

CAPITOLO QUARTO

IL D. LGS 422/1997

SOMMARIO: 4.1. Separazione tra le funzioni di programmazione e regolazione e quelle di gestione ed erogazione del servizio. – 4.2. Segue: l'attività di programmazione - 4.3. I servizi minimi. - 4.4. La privatizzazione formale del settore del tpl: la procedura di scelta dell'erogatore del servizio. - 4.5. Il contratto di servizio. – 4.6. Segue: la natura giuridica del contratto di servizio - 4.7. Gli obblighi di servizio. - 4.8. Gli aiuti di Stato. –

4.1. Separazione tra le funzioni di programmazione e regolazione e quelle di gestione ed erogazione del servizio –

La legge Bassanini 1 (in particolare la delega contenuta nell'art. 4, comma 4, della legge 59/1997) è stata attuata con il decreto Burlando¹, che individua le funzioni e i compiti da conferire alla regioni e agli enti locali in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, nonché ne fissa i criteri di organizzazione.

Il secondo comma dell'art. 1 definisce i servizi pubblici di trasporto regionale e locale, come quei servizi di trasporto di persone e merci, che non rientrano tra quelli di interesse nazionale tassativamente individuati dall'art. 3; essi comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale².

¹ Il decreto Burlando è il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, pubblicato in G.U. n. 287 del 10 dicembre 1997, entrato in vigore prima del termine di scadenza indicato nella legge delega (31 dicembre 1997, poi modificato dalla legge n. 127/1997 al 31 marzo 1998), sia perché il Governo percepiva la necessità di intervenire rapidamente nell'organizzazione del sistema dei trasporti, sia perché ha usufruito degli studi e progetti predisposti per dare attuazione alla delega n. 549/1995, che invece è rimasta non esercitata dal potere esecutivo a causa delle elezioni politiche anticipate.

² CLARONI, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale*, cit., 76-77 sottolinea che l'ambito territoriale "normalmente regionale o infraregionale" individuato dal d.lgs. 422/1997 sembra mal conciliarsi con la previsione dell'art. 3 *bis* del d.l. 138/2011, che fa riferimento agli "ambiti o bacini territoriali ottimali" ove organizzare i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. In sostanza, secondo l'Autore, la legge del 2011 circoscrive un ambito territoriale più piccolo (provinciale) rispetto a quello del decreto Burlando (regionale o infraregionale) dove svolgere il

L'articolo 1, che definisce la materia oggetto di disciplina del decreto, sancisce quindi il superamento del "parallelismo", ossia dei limiti di competenza posti alle regioni dal vecchio titolo quinto della Costituzione (in vigore al tempo dell'emanazione del decreto Burlando). Infatti, per la prima volta viene attribuita agli enti locali la competenza «residuale» in materia di trasporto pubblico locale, indicando tassativamente all'art. 3 le funzioni di competenza statale³.

In particolare, al di fuori dei trasporti di interesse nazionale elencati nell'art. 3 e delle competenze dello Stato nel trasporto pubblico regionale e locale enunciate dall'art. 4, che restano riservati alla regolazione legislativa e amministrativa dello Stato⁴, tutti gli altri compiti, anche in atto esercitati dallo

servizio di trasporto pubblico locale. Ritiene di risolvere l'antinomia a favore dell'individuazione della dimensione provinciale, anche in applicazione del principio cronologico.

³ Cfr. CICI, *La riforma del trasporto pubblico locale*, cit., 290 e ARABIA, GARIGLIO, RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, cit., 20. Si veda in tal senso anche D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, cit., 74, che evidenzia che il decreto legislativo non indica le funzioni e i compiti che lo Stato trasferisce, ma puntualizza i compiti e le funzioni che lo Stato mantiene nella materia dei servizi pubblici regionali e locali e quelli che continuerà a gestire. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in BUCCI (a cura di), *Il trasporto pubblico locale – una prospettiva per l'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006, 87 riassume dicendo che allo Stato restano le funzioni indicate dall'art. 4, nonché i compiti che sono stati poi elencati nell'art. 104 del d.lgs. 112/1998, consistenti nell'elaborazione del piano generale dei trasporti e nella definizione degli *standard* e delle prescrizioni tecniche in materia di sicurezza; alle regioni, invece, sono devolute tutte le competenze amministrative che non sono attribuite allo Stato esplicitamente. La riforma iniziata dal decreto Burlando è completata dal d.lgs. 112/98 che distribuisce agli enti territoriali i compiti e le funzioni inerenti al settore della viabilità e delle infrastrutture connesse alla mobilità. In ogni caso si rinvia al cap. 3 per l'esame afferente i problemi dei "limiti" della competenza residuale.

⁴ L'art. 3 del d.lgs. 422/1997 stabilisce che costituiscono servizi pubblici di trasporto di interesse nazionale e, quindi, le funzioni relative rimangono affidate all'amministrazione centrale: a) i servizi di trasporto aereo, ad eccezione dei collegamenti che si svolgono esclusivamente nell'ambito di una regione e dei servizi elicotteristici; b) i servizi di trasporto marittimo, ad eccezione dei servizi di cabotaggio che si svolgono prevalentemente nell'ambito di una regione; c) i servizi di trasporto automobilistico a carattere internazionale, con esclusione di quelli transfrontalieri, e le linee interregionali che collegano più di due regioni; d) i servizi di trasporto ferroviario internazionali e quelli nazionali di percorrenza medio-lunga caratterizzati da elevati standards qualitativi. Detti servizi sono tassativamente individuati con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Qualora la predetta intesa non sia raggiunta entro quarantacinque giorni dalla prima seduta in cui l'oggetto è posto all'ordine del giorno, provvede il Consiglio dei Ministri; e) i servizi di collegamento via mare fra terminali ferroviari; f) i servizi di trasporto di merci pericolose, nocive ed inquinanti. L'art. 4 rilascia allo Stato alcune funzioni c.d. "verticali" che incidono sui trasporti regionali e locali. Invero, sono di competenza dello Stato esclusivamente: a) gli accordi, le convenzioni ed i trattati internazionali relativi a servizi transfrontalieri per il trasporto di persone e merci; b) le funzioni in materia di sicurezza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 753, tranne quelle relative al rilascio del nulla osta allo svolgimento dei servizi di trasporto su gomma e quelle relative all'accertamento di cui all'ultimo comma dell'articolo 5 dello stesso decreto n. 753; c) l'adozione delle linee guida e dei principi quadro per la riduzione dell'inquinamento derivante dal sistema di trasporto pubblico.

Stato direttamente, o tramite altri soggetti pubblici, sono conferiti alle regioni e agli enti locali. Gli articoli dal 5 al 12 stabiliscono il conferimento, la delega e il trasferimento alle regioni e agli enti locali delle funzioni e compiti in materia di tpl⁵.

L'art. 6 espressamente afferma che sono delegati alle regioni i compiti di programmazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale di cui all'articolo 14, non già compresi nelle materie di cui all'articolo 117 della Costituzione, nonché i compiti programmatici e amministrativi e le funzioni dei servizi ferroviari di cui agli artt. 8 e 9, nonché i compiti e le funzioni in materia di servizi marittimi e aerei di cui all'articolo 10. L'art. 12, invece, precisa che insieme alle competenze amministrative si trasferiscono i beni e le risorse finanziarie, umane, strumentali ed organizzative⁶.

Il sistema di decentramento, differenziazione e sussidiarietà è infine completato dall'art. 7, che prevede che le stesse regioni conferiscano alle province, ai comuni e agli altri enti locali tutte le funzioni e i compiti regionali in materia di trasporto pubblico locale che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale⁷. La norma conferisce espressamente agli enti locali i compiti amministrativi e le funzioni nei settori del trasporto lagunare e lacuale.

Rispetto alla normativa prevista dalla legge 151/1981, i compiti di programmazione affidati alle regioni sono maggiori, in quanto comprendono sia la definizione, d'intesa con gli enti locali minori, del livello dei servizi minimi

⁵ Per es. Cons. Stato, 2 marzo 2011, n. 1312, chiamato ad applicare l'art. 8 del d.lgs. 422/1997, precisa che la regione Lombardia è competente a provvedere alla procedura espropriativa di alcuni terreni siti nei comuni di Castellanza e Busto Arsizio e di proprietà privata, funzionale al potenziamento della linea ferroviaria in concessione a Ferrovie Nord Milano s.p.a. «L'art. 8 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 ha infatti delegato alle regioni funzioni e compiti di programmazione e di amministrazione relativi, tra l'altro, alle ferrovie in concessione a soggetto diverso dalle Ferrovie dello Stato, disponendo il subingresso delle regioni stesse sulla base di accordi di programma».

⁶ L'art. 12, primo comma, prevede che all'attuazione dei conferimenti e all'attribuzione delle relative risorse alle regioni si provvede con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previo accordo di programma tra il Ministero dei trasporti e della navigazione e la regione interessata.

⁷ L'art. 7 chiude il sistema di sussidiarietà prevedendo al terzo comma che le regioni individuino con legge da emanarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo le funzioni trasferite o delegate agli enti locali, pena l'intervento sostitutivo del governo; il quarto comma, invece, attribuisce la competenza residuale agli enti locali, stabilendo che tali enti svolgano, oltre ai compiti e alle funzioni loro conferite espressamente, anche quelli non mantenuti allo Stato a norma degli artt. 3 e 4 o alle regioni a norma degli artt. 8, 9, 10 e 11.

qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, sia la programmazione di livello vasto, ossia regionale⁸.

Il decreto legislativo, pertanto, nel capo primo (artt. 1-13) stabilisce il principio di sussidiarietà e attua il pieno decentramento amministrativo, che valorizza le prerogative di regioni ed enti locali, nella convinzione che i livelli di governo più vicini ai cittadini sono più idonei a conoscerne e interpretarne i bisogni, assicurando prestazioni più efficaci di quelle poste in essere dagli apparati centrali⁹; nel secondo capo, invece, prevede l'organizzazione del trasporto pubblico locale, distinguendo quelli che sono i compiti di programmazione (artt. 14-17), che sono propri degli enti locali e i compiti di gestione ed erogazione dei servizi programmati, che sono invece affidati a soggetti privati scelti a seguito di procedura di gara ad evidenza pubblica (art. 18-20).

La regione assume il ruolo di unico soggetto regolatore (anche se opera con il contributo e con l'approvazione degli enti locali minori, oltre che delle forze sociali e delle associazioni dei consumatori), in condizione di operare su un comparto unitario nel quale sono aggregati tutti i modi di trasporto; essa ha piena potestà programmatica, nonché la responsabilità di provvedere alla copertura dei costi di tali servizi¹⁰.

Il decreto Burlando ha così introdotto il principio fondamentale della separazione funzionale tra le attività di programmazione, indirizzo e controllo del trasporto pubblico locale, che divengono di competenza delle regioni e degli enti locali¹¹, e le attività di gestione del servizio, che vengono affidate, previo esperimento di procedura concorsuale, a soggetti capaci di rispondere ai requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale. La gestione del servizio, in particolare, è affidata a società private o a società a partecipazione pubblica, ossia

⁸ ARABIA, GARIGLIO, RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, cit., 21.

⁹ CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione*, cit., 85.

¹⁰ CICI, *La riforma del trasporto pubblico locale*, cit., 292.

