



Corso di dottorato di ricerca in:

“Scienze Giuridiche”

in convenzione con Università di Trieste

Ciclo 32°

*“Regolazione e concorrenza nel settore del trasporto
pubblico di persone su strada: le funzioni dell’ART ed
il coordinamento con le altre autorità pubbliche coinvolte”*

Dottoranda

Dott.ssa Giulia Mattioli

Supervisore

Prof. Dimitri Giroto

2020

SOMMARIO

Introduzione	6
1. Il settore dei trasporti: quadro d'insieme	11
<i>I. Introduzione al settore dei trasporti: le differenti prospettive veicolari ed infrastrutturali di mobilità</i>	11
<i>II. Il contesto di riferimento ed il mutamento di prospettiva: esigenze di sostenibilità della mobilità ed innovazione tecnologica</i>	14
<i>III. L'evoluzione del concetto di mobilità e le esigenze di policy</i>	20
2. L'organizzazione del settore dei trasporti: dalla legge, alla programmazione, alla regolazione. Ripensamento di un percorso?	23
<i>I. L'organizzazione governativa del settore dei trasporti</i>	23
<i>II. Gli strumenti di governance: dalla legge alla programmazione alla regolazione</i>	27
<i>III. Programmazione e regolazione: due strumenti di governance a confronto</i>	31
3. Introduzione alla regolazione: fenomenologia della funzione	34
<i>I. L'origine della regolazione e le spinte europee</i>	34
<i>II. Gli elementi della prassi fenomenologica della regolazione: l'elemento oggettivo</i>	38
<i>III. La nozione polidimensionale di regolazione: il significato economico, giuridico e sociale</i>	41
<i>IV. Segue. Il mercato e lo scopo</i>	44
<i>V. Segue. I soggetti: le autorità indipendenti e le conseguenze della loro emersione</i>	45
<i>VI. Segue. Le modalità di esercizio della regolazione</i>	50
<i>VII. L'appropriazione del modello: l'autoregolamentazione o regolazione privata e la valenza temporale della regolazione</i>	57
4. Il difficile rapporto tra regolazione e concorrenza: inquadramento generale	62
<i>I. La nozione di concorrenza e la sua evoluzione</i>	62
<i>II. Regolazione e concorrenza: ricostruzione di un rapporto "complicato"</i>	68
<i>III. Segue. Regolazione e concorrenza: l'ibridazione delle forme di intervento e la duplice lettura del fenomeno</i>	71
<i>IV. L'armonizzazione tra la regolazione e la concorrenza: le soluzioni alternative di convergenza</i>	75
5. Il rapporto tra regolazione e concorrenza nella disciplina dei trasporti: i soggetti coinvolti nel quadro europeo e nazionale	78
<i>I. Regolazione e concorrenza: il riparto di competenze a livello europeo</i>	78
<i>II. Regolazione e concorrenza: il riparto di competenze a livello nazionale</i>	81
6. Inquadramento di una nuova autorità amministrativa indipendente: l'Autorità di regolazione dei trasporti. Ragioni istitutive, funzioni, poteri, organizzazione e funzionamento	84
<i>I. L'Autorità di regolazione dei trasporti e le ragioni istitutive</i>	84
<i>II. I compiti dell'Autorità di regolazione dei trasporti</i>	89
<i>III. Le funzioni ed i poteri dell'Autorità di regolazione dei trasporti</i>	92
<i>IV. La composizione e l'organizzazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti</i>	97

V. <i>L'autonomia contabile e finanziaria dell'Autorità di regolazione dei trasporti</i>	99
7. L'interazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti con le altre autorità ed enti operanti nel settore dei trasporti: le imprescindibili esigenze di coordinamento	104
I. <i>Profili introduttivi</i>	104
II. <i>L'ART e le amministrazioni statali non indipendenti: il MIT, il CIPE, l'ENAC e le Autorità di Sistema portuale</i>	106
III. <i>L'ART e le amministrazioni locali: il rapporto con le Regioni e le Autorità d'ambito ottimali (ATO)</i>	110
IV. <i>L'ART e le autorità indipendenti: il rapporto con l'AGCM. Individuazione delle macro-aree di intervento: l'attività di tutela e promozione della concorrenza</i>	115
V. <i>Segue. L'ART e l'AGCM: l'attività di tutela della concorrenza</i>	120
VI. <i>L'ART e l'AGCM: la seconda macro-area. La tutela del consumatore/passeggero: focus in materia di tutela dei diritti dei passeggeri via autobus (Reg. UE n. 181/2011)</i>	121
VII. <i>Segue. Il divieto di pratiche commerciali scorrette</i>	125
VIII. <i>L'ART e l'AGCM: le clausole vessatorie</i>	129
IX. <i>L'ART e l'AGCM: i diritti dei consumatori</i>	130
X. <i>La composizione del rapporto ART-AGCM: considerazioni conclusive</i>	132
XI. <i>La vigilanza sui contratti pubblici: l'intreccio di competenze tra ART ed ANAC</i>	133
8. Il trasporto pubblico locale: evoluzione normativa italiana ed europea. Il policentrismo normativo	135
I. <i>La definizione di trasporto pubblico locale come servizio pubblico: evoluzione della disciplina</i>	135
II. <i>La difficile apertura alla concorrenza: l'attuale assetto normativo in materia di trasporto pubblico locale ed alcune questioni interpretative</i>	144
III. <i>Segue. I tentativi di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali: il d.l. n. 50/2017</i>	150
9. Il trasporto pubblico locale tra concorrenza e regolazione: la gara per l'affidamento del servizio	161
I. <i>Introduzione: il rapporto inversamente proporzionale tra l'apertura alla concorrenza ed il numero di fornitori</i>	161
II. <i>La gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico e le relative criticità</i>	162
III. <i>Segue. I possibili correttivi: la corretta perimetrazione dell'oggetto di affidamento, il contratto di affidamento</i>	167
IV. <i>Segue. La durata della concessione e l'equilibrio economico-finanziario</i>	175
V. <i>La concorrenza nel mercato del trasporto pubblico locale: la fallacia del “test di compromissione” e gli obblighi di corretta programmazione</i>	178
10. I fronti su cui si muove l'Autorità di regolazione dei trasporti nel settore del trasporto pubblico locale: analisi dell'attività dell'ART attraverso i suoi atti	182
I. <i>La regolazione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e su strada: le misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni contenute nella delibera n. 49/2015</i>	182
II. <i>Lo stato degli affidamenti del servizio ferroviario regionale: l'atto di segnalazione congiunta ART, AGCM, ANAC del 25 ottobre 2017</i>	187

<i>III. Il procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento: la delibera n. 48/2017. ...</i>	191
<i>IV. I significativi mutamenti del panorama legislativo e le esigenze di revisione delle misure di regolazione: la delibera ART n. 143/2018 e la delibera ART n. 154/2019.</i>	196
<i>V. Sulla natura vincolante degli atti di regolazione dell'ART: i casi di violazione delle Misure.</i>	201
<i>VI. La regolazione dell'accesso alle infrastrutture: l'accesso alle autostazioni e la delibera ART n. 56/2018.</i>	203
<i>VII. L'esercizio del potere ispettivo e del potere sanzionatorio: il regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità, il regolamento per lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse e le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'ART. Le delibere nn. 57/2015, 5/2014, 49/2017 ed 11/2017.</i>	207
Conclusioni.....	212
Bibliografia.....	219

Introduzione

La dinamicità del mercato del trasporto pubblico – che conosce continui mutamenti a causa delle frequenti evoluzioni normative e dei profondi cambiamenti economici che si sono verificati negli ultimi anni – e la relativamente recente istituzione dell’Autorità di regolazione dei trasporti (di seguito ART), a cui è demandata una competenza “trasversale” di regolazione dell’intero mercato dei trasporti (suddivisibile in diversi comparti, a seconda del bene trasportato, della modalità utilizzata e delle distanze considerate), impongono all’operatore del diritto un nuovo metodo di esame della disciplina, che richiede un approccio di tipo interdisciplinare attento alla normativa settoriale, ma anche ai profili di regolazione “verticale” (prevalentemente settoriali) ed “orizzontale” (prevalentemente funzionali) demandati alla competenza dell’ART.

Secondo tale approccio è stata concepita la presente ricerca, diretta ad approfondire ed analizzare il complesso rapporto della regolazione e della tutela della concorrenza nell’ambito del trasporto pubblico locale di passeggeri su strada, quale caso atipico di *failure market*, caratterizzato da connotati di natura politico-sociale che ne influenzano inevitabilmente la disciplina, anche alla luce della istituzione dell’Autorità di regolazione dei trasporti, effettivamente operativa soltanto da un quinquennio (art. 37 d.l. n. 201/2011).

Avuto riguardo alle principali novità del quadro regolatorio, il progetto di ricerca si pone infatti l’obiettivo di indagare, dopo un’attenta disamina del contesto di riferimento e degli strumenti di *governance* (della programmazione, della regolazione e del diritto *antitrust*), se e come la regolazione del trasporto pubblico locale possa efficacemente coniugare la finalità pro-concorrenziale con le altre finalità di carattere sociale e se ciò possa comunque agevolare una progressiva liberalizzazione del settore, quantomeno con riguardo ad alcuni segmenti, e quali problematiche potrebbero porsi.

L’indagine si propone infatti di tenere uniti, individuando i punti critici di contatto, i nodi del dilemma tra regolazione dei mercati e competizione economica, seguendo un’impostazione distinguibile in due parti.

Una prima parte di carattere trasversale, che si preoccuperà di fornire un inquadramento del contesto di riferimento ed un’analisi approfondita degli strumenti di “regolazione” e di “tutela della concorrenza”, entrambi presenti nel mercato del trasporto pubblico e causa di una ridefinizione permanente del settore.

Una seconda parte di carattere verticale, che – all’esito dell’imprescindibile approfondimento della funzione, dei poteri e dell’organizzazione e funzionamento dell’ART – si focalizzerà sul singolo comparto del trasporto pubblico locale (TPL) su gomma, che si caratterizza per la propria rilevanza economica e sociale, in considerazione della sua natura di servizio di pubblica utilità in grado di

produrre importanti impatti, sia in termini di sostenibilità economico-finanziaria, sia in relazione alla domanda di mobilità pubblica espressa dalle comunità.

Ciò con il preciso obiettivo di poter misurare in concreto, con riferimento all'effettivo svolgimento della concorrenza "per" il mercato nell'affidamento del servizio di TPL, la portata del dilemma "regolazione-concorrenza" sopra evidenziato.

Nell'ambito del primo capitolo si cercherà di tratteggiare il contesto attuale di riferimento del settore dei trasporti. Evidenziate le peculiarità del settore, ciò che emerge è un'opportunità di evoluzione delle politiche pubbliche, derivante dal verificarsi di diversi fattori di trasformazione, di carattere economico, sociale e tecnologico, che hanno progressivamente modificato il concetto di mobilità e di infrastruttura, rendendo ancora più complesso individuare la combinazione ideale tra le misure che cercano di raggiungere il necessario equilibrio tra le regole di governo e del mercato, tra interessi individuali e collettivi, tra libertà personale e benessere sociale.

Il secondo capitolo si occuperà dell'organizzazione del settore dei trasporti con riferimento alla componente della regolazione: analizzato lo sfondo in cui questa si inserisce, attraverso l'individuazione dei soggetti pubblici coinvolti, ad essere affrontato sarà il tema del passaggio dalla legge, alla programmazione, fino alla regolazione.

In particolare, ad essere indagato sarà il confronto tra i due strumenti di *governance* della programmazione – funzione allocativa diretta dello Stato che si esplica attraverso atti precettivi – e della regolazione, che si limita invece ad intervenire in modo indiretto, attraverso la predisposizione di condizioni dell'agire, normalmente definite da autorità tecniche indipendenti. Dal confronto tra programmazione e regolazione, propedeutico alla individuazione di una nozione unitaria del fenomeno della regolazione, oggetto del terzo capitolo, emergerà come le due funzioni non possano oggi considerarsi antitetice.

La recente crisi economica e le comuni finalità sottese ad entrambe, infatti, impongono una loro considerazione in termini di complementarità e reciproca influenza.

Come anticipato, poi, il tema della regolazione verrà affrontato nello specifico nell'ambito del terzo capitolo.

Pur riconoscendo l'importanza delle origini del fenomeno, rinvenibili nel sistema statunitense, ad essere analizzato sarà il modello di regolazione europeo, derivante dalla mediazione dei diversi diritti pubblici degli Stati membri.

Esaminate le componenti della regolazione, come giustapposizione di regole con cui si detta una particolare disciplina del mercato di riferimento per il perseguimento di uno scopo di interesse pubblico, si analizzeranno i tre principali significati di regolazione, ovvero quello economico, giuridico e sociale, idonei ad evidenziare la natura polidimensionale del fenomeno, che si afferma

al fine di correggere un'ipotesi di fallimento del mercato o di sua non perfetta efficienza.

La regolazione sussiste quando le classi politiche si spogliano di una parte dei loro poteri a favore di organi non eletti, le autorità indipendenti, che costituiscono dunque una espressione organizzativa della funzione di regolazione.

