si dovrebbe ora trovare la "giusta" armonia che coniughi autonomia organizzativa, responsabilità degli amministratori e un efficace sistema di controlli esterni.

Si tratta di una sfida di non poco conto, ma si ritiene che soltanto un approccio "pluralista" come quello che qui si prospetta, rispettoso dei principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e proporzionalità, potrebbe avere ricadute positive sui territori, superando la paralisi a cui ormai da troppo tempo stiamo assistendo. Infatti, una regolazione non "ideologica" che cerchi di plasmare l'esistente, senza la pretesa che l'esistente possa essere trasformato notte tempo per "decreto" e che offra elementi di certezza, consentendo così il rilancio strategico della programmazione del servizio e degli investimenti, potrebbe favorire forme di sperimentazione e di comparazione tra ambiti territoriali diversi dalle quali potrebbero derivare esperienze di emulazione delle *best practice* e una certa diversificazione delle politiche degli enti locali. Alla sfida competitiva tra imprese potrebbe, quindi, essere associata quella tra territori. In questo modo un reale federalismo che parta dai servizi, potrebbe rappresentare un approdo fecondo che consenta di contemperare l'interesse pubblico

---

specificazione del generale principio contenuto nell'art. 97, primo comma, della Costituzione, hanno così acquisito rilievo normativo sotto il profilo della legittimità dell'azione amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti. Ne consegue che la verifica della legittimità dell'attività amministrativa (oltre al suddetto sindacato sulla palese irrazionalità delle scelte) non può più ormai prescindere da una valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti; con l'ulteriore effetto che la violazione dei criteri di economicità e di efficacia assume specifico rilievo anche nel presente giudizio di responsabilità, considerato che l'antigiuridicità dell'atto amministrativo ed in generale dei comportamenti dei soggetti sottoposti al giudizio di questa Corte, costituisce presupposto necessario (ancorché non sufficiente) della "colpevolezza" di colui che lo ha posto in essere (cfr., Cass. SS.UU. n. 14488/2003; n. 7024/2006; n. 8096/2007; n. 8097/2007; Corte conti, cfr. da ultimo, Sez. I App. n. 526/10 e Sezione Lazio n. 2379/10)."

[58] Sul potere di proporre ricorso dell'AGCM *ex* art. 21 *bis* della l. n. 287/1990, v. **F. CINTIOLI**, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della l. 287 del 1990*, in *www.giustamm.it*, 2012.

[59] **A. ARGENTATI**, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, cit., p. 23.

[60] V. par. 2 con riferimento ai permanenti vicoli dettati dall'art. 3bis del d.l. n. 138/2011.

primario alla socialità ed universalità del servizio con la necessaria economicità della sua produzione, a tutto vantaggio del cittadino – utente – contribuente.