¹¹ SMERALDI, *Riforma amministrativa, sussidiarietà e concorrenza*, cit., 11 ss. afferma che l'ente regionale ha il ruolo di «regolatore (nell'esercizio delle potestà legislative proprie), programmatore (per l'obbligo a cui è tenuto di adottare il Piano regionale dei trasporti di durata triennale) e finanziatore (dato che al livello dei servizi garantiti dal piano dovrà corrispondere adeguata capacità di spesa da parte della Regione)».

a soggetti sottoposti (almeno in parte) a regole di diritto privato¹², nella convinzione che tali società garantiscono migliori prestazioni a minor costo;

¹² GALGANO, *Diritto commerciale – Le società*, XVII ed., Bologna, 445 ss. La società “in mano pubblica” è una società per azioni della quale lo Stato o altri enti pubblici detengono la totalità o la maggioranza delle azioni. Il codice civile disciplina tali società agli artt. 2449-2451: queste poche norme (ormai due, posto che l’art. 2450 è stato abrogato nel 2007) dettano delle regole speciali sulla nomina e revoca degli amministratori e sindaci; per il resto, tali società sono assoggettate all’applicazione delle medesime norme della società per azioni. In questo senso, si intende che tali società sono sottoposte alle regole di diritto privato comune. Si precisa, tuttavia, che tali società sono volte a realizzare finalità pubbliche e, quindi, vi è una dissociazione tra la forma giuridica, che è propria delle società per azioni e la causa del contratto, che non è la divisione degli utili, bensì il realizzare pubblici interessi. Si discute, quindi, in dottrina e giurisprudenza sulla natura di dette società. In particolare, a sostegno della natura contrattualprivatistica di tali società si ricordano le sentenze Cass., S.U., 27 marzo 1997, n. 2738; Cass., S.U., 6 maggio 1995, n. 4989 e Cass., S.U., 4 gennaio 1993, n. 3 che affermano la giurisdizione del giudice ordinario per la risoluzione delle controversie tra società a partecipazione pubblica e soggetti interessati alla gestione di servizi pubblici a seguito di gara ad evidenza pubblica, proprio in considerazione della natura di soggetto privato di dette società, con riguardo ad un contratto di appalto di servizi. Invero, la Cass. del 1997 cit., sostiene che la società sia «soggetto di diritto privato, costituito nella forma di società per azioni, con capitale sociale di esclusiva appartenenza ad enti pubblici: circostanza, quest’ultima, che non incide, in sé, sulla natura giuridica della società, né sulla natura degli atti gestionali da essa posti in essere con assoluta autonomia rispetto agli enti detentori del capitale sociale, cioè in assenza di qualsivoglia loro interferenza, in quanto enti pubblici, nella predisposizione ed attuazione delle attività sociali e quindi nell’esercizio dei poteri decisionali e di gestione fissati dalle norme statutarie. [...] Va rilevato che il modello organizzatorio della gestione di servizi a mezzo di società per azioni partecipata da enti pubblici è conseguenza di una scelta operata nella prospettiva di una più efficace prestazione dei servizi medesimi, mediante l'utilizzazione di una più agile struttura di tipo privatistico, senza, peraltro, che gli enti stessi rimangano totalmente estranei alla attività di gestione, garantendo la loro presenza nella compagine societaria mediante la partecipazione al suo capitale, l'esercizio dei poteri di impulso e controllo riservati dalla disciplina privatistica delle società per azioni ai singoli soci. Tale tipo di scelta implica che, quando la società opera al fine di procurarsi i beni o i servizi strumentali alla sua attività, nei modi ritenuti più opportuni, rivolgendosi, cioè, al mercato e bandendo gare di appalto, non è ravvisabile nel suo operato alcun connotato pubblicistico, che valga a differenziarla da quella di qualsiasi altro imprenditore privato diretta ad ottenere il medesimo risultato; e tanto meno è configurabile l'esercizio di potestà, funzioni e facoltà istituzionalmente appartenenti alla P.A., che sarebbero da questa trasferite alla società per azioni, analogamente a quanto avviene in materia di concessioni amministrative (v. Cass. 4991-95). In sostanza, come avvertito, la società per azioni opera quale persona giuridica privata, nel pieno esercizio della propria autonomia, senza che la sua attività possa o debba subire interventi esterni di tipo autoritativo o discrezionale, da parte degli enti pubblici partecipanti». Per contro, la Cass., S.U., 26 ottobre 2009, n. 22584 propende per qualificare tali società come organismi di diritto pubblico. La Corte infatti afferma che «Spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la controversia avente ad oggetto l'impugnazione dell'atto di affidamento del servizio di analisi e controllo delle acque destinate al consumo umano, adottato all'esito di una gara pubblica da una società a capitale interamente pubblico costituita da un comune e dallo stesso finanziata per la gestione del servizio idrico in regime di non concorrenza: trattasi infatti di appalto soggetto alle regole di evidenza pubblica, sia ai sensi degli artt. 206 e 209 del d.lgs. n. 163 cit., perché riguardante un servizio relativo al settore c.d. escluso delle acque, sia ai sensi dell'art. 20, comma 2, del medesimo d.lgs., che estende dette procedure agli appalti di servizi inclusi nell'allegato II-A, anche se di importo inferiore alla soglia comunitaria, sia, infine, perché conferito da un soggetto qualificabile come organismo di diritto pubblico (qualifica, questa, non incompatibile con quella di impresa pubblica), in quanto istituito e finanziato da un ente pubblico per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale in regime non concorrenziale, rispetto alle quali l'eventuale svolgimento di attività

tuttavia, sono pur sempre ammessi i servizi in economia, ossia sottoposti a gestione diretta da parte dell'ente locale¹³.

4.2. *Segue: l'attività di programmazione* –

Una delle principali finalità del decreto legislativo è stata quella di apportare una sostanziale modifica e riorganizzazione dell'attività di programmazione del trasporto pubblico locale.

Invero, la programmazione regionale è distinta in programmazione funzionale (art. 14) e degli investimenti (art. 15).

Secondo l'art. 14, la regione, nell'esercizio dei compiti di programmazione, è titolare del potere di stabilire «gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali e in particolare per i piani di bacino» e della redazione dei «piani regionali dei trasporti e loro aggiornamenti tenendo conto della programmazione degli enti locali ed in particolare dei piani di bacino predisposti dalle province e, ove esistenti, dalle città metropolitane, in connessione con le previsioni di assetto territoriale e di sviluppo economico e con il fine di assicurare una rete di trasporto che privilegi le integrazioni tra le varie modalità favorendo in particolar modo quelle a minore impatto sotto il profilo ambientale».

Inoltre, spetta alle regioni il compito, nella regolazione del tpl, di fissare, d'intesa con gli enti locali, il contenuto dei “servizi minimi” di cui all'art. 16, ossia dei servizi qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini e i cui costi sono a carico del bilancio delle regioni. A tal fine le regioni adottano, di intesa con gli enti locali e sentite le

commerciale o industriale assume carattere strumentale». In dottrina, a favore della tesi pubblicistica, si può rinviare a LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio di impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in www.federalismi.it, 2 agosto 2008. Questo fenomeno delle società a partecipazione pubblica si è tradotto *nell'in house providing*. Pertanto, benché si tratti formalmente di società per azioni, la giurisprudenza comunitaria richiede che esse operino solo marginalmente per il mercato e che siano sottoposte ad un potere decisionale e ad un controllo analogo a quello che l'ente pubblico esercita sui propri uffici interni. Tali società, infatti, sono alimentate dal denaro pubblico e, quindi, alterano la concorrenza con le imprese private che devono remunerare il capitale investito.

¹³ IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 75.

organizzazioni sindacali confederali e le associazioni dei consumatori, programmi triennali dei servizi di trasporto pubblico locale¹⁴.

Peraltro, si precisa che mentre i piani di bacino e i piani regionali dei trasporti erano già disciplinati dalla legge 151/1981, i programmi triennali dei servizi sono stati introdotti proprio con il decreto legislativo 422/1997 e fanno riferimento direttamente alla definizione dei servizi minimi.

La programmazione regionale è in ogni caso coordinata con quella nazionale e, infatti, il C.I.P.E. definisce la programmazione dello Stato e la Conferenza permanente Stato-Regioni promuove, su proposta del Ministro dei trasporti e della navigazione e sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento delle aree urbane, il coordinamento della programmazione delle regioni e delle province autonome con tale programmazione statale.

È connessa alla programmazione funzionale, come accennato, la programmazione degli investimenti. A tale scopo, con accordi di programma si individuano le opere da realizzare e i mezzi di trasporto da acquisire; i tempi di realizzazione in funzione dei piani di sviluppo dei servizi; i soggetti coinvolti e i loro compiti; le risorse necessarie, le loro fonti di finanziamento certe e i tempi di erogazione e, infine, il periodo di validità (art. 15, comma 1).

La programmazione degli investimenti è contrattata tra lo Stato, le regioni e gli enti locali e, infatti, gli interventi devono essere definiti con appositi accordi di programma, sottoscritti dagli enti interessati (dal Ministro dei trasporti e della navigazione e dalla regione, nonché dai presidenti delle province, dai sindaci e dai presidenti delle comunità montane nel caso di esercizio associato di servizi comunali di trasporto locale di cui all'articolo 11, comma 1, della legge 31 gennaio 1994, n. 97) e sottoposti ogni anno a verifica nell'ambito di conferenze di servizi, ai sensi dell'art. 17, comma 4, della legge n. 127 del 1997.

La dottrina chiarisce che questa «procedura serve a garantire che i piani di investimento rientrino in programmi coerenti con i piani di sviluppo dei servizi sul territorio, a loro volta connessi alle previsioni di assetto territoriale e di sviluppo

¹⁴ L'art. 14, comma 3, precisa che i programmi triennali individuano: a) la rete e l'organizzazione dei servizi; b) l'integrazione modale e tariffaria; c) le risorse da destinare all'esercizio e agli investimenti; d) le modalità di determinazione delle tariffe; e) le modalità di attuazione e revisione dei contratti di servizio pubblico; f) il sistema di monitoraggio dei servizi; g) i criteri per la riduzione della congestione e dell'inquinamento ambientale.

economico. Lo scopo è quello di assicurare la realizzazione di opere organiche, che costituiscano infrastrutture necessarie per le reti che si intendono costruire¹⁵».

4.3. *I servizi minimi* –

Nell'attività di programmazione regionale dei trasporti locali rientra la fissazione dei servizi minimi di trasporto che devono essere erogati ai cittadini.

L'art. 16 del d.lgs. 422/1997 definisce i servizi minimi come quelli «qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini e i cui costi sono a carico del bilancio delle regioni».

Pertanto, essi sono dei servizi di trasporto finanziati dalle regioni con proprie risorse, tenendo conto «dell'integrazione tra le reti di trasporto; del pendolarismo scolastico e lavorativo; della fruibilità dei servizi da parte degli utenti per l'accesso ai vari servizi amministrativi, socio-sanitari e culturali; delle esigenze di riduzione della congestione e dell'inquinamento». Tali servizi, quindi, rispondono ad esigenze funzionali e sociali¹⁶.

Tale definizione legislativa ha determinato qualche difficoltà agli interpreti, tanto che secondo alcuni sono “minimi” quei servizi che le regioni con proprie risorse possono fornire; secondo altri, invece, il concetto di servizio minimo va interpretato come quel servizio che deve, quantitativamente e qualitativamente, soddisfare la domanda di mobilità¹⁷.

¹⁵ ARABIA, GARIGLIO, RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, cit., 23. Peraltro GARIGLIO evidenzia che «un'attività di questo genere richiede centri di programmazione di alto livello, conoscenze trasportistiche, infrastrutturali, di gestione del territorio, economico-finanziarie fortemente specialistiche».

¹⁶ TAR Campania, Salerno, 9 ottobre 2006, n. 1615 afferma che, come emerge dalla definizione offerta dalla norma (art. 16, d.lgs. 422/1997) e dalle esigenze che ne giustificano l'istituzione, «trattasi di servizi di trasporto diretti ad assicurare non un particolare bisogno, bensì "le esigenze essenziali di mobilità dei cittadini". Tali caratteristiche ne giustificano, da una parte, la posizione dei relativi oneri a carico del bilancio delle regioni (art. 16 cit.) e, dall'altra, l'esistenza di specifici obblighi di servizio pubblico (art. 17 D.Lgs. n. 422/1997)».

¹⁷ ARABIA, GARIGLIO, RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, cit., 24 e D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, cit., 87. POLIDORI, *Aspetti economici del trasporto pubblico locale*, cit., 59 osserva che non è chiaro se i servizi minimi siano un obiettivo o quanto le regioni debbano comunque assicurare. MALFATTI, *Carta dei servizi e procedure di gara nel trasporto pubblico locale*, in *Dir. trasp.* 1999, 817, 819 osserva che i servizi minimi hanno rappresentato uno dei fondamentali oggetti del dibattito sul d.lgs. 422/1997 e, soprattutto, per tre motivi: per il

Secondo parte della dottrina vi è un'identità di funzione tra la nozione di “servizi minimi” introdotta dal legislatore interno e quella di “servizi sufficienti” di matrice comunitaria. Infatti, anche per il legislatore nazionale, l'autorità pubblica individua i livelli di mobilità adeguati a soddisfare le esigenze della collettività, lasciando salva la possibilità per gli enti locali di individuare i servizi “aggiuntivi”¹⁸.

La norma prevede anche i criteri per la determinazione del livello dei servizi minimi e in particolare, al secondo comma, stabilisce che «le regioni definiscono, d'intesa con gli enti locali, secondo le modalità stabilite dalla legge regionale, e adottando criteri di omogeneità fra regioni, quantità e *standard* di qualità dei servizi di trasporto pubblico locale, in modo da soddisfare le esigenze essenziali di mobilità dei cittadini, in conformità al regolamento 1191/69/CEE, modificato dal regolamento 1893/91/CEE, e in osservanza dei seguenti criteri: a) ricorso alle modalità e tecniche di trasporto più idonee a soddisfare le esigenze di trasporto considerate, con particolare attenzione a quelle delle persone con ridotta capacità motoria; b) scelta, tra più soluzioni atte a garantire, in condizioni analoghe, sufficienti servizi di trasporto, di quella che comporta i minori costi per la collettività, anche mediante modalità differenziate di trasporto o integrazione dei servizi e intermodalità; dovrà, in particolare, essere considerato nella determinazione dei costi del trasporto su gomma l'incidenza degli elementi esterni, quali la congestione del traffico e l'inquinamento».