Accolta una ricostruzione di tipo condizionale del fenomeno della regolazione (di cui comunque non si mancherà di evidenziarne le relative criticità), ad essere indagato sarà il procedimento di formazione degli atti di regolazione da parte delle autorità amministrative indipendenti. Procedimento improntato al rispetto dei principi di partecipazione e trasparenza che viene ad essere utilizzato anche dagli operatori privati: pur facendosi infatti generalmente riferimento alla regolazione proveniente da soggetti pubblici, un breve cenno sarà rivolto anche nei confronti del fenomeno dell'autoregolazione o co-regolazione.

Chiarito uno dei "nodi" del dilemma, addentrandosi nel tema oggetto della presente ricerca, il quarto capitolo, premessa una seppure sintetica ricostruzione della nozione di concorrenza, affronterà il tema del complesso rapporto tra l'attività di regolazione, a cui è affidato il compito di intervenire *ex ante* sulle dinamiche del mercato, e l'attività di tutela della concorrenza, chiamata ad intervenire *ex post* in situazioni di inefficienza e/o illiceità.

Trattasi infatti di due strumenti complementari che, nella realtà dei fatti, sembrano tuttavia in alcuni casi interferire l'uno con l'altro, tanto da doversi parlare di una vera e propria "ibridazione delle forme" di intervento.

Senza voler accogliere una lettura radicale di fusione in capo ad un'unica autorità dei due strumenti di *policy*, come ad esempio accade in ambito europeo, verrà messa in evidenza la progressiva convergenza di linguaggio e di visione tra le autorità specificamente dedicate alla tutela della concorrenza e quelle cui spettano compiti di regolazione. Convergenza che ha portato all'instaurarsi di forme di collaborazione tese al perseguimento di obiettivi e di fattori di sviluppo che normalmente restano fuori dal tradizionale schema imposto dal solo paradigma concorrenziale. Il tentativo di organizzazione sistematica del rapporto tra regolazione e concorrenza proseguirà specificamente nell'ambito del settore dei trasporti: il capitolo cinque, infatti, dedicherà un'attenzione particolare ai vari soggetti coinvolti, sia a livello europeo, che a livello nazionale, nell'esercizio delle funzioni di regolazione e tutela della concorrenza nel mercato dei trasporti.

Ad essere indagata, inevitabilmente, sarà la figura dell'Autorità di regolazione dei trasporti: il capitolo sei ed il capitolo sette saranno interamente dedicati alla figura dell'ART, con riguardo alle sue funzioni, poteri, struttura organizzativa ed al suo funzionamento. Particolare attenzione, poi, verrà dedicata al rapporto dell'ART con l'AGCM nelle macro-aree di intervento comuni, di tutela e promozione della concorrenza e di tutela del consumatore/passeggero.

Il tentativo sarà quello di definire una modalità di “composizione” tra le competenze esercitate dalle due autorità senza tuttavia tralasciare anche l’intreccio dei rapporti con altri enti competenti nel settore.

Oltre al rapporto con le amministrazioni non indipendenti statali (MIT, ENAC, ecc.) sarà affrontato infatti anche il tema del rapporto di complementarità tra l’ART e le Regioni, i cui meccanismi di “composizione” sembrerebbero replicabili anche nei confronti delle Autorità d’ambito ottimali o delle Agenzie di mobilità.

Ci si soffermerà anche sulla più adeguata ripartizione di competenze tra l’ART e l’ANAC in materia di contrattualistica pubblica.

Siffatta disamina si porrà l’obiettivo di rispondere ad uno dei quesiti che interessano la presente ricerca, diretto precipitato della creazione dell’ART, che risulta istituita “*ferme restando tutte le altre competenze diverse*” da quelle espressamente disciplinate dall’art. 37 del d.l. n. 201/2011: ovvero, se si possa prescindere o meno dal principio di leale collaborazione anche tra le autorità indipendenti pubbliche.

Quella che emergerà sarà una risposta di carattere negativo.

Affinchè siano raggiunti gli obiettivi di sviluppo del mercato (prezzi inferiori, incremento della produzione, maggiore varietà e qualità dei prodotti, miglioramento dei servizi, maggiore innovazione e maggiore libertà di scelta del consumatore, ecc.) nel rispetto dei valori sociali di tutela dei consumatori, dell’ambiente, della salute e della sicurezza sul lavoro, ecc. le attività delle autorità, siano esse di garanzia o di regolazione, dovranno infatti essere lette secondo una logica d’insieme, rischiandosi altrimenti di creare un campo di azione per i vari operatori coinvolti instabile e frammentario, con pesanti ricadute in termini di efficienza complessiva.

L’ART stessa si è posta fin dalla sua istituzione come garanzia alla deriva regolatoria e/o amministrativa derivante dall’esistenza di una disciplina frammentaria e distinta su più livelli.

Ciò ha consentito di introdurre un’ulteriore questione.

Come e con quale incidenza l’ART, ovvero la regolazione, sia intervenuta nel comparto del trasporto pubblico locale.

Per rispondere a questo quesito non si potrà prescindere dall’esame del contesto di riferimento.

Il capitolo otto, infatti, sarà interamente dedicato alla ricostruzione della disciplina del TPL, così da risultare funzionale ad esaminare come il rapporto tra regolazione e concorrenza, sopra ricostruito in termini generali ed astratti, si configuri nei confronti del servizio di trasporto pubblico di persone su strada.

Rilevata la predominanza del meccanismo della concorrenza “per” il mercato nel settore del TPL, il capitolo nove affronterà il tema della gara di affidamento del servizio, effettivo campo di prova

del suddetto rapporto.

Attraverso l'esame delle criticità delle gare finora poste in essere, si analizzeranno nello specifico settore del TPL i nodi del dilemma "regolazione-concorrenza", evidenziando alcune possibili integrazioni e/o correttivi dell'architettura di gara, indispensabili per una sua corretta esplicazione. Sarà così possibile fornire una risposta all'intento di apertura del mercato nei termini di una concorrenza "nel" mercato, indirizzando le aree di intervento della regolazione.

Aree su cui in parte è già intervenuta la stessa ART, come sarà evidenziato nell'ultimo capitolo della presente ricerca, che risulterà esplicativo dell'incidenza dell'ART nel settore del TPL attraverso l'esame dei suoi principali atti di regolazione, segnalazione e sanzione.

L'approccio empirico con cui, intenzionalmente, si è deciso di concludere la presente indagine si pone infatti nel solco di individuare la corretta metodologia di esame della disciplina, nel rispetto del compito del giurista, che dovrebbe essere quello di delineare un ordine entro il quale collocare i dati normativi e di fornire una possibile soluzione ai problemi che la realtà concreta pone.

1. Il settore dei trasporti: quadro d'insieme

I. Introduzione al settore dei trasporti: le differenti prospettive veicolari ed infrastrutturali di mobilità; II. Il contesto di riferimento: esigenze di sostenibilità della mobilità ed innovazione tecnologica; III. L'evoluzione del concetto di mobilità e le esigenze di policy.

I. Introduzione al settore dei trasporti: le differenti prospettive veicolari ed infrastrutturali di mobilità.

Il composito settore dei trasporti¹ – caratterizzato da diversi comparti (ferroviario, autostradale, stradale, portuale, aeroportuale, del trasporto pubblico locale) – risulta essere, come facilmente desumibile, un settore centrale nella crescita economica di un Paese.

I trasporti, infatti, costituiscono uno dei sistemi nervosi centrali dell'economia, al pari di quello finanziario, energetico e delle comunicazioni².

Volendo utilizzare la metafora di Jaques Delors, presidente della Commissione europea nei primi anni novanta, i trasporti, ed in particolare le infrastrutture di trasporto, sono paragonabili ad una rete di circolazione sanguigna indispensabile, insieme ad un sistema nervoso (le infrastrutture di telecomunicazione), ad un sistema muscolare (le infrastrutture

1 Si dovrebbe infatti parlare di “settori”, come ricordato anche da A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Riv. ital. di Antitrust*, 2/2014. Per rendersi conto della vastità e della diversificazione del settore basti fare una distinzione tra: bene trasportato (passeggero o merce), modalità (es. marittima, aerea, stradale, ecc.), distanza (breve, ad es. urbana, o medio-lunga, es. regionale o internazionale). È del tutto intuitivo come il numero di combinazioni possibili, che definiscono i reali mercati del trasporto, sia piuttosto elevato.

2 Si v. quanto affermato in merito dalla Commissione Europea, *Market functioning & Market integration in EU Network Industries – Telecommunications, Energy & Transport*, Discussion paper 111, September 2019, M. Brons, F. Kalantzis, L. Vergano (a cura di), secondo cui: “*Network industries are economically relevant per se, but also as they provide services which are inputs for the rest of the economy. Their market functioning is therefore key for the EU growth and competitiveness, but is affected by some specific sectorial features. Notably, some segments of network industries are natural monopolies. A regulatory authority is needed to both promote competition and safeguard consumers' access rights to services with a public/universal nature. In fact, EU market regulation policy in these industries has mainly been targeted towards ensuring competition in the provision of the service, regulating access to infrastructure and creating an integrated EU market*”. Si v. anche F. Bassanini, *Le società a partecipazione pubblica fra Stato e mercato*, prefazione a ASTRID, *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, V. Cerulli Irelli, M. Libertini (a cura di), Milano, 2019.

energetiche) e ad un sistema celebrale (le infrastrutture di informazione), per il corretto funzionamento di un organismo³.

Il rapporto bidirezionale tra trasporti e sviluppo mette bene in evidenza questa caratteristica: «da un lato, un'adeguata offerta di servizi di trasporto è di fondamentale rilevanza per lo sviluppo dei mercati e del tessuto produttivo ed industriale; dall'altro lato, la *performance* dell'economia influisce sulla domanda di trasporto e di mobilità di imprese e cittadini, sia in termini di quantità, sia per quanto riguarda le scelte modali»⁴.

Proprio con riferimento a tale ultimo profilo, occorre innanzitutto evidenziare come il mercato dei trasporti si basi essenzialmente su una domanda di servizi di mobilità da un luogo di origine ad uno di destinazione⁵, ed un'offerta di gestione di servizi infrastrutturali e veicolari di mobilità.

Per tale ragione l'esame del settore può essere affrontato facendo riferimento a due prospettive, quella infrastrutturale e quella riguardante il servizio veicolare di trasporto.

Siffatti aspetti trovano una perfetta sintesi nella definizione stessa di mobilità, come sistema complesso che racchiude gli spostamenti di cose e persone sul territorio con qualsiasi mezzo di trasporto.

Sistema complesso formato da molteplici fattori, persone, cose, servizi, infrastrutture viarie, ferroviarie, aeroportuali, parcheggi e centri di interscambio, trasporti pubblici e privati, piste ciclabili e zone pedonali⁶, la cui interazione influenza fortemente il funzionamento e lo sviluppo, non solo economico, ma anche sociale, di un determinata area geografica.

L'interazione anzidetta si svolge all'interno di un meccanismo influenzato da particolari relazioni di “*spazio/tempo*” e “*qualità/quantità*”, che risultano ancora più complicate dal fatto che buona parte dei servizi resi nel mercato dei trasporti riveste la qualifica di servizio di interesse economico generale (se non addirittura universale), caratterizzato da un

3 *Libro bianco sulla crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, COM (93) 700 def., in www.eur-lex.europa.eu

4 ART, *Secondo Rapporto Annuale al Parlamento*, 15 luglio 2015, in www.autorita-trasporti.it, 9.

5 Si è osservato che normalmente la struttura della domanda di mobilità è caratterizzata da frequenti spostamenti su brevi distanze (10-15 km in aree metropolitane; 5 km in quelle urbane) e pochi spostamenti su lunghe distanze (150-200 km), questi ultimi generalmente a carattere stagionale.

6 L. Marfioli, *Mobilità sostenibile e trasporto intermodale*, in *Giureta Riv. di Dir. dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XI, 2013, 21.

obbligo di servizio pubblico⁷.

Proprio con riferimento a tale specificità si svolgerà l'analisi oggetto di questa ricerca, focalizzata sul comparto del servizio di trasporto pubblico locale di persone su strada.

Pur essendo affetto da criticità strutturali⁸ in grado di indebolirne la capacità competitiva, il comparto del trasporto pubblico locale costituisce l'architrave dei servizi di mobilità alternativa al mezzo privato, da qui l'interesse all'approfondimento della sua disciplina.

Il settore del trasporto pubblico locale, poi, consente di intendere più chiaramente i peculiari rapporti di “spazio/tempo” e “qualità/quantità”, che caratterizzano il mercato dei trasporti.

Risulta innanzitutto evidente come alcune infrastrutture⁹ non sia replicabili e come alcune ore del giorno non siano sostituibili con altre (rapporto “spazio/tempo”).