Le regioni, dunque, individuano i servizi minimi da garantire ai cittadini di concerto con gli enti locali, all'interno di un'azione programmata di mobilità regionale. L'individuazione dei servizi minimi, infatti, rientra nell'attività di programmazione, che ai sensi del già citato art. 14, comma terzo, è effettuata dalle regioni, sentite le organizzazioni sindacali confederali e le associazioni dei consumatori, mediante l'approvazione dei programmi triennali di servizi di trasporto pubblico locale.

Il terzo comma dell'art. 16 lascia salva la possibilità per gli enti locali di istituire, d'intesa con la regione ai fini della compatibilità di rete, servizi di

richiamo esplicito alla carta dei servizi, per l'introduzione delle procedure di gara e per il collegamento ai contratti di servizio.

¹⁸ INGRATOCCI, *Trasporti e contratti di servizio*, cit., 373.

trasporto aggiuntivi, con oneri a carico dei bilanci degli enti stessi. In tal caso l'imposizione degli obblighi di servizio aggiuntivo e le corrispondenti compensazioni finanziarie dovute al gestore, da porre a carico dei bilanci degli enti stessi, sono fissate mediante i contratti di servizio di cui all'art. 19.

Le province, i comuni e le comunità montane possono quindi garantire dei servizi ulteriori rispetto a quelli minimi, ma facendo ricorso alle proprie risorse finanziarie, senza pesare sulla regione¹⁹. L'individuazione dei servizi di trasporto, minimi e aggiuntivi, deve allora essere determinata in base alle risorse disponibili dell'ente. Sono le reali disponibilità finanziarie che condizionano l'individuazione dei servizi di trasporto e l'obiettivo del piano regionale è definito non tanto in base alle aspettative dei cittadini, quanto sulla effettiva disponibilità economica dell'ente²⁰.

I servizi minimi e i servizi aggiuntivi costituiscono, insieme, il sistema del trasporto pubblico locale.

¹⁹ TAR Campania, Napoli, 8 febbraio 2006, n. 1793, al punto 3.1. afferma che «nell'ambito dei servizi di trasporto marittimo di interesse regionale (ossia dei servizi di cabotaggio che si svolgono prevalentemente nell'ambito della regione: art. 1, co. 2; art. 3, co. 1 lett. b, d.lgs. 19.11.1997, n. 422; art. 3 l.r. Campania 28.3.2002, n. 3) costituiscono "servizi minimi" quei servizi di linea che sono "qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini e i cui costi sono a carico del bilancio della regione" (art. 5 l.r. n. 3/02 cit.; art. 16 d.lgs. 422/97 cit.); essi "devono garantire anche le linee di trasporto a domanda debole" (art. 5 l.r. 3/02). Nel sistema della legge regionale n. 3/02 di riforma del trasporto pubblico locale, i "servizi minimi" si contrappongono ai "servizi aggiuntivi" (istituiti da province, comuni o comunità montane in aggiunta a quelli minimi regionali, con oneri a carico del proprio bilancio: art. 5, co. 2, l.r. 3/02; art. 16, co. 3, d.lgs. 422/97) ed ai "servizi autorizzati" (che sono servizi di linea residuali, per i quali non sussistono obblighi di servizio, esercitabili da imprese di trasporto autorizzate nel rispetto di un principio di coerenza, compatibilità e non sovrapposizione con la rete dei servizi minimi e aggiuntivi: art. 5, co. 3, ed art. 39 l.r. 3/02). [...] Al Punto 3.2. sottolinea che «sono i servizi esercitati dalle imprese di trasporto private – in quanto non assoggettabili ad obblighi di servizio – ad essere residuali rispetto al sistema dei servizi di linea minimi ed aggiuntivi, tanto che il rilascio e la revoca delle relative autorizzazioni è soggetto al principio di coerenza, compatibilità e non sovrapposizione con la rete dei servizi minimi e aggiuntivi (art. 39, co. 3, l.r. n. 3/02)».

²⁰ Con particolare riferimento al finanziamento dei servizi minimi, l'articolo 20 dispone che ogni regione, in relazione ai piani regionali di trasporto e al tasso programmato di inflazione, costituisce annualmente un fondo destinato ai trasporti, alimentato sia dalle risorse proprie sia da quelle trasferite dallo Stato per la parte relativa alle funzioni delegate.

4.4. *La privatizzazione formale del settore del tpl: la procedura di scelta dell'erogatore del servizio –*

Il servizio di trasporto pubblico locale è stato per anni (dalla legge n. 1822 del 1939 e fino alla legge 151/1981) erogato da dei soggetti privati in virtù di concessione da parte degli enti locali.

In particolare, il rilascio della concessione da parte dell'autorità pubblica era discrezionale e attribuiva agli operatori diritti di esclusiva che li ponevano in una posizione di monopolio legale²¹.

Con la legge Bassanini 1, invece, il Parlamento ha delegato il Governo a emanare un decreto legislativo che definisse «le modalità per incentivare il superamento degli assetti monopolistici nella gestione di servizi di trasporto urbano ed extraurbano e per introdurre regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi» (art. 4, comma 4, lett. *b*). Il legislatore ha dunque promosso un procedimento di liberalizzazione del settore.

In attuazione di tale delega, il decreto legislativo 422/1997 ha previsto l'introduzione della scelta dell'erogatore del servizio tramite una procedura concorsuale, superando il sistema concessorio.

In particolare, l'art. 18, comma 2, stabilisce che per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'articolo 19 e in conformità alla normativa

²¹ IERA, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico* (nota a Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 80), in *Giorn. dir. amm.* 2006, 11, 1205. Si riporta parte dell'art. 1 della legge 1822/1939, dal quale emerge chiaramente il potere discrezionale dell'ente pubblico nell'affidare in concessione il servizio a un operatore: «Tali concessioni vengono accordate a ditte di comprovata idoneità morale, tecnica e finanziaria che risultino associate all'organizzazione sindacale competente». Gli artt. 5 e 6 stabilivano ulteriori ipotesi di condizioni di preferenza cui affidare il servizio; l'art. 8, inoltre, prevedeva che, al di fuori dei casi di cui agli artt. 5 e 6, «il ministero delle comunicazioni (ispettorato generale delle ferrovie, tramvie ed automobili) può disporre che la concessione abbia luogo mediante licitazione privata col sistema della offerta segreta, fra le ditte che esso, a suo giudizio esclusivo, ritenga di invitare. La licitazione è indetta in base al disciplinare che regola la concessione della linea e viene aperta sul ribasso percentuale del sussidio governativo o sul ribasso delle tariffe in caso di concessione senza sussidio. In entrambi i casi la gara può essere basata anche sul miglioramento di altre condizioni della concessione». L'art. 10, invece attribuiva lo speciale diritto di esclusiva che garantiva al gestore del servizio una posizione privilegiata rispetto agli altri competitori.

comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio e sulla costituzione delle società miste²².

Invero, la riforma attuata dal decreto Burlando mira a stimolare la concorrenza, in quanto impone all'ente pubblico di bandire una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di trasporto, gara alla quale possono partecipare in posizione di parità tutti gli operatori economici²³. L'introduzione di tale procedura di gara, quindi, limita la discrezionalità dell'ente pubblico nella scelta del soggetto privato cui affidare la gestione del servizio, poiché tale servizio viene aggiudicato soltanto dal soggetto privato che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa²⁴.

L'articolo 18, in particolare, anche a seguito dell'intervento del decreto legislativo n. 400 del 1999, precisa che «alle gare possono partecipare i soggetti in possesso dei requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti, ai sensi della normativa vigente, per il conseguimento della prescritta abilitazione

²² Si deve precisare, però, che nel dettato originario del d.lgs. 422/1997 la gara non è l'unico metodo di affidamento del servizio, in quanto restano come possibili alternative la gestione diretta o l'affidamento diretto da parte delle Regioni o degli Enti locali a propri consorzi o aziende speciali, peraltro con l'obbligo, allora, di affidare tramite procedure competitive quote del servizio stesso (lett. *b*) e *c*) del comma 2, dell'art. 18).

²³ La giurisprudenza ha chiarito in diverse occasioni che la procedura di gara ad evidenza pubblica è uno strumento necessario – e che ha sostituito il procedimento concessorio – per affidare la gestione del servizio di trasporto pubblico locale a seguito della riforma del 1997. Si vedano per esempio Tar Campania, 9 aprile 2004, n. 4233, confermato da Consiglio di Stato, 31 gennaio 2006, n. 326.

²⁴ CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 121, osserva come l'elemento economico non costituisce per l'amministrazione aggiudicatrice il principale parametro di valutazione, posto che in questo comparto il gestore non dispone di poteri tariffari. Pertanto, precisa che le regioni prediligono, tra i diversi metodi di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che più del tradizionale criterio del minor prezzo, consente di premiare le capacità progettuali dei partecipanti. Evidenzia che nella valutazione delle offerte le regioni devono tener conto di diversi e complessi parametri, quali i livelli di qualità e sicurezza dell'erogazione; le condizioni economiche e di offerta del servizio; i piani di investimento per lo sviluppo, il potenziamento, il rinnovo e la manutenzione delle dotazioni; le proposte gestionali e di innovazione tecnologica. FEDERTRASPORTO, *Efficienza e sussidiarietà: il trasporto locale dopo la riforma*, in *Boll. economico sul settore dei trasporti* 1999, 8, 31 ss., analizza le diverse modalità di gara e, in particolare, distingue tra gara rigida, parzialmente flessibile e completamente flessibile. La gara rigida è il modello più semplice e prevede che venga selezionata l'impresa che richiede il minor corrispettivo per il servizio a fronte di uno schema rigido di offerta sulla singola linea definito dall'ente locale a monte della procedura. Nel caso, invece, della gara completamente aperta (o flessibile) vengono sfruttate completamente tutte le economie potenzialmente estraibili dalla produzione del servizio di trasporto locale: quelle di scala e di integrazione connesse alla dimensione del bacino, quelle di efficacia derivanti dalla migliore organizzazione qualitativa e quantitativa del servizio.

all'autotrasporto di viaggiatori su strada²⁵, con esclusione, terminato il periodo transitorio previsto dal presente decreto o dalle singole leggi regionali, delle società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non ad evidenza pubblica, e delle società dalle stesse controllate o ad esse collegate, delle loro controllanti e delle società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali. Tale esclusione non si applica alle imprese ferroviarie affidatarie di servizi pubblici relativamente all'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto servizi già forniti dalle stesse [...]».

Lo scopo dell'esclusione dalla gara di determinate società è evitare che il confronto competitivo sia sbilanciato a favore di soggetti che già godono di una posizione di vantaggio, in virtù di una precedente dominanza del mercato idonea a falsare la *par condicio* dei candidati. Infatti, il rischio di favoritismi nei confronti di imprese legate all'amministrazione da vincoli societari è molto alto²⁶. Riguardo a tale profilo, la giurisprudenza ha precisato che è illegittima l'aggiudicazione del servizio di trasporto locale alla concorrente già affidataria altrove di tali servizi, ritenuto che l'art. 18, comma 2, è di «immediata precettività» e non può ritenersi sospesa o procrastinata per l'effetto dell'art. 35, legge 28 dicembre 2001²⁷.

L'art. 18 citato precisa inoltre che «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 esercite. Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziale per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando di

²⁵ I predetti requisiti sono individuati e disciplinati dal d.lgs. 22 dicembre 2000, n. 395 (in Suppl. ordinario alla G.U., 30 dicembre, n. 303) - Attuazione della direttiva del Consiglio dell'Unione europea n. 98/76/CE del 1° ottobre 1998, modificativa della direttiva n. 96/26/CE del 29 aprile 1996 riguardante l'accesso alla professione di trasportatore su strada di merci e di viaggiatori, nonché il riconoscimento reciproco di diplomi, certificati e altri titoli allo scopo di favorire l'esercizio della libertà di stabilimento di detti trasportatori nel settore dei trasporti nazionali ed internazionali – che agli artt. 5, 6 e 7 richiede alle imprese di trasporto i requisiti dell'onorabilità, della capacità finanziaria e dell'idoneità professionale.

²⁶ CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione*, cit., 119.

²⁷ TAR Lazio, 28 gennaio 2003, n. 482. Si rinvia alla successiva nota 32 per gli intervenuti periodi transitori.

gara deve altresì assicurare che i beni di cui al periodo precedente 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»²⁸.

Il procedimento di gara può quindi suddividersi in due fasi: nella prima, a carattere maggiormente obiettivo, vengono verificati i requisiti economici e professionali dei partecipanti; nella seconda fase, invece, la commissione d'esame valuta i progetti tecnici concernenti la gestione del servizio, che i concorrenti si impegnano ad elaborare nel rispetto degli standard indicati nel bando.

Nella seconda fase è riconosciuta ampia discrezionalità tecnica alla commissione giudicatrice, la quale opera secondo gli ordinari criteri che accompagnano la formulazione dei giudizi negli appalti-concorso. Infatti, la commissione deve esaminare i progetti di gestione ed erogazione offerti dai partecipanti alla gara e deve individuare quello economicamente più vantaggioso, ossia quello che a parità di costi garantisce la migliore qualità del servizio.

Pertanto, la procedura di gara permette la concorrenza tra le imprese e l'apertura al mercato: alla gara partecipano tutti i soggetti aventi i requisiti richiesti nel bando di gara e il servizio viene aggiudicato dall'impresa "migliore".

La dottrina ha chiarito, però, che l'apertura alla concorrenza è limitata, in quanto consiste solo nel subordinare l'accesso al mercato ad una gara, alla quale possono partecipare i vari operatori economici del settore, ma poi, conclusa la procedura concorsuale, rimane sempre soltanto uno il soggetto abilitato a erogare il servizio di trasporto, in regime di monopolio. In sostanza, il monopolio rimane, tuttavia ha preso il via la concorrenza "per" il mercato²⁹.

²⁸ CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale*, cit., 159, sottolinea che il legislatore del 1997 ha fissato delle regole precise in merito alla predisposizione del bando di gara al fine di garantire il rispetto del principio di concorrenzialità nell'aggiudicazione del servizio di trasporto pubblico locale. Segnala, inoltre, che le indicazioni precise per impostare il bando di gara si rinvengono nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). *Idem*, *Il trasporto pubblico locale*, cit., 87.

²⁹ IERA, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, cit., 1206. L'Autore riconosce che il principio introdotto dall'art. 18 segna una svolta epocale, ossia il passaggio dal sistema concessorio al sistema di gara ispirato ai principi di concorrenza, ma afferma che comunque il servizio di tpl resta gestito da un unico operatore economico in regime di monopolio. Inoltre, precisa che a livello comunitario le cose stanno diversamente, in quanto già dal 1992 vige un sistema di liberalizzazione "del mercato", in base al quale tutti gli operatori

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha osservato che «l'affidamento mediante gara – cioè la concorrenza “per” il mercato –, come più volte ribadito da questa Autorità, costituisce un valido strumento di individuazione dei gestori del servizio e di apertura alla concorrenza solo nei settori in cui specifiche caratteristiche oggettive dell'attività, tecniche ed economiche, impongono e giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare. Viceversa, nei casi in cui tali limitazioni non siano giustificate, i servizi dovrebbero essere svolti in regime di concorrenza “nel” mercato tra tutti gli operatori. D'altra parte, secondo l'impostazione dell'articolo 86.2 del Trattato CE, la concorrenza tra tutti i possibili operatori (cosiddetta concorrenza “nel” mercato) costituisce la regola e i regimi che prevedono diritti speciali ed esclusivi in capo ad un numero ristretto di operatori o ad un'unica impresa rappresentano l'eccezione»³⁰. Tale autorità, quindi, in maniera limpida preme verso la liberalizzazione dei servizi pubblici, anche in ossequio ai principi comunitari.

La vera ragione della mancata completa liberalizzazione del settore (ossia la concorrenza nel mercato) deve rinvenirsi nella convinzione che, al fine di assicurare continuità ed eguaglianza nella fruizione del servizio, non possa rinunciarsi ad una regolamentazione pubblica forte, che trova esemplare espressione nel potere di selezionare gli operatori³¹. Da qui la scelta di aprire il servizio di trasporto pubblico locale al mercato, senza tuttavia azzerare i meccanismi di vigilanza pubblica cui le imprese continuano a sottostare: dapprima

economici, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge, possono esercitare i servizi di trasporto. Si veda anche CABIANCA, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di “paradigma”?*, in *Istituzioni del federalismo* 2010, 5/6, 592, sottolinea che la riforma non si spinge verso una vera e propria metamorfosi del regime amministrativo dell'attività da concessoria ad autorizzativa con l'adozione, dunque, del modello alternativo della concorrenza “nel mercato”, in cui l'accesso all'attività economica è assicurato dal semplice rilascio di autorizzazioni all'esercizio sulla base di criteri oggettivi, ma questo forse perché il mercato non può sostenere i costi di erogazione e gestione del servizio di trasporto, dal momento che vi è la necessità di fornire tale servizio ad un prezzo “politico”. Sul concetto di “concorrenza per il mercato” e “nel mercato” si vedano anche CAVALLO PERIN-RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.* 2010, 2, 326; PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 191, 222; *Ibidem*, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste*, in *Giurisdiz. amm.* 2007, 559.

³⁰ Parere dell'Autorità, AS222 del 9 novembre 2001, in www.agcm.it.

³¹ CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione*, cit., 96.

soggiacendo alle procedure di gara per la scelta del gestore; successivamente rispettando scrupolosamente le prescrizioni del contratto di servizio.

Il comma 3 *bis*, introdotto nel 1999, peraltro, ha previsto un periodo transitorio nel corso del quale vi è la facoltà di mantenere tutti gli affidamenti ai concessionari e alle società derivanti dalle trasformazioni delle aziende speciali e dei consorzi; scaduto tale periodo, tutti i servizi devono essere affidati tramite gara pubblica³². Tale norma, quindi, ha stabilito sia il termine finale di validità delle concessioni, sia il momento a partire dal quale è obbligatorio indire una gara pubblica per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale, il che esprime la non immediata applicabilità della procedura concorsuale³³.

A tal proposito, recente giurisprudenza ha chiarito che «se è pur vero che la prima parte del comma 3 *bis* dell'articolo 18 del d.lgs. n. 422 del 1997 consente testualmente, nel periodo transitorio, il mantenimento degli affidamenti agli attuali "concessionari"; ciò, tuttavia, non vuol dire che, scaduta nelle more la concessione, cioè prima della fine del periodo transitorio, la PA sia obbligata a procedere alla gara, se ritiene di procedere alla stipula del contratto di servizio con il precedente concessionario. Infatti, è proprio l'ultima parte del comma 3 *bis* citato a specificare che (solo dopo che è) "trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati tramite le procedure concorsuali". Quindi, riassumendo, l'affidamento diretto è consentito fino allo scadere del regime transitorio; ma ciò non toglie che la stipula del contratto di servizio, in sostituzione della concessione, è invece un obbligo che coincide con la scadenza del rapporto concessorio, anche se ciò avviene prima della fine del periodo transitorio. [...]

³² Il d.lgs. 422/1997 non definiva in modo stringente il termine ultimo del periodo transitorio e quello per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società, mentre i servizi ferroviari non erano sottoposti al regime concorrenziale comune agli altri servizi. Il regime transitorio è stato introdotto dall'art. 1, comma 6, d.lgs. 400/1999, che aveva fissato la scadenza al 31 dicembre 2003. Successivamente il termine è stato prorogato dall'articolo 11, comma 3, della legge 1 agosto 2002, n. 166; dall'articolo 23, comma 3 *bis*, del d.l. 24 dicembre 2003, n. 355, convertito con modificazioni dalla legge 27 febbraio 2004, n. 47; dall'articolo 1, comma 393, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e da ultimo dall'articolo 6, comma 4 *bis*, del d.l. 28 dicembre 2006, n. 300, convertito con modificazioni dalla Legge 26 febbraio 2007, n. 17, che l'ha fissato al 31 dicembre 2007.

³³ BUSTI, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, cit., 31 afferma che «La possibilità, per Regioni ed Enti locali, di differire la realizzazione delle procedure competitive sminuisce palesemente il principio della gara ad evidenza pubblica per l'individuazione dell'affidatario del t.p.l.». Si veda anche CLARONI, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale*, cit., 83.

L'obbligo della gara risponde all'esigenza di garantire imparzialità e di tutelare la concorrenza (e ad esso, pertanto, si riferisce il periodo transitorio concesso dalla Comunità europea agli stati membri e poi recepito nelle varie normative nazionali di attuazione); l'obbligo della stipula dei contratti di servizio, invece, corrisponde ad una funzione di efficienza, economicità ed efficacia del trasporto pubblico locale (secondo i paradigmi recepiti dall'articolo 19 del d.lgs. n. 422 del 1997)»³⁴.

La *ratio* della fissazione del termine di inizio delle gare pubbliche, secondo la giurisprudenza, è quella di superare gli assetti monopolistici e di introdurre e garantire, di conseguenza, in termini certi, l'apertura alla concorrenza nella gestione dei servizi di trasporto³⁵; la dottrina, tuttavia, ridimensiona la portata normativa all'applicazione delle regole di concorrenza nell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e non di liberalizzazione del mercato³⁶.

Tale provvedimento legislativo, in riferimento all'art. 18 globalmente considerato, è stato apprezzato e accolto con favore dai giuristi che ne hanno riconosciuto l'apporto innovativo, che porta ad una graduale e progressiva liberalizzazione del settore, fino al raggiungimento di un assetto di mercato caratterizzato dalle regole della concorrenza³⁷. Tuttavia, va subito rimarcato che il procedimento di liberalizzazione è lento e non ancora completamente attuato³⁸.

Il terzo comma dell'art. 18 prevede, inoltre, che le regioni e gli enti locali, nelle rispettive competenze, incentivino il riassetto organizzativo e attuino, entro e non oltre il 31 dicembre 2000, la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali, ovvero in cooperative a responsabilità limitata anche tra i dipendenti, o l'eventuale frazionamento societario derivante da esigenze funzionali o di gestione³⁹.

³⁴ Tar Molise, sez. I, 7 luglio 2011, n. 446.

³⁵ Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 80, punto 9.2.

³⁶ IERA, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, cit., 1209. Ribadisce il concetto che al mercato possono accedere soltanto gli operatori scelti tramite gara, mentre il regime di liberalizzazione si realizza quando è il mercato a decidere l'ingresso e l'uscita dell'impresa. Ritiene che la disciplina del tpl sia in contrasto con l'art. 41 Cost., con il Reg. CE 12/1998 e in generale con i principi comunitari di libera prestazione dei servizi.

³⁷ ARABIA, GARIGLIO, RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, cit., 28.

³⁸ Si anticipa in questa sede, riservandosi una più approfondita analisi nel proseguo della tesi, che è abrogata la parola "esclusivamente" e, quindi, l'affidamento del servizio tramite gara ad evidenza pubblica non è più l'unica modalità di affidamento.

³⁹ La norma prosegue specificando l'obbligatorietà e perentorietà della trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali. In particolare, a seguito del d.lgs. 400 del

Si parla, in tal caso, di privatizzazione formale, in contrapposizione a quella sostanziale.

La privatizzazione formale consiste nel trasformare l'ente pubblico in una società di diritto privato, generalmente una società per azioni. La privatizzazione sostanziale, invece, si determina con il trasferimento del controllo sulle società ai privati⁴⁰.

Anche la privatizzazione formale quindi, sebbene mantenga il monopolio legale e un forte controllo della società da parte dell'ente pubblico, tenta di superare la burocraticità tipica delle gestioni pubbliche, nonché pone la società nella prospettiva del lucro. Il socio pubblico, infatti, comincia a doversi confrontare con azionisti privati, portatori di esigenze diverse e si rafforza e incentiva l'adozione di un modello di gestione imprenditoriale.

La riforma legislativa sancisce, quindi, l'obbligo della gara per l'affidamento dei servizi – anche se con l'entrata in vigore nei differenti tempi previsti dalle leggi regionali – e la società di diritto privato quale unica forma di gestione. L'intervento di riforma – volto alla privatizzazione del sistema – poggia infatti su due capisaldi: la procedura di gara per la scelta dell'operatore economico e il contratto di servizio come strumento di regolazione del servizio.

1999, il terzo comma precisa che «Di tali società, l'ente titolare del servizio può restare socio unico per un periodo non superiore a due anni. Ove la trasformazione di cui al presente comma non avvenga entro il termine indicato, provvede il sindaco o il presidente della provincia nei successivi tre mesi. In caso di ulteriore inerzia, la regione procede all'affidamento immediato del relativo servizio mediante le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)». Il suddetto d.lgs. 400/1999 ha aggiunto il comma 3 *bis*, il quale è stato più volte modificato e in seguito al d.P.R. 168/2010 risulta così disciplinato: «Le regioni prevedono un periodo transitorio, da concludersi comunque entro il 31 dicembre 2007, nel corso del quale vi è la facoltà di mantenere tutti gli affidamenti agli attuali concessionari ed alle società derivanti dalle trasformazioni di cui al comma 3, ma con l'obbligo di affidamento di quote di servizio o di servizi speciali mediante procedure concorsuali, previa revisione dei contratti di servizio in essere se necessaria; le regioni procedono altresì all'affidamento della gestione dei relativi servizi alle società costituite allo scopo dalle *ex* gestioni governative, fermo restando quanto previsto dalle norme in materia di programmazione e di contratti di servizio di cui al capo II. Trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)».