7 A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, cit., 50, ha riconosciuto siffatti elementi di fatto, come dato di partenza per comprendere la particolarità del mercato dei trasporti. Sulla natura del servizio pubblico, inteso dal punto di vista meramente politico, quale attività vitale costituente parte fondamentale della società, che per tale ragione “giustifica ed esige, sia pure in modo limitato, alcuni correttivi al gioco esclusivo del mercato”, si v. Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), Bologna, 2000, 49 ss. L'A. si sofferma anche sulla nozione dei servizi di interesse economico generale – menzionati “nel Trattato, all'art. 90, designano le attività del servizio commerciale che perseguono missioni di interesse generale e, per queste ragioni, sono sottoposte dagli Stati membri ad obblighi specifici. È il caso, in particolare dei servizi a rete di trasporto, energia e di comunicazione”. Costituisce invece una *species* di questa più ampia definizione, la nozione di servizio universale, identificato nella comunicazione della Commissione europea del 1996 sui servizi di interesse generale in Europa come “un insieme di esigenze di interesse generale alle quali dovranno conformarsi, in tutta la Comunità, le attività di telecomunicazioni o postali, per esempio. Gli obblighi che ne derivano sono volti ad assicurare ovunque l'accesso di tutti a determinate prestazioni essenziali, di qualità e ad un prezzo accessibile”. Per una definizione dei servizi di interesse economico generale e dei servizi universali si v. anche il *Glossario delle sintesi*, in www.eur-lex.europa.eu. L'OSP, ovvero l'obbligo di servizio pubblico viene definito anche nell'ambito dell'art. 2 del Regolamento 1370/2007/CE, per cui con esso si intende «L'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso».

8 Le criticità principali del servizio di trasporto pubblico risiedono principalmente nel fattore “disponibilità” (ovvero il mezzo pubblico non c'è), nel fattore “accessibilità” (ovvero il mezzo pubblico non è comodo, frequente, non raggiunge la destinazione desiderata, non è facilmente fruibile), nel fattore “tempo” (il servizio non è regolare ed i tempi di spostamento sono troppo lunghi), nel fattore “qualità” (il comfort di viaggio è inadeguato ed i mezzi sono rumorosi, sporchi, senza aria condizionata), nel fattore “costo” (il servizio costa troppo), e nel fattore “preferenza” (vi può essere infatti la preferenza a viaggiare da soli in auto). In merito si v. i dati *ISFORT, Osservatorio Audimob sulla mobilità degli italiani*, in www.isfort.it.

9 In Italia la maggior parte delle carenze infrastrutturali riguardano tutti i sistemi a guida vincolata. Rispetto agli altri Paesi europei, infatti, l'Italia ha 3,8 km per milione di abitanti di rete metropolitana a fronte dei 7,8 della Germania, 10, 45 del Regno Unito e 12,5 km della Spagna. Lo stesso si può dire anche per la rete tramviaria, dato che l'Italia presenta almeno la metà dei km per milione di abitanti (5,3 km) rispetto alla Francia (11,7 km) e la metà della metà di km per milione di abitanti rispetto alla Germania (23,3 km). Manca infatti in Italia una integrazione tra le scelte urbanistiche e quelle per la mobilità, con una frammentazione degli strumenti di pianificazione e delle competenze.

Si pensi ad esempio agli autobus di linea che circolano in un centro urbano alle otto di mattina, rispetto a quelli che circolano a metà pomeriggio: differente è la fruizione, non solo in dipendenza delle tratte considerate, ma anche dei periodi temporali presi in esame.

Nonostante siffatta inevitabile differenza, che porterebbe a privilegiare soltanto alcune tratte e soltanto alcuni orari del giorno, la peculiarità del servizio pubblico consiste nel fatto che questo deve essere in ogni caso garantito ed adeguato anche nelle tratte e negli orari meno utilizzati, dovendosi assicurare alcuni criteri minimi a tutela degli utenti, anche se le risorse sono scarse e sussistono evidenti limiti fisici, derivanti ad esempio dalla scarsità delle infrastrutture e dalla difficoltà al loro accesso (“*rapporto quantità/qualità*”).

Volendo esemplificare la peculiare relazione “*quantità/qualità*”, basti ricordare quanto segnalato dalla stessa Autorità di regolazione dei trasporti al Parlamento¹⁰, con riferimento alle autostazioni: oltre a presentare criticità per quanto riguarda le condizioni di accesso – in termini di ampiezza degli spazi, costi d'uso delle infrastrutture e delle biglietterie, sicurezza e servizi di assistenza, informazione e orientamento dei passeggeri –, queste non costituiscono ancora un *network* diffuso sul territorio in grado di creare in Italia, a differenza di quanto avviene in altri Paesi europei, un sistema di connessione ottimale rispetto ai flussi di mobilità, comportando inevitabili lacune di collegamento territoriale.

Nel secolo scorso, di fronte a siffatto fenomeno, l'atteggiamento dominante era quello di coprire i vari *gap* di collegamento territoriale attraverso una sempre maggiore estensione delle infrastrutture, cercando di massimizzare la capacità stradale ed incrementando di conseguenza il traffico.

Ciò ha generato un cortocircuito non più sostenibile, che ha comportato un necessario mutamento di prospettiva.

II. Il contesto di riferimento ed il mutamento di prospettiva: esigenze di sostenibilità della mobilità ed innovazione tecnologica.

Il trasporto su gomma (in particolare tramite veicoli privati) è divenuto la principale fonte di trasporto in tutta Europa e, nonostante la crisi

¹⁰ ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, in www.autorita-trasporti.it, 17.

economica abbia rallentato la mobilità, la qualità dell'ambiente è stata sempre più compromessa, non solo dal numero crescente di veicoli che circolano sulle strade ed autostrade, ma anche dalla vetustà del parco circolante e dalla scarsa diffusione di carburanti a minor impatto ambientale¹¹.

A ciò devono aggiungersi le considerazioni in materia di inquinamento acustico, di consumo del suolo e di frammentazione del territorio, con inevitabili interferenze sugli ecosistemi, le biodiversità ed il danneggiamento dei beni storico-artistici e paesaggistici¹².

Siffatto cortocircuito ha reso inevitabile un mutamento di prospettiva.

Insieme alle esigenze di carattere ambientale, alla scarsità delle risorse ed alla crisi finanziaria che ha coinvolto l'economia mondiale negli ultimi decenni, si è assistito e si sta assistendo ad un vero e proprio cambiamento del paradigma della programmazione dei servizi di mobilità¹³.

Il *focus* si sposta dal movimento, ovvero dal trasferimento e dalla sua possibile estensione, alla creazione di sistemi di accesso diretti a favorire la multimodalità, ovvero l'interoperabilità e l'integrazione tra i diversi servizi e sistemi di trasporto nelle diverse modalità, così da coprire i differenziati fabbisogni di mobilità riducendo quanto più possibile le

11 Per un approfondimento in materia di elettrificazione dei trasporti terrestri si v. C. Bifulco, A. Comi, B. Dalla Chiara, M. Diana, S. Hadjidimitriou, E. Lanzi, M. Martino, V. Mauro, A. Nuzzolo, L. Persia, G. Sebastiani, G. Silvestrini, A. Nuzzolo (coordinatore), *Lo sviluppo tecnologico come driver del trasporto e della mobilità del futuro*, in *Innovazioni tecnologiche e governo della mobilità. Rapporto 2018*, Società Italiana di Politica dei Trasporti, Maggioli, 2018, 24 ss. Si registra per l'Italia un evidente ritardo nell'utilizzo dei veicoli elettrici, che copre solo lo 0.1% delle vendite totali. Siffatto ritardo dovrà necessariamente essere colmato in ragione della Strategia Energetica Nazionale, che prevede un obiettivo al 2030 di ben cinque milioni di auto elettriche. Siffatto ambizioso obiettivo, sulla scorta di quanto previsto dal Pacchetto Mobilità pubblicato a fine 2017 dalla Commissione UE, richiederà l'avvio di una politica attiva articolata sull'agevolazione degli acquisti, sulle infrastrutture di ricarica e sul lato della produzione.

12 L. Marfioli, *Mobilità sostenibile e trasporto intermodale*, cit., 20, il quale ricorda il “preoccupante” Rapporto TERM 2009 (*Transport and Environment Reporting Mechanism*) dell'Agenzia Europea dell'Ambiente (EEA, 2009). Nonostante i lenti miglioramenti, evidenziati anche dal successivo rapporto del 2011, l'inquinamento atmosferico continua a superare i limiti e gli orientamenti dell'Unione europea e dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS). Si segnalano in merito le due procedure di infrazione ancora pendenti nei confronti dell'Italia per violazione della direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria. Si tratta in particolare della procedura n. 2014/2147, relativa al superamento dei valori massimi di polveri sottili PM10 e della procedura n. 2015/2043, relativa al superamento dei livelli massimi di biossido di azoto. Secondo il rapporto dell'AEA intitolato *Qualità dell'aria in Europa*, rapporto 2018, il trasporto su strada è ancora una delle principali fonti di inquinamento atmosferico in Europa e l'Italia è il paese dell'Unione maggiormente interessato da mortalità connessa al particolato, con 66.000 decessi l'anno (al 2017). Si v. anche ART, *Secondo rapporto annuale al Parlamento*, 15 luglio 2015, cit., 10 ss., con cui si evidenzia, nella sezione relativa alla ripartizione del traffico tra le varie modalità di trasporto, la netta prevalenza del trasporto su gomma, sia per quanto riguarda il trasporto passeggeri, che per quello delle merci.

13 S. Heikkilä, *Mobility as a service – A proposal for action for the Public Administration. Case Helsinki*, 2014, in <https://aaltodoc.aalto.fi/handle/123456789/13133>

esternalità negative associate all'eccessivo traffico¹⁴.

Si tratta di un'integrazione tecnologica tra infrastruttura e veicoli e tra veicoli e tecnologia, in grado di consentire un uso sempre più semplice del servizio di mobilità offerto da diversi fornitori ed operatori dei trasporti, così da permettere un interscambio sempre più facile tra le diverse modalità di trasporto.

Il cambiamento del paradigma delle modalità di organizzazione del servizio di trasporti, che ha comportato un conseguente mutamento culturale-sociale delle abitudini stesse degli utenti dei servizi stessi¹⁵, è stato dunque favorito anche dallo sviluppo della tecnologia e dal conseguente affermarsi di modelli economici in grado di sfruttare tali innovazioni.

Il riferimento, naturalmente, si rivolge agli sviluppi tecnologici nel settore

14 Il Libro Bianco dei Trasporti che la Commissione europea ha predisposto nel 2011, *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, in www.eur-lex.europa.eu, insiste in più punti con riferimento alla incentivazione del trasporto multimodale riguardato essenzialmente in chiave sostitutiva del trasporto su gomma. L'intermodalità viene infatti intesa come un sistema di traffico indispensabile per mediare ecologicamente ed economicamente tra le diverse modalità di trasporto e, in particolare, rispetto a quella stradale, causa di inquinamento e di intralcio alla mobilità di persone.

15 Secondo il rapporto ISFORT, 14° Rapporto sulla mobilità in Italia, in www.isfort.it, 2016, gli italiani dichiarano di voler utilizzare di più i mezzi pubblici e la bicicletta ed il 29% di essi auspica una diminuzione dell'uso dell'auto, denotando in generale un'alta propensione al cambio modale a favore dei mezzi di minore impatto. Con riferimento alle tendenze in atto in Italia nella domanda effettiva di servizi di mobilità, si v. ART, *Sesto rapporto annuale al Parlamento*, 26 giugno 2019, in www.autorita-trasporti.it, BOX 1, *Andamento del trasporto dei passeggeri*, 12, da cui si evince una generale crescita della domanda dei servizi di mobilità, anche in modalità sharing ed a maggiore efficienza energetica e sostenibilità ambientale. Si v. anche i dati dell'Osservatorio Nazionale *Sharing Mobility*, reperibili sul sito www.osservatoriosharingmobility.it. Per un approfondimento circa il cambiamento culturale delle nuove generazioni, meno propense all'utilizzo dell'automobile, si v. gli studi di P. Goodwin, K. Van Dender, "Peak car" - themes and issues, *Transport Reviews*, 2013, 33(3), 243 ss. Con riferimento poi al decremento nell'acquisizione delle patenti di guida, si v. A. Delbosc, G. Currie, *Causes of youth licensing decline: a synthesis of evidenze*, in *Transport Reviews*, 2013, 33(3), 271 ss. Le nuove generazioni ritengono più importante il possesso di uno smartphone e di altrice device digitali rispetto all'acquisizione della patente di guida o alla disponibilità di un'auto ad uso privato, si v. T. Kuhnimhof, J. Armoogum, R. Buehler, J. Dargay, J.M. Denstadli, T. Yamamoto, *Men shape a downward trend in car use among young adults – evidence from six industrialized countries*, in *Transport Reviews*, 32(6), 761 ss. Ciò che emerge da un'analisi dell'atteggiamento culturale-sociale della collettività dei giorni nostri è una diffusa certa volontà e propensione al cambiamento ed alla disponibilità a sperimentare, in modo innovativo ed intelligente, differenti soluzioni di viaggio, si v. L.E. Olsson, J. Huck, M. Firman, *Intention for car use reduction: Applying a stage-based model*, in *International Journal of environmental research and public health*, 2018, 15(2), 216 ss. Si v. anche il rapporto CENSIS, *Verso una mobilità sostenibile 2.0: la gestione del cambiamento*, 2016, in www.unrae.it.

dell'informatica¹⁶, delle telecomunicazioni¹⁷ e dell'intelligenza artificiale¹⁸, che, oltre a comportare modifiche delle componenti del sistema di offerta di infrastrutture¹⁹, dei veicoli e dei servizi di mobilità (derivanti appunto dalla loro applicazione ai sistemi di trasporto e dalla diffusione dei sistemi di trasporto intelligenti, c.d. ITS- *Intelligent Transport Systems*²⁰), hanno reso possibile anche lo sviluppo di modelli