⁴⁰ NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005, 58. L'Autore ricorda che il fenomeno della privatizzazione sostanziale nell'ambito dei servizi pubblici è limitato: soltanto Telecom Italia è interamente collocata sul mercato. Si veda anche CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, in CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bononia University Press, Bologna, 2006, 13 il quale distingue il fenomeno delle privatizzazioni in formali, sostanziali e ad effetto pieno. La privatizzazione formale consiste, come è noto, nella modificazione della forma giuridica del soggetto che fornisce il servizio; la privatizzazione sostanziale è la costituzione di società miste, mentre quella ad effetto pieno è la dismissione integrale della proprietà e del controllo ai privati.

Con il decreto Burlando, come detto, si pone fine agli affidamenti diretti e si tenta di accrescere l'efficienza del servizio individuando il gestore che offre la migliore qualità del servizio al minor costo, senza gravare troppo sui bilanci pubblici.

4.5. *Il contratto di servizio* –

In ambito di servizi nazionali, il contratto di servizio compare per la prima volta con la legge n. 538/1993, attuativa del regolamento comunitario n. 1893/1991, in ambito del trasporto ferroviario. Negli anni Novanta, poi, tale contratto si afferma rapidamente anche in altri settori economici.

In particolare l'art. 19 del d.lgs. 422/1997 ha regolato tale contratto di servizio, che è lo strumento di gestione e regolazione dell'esercizio del servizio pubblico, nell'ambito del trasporto locale.

Successivamente, il contratto di servizio ha conosciuto una significativa applicazione nel settore della distribuzione del gas naturale, ai sensi del d.lgs. n. 164/2000 e infine, tale istituto è stato esteso all'intero universo dei servizi pubblici locali ad opera dell'art. 35 della legge n. 448/2001. La legge n. 448/2001, in particolare, ha recepito il contratto di servizio come strumento elettivo di regolazione dei rapporti fra ente locale e soggetto gestore del servizio nel caso di affidamento sia dei servizi di rilevanza economica sia di quelli privi di tale caratteristica⁴¹.

Invero, ai sensi del rinnovato art. 113, d.lgs. n. 267/2000, i rapporti dell'ente locale con la società di erogazione del servizio oppure di gestione delle reti e degli

⁴¹ GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Foro amm.* – TAR 2010, 10, 3081 (nota a Tar Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750). Si consideri che ad opera dell'art. 35 della legge n. 448/2001 sono stati abrogati sia il 2° comma dell'art. 112 d.lgs. n. 267/2001, che prevedeva la possibilità di privatizzare in capo all'ente locale, sia le disposizioni del r.d. n. 1175/1931 inerenti la concessione di servizi pubblici locali. In particolare, non vi è più alcun espresso riferimento alla nozione di concessione nella disciplina dei servizi pubblici locali, ove compare la formula “conferimento della titolarità” (art. 113 tuel), oppure “conferimento della gestione” (art. 23 *bis* d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, in legge 133/2008) del servizio ed è stata introdotto il principio della separazione delle funzioni di regolazione da quelle di gestione diretta dei servizi pubblici locali. Pertanto, a partire dal 2001 viene meno la concessione per la regolazione dei rapporti tra l'amministrazione pubblica e il gestore del servizio pubblico e prende vigore il contratto di servizio.

impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, i quali devono prevedere i livelli dei servizi da garantire nonché adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti. L'art. 113 non aggiunge altre informazioni in merito ai contenuti del contratto di servizio e non precisa il regime giuridico applicabile a tale istituto.

Infine, poiché l'art. 23 *bis* del decreto legge n. 112/2008 non contiene norme specificamente volte a regolamentare il contratto di servizio, la disciplina dettata a tale proposito dal decreto Burlando in materia di trasporti pubblici locali continua a trovare applicazione. Di conseguenza, i rapporti tra pubbliche amministrazioni e gestori dei servizi pubblici locali di rilevanza economica risultano tuttora regolati dai contratti di servizio.

Innanzitutto, per ciò che rileva in questa sede, si deve evidenziare che ai sensi dell'art. 18 del decreto legislativo 422/1997, il contratto di servizio regola l'"esercizio" dei servizi di trasporto pubblico locale. Tale contratto, allora, disciplina l'attività di fornitura alla collettività del servizio di trasporto terrestre, marittimo, lagunare, lacuale, fluviale ed aereo, nell'ambito territoriale regionale o infraregionale.

In base al combinato disposto degli articoli 18 e 19, l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, che deve rispondere a principi di economicità ed efficienza, è regolato dall'art. 19 mediante contratti di servizio di durata non superiore a nove anni. Il periodo massimo di durata del contratto previsto dalla legge risponde alla precisa finalità di scongiurare, attraverso la periodica effettuazione di gare, l'affermazione di posizioni monopolistiche, che sono facilitate dai regimi di affidamento atemporale⁴².

Il decreto Burlando non definisce tale contratto, ma si limita a precisarne, oltre alla durata, il contenuto e lo modella alla disciplina comunitaria, facendone un esplicito richiamo in materia di obblighi di servizio pubblico e compensazioni.

Per la nozione di tale contratto possiamo allora rinviare all'*ex* art. 14 del Reg. CEE 1191/69, modificato dal regolamento 1893/1991, secondo il quale per contratto di servizio pubblico si intende un contratto concluso fra le autorità

⁴² CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto*, cit., 127.

competenti di uno Stato membro e un'impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti.

Tale contratto è lo strumento con il quale vengono regolati i rapporti tra ente locale e soggetto affidatario del servizio⁴³.

Invero, sappiamo che la legge Bassanini ha imposto la separazione di funzioni e compiti tra pubblica amministrazione e privati, ossia ha stabilito che l'ente locale sia il titolare esclusivo della funzione pubblica di programmazione, con poteri di programmazione del servizio, mentre il soggetto privato sia il titolare della concreta gestione del servizio. Lo strumento contrattuale, allora, permette di coniugare e regolare le due attività dell'ente amministrativo e del soggetto gestore.

Con il contratto l'attività privata di produzione sul mercato del servizio di trasporto si conforma agli obiettivi pubblici fissati dall'amministrazione. Infatti, il gestore privato si obbliga nei confronti dell'amministrazione, a fronte del corrispettivo di un prezzo, a fornire alla collettività il servizio di trasporto pubblico, secondo il rispetto dei canoni di qualità fissati dalla stessa amministrazione. In altri termini, l'amministrazione determina gli standard del servizio di trasporto, specificando gli itinerari, gli orari, le frequenze e le tariffe e il gestore privato si impegna nei confronti dell'ente pubblico a fornire concretamente tale servizio, ricevendo dall'amministrazione, per tale offerta di servizio pubblico, un compenso.

La prestazione del servizio di trasporto, fornita in concreto dal gestore privato, soddisfa l'interesse pubblico, caro all'amministrazione, di offrire trasporti adeguati ed efficienti; il pagamento del prezzo per tale servizio, soddisfa, invece, l'interesse economico dell'impresa privata.

Il contratto di servizio è, quindi, un accordo a prestazioni sinallagmatiche e determina un assetto di due interessi contrapposti: da un lato c'è l'interesse sociale dell'amministrazione, dall'altro c'è l'interesse economico del gestore privato.

⁴³ In base al TUEL, il contratto di servizio è il mezzo per regolare i rapporti tra enti locali e società di erogazione del servizio; enti locali e società di gestione delle infrastrutture; enti locali ed eventuali proprietari privati di reti ed impianti, autorizzati a gestire i servizi; enti locali e soggetti erogatori di servizi privi di rilevanza economica. Si veda, soprattutto relativamente al rapporto tra il contratto di servizio e l'*in house providing*, CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2004, 3-4, 801; sulla causa del contratto si veda INGRATOCCI, *Trasporti e contratti di servizio*, cit., 354 ss.

L'oggetto del contratto di servizio, allora, non è il trasferimento di persone da un luogo all'altro, perché tale è la prestazione del successivo contratto di trasporto, che viene stipulato tra il gestore privato e il singolo utente, ma è l'offerta al pubblico di un servizio di trasporto avente determinate caratteristiche di efficienza e adeguatezza.

La giurisprudenza ha definito il contratto di servizio «come il rapporto mediante il quale un Ente pubblico affida ad un erogatore (il gestore) lo svolgimento di determinati servizi pubblici, con contestuale ed eventuale trasferimento di pubbliche funzioni, nonché di beni pubblici strumentali allo svolgimento del servizio affidato e con l'individuazione di specifici obblighi standard di servizio pubblico: le parti sono individuate da un lato nell'Amministrazione pubblica affidante e, dall'altro, nel soggetto gestore del servizio affidato (affidatario)»⁴⁴.

L'ente affidante è l'amministrazione locale responsabile del servizio di trasporto nel territorio regionale o infraregionale, ossia è di volta in volta il comune, o la provincia o la regione, mentre il gestore del servizio è l'impresa privata o una società a capitale misto pubblico-privato.

L'amministrazione sceglie il contraente privato a seguito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, al termine della quale il soggetto che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa si aggiudica la gestione del servizio.

In particolare, già nel bando di gara, l'Amministrazione vincola il (futuro) erogatore del servizio a fornire determinati servizi con certi standard qualitativi: nel bando di gara, infatti, l'Amministrazione fissa dei requisiti di servizio che dovranno essere rispettati dagli operatori economici che intendono aggiudicarsi l'affidamento del servizio, nonché specifica gli obblighi di servizio cui è tenuto il soggetto privato. Con la stipulazione del contratto di servizio, l'ente pubblico vincola formalmente il gestore aggiudicatario all'osservanza degli obblighi dallo stesso assunti fin dalla presentazione dell'offerta.

Peraltro, già quando propone il bando di gara l'amministrazione assicura il sinallagma della corresponsione di un prezzo per il servizio di trasporto che riceverà dal gestore privato.

⁴⁴ Tar Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750.

Nel primo comma dell'art. 19, invero, si definiscono i rapporti finanziari tra l'Ente affidante e il soggetto affidatario, precisando che i contratti di servizio assicurano la completa corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili, al netto dei proventi tariffari. Il secondo comma stabilisce che sono nulli i contratti di servizio per i quali non sia assicurata, al momento della stipula, la corrispondenza tra gli importi dovuti dall'ente pubblico all'azienda di trasporto per le prestazioni oggetto del contratto e le risorse effettivamente disponibili.

L'attuale terzo comma, invece, prevede il contenuto del contratto e segnatamente prescrive che, nel rispetto dei regolamenti europei in materia di trasporti (i già esaminati regolamenti 1191/1969 e 1893/1991), definisce:

a) il periodo di validità.

Le parti possono stabilire liberamente la durata del contratto, che però non può superare il limite legale di nove anni. In linea generale, le parti fisseranno il termine finale di durata tenendo in considerazione il tipo di servizio fornito e soprattutto i costi di gestione e, quindi, propenderanno per un contratto di durata maggiore nel caso adottino il modello del *net cost contract*.

b) le caratteristiche dei servizi offerti ed il programma di esercizio.

Le parti indicano le qualità del servizio offerto, ossia l'oggetto del contratto.

c) gli standard qualitativi minimi del servizio, in termini di età, manutenzione, confortevolezza e pulizia dei veicoli, e di regolarità delle corse.

Le parti indicano gli elementi propri del servizio di trasporto offerto. Secondo la dottrina gli standard qualitativi "minimi" non sono quelli appena sufficienti, bensì quelli capaci di fornire un servizio adeguato ed efficiente secondo le scelte enunciate dall'autorità pubblica⁴⁵.

d) la struttura tariffaria adottata ed i criteri di aggiornamento annuale di cui all'articolo 18, comma 2, lettera *g-bis* (lettera modificata dall'articolo 60, comma 1, lettera b), della legge 23 luglio 2009, n. 99);

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.

⁴⁵ INGRATOCCI, *Trasporti e contratti di servizio*, cit., 380.

L'importo dovuto dall'ente pubblico all'impresa di trasporto è il prezzo pagato dall'amministrazione al gestore privato come controprestazione per il servizio fornito alla collettività, cioè il servizio di trasporto che presenti le caratteristiche enucleate dall'amministrazione appaltante. Pertanto, tale importo non è eventuale, bensì è elemento essenziale del contratto. Invero, come si è già indicato, lo stesso legislatore precisa che i contratti di servizio pubblico "assicurano la completa corrispondenza tra oneri per servizi e risorse disponibili", ossia determinano l'equilibrio tra onere a carico dell'impresa e finanziamento aziendale effettuato dall'autorità pubblica; inoltre l'art. 19, comma 2, sanziona con la nullità i contratti in cui il prezzo dovuto dall'ente non è assicurato dalle risorse impegnate.

Il corrispettivo dovuto dall'ente affidante all'affidatario, il cui importo, come precisato, deve essere predeterminato e stabilito nel contratto stesso, può essere revisionato annualmente con modalità determinate nello stesso contratto, allo scopo di incentivare miglioramenti di efficienza.

Se muta la struttura tariffaria, può essere adeguato anche il corrispettivo pagato dall'ente all'affidatario, in modo da mantenere l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni dei due contraenti. Infatti, se i mutamenti delle tariffe sono penalizzanti per il gestore, l'amministrazione sarà tenuta ad aumentare il prezzo dovuto all'impresa gestrice; viceversa, l'autorità pubblica potrà ridurre tale prezzo, nel caso l'impresa privata abbia aumentato le tariffe dei biglietti a carico degli utenti.

Tuttavia, i suddetti importi possono essere incrementati in misura non maggiore del tasso programmato di inflazione, salvo l'eventuale recupero delle differenze in caso di rilevante scostamento dal tasso effettivo di inflazione, a parità di offerta di trasporto⁴⁶.

Pertanto, in base all'art. 19, viene adottata una disciplina contrattuale incentivante, in quanto stimola l'operatore ad assicurarsi i propri profitti mediante un recupero della redditività della gestione.

⁴⁶ Il Tar Toscana, 14 gennaio 2013, n. 36, afferma che la giurisdizione in materia di accertamento del diritto del gestore del trasporto pubblico locale alla revisione dei corrispettivi contrattuali appartiene al giudice ordinario. Infatti, tale diritto alla revisione è un diritto soggettivo e, in particolare, non si applica il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006) al trasporto pubblico locale per espressa previsione legislativa (art. 23 del medesimo codice).

Secondo parte della dottrina, si tratta di una tipologia contrattuale aleatoria, in quanto induce l'operatore ad assumere su di sé il rischio economico connesso alla gestione del servizio e dunque al volume dei proventi da tariffa. Tale tipologia contrattuale si avvicina al *net cost contract* – contratto in cui l'affidatario, che percepisce i proventi tariffari, sopporta sia il rischio industriale che quello commerciale –, ma nel contempo ha le caratteristiche del modulo concessorio⁴⁷.

Peraltro, il legislatore stabilisce che le regioni e gli enti locali determinano le tariffe del servizio in base a quanto previsto dall'art. 2 della legge 481 del 1995. Trova, quindi, applicazione la disciplina del *net cost contract* con la fissazione di un *price-cap*, ossia le regioni e gli enti locali sono competenti a individuare un tetto massimo di variazione di prezzo vincolato per un periodo pluriennale, mentre il gestore del servizio in concreto fissa la tariffa applicabile al servizio da lui erogato.

f) le modalità di modificazione del contratto successivamente alla conclusione;

g) le garanzie che devono essere prestate dall'azienda di trasporto.

Di solito l'impresa privata, quando conclude un contratto con la pubblica amministrazione, stipula altresì con la banca dei contratti di fideiussione o di assicurazione, onde garantire all'amministrazione il proprio adempimento.

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

⁴⁷ IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 86 ss. L'Autore precisa che qualora il contratto in concreto assomigli a un *gross cost*, ci si trova di fronte a un appalto e non a una concessione. Ritiene, tuttavia, che di norma il contratto di servizio assuma la struttura concessoria, in quanto, più dell'appalto, può garantire il contenimento degli aiuti pubblici al settore e incentivare l'operatore verso una gestione redditizia ed efficiente del servizio. Ulteriormente precisa che la qualificazione giuridica del contratto di servizio dipende dalla misura delle compensazioni: affinché si parli di concessione le compensazioni non devono essere tali da eliminare qualsiasi rischio commerciale in capo all'operatore e, soprattutto, non devono essere in grado di spezzare il collegamento tra remunerazione dell'operatore e risultati dell'attività di gestione del servizio per basarla principalmente sulla compensazione economica offerta dall'ente committente.

organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative e dalle associazioni datoriali di categoria (lettera sostituita dall'articolo 1, comma 7, lettera a), del d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400).

Conviene, ancora, tenere in considerazione il quinto comma dell'art. 19, secondo il quale i contratti di servizio pubblico devono rispettare gli articoli 2 e 3 dei regolamenti CEE n. 1191/1969 e n. 1893/91 (entrambi in materia di obblighi di servizio pubblico), avere caratteristiche di certezza finanziaria e copertura di bilancio e prevedere un progressivo incremento del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi, rapporto che, al netto dei costi di infrastruttura, dovrà essere pari almeno allo 0,35 a partire dal 1° gennaio 2000.

La norma pone, quindi, un tetto alle compensazioni, al fine di limitare la spesa pubblica e stimolare l'efficienza del servizio. A tal proposito la dottrina parla di *subsidy cap* in virtù del quale i sussidi pubblici non devono superare il 65% dei costi operativi e devono gradualmente diminuire in forza di un tetto diretto a garantire esplicitamente la produttività e l'efficienza del servizio di trasporto pubblico locale di linea⁴⁸.

4.6. *Segue: la natura giuridica del contratto di servizio –*

La dottrina⁴⁹ ha concentrato un'attenta disamina sulla figura del contratto di servizio e ha prospettato diverse ipotesi di inquadramento giuridico, riconducibili essenzialmente alla tesi privatistica in contrapposizione a quella pubblicistica.

Il contratto di servizio, invero, nonostante il *nomen iuris*, non è definibile in termini di certezza come un contratto di diritto privato, di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. Anzi, come vedremo, è riconducibile piuttosto alla categoria dei contratti di diritto pubblico.

⁴⁸ IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 90. Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 29 agosto 2006, n. 5043 in materia di ristoro dei costi sostenuti dall'affidatario del servizio per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico.

⁴⁹ Per il dibattito dottrinale sulla natura giuridica del contratto di servizio si rinvia a INGRATOCCI, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio pubblico nel settore dei trasporti*, in *Dir. trasp.* 2011, 3, 960 (nota a Tar Piemonte - Torino, 10 giugno 2010, n. 2750) e alla dottrina da ella indicata.

La dicotomia fra l'impostazione contrattualprivatistica e quella giuspubblicistica è generata dall'assenza di una netta presa di posizione del legislatore, sia a livello comunitario che interno, in ordine al regime giuridico applicabile al contratto di servizio.

Innanzitutto, parte della dottrina ha sussunto tale fattispecie nel generale contratto di appalto di servizi stipulato dalla pubblica amministrazione. L'istituto, allora, viene considerato di natura privatistica e al pari di qualsiasi appalto è preceduto da una gara ad evidenza pubblica per la scelta del contraente.

La dottrina ha addotto a sostegno di tale tesi due principali argomenti, ossia un argomento terminologico e uno sistematico.

In particolare, in base alla denominazione "contratto di servizio", non si può che ricondurre tale figura all'ipotesi contrattuale della prestazione di servizi ad oggetto pubblico ed inoltre, in base al secondo argomento, tali contratti hanno natura privatistica in quanto discendono dal fenomeno delle liberalizzazioni che ha eliminato o almeno attenuato la matrice amministrativa per far emergere il rapporto di natura privata e paritaria tra l'amministrazione affidante il servizio e l'impresa privata che lo gestisce.

Altri ritiene non persuasiva tale tesi⁵⁰. Invero, sottolinea l'irrelevanza della definizione tecnico-giuridica adoperata dal legislatore nazionale, nonché l'assenza di una definizione concettuale in ambito comunitario. In particolare, precisa che il legislatore comunitario ha mutuato la categoria dal diritto francese che riconduce a tale figura sia l'affidamento dei servizi pubblici a base contrattuale, sia quelli di natura autoritativa. Infine, smonta l'argomento sistematico, sia perché anche il provvedimento concessorio è esperibile al di fuori di un'ipotesi di monopolio, sia perché tali servizi sono socialmente rilevanti e quindi antieconomici per un'azienda privata.

D'altra parte, si potrebbe evidenziare che l'accoglimento della tesi privatistica, al di là del *nomen juris* dell'istituto, derivi dalla considerazione che l'ente locale è estromesso, in linea di principio e tenuto conto delle problematiche connesse all'affidamento *in house*, dalla gestione diretta dei servizi pubblici locali, per lo meno di quelli di rilevanza economica; la disciplina legislativa prevede,

⁵⁰ TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.* 1998, 615 ss.

infatti, come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica l'affidamento a soggetto terzo scelto a seguito di gara, oppure l'affidamento diretto a società mista pubblico-privata. Tale quadro normativo, governato dal principio di separazione delle funzioni di organizzazione, regolazione, indirizzo e controllo dalle funzioni di gestione del servizio pubblico, potrebbe indurre a ritenere che l'ente locale non possa più ritenersi titolare di alcun diritto preesistente (da riferirsi al privato), venendo così a mancare i caratteri tipici della concessione di servizio pubblico tradizionalmente intesa⁵¹.

Peraltro, altra parte della dottrina, individua il contratto di servizio pubblico quale strumento contrattuale esecutivo, che serve a dare attuazione a decisioni amministrative altrove determinate (come ad esempio nell'atto del consiglio comunale che ha definito le regole essenziali per l'organizzazione del servizio)⁵². Pertanto, sotto questo angolo visuale, tale accordo è un vero e proprio contratto di diritto privato, in cui sono state pattuite tutte le regole del rapporto già al momento del provvedimento amministrativo.

Nell'ipotesi di conferimento della gestione a imprese private per mezzo di gara ad evidenza pubblica, ancora, la dottrina ritiene che il contratto di servizio consente di definire in modo trasparente e puntuale i diritti e gli obblighi inerenti il servizio e la relazione finanziaria con l'Ente locale. Tale contratto, cioè, si configura come un normale contratto di scambio tra ente pubblico e impresa privata⁵³.

In senso analogo, altra parte della dottrina inquadra il contratto di servizio pubblico nell'ambito dei negozi atipici di diritto privato ad evidenza pubblica⁵⁴.

⁵¹ GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio*, cit.

⁵² DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2627.

⁵³ NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., 86. In giurisprudenza, si può menzionare Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 335 che afferma la natura privatistica di tali contratti. Infatti, in ambito di servizi idrici integrati, precisa che l'utente corrisponde una tariffa di servizio, la quale è a tutti gli effetti il corrispettivo di una prestazione commerciale complessa. Invero, tale corrispettivo, «ancorché determinato nel suo ammontare in base alla legge, trova fonte non in un atto autoritativo direttamente incidente sul patrimonio dell'utente, bensì nel contratto di utenza: l'inestricabile connessione delle suddette componenti è evidenziata, in particolare, dal fatto che, a fronte del pagamento della tariffa, l'utente riceve un complesso di prestazioni, consistenti sia nella somministrazione della risorsa idrica, sia nella fornitura dei servizi di fognatura e depurazione. Ne consegue che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione, in quanto componente della complessiva tariffa del servizio idrico integrato, ne ripete necessariamente la natura di corrispettivo contrattuale, il cui ammontare è inserito automaticamente nel contratto».

⁵⁴ INGRATOCCI, *Trasporti e contratti di servizio*, cit., 514 ss. e in special modo 570.

In particolare, al pari di un contratto di appalto pubblico (considerato da dottrina e giurisprudenza retto dalle norme di diritto comune), il contratto di servizio contempla le decisioni dell'amministrazione relativamente, ad esempio, al contenuto essenziale del contratto, al tipo di procedura prescelta per la scelta del contraente e alle tariffe, in atti amministrativi che vengono trasfusi nel contratto come requisiti di servizio pubblico e prevede che il gestore del servizio operi tramite un'autonoma organizzazione imprenditoriale e con gestione a proprio rischio (come un appaltatore *ex art. 1655 c.c.*); tuttavia, a differenza dell'appalto pubblico, il rapporto tra le parti è più complesso, perché il privato si impegna a garantire sul mercato un'offerta di trasporto alle condizioni volute dall'amministrazione e si obbliga anche a rilevare il materiale destinato al servizio dal gestore uscente, a riutilizzare il personale dell'impresa precedente e ad adottare una carta di servizi che lo vincola nei suoi rapporti con gli utenti. L'ente pubblico, d'altra parte, oltre all'obbligazione del pagamento del prezzo, può assumere ulteriori obbligazioni rilevanti per il gestore, come l'impegno ad attuare determinate politiche della viabilità necessarie alla realizzazione del programma di esercizio.

Inoltre, un'altra corrente di pensiero, considerando che lo scopo del contratto di servizio è quello di regolare la gestione del servizio programmato dall'amministrazione, ma fornito da un soggetto privato, e la prestazione oggetto del rapporto negoziale è diretta agli utenti, propende per inquadrare tale istituto nell'ambito dei contratti a favore di terzo ai sensi dell'art. 1411 c.c.⁵⁵

Analizzando, invero, il decreto Burlando, sorgono alcune perplessità sulla natura privatistica dei contratti di servizio.

Infatti, l'art. 18, primo comma, prevede che i contratti di servizio regolano «l'esercizio» dei servizi di trasporto pubblico locale, ma non disciplinano in alcun modo il conferimento della gestione che, pertanto, potrebbe non essere di natura contrattuale. Inoltre, secondo l'originale versione legislativa, l'affidamento del servizio poteva attuarsi secondo diverse modalità, ossia mediante azienda speciale, società mista o concessione.