-
- 16 Con riguardo agli sviluppi tecnologici nel settore dell'informatica, il richiamo riguarda l'Internet of Things (IoT), ovvero l'Internet delle cose, la possibilità di connettere gli oggetti alla rete *wireless* per ottenere informazioni sul loro funzionamento o le loro caratteristiche e comprende la possibilità di interagire con l'oggetto stesso. Connesso all'IoT è poi anche il *physical internet*, ovvero l'implementazione fisica dell'internet digitale tramite l'utilizzo di container modulari e standardizzati e interfacce. Oltre a questi sistemi, costituiscono il portato dello sviluppo tecnologico nel settore dell'informatica anche i Big data e i servizi *cloud*, ovvero i grandi volumi di dati – che necessitano di strutture performanti per la loro memorizzazione, gestione ed elaborazione – generati dall'utilizzo dei sistemi che forniscono informazioni in tempo reale, quali sensori, telecamere, *smart card* ed, in generale, dalla crescita del settore dei trasporti. Un aspetto molto importante legato all'utilizzo dei *big data* riguarda la loro disponibilità: le aziende pubbliche e private, infatti, sono sempre più interessate al loro utilizzo per monitorare i processi, migliorare l'efficienza, prevedere la domanda o identificare un nuovo mercato. Siffatta richiesta di disponibilità ed accessibilità ai dati, poi, si scontra con un altro aspetto molto importante, sempre legato all'utilizzo dei *big data*, riguardante la *privacy* e la protezione dei dati personali. In merito si v. il Reg. (UE) 2016/679 per la protezione dei dati, nell'ambito del quale si prevede che per l'utilizzo dei dati personali sia necessario ottenere l'autorizzazione preventiva da parte degli utenti. Occorre poi fare un breve cenno alla c.d. tecnologia persuasiva, ovvero ai sistemi ed agli ambienti tecnologici che vengono progettati per aiutare a cambiare il processo cognitivo, le attitudini ed i comportamenti degli individui. In tema di trasporti sono state sviluppate diverse applicazioni che, attraverso l'uso di sistemi ICT per la raccolta dei dati, cercano di aumentare la consapevolezza delle persone circa gli impatti su se stessi e sull'ambiente circostante della modalità di trasporto scelta (i.e.: Quantified Traveller, Peacox, IPET, SUPERHUB, ecc.). Per approfondimenti in tema di *persuasive technology* si v. B.J. Fogg, *Persuasive technology: using computers to change what we think and do*, in *Ubiquity*, 2002, 5.
- 17 Al fine di garantire reti di telecomunicazioni performanti, in grado di rendere possibile il funzionamento appropriato dei dispositivi con intelligenza artificiale e l'utilizzo dei Big data, l'industria ed i decisori pubblici stanno puntando allo sviluppo dell'ecosistema di reti di quinta generazione dei servizi mobili, il 5G. La Commissione Europea ha infatti lanciato un piano di azione coordinato per uno sviluppo rapido delle reti 5G in Europa, avvalendosi della collaborazione degli Stati membri e di tutto il mondo dell'industria europea all'interno del quale il ruolo dei trasporti è primario, si v. in merito Commissione Europea, 14 settembre 2016, COM(2016) 588 final, *5G for Europe: An Action plan*, Brussels, in www.eur-lex.europa.eu.
- 18 L'Intelligenza Artificiale (AI) comprende un insieme di tecniche, procedure o algoritmi che permettono di prendere decisioni intelligenti in base ai dati storici. L'esempio più concreto di utilizzo di algoritmi per l'apprendimento automatico nel settore dei trasporti è rappresentato dalla guida automatica e si traduce in un problema di classificazione delle immagini acquisite tramite la telecamera installata sul veicolo, integrando le informazioni ricevute dai sensori. Le prospettive di sviluppo dell'AI nel settore dei trasporti sono molto ampie: i.e. la possibilità di offrire servizi tramite applicazioni mobili che, sulla base dei comportamenti storici degli utenti – come le scelte dei percorsi, le scelte dei mezzi di trasporto ecc. – suggeriscono la scelta ottima in base alle caratteristiche dell'utente; oltretutto, gli algoritmi di apprendimento automatico potranno essere utilizzati per prevedere la domanda di trasporto, i ritardi nell'arrivo dei mezzi pubblici o la domanda di nuovi servizi di trasporto pubblico.
- 19 In tal senso merita un primo richiamo l'iniziativa del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti delle *Smart roads*, finalizzata al rilancio del settore delle infrastrutture di trasporto attraverso la *digital transformation*. L'obiettivo è quello di rinnovare il sistema delle infrastrutture stradali attraverso interventi di *upgrading* tecnologico ed investimenti orientati all'innovazione nella produzione di mezzi di trasporto pubblico, infrastrutture e sistemi tecnologici.
- 20 Sembra opportuno fornire una prima definizione di ITS – *Intelligent Transport Systems*, quali applicazioni informatiche utilizzate nel settore dei trasporti che permettono di scambiare informazioni per la gestione del traffico e della mobilità, del trasporto pubblico, delle flotte e della distribuzione delle merci, dei pagamenti e delle emergenze riguardanti anche gli eventuali incidenti stradali. L'utilizzo di ITS avviene da parte di coloro che offrono i servizi di trasporto, ma anche da parte degli utilizzatori finali del trasporto, soprattutto a seguito della diffusione degli *smartphone*. Esempi di ITS sono i ricevitori GPS installati a bordo dei veicoli, i pannelli elettronici che forniscono informazioni in tempo reale sullo stato del traffico o sull'arrivo del trasporto pubblico e le applicazioni mobili per l'acquisto del biglietto elettronico o l'utilizzo di servizi per la mobilità condivisa. Lo scambio di

economici in grado di sfruttare tali innovazioni, come la *sharing* e la *circular economy*.

Siffatti fattori, strettamente connessi alle future caratteristiche demografiche ed ai nuovi stili vita²¹, sono e saranno ancora più in grado di influenzare e determinare cambiamenti significativi nella struttura della domanda di mobilità e della offerta di trasporto, senza tuttavia dimenticare anche il ruolo svolto dalle politiche di *governance* del settore²², sia a livello europeo, che a livello nazionale e locale.

La spinta al cambiamento nella storia dei trasporti, infatti, è sempre derivata dal concomitante emergere di due distinti fattori: da un lato, l'innovazione tecnologica, che ha progressivamente reso possibile l'emergere di nuovi sistemi e servizi di mobilità, che potrebbero definirsi come “*sistemi innovativi di trasporto*”, quali ad esempio il *car sharing*, il *bike sharing*, il *car pooling*, i servizi a domanda, ecc. (SIT); dall'altro, l'innovazione sociale ed economica²³, che ha reso possibile la diffusione

informazioni in tempo reale diventa un momento essenziale per i vari attori del sistema dei trasporti: per tale ragione, per favorire l'interoperabilità tra i vari paesi, la Commissione europea ha definito una *road map*, nel 2014, per lo sviluppo della piattaforma di sistemi cooperativi di ITS (Cooperative Intelligent Transport Systems, C-ITS).

21 In merito si v. A. Cappelli, C. Carminucci, P. Costa, I. Meloni, M. Ponti, C. Ricozzi, P. Spirito, *Cambiamenti nella struttura della domanda e dell'offerta*, in *Innovazioni tecnologiche e governo della mobilità, Rapporto 2018*, Società Italiana di politica dei trasporti, cit., 83 ss. In particolare A. Cappelli, con riguardo ai cambiamenti ed all'innovazione nella mobilità delle persone, rileva che “*negli ultimi venti anni si sia manifestato dapprima un fenomeno di dispersione della attività (sia residenziali sia di servizio e produttive) motivato dalla necessità di ridurre le rendite di posizione connesse alla vicinanza ai centri urbani, reso possibile dal miglioramento delle prestazioni del trasporto, in primo luogo privato, ma anche pubblico – collettivo. In una seconda fase, a seguito della grave crisi finanziaria iniziata nel 2007, si è osservata una tendenza al riavvicinamento delle attività, in particolare residenziali, o direttamente ai luoghi di lavoro e servizio o ai principali nodi di interscambio modale (in particolare le stazioni ferroviarie ma anche i principali servizi di trasporto collettivo in genere). Le tendenze in atto e lo scenario prevedibile nei prossimi 10 anni è quello di una nuova trasformazione dell'organizzazione della mobilità resa possibile dalla diffusione dei sistemi ICT (App di gestione della mobilità e della scelta del miglior sistema di trasporto che caratterizzano il principio della Mobility as a Service – MaaS) e degli ITS (Intelligent Transport Systems) che consentono di introdurre e di utilizzare nuove modalità di organizzazione del proprio viaggio (auto condivisa e parzialmente automatica, car & bike sharing) che rispondono sia alla necessità di ridurre i costi del trasporto individuale sia ad una maggiore sensibilità ai problemi ambientali ed alla sostenibilità in genere (ecologica ed economica)*”.

22 Naturalmente i decisori politici potranno incentivare il cambiamento attraverso azioni che rispondono ad obiettivi diversi, come la predisposizione di misure che incidono sui costi (la c.d. *congestion charge*), oppure l'ausilio anche finanziario al cambiamento di modo di trasporto o del tipo di auto a basso inquinamento (ibride o full electric), oppure ancora il sostegno di politiche territoriali di agevolazione o inibizione delle localizzazioni residenziali o produttive. Siffatte azioni, nella loro attuazione, saranno a loro volta in grado di condizionare l'industria e l'innovazione tecnologica verso un sistema più efficiente e sostenibile.

23 I cambiamenti che hanno interessato la società, come la crescita demografica ed economica, l'invecchiamento della popolazione, l'evoluzione delle nuove tecnologie ed una crescente consapevolezza relativamente ai temi di sostenibilità e vivibilità delle città, hanno comportato una radicale mutamento nello stile di vita degli individui, in grado di indurre profonde trasformazioni nella mobilità urbana, dimostrando così l'imprescindibile correlazione tra le caratteristiche e le attitudini dell'individuo ed il modo di trasporto. Per approfondimenti in merito si v. J. Deffner, K. Götz, *The future of mobility in the EU. Workshop on “The future of Transport”* held in the European Parliament on 2 December 2009, in <http://redpvgv.coppe.ufrj.br/index.php/es/produccion/otras-publicaciones/474->

di questi nuovi sistemi.

Al fine di definire una efficace strategia di intervento (o non intervento) pubblico nel settore, occorrerà dunque considerare congiuntamente tali fattori, attraverso una valutazione complessiva dell'impatto di questi servizi innovativi sia sul sistema dei trasporti, ma anche in generale sul sistema socio-economico di un dato territorio.

Per comprendere infatti se i nuovi servizi di mobilità saranno in grado di cambiare effettivamente le future modalità di spostamento sarà utile considerare non solo le loro prestazioni in senso lato (con riferimento ai costi, ai tempi, alla comodità ecc.) ed in rapporto ai servizi esistenti, ma anche con riguardo alla loro possibilità di soddisfare le nuove esigenze di mobilità indotte dai nuovi paradigmi sociali ed economici.

Con particolare riferimento al rapporto con i servizi esistenti, l'integrazione tra i diversi sistemi e le modalità di trasporto innovative e tradizionali risulta essere l'unica ed inevitabile soluzione in grado di garantire una mobilità efficiente e dagli impatti contenuti.

La certezza di tale affermazione deriva dalla evoluzione dei concetti di multimodalità, co-modalità ed integrazione modale – riguardanti la possibilità di utilizzare la migliore combinazione possibile di modi di trasporto per soddisfare una determinata domanda di trasferimento –, che hanno comportato una evoluzione dello stesso concetto di mobilità.

Non più inteso solo come un diritto personale a contenuto prestazionale, ma anche come modello di servizio di mobilità (MaaS – *Mobility as a Service*) in cui le offerte dei diversi fornitori di servizi di trasporto sono aggregate da un unico *provider* di mobilità (il *MaaS provider*) e fornite agli utenti su tutte le scale territoriali e per qualsiasi distanza attraverso una singola piattaforma digitale, normalmente accessibile tramite applicazione

the-future-of-transport-in-urban-areas/file. In particolare, con riferimento allo “stile di vita” in grado di influenzare il comportamento di viaggio, si v. R. Kitamura, *Life-style and travel demand*, in *Transportation*, 2009, 36(6), 679 ss.; S. Reichman, *Travel adjustments and life styles: a behavioral approach. Behavioral travel demands models*, 1976, 143 ss. Oltre allo stile di vita, poi, si deve considerare anche il c.d. dilemma sociale, ovvero la situazione di conflitto tra un unico interesse collettivo e numerosi interessi personali, che possono influenzare il comportamento di viaggio. Volendo fare un esempio concreto dell'influenza di tale fattore, si consideri la tendenziale preferenza all'utilizzo dell'automobile privata, derivante dal fatto che normalmente si sottovaluta il personale contributo ai problemi ambientali generati dall'uso dell'auto, privilegiando i propri interessi personali – direttamente percepibili, diversamente da quanto avviene dal conseguente declino ambientale, che procede lentamente e gradualmente in modo difficilmente percepibile in via immediata – derivanti dall'utilizzo del mezzo proprio. Per approfondimenti, si v. L. Steg, C. Vlek, *Encouraging pro-environmental behaviour: an integrative review and research agenda*, in *Journal of environmental psychology*, 2009, 29(3), 309.

smartphone²⁴.

III. L'evoluzione del concetto di mobilità e le esigenze di policy.

Si afferma il paradigma in base al quale il trasporto sarà sempre più organizzato attorno al “servizio” di mobilità piuttosto che al “mezzo”²⁵.

La mobilità come servizio presenta molte delle caratteristiche dei Servizi innovativi di trasporto (SIT)²⁶: innanzitutto, si verifica una modifica di prospettiva socio-culturale, tale per cui si passa dal possesso dei mezzi di trasporto in uso esclusivo alla fruizione di un servizio attraverso mezzi condivisi²⁷; in secondo luogo, si realizza un rapporto trilaterale, derivante dall'emersione di un nuovo modello di *business*, in cui il viaggiatore non si confronta più con il gestore del servizio direttamente, ma attraverso dei “*mobility operator*” (ovvero consolidatori dell'offerta) che propongono tariffe integrate *a forfait* per servizi diversi che vengono integrati e combinati attraverso un unico canale di accesso – ovvero la piattaforma²⁸ – secondo i *desiderata* del viaggiatore.

24 Così ART, *Quinto Rapporto Annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, in www.autorita-trasporti.it, 12. La MaaS si riferisce a insiemi di servizi di mobilità pubblica (trasporto pubblico regionale o locale), servizi a chiamata condivisa (i.e.: *car* o *bike-sharing*, taxi collettivo) e individuale (noleggio auto) integrati tra loro, customizzabili e fruibili attraverso piattaforme e applicazioni digitali.

25 Tale impostazione ripercorre quanto verificatosi in generale nel settore dei trasporti che, essendo tradizionalmente considerato come una realtà non unitaria, bensì frantumata in più blocchi, sul principio della distinzione modale, ha subito un cambiamento di prospettiva, ponendo al centro della scena la prestazione unitaria del trasferimento, rispetto alla natura del mezzo utilizzato. Per approfondimenti in merito alla configurabilità di una serie di principi comuni ai vari tipi di trasporto, si v. P. Ivaldi, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano, 1990, 43 ss. La difficoltà ad individuare una cornice regolatoria comune per i diversi mezzi di trasporto ha cominciato a diventare rilevante con l'emergere della realtà del trasporto multimodale, incentivato anche a livello europeo. Per un approfondimento in merito alla problematica della regolamentazione del contratto di trasporto multimodale, con riferimento al trasporto di merci, si v. U. Minneci, *Il trasporto multimodale: tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*, in *Dir. Trasporti*, 2016, 353-668, 353 ss. Sul contratto di trasporto multimodale di cose, si v. A. Antonini, *Il trasporto multimodale: regime normativo e responsabilità del vettore*, in *Dir. mar.*, 2009, 3.

26 Per una ricostruzione delle caratteristiche salienti dei servizi innovativi di trasporto, si v. C. Bifulco, A. Comi, B. Dalla Chiara, M. Diana, S. Hadjidimitriou, E. Lanzi, M. Martino, V. Mauro, A. Nuzzolo, L. Persia, G. Sebastiani, G. Silvestrini, A. Nuzzolo (coordinatore), *Lo sviluppo tecnologico come driver del trasporto e della mobilità del futuro*, cit., 50 ss.

27 Deve infatti farsi riferimento al concetto di “condivisione”, o del mezzo di trasporto – *car sharing*, *bike sharing* – oppure dello spostamento – *car pooling*, *ride sharing*, taxi condivisi, servizi a domanda. Per un approfondimento sulla *sharing mobility*, si v. Osservatorio nazionale per la *sharing mobility*, *Primo rapporto nazionale 2016 – La sharing mobility in Italia: numeri, fatti e potenzialità*, Roma, Fondazione per lo sviluppo sostenibile, 2016. Si v. anche S. Heikkilä, *Mobility as a service – A proposal for action for the Public Administration. Case Helsinki*, cit.

28 Il riferimento è alla c.d. *platformization*, si v. in merito il Report EU, *Competition policy for the digital era*, A report by J. Crémer, Y.-A. De Montjoye, H. Schweitzer, in www.ec.europa.eu. Si v. anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2016)-288, Maggio 2016, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, in www.ec.europa.eu.

Siffatto mutamento di prospettiva rende inevitabile l'affermarsi di nuovi paradigmi e di nuovi concetti chiave, quali l'integrazione, la condivisione, la flessibilità e l'ottimizzazione.

Tutte linee di progressione che saranno sostenute da un uso intensivo dell'infomobilità (piattaforme, *app*, aggregatori ecc.), da un radicale ricambio dei *player* di offerta di prodotti/servizi messi sul mercato, da un salto di paradigma tecnologico nella movimentazione dei veicoli.

Affinchè l'evoluzione verso il paradigma MaaS possa dirsi completamente positiva – dato che la stessa non può certo considerarsi priva di rischi per il cittadino e la collettività, ad esempio per gli effetti sul riequilibrio modale, sui costi dei servizi, sul *digital divide*²⁹ – occorrerà la realizzazione di un nuovo scenario strutturale, contestuale e motivazionale, in grado di fornire, attraverso adeguati strumenti di *governance*, una guida continua e lungimirante (fuori dalla continua emergenza) al processo di cambiamento.

La pianificazione ed il governo della mobilità delle città di domani dovranno dunque abbandonare il vecchio paradigma “*mobility based*”, cercando di integrare le misure di infrastrutturazione fisica (strutturali, di carattere tradizionale) con quelle di natura sociale e tecnologica (informativa e motivazionale, di carattere innovativo)³⁰.

29 Si v. in merito quanto ricostruito da C. Carminucci, *Cambiamenti nella struttura della domanda e dell'offerta, Innovazioni tecnologiche e governo della mobilità*, cit., 89, il quale individua i seguenti fattori di rischio derivanti dall'evoluzione della MaaS: a) incentivo all'uso dell'auto (car sharing, viaggi ottimizzati); b) n costi maggiori per l'utente derivanti dall'intermediazione; c) nuove diseguaglianze, rese possibili dal c.d. digital divide che caratterizza il territorio italiano. Oltretutto, l'A. individua anche dei punti di resistenza ed indicatori che vanno in senso contrario all'evoluzione del suddetto sistema, in primis con riferimento ai tassi di motorizzazione che sembrano tornare a crescere comunque anche nelle città; la difficoltà a far decollare l'utilizzo della bici e la marginalità nello sviluppo della *sharing mobility* e dell'intermodalità. Siffatta ricostruzione, in ogni caso, non omette di considerare anche i fattori di spinta della MaaS, che sono molteplici (minore dipendenza dall'auto; maggiore attenzione ai modi green; maggiore propensione all'utilizzo di tecnologie digitali ecc.).

30 Un primo passaggio si è verificato sul versante della pianificazione, dai PGTU (Piano Generale del Traffico Urbano) si è passati ai PUMS (Piano Urbano della Mobilità Sostenibile), introdotti a livello europeo (Dir. c.d. DAFI 2014/94/UE, sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi) e recepiti a livello nazionale (D.lgs. n. 257/2016). Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con decreto 4 agosto 2017 ha adottato le linee guida per i piani urbani di mobilità sostenibile, per favorire l'applicazione omogenea e coordinata dei PUMS su tutto il territorio nazionale. Per approfondimento sullo stato di adozione del PUMS, si v. l'*Osservatorio PUMS* istituito su iniziativa del Ministero dell'ambiente, in www.osservatoriopums.it. Sembra inoltre opportuno segnalare anche l'All. VIII al Documento di Economia e finanza 2019, avente ad oggetto le *Strategie per una nuova politica della mobilità in Italia*, in www.dt.tesoro.it, nell'ambito del quale vengono segnalate le esigenze di sviluppo del trasporto rapido di massa su ferro. Il tema del trasporto rapido di massa metropolitano è stato trattato dal punto di vista della programmazione strategica già nell'Allegato al DEF 2018 “Connettere l'Italia” che ha dedicato un apposito paragrafo al Piano di sviluppo del trasporto rapido di massa per le aree metropolitane in continuità con quanto delineato nell'Allegato DEF 2017. Si segnala in merito anche la proposta di legge AC 848 contenente *Disposizioni per il potenziamento e lo sviluppo dei sistemi di trasporto rapido*

Si tratta di adottare un approccio alla pianificazione di tipo sistemico c.d. “*access based*”, ponendo al centro l'individuo/utente, così da prendere in considerazione tutte le diverse componenti del sistema per combinarle in modo da creare un modello integrato, unitario fortemente organizzato.

Occorrerà individuare la combinazione ideale tra le misure che cercano di raggiungere il necessario equilibrio tra interessi individuali e collettivi, tra regole di governo e del mercato, tra libertà personali ed eguaglianza sociale³¹.

La stessa Autorità di regolazione dei trasporti, la cui figura sarà oggetto di esame nell'ambito della presente ricerca, ha riconosciuto nelle suddette innovazioni, tali da rendere meno significativa la segmentazione dei mercati ed in grado di trasformare i tradizionali modelli di competizione, «*un'opportunità da non perdere per fare evolvere le politiche pubbliche*» e sollecitare il regolatore ad innovare i propri interventi, tenendo conto anche dei comportamenti degli utenti³².

di massa, che ha l'obiettivo di sviluppare e potenziare gli interventi nel settore del trasporto rapido di massa, cioè delle linee metropolitane, tranviarie e filoviare, istituendo un autonomo e nuovo Fondo nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e definendo la procedura e la tempistica per l'accesso a queste risorse. Per approfondimenti in merito si v. la relazione illustrativa allegata alla proposta di legge, in www.st_trasporti@camera.it.

31 Cfr. Allegato al DEF 2019, *Strategie per una nuova politica della mobilità in Italia*, cit., 7 ss., nell'ambito del quale si riconosce che: “*Come e forse più di altri settori, il settore dei trasporti è soggetto ad una trasformazione profonda, spinta prevalentemente dalle innovazioni tecnologiche e dall'impatto che il digitale sta apportando alle abitudini, alle esigenze e alle preferenze di mobilità di passeggeri e imprese. Da un lato, infatti, il digitale ha cambiato radicalmente le logiche di offerta dei servizi di mobilità; dall'altro, la digital transformation ha generato un progressivo assottigliamento delle linee di demarcazione tra settori diversi. Da tali fenomeni emerge l'esigenza di capire e governare le possibili sinergie tra settori contigui e tra i soggetti, pubblici e di mercato, che a vario titolo operano al loro interno*”. Si parla dunque di strategie infrastrutturali, ma anche di politiche per la mobilità. Mentre le prime devono guardare al fabbisogno del Paese in termini di completamento delle connessioni, di miglioramento della viabilità, di sicurezza delle infrastrutture e degli spostamenti, nonché di sostenibilità ambientale, di sostegno alla competitività delle imprese; le politiche per la mobilità non possono prescindere da una pianificazione sinergica con le infrastrutture energetiche, oltre che delle telecomunicazioni.

32 Si v. ART, *Sesto rapporto annuale al Parlamento*, 26 giugno 2019, cit., 16.

2. L'organizzazione del settore dei trasporti: dalla legge, alla programmazione, alla regolazione. Ripensamento di un percorso?

I. L'organizzazione governativa del settore dei trasporti; II. Gli strumenti di governance: dalla legge alla programmazione alla regolazione; III. Programmazione e regolazione: due strumenti di governance a confronto.

I. L'organizzazione governativa del settore dei trasporti.

L'analisi dell'organizzazione del settore dei trasporti può concentrarsi su quattro differenti componenti: la legislazione, la regolazione, le infrastrutture e la produzione e fornitura dei servizi di mobilità.

Al fine di meglio approfondire la regolazione amministrativa svolta dall'ART nel settore dei trasporti, con particolare riferimento al comparto del trasporto pubblico di persone su strada, oggetto della presente ricerca, sembra inevitabile prendere preliminarmente in considerazione, oltre al contesto in cui la stessa si inserisce (ovvero, il mercato dei trasporti, con le sue peculiarità, tratteggiate in precedenza), anche l'organizzazione governativa che ad essa fa da sfondo.

Pur essendosi verificata, infatti, una costante dispersione del potere normativo ed una cd. “*fuga dal regolamento*”³³, derivante dall'affermarsi del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, come modello di amministrazione alternativo rispetto ai tradizionali poteri che godono di legittimazione politica³⁴, la presente trattazione non può comunque prescindere dal considerare, seppure in modo sintetico, quali siano i soggetti istituzionali competenti nel settore del trasporto pubblico locale, riservando poi ad un distinto capitolo l'analisi della complessa relazione

33 In merito al fenomeno della c.d. “*fuga dal regolamento*” si v. V. Coccozza, *La delegificazione*, Napoli, 2005, 105-106 e 130. Parla poi di “*crisi della legge*”, F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. 1, Padova, 2004, 11. “*La crisi della legge tende ad esaltare la funzione normativa delle autorità*”, così M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 162. Si v. anche B. Tonoletti, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 389 ss.; F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, 59 ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, che parla di “*fuga dell'esecutivo dal regolamento*”; C. Padula, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 398; G. Di Cosimo, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

34 G.P. Cirillo, R. Chieppa, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 4 ss.; M. Puto, *Autorità Amministrative indipendenti*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento n. 3, vol. I, Torino, 2008.

intercorrente tra gli stessi e l'autorità di regolazione dei trasporti (ART).