⁵⁵ PERICU, *Impresa e obblighi di servizio*, cit., 452 ss.

Pertanto, il contratto di servizio verrebbe a configurarsi come un atto di natura convenzionale, consequenziale all'adozione del provvedimento di affidamento del servizio. In tal senso, il contratto resterebbe subordinato quanto a costituzione ed effetti all'atto amministrativo e sarebbe riconducibile alla convenzione accessiva alla concessione, denominata "concessione-contratto"⁵⁶.

Parte della dottrina, quindi, sposa più volentieri la teoria pubblicistica del contratto di servizio, ossia ritiene che lo stesso sia un accordo accessorio al provvedimento concessorio e in particolare sia un accordo sostitutivo di un provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 11 della legge 241 del 1990⁵⁷, ovvero, facendo leva sulla peculiare connotazione dei poteri organizzativi che l'ente locale esplica nell'esercizio delle funzioni di governo del settore, riconduce la fattispecie nel raggio di azione di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, legge n. 241/1990⁵⁸.

Il fondamento iniziale di tale tesi poggia sul concetto che il contratto di servizio pubblico regola l'esercizio di un servizio pubblico e che tale servizio costituisce attività riservata all'ente pubblico. Pertanto, anche se l'esercizio di tale servizio è regolato da un contratto ed è in concreto fornito da un soggetto privato, a monte c'è un atto di natura amministrativa che permette il conferimento di tale servizio al privato.

L'articolo 11 della legge 241/1990 prevede infatti che l'amministrazione, nell'ambito dei propri poteri discrezionali, possa negoziare con soggetti privati il contenuto di un provvedimento, concludendo accordi di natura integrativa o sostitutiva del provvedimento amministrativo.

Anche la giurisprudenza recente aderisce espressamente alla tesi giuspubblicistica, collocando il contratto di servizio fra gli accordi amministrativi (necessari), in specie sostitutivi di provvedimento, in quanto espressione della funzione amministrativa di regolazione dei servizi pubblici⁵⁹.

⁵⁶ In questo senso si vedano, per es., TAR Molise, 18 dicembre 1996, n. 456; Cass., S.U., 19 febbraio 1999, n. 79.

⁵⁷ TASSONE, *Il contratto di servizio*, cit., 618-620. Nello stesso senso CAMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto*, cit., 128.

⁵⁸ GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio*, cit.

⁵⁹ Tar Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, con nota critica di INGRATOCCI, cit..

In particolare, il tribunale amministrativo osserva che l'attività amministrativa, anche quando si avvale di strumenti privatistici come gli accordi, resta comunque attività "funzionalizzata" e, quindi, attività amministrativa, soggetta alle regole generali proprie di questa attività, che sono diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica⁶⁰. Pertanto, evidenzia che l'ente pubblico, quando conclude accordi con un privato ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, non stipula contratti ad evidenza pubblica, che sono a tutti gli effetti dei contratti di diritto privato, bensì stipula dei contratti di diritto pubblico. Tali accordi sono di natura pubblica e ad essi si applicano soltanto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti che sono compatibili. «Al di là della loro qualificazione formale come "contratti", gli accordi in esame [ossia quelli di cui all'art. 11 n.d.a.] sono da ritenersi atti, anzi contratti, di diritto pubblico, sussistendone tutti gli elementi qualificanti: l'essere esercizio di potere amministrativo; l'essere ordinato al perseguimento dell'interesse pubblico; l'essere prevista la giurisdizione amministrativa per le relative controversie».

⁶⁰ Tar Piemonte n. 2750/2010 cit., in motivazione effettua un'approfondita ricostruzione giuridica della natura del contratto di servizio. In particolare, a proposito dell'art. 11 della legge 241/1990, il Collegio rileva che la norma «finisce per dare corpo di diritto positivo ai risultati della elaborazione dottrinale: nell'ambito del procedimento amministrativo, sempre più luogo non di ponderazione comparativa di interessi, ma di negoziazione degli stessi, la volontà del privato, comunque necessariamente coinvolto in funzione partecipativa, concorre al confezionamento della fattispecie produttiva del precetto, o, se si preferisce, del regolamento di interessi, poiché la legge consente (o impone, nel caso dei cd. "accordi necessari") che l'Amministrazione aderisca ad atti bilaterali, anziché adottare atti unilaterali (provvedimenti). [...] Gli accordi previsti dall'art. 11 nascono dalla fusione di potere amministrativo e autonomia privata, sono il risultato di valutazioni discrezionali, sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale». [...] Secondo il Collegio, gli accordi di cui all'art. 11 non sono contratti ad evidenza pubblica e da questi differiscono anche sotto il piano processuale: infatti «per i contratti ad evidenza pubblica sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla formazione del contratto e la giurisdizione del giudice ordinario a proposito della sua interpretazione e della sua esecuzione. Per gli accordi di cui all'art. 11 non esiste alcun riparto: tutte le controversie in materia di formazione, di conclusione e, ciò che più rileva, sul caso di specie, di esecuzione degli accordi sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». Invero, il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ha abrogato il comma VI dell'art. 11 della legge 241/1990 che prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di tali accordi e, conseguentemente, la sentenza non si può più poggiare su tale argomentazione. Si consideri infatti l'art. 133 del Codice del processo amministrativo che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo, ma tra le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, esclude dalla giurisdizione amministrativa esclusiva quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi. Si veda per la criticità in tal senso già VIVANI, *I contratti di servizio fra diritto pubblico e privato* (nota a sentenza), in *Urb. app.* 2011, 3, 355, 360 e più di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno chiarito che la giurisdizione appartiene al giudice ordinario in materia di indennità, canoni ed altri corrispettivi: Cass., S.U., 14 novembre 2012, n. 19828; Cass., S.U., 22 aprile 2013, n. 9690.

Il Tar conclude quindi affermando che «i "contratti" di servizio sono da ascrivere alla categoria degli accordi *ex art. 11 l. 241 del 1990*, nella *species* degli accordi necessari; sono espressione di funzione amministrativa (regolazione dei servizi pubblici, nel caso di specie, con il compito di fornire alla collettività servizi di trasporto conformi a norme di continuità, regolarità, qualità e capacità, a determinate condizioni e tariffe, nonché servizi complementari e adeguamenti dei servizi alle reali esigenze); rientrano a pieno titolo nella giurisdizione esclusiva del G.A. a norma dell'art. 11 richiamato» e, dunque, gli stessi andranno eventualmente impugnati nelle forme e nei tempi dei provvedimenti amministrativi.

L'interpretazione giurisprudenziale da ultimo citata, quindi, giunge a conclusioni opposte rispetto alla tesi privatistica, facendo prevalere la funzione del servizio pubblico, nonché la superiorità di potere dell'amministrazione rispetto al privato al momento della conclusione del contratto.

Si deve mettere in luce, a questo punto, che se tale contratto è qualificato come accordo di diritto pubblico, allora le parti non si trovano a negoziare in condizione di parità, ma permane una preminenza dell'ente pubblico. In sostanza, secondo la disciplina del diritto amministrativo, la pubblica Amministrazione gode del diritto di recesso unilaterale in presenza di sopravvenute ragioni di interesse, come espressamente previsto dall'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo⁶¹; in tal caso, essa deve versare al privato un mero indennizzo (e non un risarcimento, stante la liceità del comportamento) per i danni cagionatigli. Inoltre, nel caso in cui il gestore privato sia gravemente inadempiente agli obblighi su di lui gravanti, l'amministrazione affidante, onde garantire ai cittadini la continuità del servizio, può interrompere unilateralmente il rapporto contrattuale, onde individuare un nuovo concessionario cui affidare il servizio. La PA mantiene, quindi, il potere autoritativo di sospendere e interrompere l'esecuzione del contratto. Sempre in virtù dell'art. 11 della legge 241 del 1990, è riservato all'amministrazione il potere di modificare gli accordi per perseguire il pubblico interesse; tuttavia, essendo l'ente pubblico sottoposto anche alle altre

⁶¹ VIVANI, *I contratti di servizio fra diritto pubblico e privato*, cit., 362, ritiene che, tuttavia, per esercitare il diritto di recesso, l'Amministrazione debba avere delle gravi esigenze che non possano essere soddisfatte senza il sacrificio del contraente privato.

regole in materia di procedimento amministrativo, ossia anche a quelle in materia di istruttoria e motivazione, di queste scelte deve dare puntualmente conto⁶².

Altri giuristi chiosano la diatriba affermando che in definitiva non vi è una nozione chiara di contratto di servizio pubblico e, conseguentemente, neppure la disciplina è univoca. Se infatti il contratto di servizio pubblico si atteggia nel concreto come un appalto verrà applicata la disciplina del codice degli appalti; se, al contrario, il rischio di gestione è addossato all'operatore, il contratto sarà qualificato come concessione di servizi e troverà applicazione la disciplina di settore⁶³.

4.7. *Gli obblighi di servizio* –

Il decreto in esame non fornisce una nozione di obblighi di servizio pubblico, ma si limita, come nel caso del contratto di servizio, a rinviare alla definizione e disciplina comunitaria, precisando che gli stessi devono essere stabiliti nei contratti di servizio.

Pertanto, si può brevemente specificare che gli enti pubblici, allo scopo di assicurare la mobilità degli utenti, definiscono gli «obblighi che l'impresa di

⁶² *Contra* INGRATOCI, *Trasporti e contratti*, cit., 508 ss. L'autrice ritiene che la tesi della natura di accordo sostitutivo presenti tre limiti fondamentali: in primo luogo l'impossibilità di ricostruire tale figura contrattuale come accordo sostitutivo in mancanza di un'espressa previsione legislativa, ai sensi dello stesso articolo 11 della legge 241/1990; in secondo luogo manca, nella normativa sul contratto di servizio, il procedimento amministrativo nell'ambito del quale il privato possa negoziare con l'amministrazione il contenuto del provvedimento da sostituire; in terzo luogo, l'accordo sostitutivo non è idoneo a produrre tutti gli effetti che derivano dal contratto di servizio, posto che l'accordo sostitutivo ha il medesimo contenuto (e solo quel contenuto) dell'atto amministrativo che va a sostituire. A pag. 572 ss. si dimostra critica anche nei confronti degli asseriti poteri autoritativi della pubblica amministrazione, che la stessa riconduce, invece, alcuni nell'alveo delle disposizioni del codice civile, altri alle norme in materia di appalto di lavori pubblici. In particolare, quanto all'ipotesi di decadenza del privato dall'affidamento del servizio, lo stesso viene inquadrato non come potere autoritativo della PA, bensì come rescissione del contratto per frode o grave negligenza o inadempimento del contraente privato, ovvero come risoluzione del contratto di cui agli artt. 1453 ss. c.c. Per le ipotesi di revoca del contratto di servizio da parte della PA per i casi di mutamento della programmazione dei servizi da parte dell'ente, la stessa riconduce tale facoltà al diritto potestativo di recesso, anziché al potere di revoca (potere di autotutela) tipico dei provvedimenti amministrativi. Per una rivisitazione di tale tesi, che tiene conto delle modifiche apportate alla legge n. 241/1990 dalla legge 15/2005, e delle più recenti argomentazioni di dottrina e giurisprudenza in merito alla natura del contratto di servizio pubblico, si rinvia a INGRATOCI, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio*, cit.

⁶³ IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 81.

trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni», prevedendo nei contratti di servizio le corrispondenti compensazioni economiche alle aziende esercenti tali servizi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità⁶⁴.

Tali obblighi, come precisa il secondo paragrafo dell'art. 2 del Reg. CE 1893/1991, comprendono l'obbligo di esercizio, l'obbligo di trasporto e l'obbligo tariffario.

Gli obblighi di servizio, tuttavia, non sono espressione del diritto di imperio della pubblica amministrazione, ma costituiscono elemento del contratto di servizio, ossia sono concordati con il privato. Gli stessi costituiscono la prestazione a carico del gestore al fine di assicurare al pubblico un servizio di trasporto adeguato ed efficiente, ossia un trasporto conforme a norme di continuità, regolarità e capacità, svolto nei confronti di tutte le persone e a prezzi e condizioni prestabiliti dall'ente pubblico⁶⁵.

Infatti, con la riforma del 1997 l'ente pubblico non può più gestire in proprio il servizio di trasporto, ma deve rivolgersi ad un soggetto autonomo, il quale contratta con l'amministrazione l'esecuzione e l'esercizio di tale servizio. Pertanto, il termine obbligo di servizio pubblico, non va inteso in senso tecnico, ma «come formula riassuntiva di una serie di requisiti da garantire in fase di erogazione del servizio, in cui si sostanzia il conseguimento dell'interesse pubblico»⁶⁶.