Innanzitutto, occorre considerare il ruolo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) per quanto riguarda l'attività normativa in materia di sicurezza dei sistemi di trasporto pubblico locale, la vigilanza e l'investigazione in caso di incidenti e la realizzazione di investimenti.

Il MIT coopera infatti con le Regioni per guidarle nella riprogrammazione dei servizi di trasporto pubblico locale e ferroviari regionali, con l'obiettivo di rendere più efficiente e razionale il settore.

Le Regioni, dunque, a cui è demandata la potestà legislativa in materia di trasporto pubblico locale³⁵, sono incoraggiate ad individuare le tratte e gli itinerari di maggior utilizzo da parte di pendolari e di cittadini, al fine di destinare risorse finanziarie e strutturali ad interventi di miglioramento di questi servizi.

Alle Regioni spetta la funzione di coordinamento, programmazione, finanziamento e controllo oltre all'individuazione dei servizi minimi di trasporto e delle relative tariffe.

Esse curano altresì l'organizzazione stessa dei servizi di trasporto pubblico locale su ferrovia e la stipula del relativo contratto di servizio.

Alle Province, ai Comuni ed agli enti territoriali spettano tutte le altre funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale che non richiedano l'unitario esercizio a livello regionale.

In particolare, ai Comuni vengono affidati compiti gestionali e la realizzazione delle opere infrastrutturali³⁶.

35 Cfr. Corte Cost., sent. n. 222/2005 che, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di una disposizione della legge finanziaria del 2004, recante l'istituzione di un fondo per il conseguimento dei risultati di maggiore efficienza e produttività nel settore del trasporto pubblico locale, ha precisato che la materia del trasporto pubblico locale rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost., "come reso evidente anche dal fatto che, ancor prima della riforma del Titolo V della Costituzione, il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 [...] aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni ed agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati ed escludendo solo i trasporti pubblici di interesse nazionale". Si richiama inoltre la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004 con cui si riconduceva l'ambito delle modalità di gestione delle gare e di affidamento dei servizi pubblici locali, nonché della disciplina transitoria, all'ambito materiale della tutela della concorrenza, affidato alla competenza esclusiva dello Stato. A parte, infatti, le materie di legislazione concorrente espressamente indicate, riguardanti le "grandi reti di trasporto e di navigazione" ed i "porti ed aeroporti civili", deve comunque rilevarsi che la materia dei trasporti presenta connessioni, sotto vari profili, con discipline che appaiono riconducibili a materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato, tra le quali si ricordano in particolare appunto la "tutela della concorrenza" per quanto attiene alle modalità di gestione e di affidamento del trasporto pubblico locale, l' "ordine pubblico e la sicurezza", la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", la "tutela dell'ambiente" (art. 117, co. 2, lett. *h*), *m*), *s*) Cost.).

36 Cfr. art. 7 D.lgs. n. 422/1997.

Un riferimento particolare, poi, deve essere fatto anche nei confronti degli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali (c.d. ATO).

Ambiti territoriali che sono divenuti la modalità consueta e generale di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete, tra i quali è ricompreso appunto il trasporto pubblico locale su gomma, ai sensi di quanto previsto dall'art. 3bis, co. 6bis d.l. n. 138/2011³⁷ (che deve essere letto in raccordo con l'art. 19, co. 1, lett. a) d.l. n. 95/2012³⁸).

Pur restando di competenza comunale, l'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico comunale viene esercitata obbligatoriamente in forma associata da parte degli ambiti (o bacini) territoriali ottimali³⁹, i quali, nella maggior parte dei casi per disposto delle leggi regionali, sono stati

37 Fino all'emanazione del c.d. decreto Cresci Italia, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (conv. in l. n. 27/2012), che ha introdotto l'art. 3bis al corpo del d.l. n. 138/2011, annoverando tra le misure volte a favorire lo sviluppo economico, la generalizzazione della gestione per ambiti dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, si rinvenivano alcune disposizioni volte ad imporre gestioni d'ambito in alcune leggi regionali, che talvolta hanno esteso gli ambiti a settori non contemplati dal legislatore nazionale, come nel caso del trasporto pubblico locale: per una prima elencazione si v. G. Carullo, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. - CdS*, n. 10/2013, 2900 ss. Per una disamina della evoluzione della disciplina in materia di ATO si v. M. De Benedetto, *Gli ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Amm. in Cammino*, 31 maggio 2017. L'A. qualifica il succedersi di discipline in materia come “una vera e propria altalena in cui il legislatore ha mostrato di considerare diversamente il criterio politico-amministrativo nella definizione degli Ato”: residuale nell'impostazione della riforma del 2012, c.d. Cresci Italia, e centrale nella mai avverata riforma dei servizi pubblici locali prevista dalla legge delega c.d. Madia (l. n. 124/2015). Nell'ambito dell'art. 13 dello Schema di Testo unico sui servizi pubblici locali, infatti, si richiamava il criterio politico-amministrativo, privilegiandosi il livello provinciale per la dimensione ottimale dell'ambito. Si richiama anche l'art. 14 del suddetto Schema, riferito a Bacini e livelli adeguati dei servizi di tpl e regionale. La qualificazione del trasporto pubblico locale come servizio a rete avviene oggi grazie al riferimento puntuale dell'art. 3bis sopra richiamato, a prescindere dalla legislazione regionale, in quanto settore oggetto di regolazione ad opera di una autorità indipendente. In senso contrario, ha ritenuto non configurabile il tpl come servizio a rete, M.A. Sandulli, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *www.federalismi.it*, 30 giugno 2010, 15. Per approfondimenti in merito all'attuazione delle prescrizioni di delimitazione degli ambiti, si v. Invitalia, *Assetti organizzativi del trasporto pubblico locale stato di attuazione dei processi di riordino*, agosto 2015, in *www.invitalia.it*; si v. anche AGCM, Audizione presso la IX Commissione della Camera dei Deputati del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore del trasporto pubblico locale*, 3 dicembre 2013, in *www.agcm.it*.

38 Cfr. art. 19, co. 1, lett. a), d.l. n. 95/2012, nella parte i cui sostituisce il comma 27, lett. b), dell'art. 14 d.l. n. 78/2010.

39 Cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 3236/2015; sent. n. 5243/2009; aez. VI, sent. n. 2948/2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in base alle quali l'Autorità d'ambito territoriale ottimale non sarebbe semplicemente un modulo organizzativo, ma l'ente esponenziale al quale i singoli Comuni hanno trasferito le competenze a tutela dei propri interessi. Sarebbe dunque una struttura organizzativa dotata di una distinta soggettività giuridica. Si v. per approfondimenti in merito G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 93 ss. Si v. anche M. De Benedetto, *Gli ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, cit., 6, la quale evidenzia come la forma associata per l'esercizio delle funzioni si proponga come la cifra tipica della pianificazione d'ambito, con l'effetto indotto di una sostanziale diminuzione della rilevanza dei Comuni di più piccole dimensioni, che non sarebbero in grado di orientare le scelte programmatiche in sede d'ambito, non solo per la loro ridotta capacità tecnica, ma anche per le regole che presidiano gli Enti di governo. Sul tentativo dei Comuni di mantenere il più possibile una leadership sulla gestione, sottraendosi dal ruolo di programmatori e controllori che sarebbe loro spettato all'interno degli ATO, si v. G. Citroni, A. Lippi, *La politica di riforma dei servizi idrici. Istituzioni, processi e poste in gioco*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2006, 272.

individuati nelle Province, intese come enti territoriali di area vasta.

Un ruolo viene inoltre assunto dall'Osservatorio nazionale sulle politiche del TPL, a cui è demandata la verifica dell'andamento del settore e del completamento del processo di riforma del trasporto pubblico locale.

L'Osservatorio è gestito telematicamente ed è coordinato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti: si serve di una piattaforma informatica *web*, con cui vengono resi disponibili i dati delle rilevazioni indette dall'Osservatorio stesso.

Siffatti dati sono strettamente funzionali a rendere possibile, da parte del MIT e degli altri Ministeri competenti, l'attività di programmazione di una strategia nazionale idonea a guidare le amministrazioni locali e gli *stakeholder* coinvolti nel processo di pianificazione della mobilità urbana (c.d. linee guida per i piani urbani di mobilità sostenibile).

Pianificazione della mobilità urbana che, come già osservato, non può prescindere dall'uso dei Sistemi Intelligenti di Trasporto (ITS).

Il MIT è in prima linea per quanto riguarda il Piano nazionale per i Sistemi intelligenti di trasporto, già adottato dal 2014, con lo scopo di favorire la gestione della mobilità delle persone in modo multimodale attraverso gli ITS, integrando il trasporto pubblico locale, i mezzi privati ed i mezzi di trasporto alternativi attraverso piattaforme aperte; l'utilizzo della bigliettazione elettronica integrata ed interoperabile per il pagamento dei servizi di trasporto pubblico locale; il ricorso alla *Smart Mobility* nelle aree urbane ed extraurbane; lo sviluppo di servizi di *security* per il trasporto pubblico locale ed i nodi di trasporto.

La funzione di pianificazione e programmazione risulta essere quella di incidere sugli assetti e sulle tendenze del mercato del trasporto pubblico locale, correggendolo ed indirizzandolo nella misura e sotto i profili in cui ciò sia legittimo e ritenuto necessario⁴⁰: agli atti programmatici, infatti, è connaturata una funzione essenziale, quella di intervenire, mediante atti precettivi, in contesti/mercati storicamente determinati e delimitati e di orientarne o condizionarne assetti e sviluppi⁴¹.

40 Si v. S. Amorosino, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, 12.

41 Si richiama in proposito la distinzione fornita da M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 281, tra atti programmatici ed atti di programmazione.

II. Gli strumenti di governance: dalla legge alla programmazione alla regolazione.

La costante evoluzione del mercato dei trasporti e lo sviluppo profondo della complessità tecnica e tecnologica che lo caratterizzano hanno concorso a rendere le leggi ed i regolamenti degli strumenti di *governance* a valenza recessiva⁴² rispetto all'attività di programmazione che, costituendo un processo dinamico, risulta invece uno strumento adeguabile e revisionabile in funzione del perseguimento di obiettivi⁴³ modificabili nel tempo in relazione alle mutevoli esigenze.

Lo Stato programmatore sintetizza autoritativamente le informazioni statistico-economiche e le principali variabili dell'economia, interviene attivamente verso determinati obiettivi di interesse generale senza particolari criteri ordinatori, sia mediante politiche a favore delle imprese, sia con la produzione diretta di beni e servizi attraverso le proprie imprese (pubbliche)⁴⁴.

L'affermarsi della costituzione economica europea ed anche di una costituzione economica materiale interna (art. 41 e 43 Cost.)⁴⁵, caratterizzate dalla centralità dei mercati aperti e concorrenziali, che hanno dato avvio a liberalizzazioni e parziali deamministrativizzazioni⁴⁶, hanno

42 Si v. A. Contieri, *Nozioni tecniche come limite all'attività "normativa"*, relazione al *Convegno Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2004*, Milano, 2005. Secondo l'A. negli ordinamenti contemporanei la moltiplicazione di nozioni tecniche e da utilizzare indispensabilmente come elementi costitutivi di programmi sempre più complessi "allontana" forzatamente dalla dimensione normativa, la quale ben conosce le norme tecniche, ma come precetti a sé stanti e non come elementi compositivi codeterminanti di scelte politico-amministrative.

43 Siffatta caratteristica secondo S. Amoroso, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, cit., 13 ss., rende l'amministrazione per piani e programmi un'amministrazione di risultati, essendo – nel suo insieme – tutta ordinata a realizzare il risultato di modificare gli assetti esistenti dei diversi settori o mercati, in conformità ad un progetto o a obiettivi che ne costituiscono la stessa ragion d'essere. Si v. anche L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1997, 57 ss., identifica il "buon risultato" come l'oggetto tipico di una sequenza progressiva di decisioni amministrative in forma di piani.

44 Per approfondimenti si v. M. Carabba, *Programmazione*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. XII, 1997; M. Carabba, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 1114, secondo cui: "gli attori politici valutano a monte i profili di interesse pubblico e intervengono direttamente, sia nella previsione degli obiettivi generali, sia nella predisposizione delle strategie dei mezzi per raggiungerli"; M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 629: "esistendo un'attività di durata proiettata nel futuro, è pianificazione la determinazione: a) dell'ordinata temporale o di quella spaziale o di ambedue; b) dell'oggetto; c) dell'obiettivo".

45 Alla base della costituzione economica italiana si afferma un modello ideologico in base al quale sullo sfondo rimane la libertà economica soggettiva (art. 41, co. 1 Cost.), che non preclude l'instaurarsi di monopoli privati, individuali e collettivi – trattandosi di attività private tendenzialmente benefiche e costituenti fisiologica espressione della libertà di commercio –, ma ammette la regolazione amministrativa dei mercati a fini pubblici correttivi delle distorsioni del mercato (art. 41, co. 2 e 3 Cost.), nonché monopoli pubblici regolati ove occorra (art. 43 Cost.).

46 Anche in Italia, come in altri Paesi europei, sulla spinta della normativa comunitaria, sono stati innescati processi di privatizzazione, con la conseguente vendita totale o parziale del capitale sociale delle imprese di *public utilities*; di consolidamento di normative rivolte ad una maggiore liberalizzazione di settori chiave (elettricità, gas,

comportato un progressivo affievolimento dello strumento di *governance* della programmazione.

Il quadro istituzionale che attiene all'intervento pubblico nell'economia, infatti, muta significativamente⁴⁷, anche in ragione dell'integrazione normativa dell'Unione Europea⁴⁸.

Si afferma infatti un modello di azione pubblica differente⁴⁹: le programmazioni cominciano a cedere il campo⁵⁰, o quantomeno a subire una trasformazione⁵¹, per affiancarsi alle c.d. *regulations*, che

comunicazioni elettroniche,); di creazione di organismi indipendenti deputati alla regolazione dei diversi settori e deputati alla promozione della concorrenza e del mercato; di snellimento delle procedure amministrative e di eliminazione di molte regole ingiustificatamente restrittive. Questi cambiamenti, sintetizzati da F. Di Porto, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. ital. Dir. pubb. Comun.*, 2006, 947 ss., hanno portato all'affermarsi del modello dello Stato regolatore. Per approfondimenti in merito si v. G. Majone, *The regulatory State and its legitimacy problems*, in *22 West European Politics*, 1999, 1; Id., *Regulating Europe*, London, 1996. Una notevole spinta alla modifica delle modalità di regolazione è stata data dalla pubblicazione del Libro Bianco della Commissione europea *Completing the internal market*, del 1985, com (85)310 final.

47 Si v. E. Cheli, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, Atti del convegno "Il sistema delle autorità indipendenti: problemi e prospettive", organizzato da Nexus a Roma il 27 febbraio 2006, in www.astrid-online.it il quale evidenzia come in Italia, l'introduzione delle Autorità amministrative indipendenti sia stata agevolata, oltre che dalla spinta comunitaria riguardante i processi di liberalizzazione, anche: dal declino dello Stato interventista, già a partire dagli anni '70, che ha portato ad accrescere l'esigenza di una crescente separazione tra sfera politica e sfera economica; dalla crisi del sistema politico italiano degli inizi degli anni '90, che ha comportato un'accelerazione nell'arretramento della politica dalla sfera economica.

48 Cfr. Commissione Europea nella Comunicazione "Better regulation package", Comunicazione 19 maggio 2015, COM (2015)215, *Better regulation for better results – An EU agenda*, 5 e 6, in www.senato.it, afferma precisi vincoli e pressanti inviti affinché l'intervento pubblico segua la forma giuridica della regolazione e ne rispetti il relativo modello. Il richiamo è da farsi anche nei cfr. dell'art. 106, co. 2, TFUE, dato che l'integrazione normativa UE, con particolare riferimento alle attività economiche, ha in parte sottratto la disciplina dell'iniziativa economica privata alla disponibilità del legislatore nazionale, che non può imporre condizionamenti e limitazioni che non siano proporzionali rispetto all'obiettivo di interesse generale insito nell'attività stessa. Si v. anche N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5059, la quale riporta come a partire dagli anni 1970 la crisi finanziaria pubblica, il mutamento dell'assetto economico e tecnologico, ma soprattutto di quello normativo (nel quale fa il suo ingresso dirompente il diritto comunitario) impongono il superamento dei tradizionali strumenti dell'intervento pubblico, in larga parte sostituiti da una regolazione tendenzialmente oggettiva, trasparente e non discriminatoria, frutto di un procedimento informato al principio della partecipazione e della motivazione, volto ad assicurare un *regulatory due process*.

49 Per approfondimenti in merito alla storia istituzionale della disciplina dei mercati degli Stati di diritto liberali si v. M. Libertini, *Concorrenza*, voce in *Enc. del dir.*, Milano, 2010, 191 ss., il quale, ricostruendo la definizione di concorrenza, opera un *excursus* storico del ruolo dello Stato nei confronti del mercato, evidenziando come dal dirigismo pubblico nelle attività economiche, reso necessario nella cultura mercantile nel 1600, si passi all'affermazione dello Stato di diritto liberale nel 1800.

50 M. D'Alberti, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Riv. del dir. comm.*, 2007, 239 ss.: "secondo alcuni la regolazione avrebbe completamente soppiantato le misure di programmazione e, anche, le misure pubbliche unilaterali, fortemente autoritative e sanzionatorie: economisti e giuristi parlano di regulation vs. command and control".

51 Così S. Amorosino, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, cit., 18, il quale precisa che "venute meno, progressivamente le 'specie' di esse storicamente connesse a mercati amministrati, molte di esse sono destinate ad assumere la forma di programmazioni a struttura condizionale, intessute di indirizzi promozionali (ad esempio: il programma nazionale per l'informatizzazione), spesso a contenuti multipli o multisettoriali (ad esempio: un programma d'azione nazionale per la competitività), molto spesso prodotto di concertazioni interistituzionali (rese obbligate dalla multilevel governance) [...] la seconda connotazione consustanziale a queste nuove figure è di essere giuridicamente riferibili, per la loro definizione e soprattutto per la loro implementazione, al concorso/consenso di una pluralità di amministrazioni e di soggetti privati, imprenditoriali e del terzo settore,

presuppongono il riconoscimento di un maggiore spazio all'iniziativa privata e la sussistenza di un mercato che appare idoneo alla realizzazione di rapporti equi e giusti, dove l'intervento pubblico assume valore sussidiario⁵², prefigurandosi come una modifica delle “alternative dei privati” senza intervenire attraverso la realizzazione diretta del risultato da parte delle autorità amministrative⁵³ (come accade invece con la programmazione), al fine di correggere i “fallimenti” e le ipotesi di “cattivo funzionamento”⁵⁴ del mercato, in vista del perseguimento dei beni superindividuali che debbono essere garantiti⁵⁵.

Ciò si è reso del tutto evidente a partire dal 2011 con l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei Trasporti, tra i cui compiti rientrano appunto quelli di regolazione, volti a definire i criteri per la fissazione delle tariffe; a stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto locali connotati da oneri di servizio pubblico; a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto (art. 37, d.l. n.

secondo il modello delle amministrazioni a rete”, sul punto, il rinvio dell'A. è a S. Cassese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in AA.VV., *L'europa delle reti*, (a cura di) A. Predieri, M. Morisi, Torino, 2001, 43 ss.

52 Cfr. Corte Cost., sent. 200 del 2012, che considera l'intervento pubblico in economia come eccezione alla regola della liberalizzazione dei mercati. Per tale ragione, ogni onere e condizione imposto alle attività economiche private deve essere proporzionato e giustificato da motivi imperativi di interesse generale. La Corte ha ravvisato in una regolazione del mercato “razionale” e cioè non “ingiustificatamente intrusiva” (*id est*: non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti) uno degli strumenti di promozione della concorrenza perseguita, a sua volta, solo se ed in quanto capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico (efficienza e competitività), inevitabilmente incidenti anche sugli operatori economici, sui consumatori e sugli stessi lavoratori, in perfetta armonia con i principi dell'ordinamento comunitario (cfr. Corte Cost., sent. n. 14/2004), ma anche all'interno della cornice delineata dai principi costituzionali ed in specie rispetto all'utilità sociale *ex art. 41 Cost.*”, si v. in merito R. Niro, *Il diritto di iniziativa economica privata, il diritto antitrust e la tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, L.F. Pace (a cura di), Napoli, 2013, 32 ss.

53 In questo senso P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2/2018, 342, ricorda in questo senso M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli, 2010, 97 e 98: “si tratta, pertanto, di correggere quelle situazioni in cui il mercato non è in grado di garantire il rispetto del principio di uguaglianza, sostituendo ai negozi giuridici privati l'attività amministrativa”.

54 Con riferimento al contesto nel quale si ricorre alla funzione di regolazione si v. A.I. Ogus, *Introduction*, in *Regulation, economics, and the law*, A.I. Ogus (a cura di), Cheltenham-Northampton, 2001, IX. Si v. anche S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e “deregulation”*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1991, 378 ss.

55 Si v. sul punto la prospettiva teorica indicata come “public interest theory of regulation”: per approfondimenti si v. C.R. Sunstein, *The functions of Regulatory Statutes*, in *Regulation, Economics and the law*, A.I. Ogus (a cura di), cit., 4. Si v. Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), Bologna, 2000, 57 ss., il quale parla di “*riconciliazione giuridica tra servizio pubblico e concorrenza*”, tale per cui si sviluppano meccanismi di regolazione che si distinguono abbastanza nettamente dalla regolamentazione amministrativa tradizionale e che creano un “diritto al di qua del diritto”, ovvero una *soft law*, secondo la terminologia anglosassone, o un “diritto informale”, che le autorità indipendenti utilizzano in modo privilegiato. Prosegue infatti l'A, che: “*è a queste condizioni che il servizio pubblico – almeno quello economico – viene restituito al mercato e sottoposto al diritto del mercato: il che, d'altronde, non era mai venuto meno, poiché la qualificazione del servizio pubblico non aveva mai richiesto di per sé la sottrazione alle regole ordinarie delle attività commerciali*”.

201/2011 e ss.mm.ii.).

Alle funzioni del potere politico rappresentativo (governo e parlamento) nel delineare la politica nazionale ed europea in settori strategici, si affiancano dunque anche le funzioni delle autorità tecniche indipendenti, in questo caso dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), nella loro attività di *market adjudication* e di *market building*.

La liberalizzazione, infatti, per funzionare, richiede il rispetto di regole imparziali (di natura tecnica e non dipendenti da scelte dei governi), in grado di garantire, attraverso il rispetto di criteri di trasparenza, obiettività e non discriminazione, una “corretta competizione” tra le imprese private, così che queste possano prendere il posto dello Stato e delle imprese pubbliche⁵⁶.

Prima di analizzare nel dettaglio il ruolo, le funzioni ed i poteri dell'ART, il rapporto con le altre autorità competenti in materia, nonché l'incidenza della regolazione nel settore del trasporto pubblico locale di persone su strada, risulta inevitabile, ai fini della presente ricerca, approfondire il tema della regolazione.

Senza alcuna pretesa di esaurire in tale sede la disamina dei vari studi ed approfondimenti⁵⁷ che ne hanno evidenziato la complessità e la rilevanza,

56 G. Di Gaspare, A. Bardusco, G. Caia, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Nuove leggi civili*, Padova, 1998. Si v. F. Di Porto, La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza, in Riv. ital. Dir. pubb. Comunitario, 2006, 947 ss., che individua i c.d. criteri guida di stampo concorrenziale che devono presiedere agli interventi di disciplina dei servizi di interesse economico generale per rimuovere gli ostacoli normativi al funzionamento del mercato (liberalizzazione), favorendo una significativa apertura alla concorrenza, come imposto dalla normativa a livello comunitario. L'A. così li riassume: “1) gradualità nel procedere all'apertura dei mercati; 2) liberalizzazione dell'accesso ai mercati; 3) separazione fra attività in monopolio [...] ed attività in concorrenza; 4) separazione contabile e gestionale delle diverse fasi al fine di evitare sussidi incrociati; 5) accesso alle reti improntato a criteri di trasparenza, equità e non discriminazione per garantire la concorrenza fra operatori situati a monte o a valle delle reti; 6) sviluppo dell'interconnessione fra le reti nazionali e, fra queste e quelle estere”.

57 Il tema della regolazione è al centro del dibattito dottrinale nazionale ed europeo, con riferimento in particolare: ai soggetti da cui la stessa promana; ai caratteri formali ed ai contenuti della sua funzione; ai contenuti, ai confini ed alla qualificazione giuridica degli atti attraverso cui si esprime. La dottrina discute anche sull'ambito di estensione della nozione stessa di regolazione. In merito si v. M. D'Alberti, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 608. Si v. anche la nozione molto ampia fornita dallo stesso OCSE [OECD(1997), *The OECD Report on Regulatory Reform*, Paris, OECD, 1997], che si riferisce alla regolazione come “*the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens [...] regulation include laws, formal and informal orders, and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers*”. Sull'ambito di estensione della nozione, ed in particolare sulla possibilità di ricomprendervi l'attività *antitrust*, si v. A. Zito, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 807; M. Antonioli, *Regolazione e mercato*, Milano, 2001; N. Rangone, *Regolazione*, in *Diz. di Dir. pubb.*, (a cura di) S. Cassese, V, Milano, 2006, 5057-5059. In senso contrario, si v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), Bologna, 2000, 13, esclude che la funzione *antitrust* possa essere qualificata come

sia in collegamento al modello organizzativo delle autorità indipendenti, sia con riferimento ai servizi di interesse economico generale, quali appunto il servizio di trasporto pubblico locale.

III. Programmazione e regolazione: due strumenti di governance a confronto.

Evidenziato il sopra ricostruito passaggio dalla legge, alla programmazione ed infine alla regolazione, risulta inevitabile, al fine di comprenderne appieno la portata, tentare in prima battuta una ricostruzione della funzione di regolazione in antitesi alla funzione di programmazione.