Nella disciplina nazionale il concessionario di un servizio di trasporto pubblico locale non ha diritto ad un rimborso integrale dei costi sostenuti per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, dal momento che la normativa prevede che le relative compensazioni economiche siano fissate tenendo anche conto dei proventi derivanti dalle tariffe e dell'eventuale gestione di servizi

⁶⁴ Cfr. art. 17, d.lgs. 422/1997. Si evidenzia che la norma è stata modificata dall'articolo 23, comma 12-*undecies*, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, che ha aggiunto le parole «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 bando di gara o nella lettera di invito delle procedure concorsuali di cui al successivo articolo 18, comma 2, lettera a)» a proposito delle compensazioni economiche alle aziende.

⁶⁵ Cfr. INGRATOCCI, *Trasporti e contratti di servizio*, cit., 395 ss.

⁶⁶ INGRATOCCI, *ult. op.*, cit., 398.

complementari alla mobilità. Il regime delle compensazioni è limitato perché non si vuole che venga innestato il regime degli appalti e soprattutto degli aiuti di Stato⁶⁷.

La giurisprudenza ha interpretato l'art. 17 nel senso di consentire un rimborso non integrale per gli obblighi di servizio pubblico pari al costo marginale che il loro assolvimento genera. Invero, «l'adeguamento delle tariffe e dei contributi di esercizio non è frutto di meccanismi automatici, ma di previa verifica del ricorrere dei presupposti di legge, alla luce di parametri che devono tener conto di svariati interessi ed esigenze, e non del solo interesse delle società concessionarie: in particolare, occorre tener conto del costo del servizio, del costo della vita, delle risorse disponibili stanziare in bilancio, della efficacia del servizio e degli altri servizi di trasporto con altri mezzi»⁶⁸.

La disciplina interna, secondo il Consiglio di Stato, differisce da quella comunitaria, che ha una funzione diversa, ossia quella «di procedere al ristoro effettivo dei costi sostenuti per l'adempimento agli obblighi di servizio pubblico, indipendentemente dal raggiungimento di posizioni di equilibrio di bilancio, ma con lo scopo di non alterare il regime concorrenziale nel settore del trasporto passeggeri anche a livello locale. Da ciò consegue che, ferma la spettanza dei contributi di esercizio nella misura determinata in provvedimenti amministrativi formali, non può essere negata all'esercente il servizio pubblico la pretesa al ristoro dei costi effettivamente sostenuti in ragione dell'espletamento del servizio pubblico»⁶⁹. Invero, il sistema delineato dalla normativa nazionale, legge 151 del

⁶⁷ IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 88. Si evidenzia che a livello comunitario il nuovo regolamento CE del 2007 conferma la regola interna. Si ricorda altresì che la Corte di giustizia nella sentenza "Altmark" ha individuato quattro condizioni per determinare quando i sussidi pubblici non possono essere considerati aiuti di Stato con riferimento al settore del trasporto per il quale l'art. 73 TCE stabilisce un regime speciale.

⁶⁸ Cons. Stato, 27 gennaio 2003, n. 426 (punto 7 della parte motiva). Per un commento generale, anche relativo alle sentenze nn. 427-438 del 2006, simili per contenuto, si rinvia a CABIANCA, *Obblighi di servizio*, cit., 46.

⁶⁹ Cons. Stato, 29 agosto 2006, n. 5043. I giudici di secondo grado hanno ritenuto che la normativa comunitaria in materia di compensazioni pubbliche fosse immediatamente applicabile, rispetto alla normativa nazionale all'epoca vigente (legge 151/1981), che non prevedeva un metodo di compensazione effettiva e piena dei maggiori costi sostenuti in correlazione agli obblighi di servizio imposti dall'Amministrazione concedente. Invero, la legge nazionale prevedeva solo una compensazione di esercizio avente la funzione di risanare le gestioni delle imprese di trasporto, secondo criteri fondati sulla efficienza ed economicità. Il Consiglio di Stato ha quindi riconosciuto l'immediata applicabilità del Regolamento CEE 1191/1969 e ha quantificato il diritto della società gestrice alla compensazione per il servizio svolto, nella misura

1981, viene descritto come un regime di contribuzione pubblica finalizzato al conseguimento da parte delle imprese di trasporto dell'equilibrio economico dei bilanci, tenendo conto del costo economico del servizio valutato secondo il criterio della standardizzazione dei costi; le norme comunitarie, invece, hanno una funzione diversa, ossia quella di procedere al ristoro effettivo dei costi sostenuti per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico.

L'art. 19 del d.lgs. 422/1997 ulteriormente precisa che i contratti di servizio pubblico devono rispettare la normativa comunitaria in ambito di obblighi di servizi e pongono un tetto alle compensazioni, al fine di limitare la spesa pubblica e stimolare l'efficienza del servizio. La riforma del 1999 ha introdotto un obbligo di copertura minima dei costi con i ricavi e implicitamente ha fissato un tetto ai sussidi pubblici. Si tratta del già indicato *subsidy cap* in virtù del quale i sussidi pubblici non devono superare una certa percentuale dei costi operativi e devono gradualmente diminuire in forza di un tetto diretto a garantire esplicitamente la produttività e l'efficienza del servizio di tpl di linea⁷⁰.

Tra gli obblighi di servizio, come è noto dalla normativa comunitaria e come già accennato, vi è anche l'obbligo tariffario, ossia «l'obbligo per le imprese di trasporto di applicare prezzi stabiliti od omologati dalle pubbliche autorità, in contrasto con l'interesse commerciale dell'impresa e derivanti dall'imposizione o dal rifiuto di modificare misure tariffarie particolari, soprattutto per talune categorie di viaggiatori, per talune categorie di prodotti o per talune relazioni». Pertanto, nella disciplina nazionale esiste un tetto sulla tariffa, al fine di prestabilire ed omologare un prezzo massimo di costo del servizio a carico dell'utente.

L'ente che detiene il potere di determinare la tariffa può solo aumentarla in proporzione al livello di inflazione e diminuirla in presenza di recuperi di efficienza, con limitate possibilità di variazione.

Questo sistema rappresenta un ulteriore stimolo verso una gestione efficiente del servizio con miglioramento della produttività e risparmio della spesa pubblica. Anche l'elemento della tariffa può incidere sull'equilibrio

pari al disavanzo d'esercizio conseguito nell'anno precedente a quello in cui aveva prestato l'obbligo di esercizio.

⁷⁰ IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 90.

economico-finanziario del contratto e, dunque, far pendere la qualificazione giuridica del medesimo verso la concessione ovvero l'appalto.

4.8. *Gli aiuti di Stato* –

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta a più riprese per sottolineare i passi falsi commessi dalle autorità regionali e locali nella implementazione di una struttura maggiormente concorrenziale del mercato dei trasporti pubblici locali, nella forma avanzata dal decreto Burlando di competizione per il mercato.

Già all'inizio del 1998 ha ritenuto necessario segnalare al Presidente del Consiglio dei ministri, al Ministro dei trasporti, al Ministro della funzione pubblica ed al Presidente della Commissione bicamerale per l'attuazione della legge n. 59/97, gli interventi di riassetto del settore atti a massimizzare gli spazi di concorrenza e minimizzare il volume dei sussidi, coerentemente con i principi di concorrenza e con i criteri enunciati nella legge di delega n. 59/97⁷¹. L'Autorità ha precisato di ritenere indispensabile adottare alcune disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo n. 422/97.

Ha sottolineato come il ricorso a meccanismi di gara possa rappresentare uno strumento appropriato, ove opportunamente congegnato, per individuare configurazioni di mercato efficienti.

In particolare, tra gli interventi ha indicato l'introduzione, ove possibile, di meccanismi concorrenziali per ottenere maggiore efficienza e a tale proposito ha chiarito la necessità di imporre gli obblighi di servizio pubblico limitatamente alle situazioni per le quali risultino effettivamente indispensabili.

In questa prospettiva, l'Autorità ha auspicato soprattutto sei interventi, quali il ricorso a meccanismi di gara per individuare configurazioni di mercato efficienti; la compressione dell'utilizzo dello strumento concessorio; la modifica dell'articolo 14, comma 3, lettera f) del d.lgs. 422/1997, così da prevedere l'adozione di metodi di incentivazione basati sul periodico raffronto della

⁷¹ AS 125 del 26 febbraio 1998, in *www.agcm.it*.

performance del singolo operatore con quelle dei soggetti presenti in altri ambiti territoriali, con una piena separazione dei soggetti che svolgono una funzione di regolazione da quelli che erogano il servizio; la modifica dell'articolo 18, comma 3, prevedendo un periodo transitorio non superiore a tre anni ed inserendo il principio in base al quale non deve essere attribuita alcuna preferenza agli operatori già presenti sul mercato nell'assegnazione dei servizi; l'attribuzione alle Regioni delle funzioni di controllo, in modo da garantire la piena separazione tra regolazione ed erogazione; la modifica dell'articolo 8, comma 5, mediante un esplicito rinvio alle modalità di accesso alla rete previste dalla direttiva n. 91/440/Cee, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie.

L'Autorità ha ribadito che «il ricorso alle procedure concorsuali, atte a conferire agli operatori gli opportuni stimoli all'economicità della gestione, dovrebbe costituire la modalità tipica di scelta degli operatori e di attribuzione delle attività. La selezione del soggetto erogatore del servizio dovrebbe essere informata a criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e risultare adeguatamente motivata».

Il ricorso a procedure diverse dalla gara, quali l'affidamento diretto, dovrebbe quindi essere confinato a svolgere un ruolo del tutto transitorio e residuale, nel quadro di una rapida e progressiva apertura alla concorrenza. «Il conferimento senza gara delle concessioni e l'affidamento diretto ad aziende speciali ovvero a società con partecipazione pubblica dovrebbero porsi in essere solo in quanto sia comprovato che le procedure concorrenziali ad evidenza pubblica non consentano di individuare la forma più economica di gestione».

L'Autorità ha valutato positivamente invece l'obiettivo di «responsabilizzare» il soggetto pianificatore, imponendo vincoli di bilancio (coincidenza tra soggetto programmatore e soggetto finanziatore). Inoltre, ha ritenuto che la scissione tra i soggetti responsabili dell'erogazione del servizio e i soggetti chiamati a finanziarlo sia coerente con i principi di efficienza ed economicità contenuti nella legge delega e con il menzionato obiettivo di responsabilizzazione dei soggetti che domandano il servizio al fine di massimizzare gli spazi di concorrenza e minimizzare i sussidi. Ritiene dunque

opportuno che l'attribuzione alle Regioni delle funzioni di controllo si realizzi in forme che garantiscano la piena separazione tra regolazione ed erogazione.

Nel 2001 l'Autorità è nuovamente intervenuta esprimendo un parere ai presidenti delle regioni, delle province e ai sindaci in materia di sussidi incrociati nel trasporto pubblico locale⁷².

In questa segnalazione l'autorità ha ricostruito il quadro normativo del settore relativamente agli aspetti finanziari del medesimo.

L'Autorità ha chiarito che nei casi in cui sia prevista l'erogazione di sussidi destinati ai servizi di trasporto pubblico, ritenuti essenziali per assicurare la mobilità territoriale e lo sviluppo delle aree interessate, «è necessario che i meccanismi per la loro determinazione ed assegnazione siano predisposti in modo che i sussidi possano essere utilizzati esclusivamente nell'ambito dei servizi per i quali sono stati erogati e che un preciso vincolo di destinazione sia esplicitamente previsto. Qualora infatti tali sussidi venissero impiegati ai fini di sovvenzionare altre attività non sussidiate e svolte in concorrenza con altri operatori, si potrebbero determinare distorsioni del corretto funzionamento del mercato».

L'Autorità ritiene che l'introduzione, ai sensi del decreto legislativo n. 422/97, di meccanismi di gara per l'affidamento dei servizi di TPL, possa «ridurre il rischio di sussidi incrociati, a condizione che l'oggetto del servizio posto a gara e i criteri di aggiudicazione della stessa siano definiti in modo da minimizzare i sussidi necessari per lo svolgimento del servizio pubblico. A tal fine, le gare potrebbero, per esempio, venir aggiudicate sulla base del minor sussidio richiesto, dati i vincoli di qualità, estensione e prezzo dei servizi posti dalla pubblica amministrazione, ovvero sulla base del minore prezzo al pubblico, dati i vincoli di qualità, estensione e sussidio sempre posti dalla pubblica amministrazione».

In ogni caso, considera opportuno, «al fine di circoscrivere il rischio di distorsioni concorrenziali nei mercati contigui al servizio pubblico, garantire una maggiore trasparenza nell'attribuzione dei costi e dei ricavi, prevedendo, affinché lo svolgimento delle suddette attività avvenga nel rispetto dei principi della concorrenza, una separazione effettiva tra la gestione dei servizi di TPL e quella

⁷² AS 208 del 5 febbraio 2001, in www.agcm.it

degli altri servizi o, quantomeno, una separazione contabile tra tali attività, qualora esse vengano svolte dai medesimi soggetti».

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.