Siffatta distinzione risulta oggi maggiormente difficoltosa in considerazione della “trasformazione” stessa della funzione di programmazione, che ha cominciato ad assumere alcune connotazioni proprie della regolazione⁵⁸.

A complicare il quadro, poi, si deve aggiungere la recente crisi economica, che ha comportato la tendenziale riaffermazione del ruolo degli organi politici e di governo in economia.

Si è infatti affermata una struttura dualistica dell'assetto istituzionale preposto alla disciplina amministrativa dei mercati dei servizi di interesse economico generale, nella quale gli organi politici, anche grazie ai rinnovati poteri di programmazione e di direzione delle imprese pubbliche (consentita nei limiti di legge), continuano a mantenere una posizione centrale⁵⁹.

Il rapporto tra *regulations* e programmazioni si pone infatti in termini tutt'altro che schematici, dovendosi individuare piuttosto un confine

“regolazione”.

58 S. Amorosino, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, cit., 18, identifica nuove “specie” di programmazione storicamente connesse a mercati amministrati, “molte di esse sono destinate ad assumere la forma di programmazioni a struttura condizionale, intessute di indirizzi promozionali, spesso a contenuti multipli [...] o multisettoriali [...] la seconda connotazione consustanziale a queste nuove figure è di essere giuridicamente riferibili, per la loro definizione e soprattutto per la loro implementazione, al concorso/consenso di una pluralità di amministrazioni e di soggetti privati, imprenditoriali e del terzo settore, secondo il modello delle amministrazioni a rete”.

59 E. Bruti Liberati, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Riv. reg. dei mercati*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it; E. Bruti Liberati, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 75 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 24 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 97 ss.

flessibile tra le due funzioni, ovvero un confine “a geometria variabile”, in ragione dell'oggetto della disciplina e degli equilibri tra i vari poteri pubblici, ossia quelli politico-amministrativi e quelli tecnico-indipendenti⁶⁰.

La distinzione tra programmazione e regolazione risulta poi ancora più sfumata in ragione del fatto che muovono entrambe dall'esigenza di raggiungere finalità di interesse generale, con la differenza che la prima, oltre a stabilire gli obiettivi sociali, fissa il percorso e predispone i mezzi normativi e finanziari per raggiungerli⁶¹; mentre la seconda si limita ad intervenire su dinamiche spontanee dell'iniziativa economica privata, sull'assunto che il mercato, se adeguatamente corretto, possa garantire determinate finalità generali, che si considerano inerenti alle stesse attività economiche⁶².

Le regolazioni, quali discipline giuridiche delle attività aventi rilievo economico, poste ed attuate da autorità pubbliche, sia amministrative tradizionali che tecniche-indipendenti, si compongono di interventi – che devono essere oggettivi, tecnici, scarsamente discrezionali e non discriminatori⁶³ – che sono parte del mercato, ovvero che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi.

Le regolazioni normalmente si limitano a porre le condizioni dell'agire, ovvero a prefigurare i criteri di comportamento ai quali i destinatari si uniformano nei loro rapporti reciproci senza interferire sui contenuti e sugli scopi.

La programmazione, invece, quale funzione allocativa diretta dello Stato attraverso la predisposizione di atti precettivi, disciplina i meccanismi di mercato verso obiettivi prefissati, incidendo inevitabilmente sul contenuto

60 S. Amorosino, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, cit., 20. In senso contrario si v. P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 344, secondo il quale “programmazione e regolazione sono dunque forme di intervento che attengono a momenti istituzionali diversi, fondate su presupposti differenti e con contenuti difficilmente paragonabili”.

61 P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 342 ss., si riferisce alla programmazione come quella attività che guida le attività economiche secondo la c.d. “funzione-obiettivo”, ovvero in base ad un disegno preordinato al perseguimento di determinati fini, sorretto finanziariamente.

62 P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 343, che ricorda il significato della clausola sociale prevista dall'art. 41 Cost., nei termini indicati da M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1191, par. 3.

63 In tal senso si v. M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, cit., 178 ss., il quale, pur evidenziando l'esistenza di stili diversi di regolazione, a seconda dei regolatori, mette in luce l'esistenza di alcuni criteri obiettivi, imposti esplicitamente e specificamente dal diritto comunitario.

dell'attività imprenditoriale e, pertanto, risulta caratterizzata da valutazioni di politica economica (lotta alla disoccupazione, riduzione del divario tra diverse aree geografiche, ecc.)⁶⁴.

Come anticipato, tuttavia, la distinzione regola/fine è comunque sfuggente, dato che alcune regolazioni ben possono essere finalizzate a realizzare un disegno o progetto di costruzione del mercato; così come alcune programmazioni sono in grado di presentare profili propriamente regolatori, determinando *standards* e criteri⁶⁵.

Poste queste necessarie premesse, volte a specificare i caratteri che hanno portato all'affermarsi della funzione di regolazione in parallelo – per le considerazioni anzidette – alla funzione di programmazione, il tentativo che ci si pone sarà quello di fornire una visione unitaria, per quanto possibile⁶⁶, del fenomeno della regolazione, così poi dai poterlo calare nello specifico settore del trasporto pubblico di persone su strada, oggetto della presente ricerca.

64 Si v. L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 129. Si v. M. Mazzarino, *Trasporti e regolazione. Fondamenti economici ed aspetti applicativi per il ruolo moderno del soggetto pubblico nel settore dei trasporti*, Milano, 2015, 11, il quale parla di un “passaggio epocale: il coordinamento pubblico-privato viene concepito sulla base di criteri che mirano all'applicazione nel sistema di condizioni concorrenziali e ciò determina una profonda rivisitazione degli strumenti tradizionali utilizzati dal soggetto pubblico. Quest'ultimo, perciò, deve essere in grado di intervenire nel sistema 'modulando' il comportamento dei soggetti operanti in regime di deregulation ed indirizzandolo a fini di benessere sociale”.

65 Di diverso avviso P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 344, che individua la programmazione e la regolazione come “forme di intervento che attengono a momenti istituzionali diversi, fondate su presupposti differenti e con contenuti difficilmente paragonabili”.

66 Con riferimento alla difficoltà di individuare una portata unitaria del fenomeno, si v. in dottrina N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 105 e 112 ss., che parla di diritto della transizione. Anche la giurisprudenza parla di “diritto formalmente eterogeneo”, “misto”, collocato “a cavallo tra pubblico e privato”, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, sent. n. 683/2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

3. Introduzione alla regolazione: fenomenologia della funzione.

I. L'origine della regolazione e le spinte europee; II. Gli elementi della prassi fenomenologica della regolazione: l'elemento oggettivo; III. La nozione polidimensionale di regolazione: il significato economico, giuridico e sociale; IV. Gli elementi della prassi fenomenologica della regolazione: il mercato e lo scopo; V. Segue. Gli elementi della prassi fenomenologica della regolazione: i soggetti e le modalità di esercizio della regolazione; VI. Segue. Le modalità di esercizio della regolazione; VII. L'appropriazione del modello: l'autoregolamentazione o regolazione privata.

I. L'origine della regolazione e le spinte europee.

Partendo dalla definizione della nozione di regolazione si incontrano le prime difficoltà: la pluralità dei mercati regolati, la loro eterogeneità, la varietà delle fonti normative e l'atipicità delle figure soggettive regolatrici determinano un proliferare di criteri di definizione, a volte persino contrastanti tra loro⁶⁷.

La regolazione, infatti, è un fenomeno polidimensionale ed in costante evoluzione, che si compone di elementi e nozioni tanto giuridiche quanto economiche e sociologiche⁶⁸.

L'espressione tecnica regolazione (o secondo alcuni “regolamentazione”,

67 Si v. S. Valentini, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005, 4 ss.

68 Si v. B. Morgan, K. Yeung, *An introduction to law and regulation: text and materials*, Cambridge, 2007, 3, secondo i quali: “attempts to define the proper scope of regulation provoke a much greater level of disagreement, often because of the political and ideological battles referred to above”. Per una ricostruzione delle possibili concezioni della “regolazione”, si v. R. Baldwin, M. Cave, *Understanding regulation*, Oxford, 2012, 2 ss., i quali individuano tre diversi significati in cui può essere usato il termine regolazione: 1) *as a specific set of commands*, dove la regolazione comporta la promulgazione di un insieme di regole vincolanti imposte da una determinata autorità costituita per uno scopo specifico; 2) *as deliberate state influence*, dove la regolazione ha un significato più ampio, comprendendo tutte quelle attività dello Stato che hanno l'obiettivo di influenzare i comportamenti economici e sociali; 3) *as all forms of social or economic influence*, dove tutti i meccanismi in grado di influenzare i comportamenti, sia che siano posti in essere dallo stato o da altre fonti (come ad esempio il mercato), possono considerarsi regolazione. I medesimi A., poi, sviluppano il concetto della regolazione come semaforo rosso e semaforo verde, c.d. “*red light and green light concept*”, in base alla quale la regolazione può essere concepita non solo come un'attività che restringe i comportamenti e previene l'accadere di certi comportamenti indesiderabili; ma anche come un'attività enabling or facilitative, con cui si prevedono regole in grado di rendere possibili determinati comportamenti, altrimenti preclusi in ragione del caos del mercato non soggetto ad alcun controllo. Per un approfondimento in merito si v. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge, 2009.

espressione a mio avviso meno corretta, in quanto in grado di ingenerare una confusione terminologica con l'attività amministrativa tradizionale di predisposizione di fonti di rango secondario⁶⁹) viene adoperata sia dalle normative europee che da quelle nazionali, che interessano i settori economici.

La regolazione, ovvero l'apposizione di regole⁷⁰, nasce come una delle possibili forme di intervento pubblico nell'economia, in cui il paradigma dello Stato regolatore si contrappone – o meglio, si giustappone, per le ragioni anzidette nel capitolo precedente – allo Stato gestore⁷¹.

Si veda ad esempio l'utilizzo dell'espressione nell'ambito della direttiva sullo sviluppo del mercato interno dei servizi postali (Dir. n. 97/67/CE), oppure, in ambito nazionale nella stessa legge n. 481/1995, il cui titolo, appunto, è “*Norme per la concorrenza e la «regolazione» dei servizi di pubblica utilità*”.

La connessione e l'influenza delle scienze economiche è rilevante⁷², così come messo ben in evidenza dalla scienza giuridica anglosassone (statunitense e britannica) che si è occupata ampiamente della elaborazione del concetto di regolazione, che trova la propria origine proprio in quegli ordinamenti⁷³.

69 Anche in Francia, il termine *regulation* viene ripreso integralmente da quello inglese, per distinguerlo, “se non addirittura per opporlo a quello della «regolamentazione», senza che a tutt'oggi sia ancora chiaro il suo esatto significato”, così Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesaro, M. D'Alberti (a cura di), cit., 50. L'A. si sofferma sulla “disputa terminologica”, quale cartina di tornasole che consentirà di definire le specificità della tradizione francese in materia di servizi pubblici e della loro regolazione.

70 La maggior parte della dottrina economica americana adotta un concetto più ampio di regolazione, comprendendo categorie di azioni quali la pianificazione economica, le sovvenzioni, la concentrazione, ecc. In ragione di tale sostanziale differenza concettuale, la regolazione viene identificata negli Stati Uniti come un processo di interferenza politica. Si v. in tal senso M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 211 ss.

71 In merito si v. A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999. Non condivide l'identificazione tra lo Stato regolatore e lo Stato che interviene attraverso le autorità di regolazione, togliendo in tal modo rilevanza all'analisi teorica dei costi e dei benefici dei diversi strumenti istituzionali, A. Boitani, *Costi e benefici di diversi modelli di regolazione*, in *An. giur. ec.*, 2002, vol. 1, 5 ss.

72 Il fenomeno della regolazione viene spiegato in termini non strettamente giuridici, sul presupposto della fine dell'autonomia della scienza giuridica, si v. per approfondimenti in merito R.A. Posner, *The decline of law as an autonomous discipline*, 100, in *Harvard Law Review*, 1987, 761 ss. Anche A. Zito, nelle sue considerazioni introduttive, alla voce *Mercati (Regolazione dei)*, cit., 805, evidenzia il diverso rapporto, rispetto al passato, tra il sistema giuridico ed il sistema economico, nonché l'influenza di quest'ultimo nell'adozione di regole intercettanti il funzionamento del mercato e nell'istituzione di peculiari soggetti amministrativi di garanzia ovvero di regolazione cui sono stati attribuiti compiti di vigilanza e controllo. Il riferimento, naturalmente, è alle autorità amministrative indipendenti, di cui oltre.

73 Secondo la definizione data dal diritto statunitense, la *regulation* costituisce quella parte del diritto amministrativo che concerne gli atti che le agenzie pubbliche emanano in relazione a condotte di soggetti privati, su legittimazione

Nonostante il richiamo alla *regulation* statunitense debba dunque considerarsi imprescindibile per l'introduzione del fenomeno della regolazione⁷⁴, non può comunque sottrarsi l'impossibilità di operare una trasposizione dei concetti affermatasi in ambito straniero nel nostro ordinamento, in ragione delle differenze connaturate ai diversi sistemi giuridici presi in considerazione⁷⁵.

Basti in questa sede evidenziare una differenza su tutte: se nel modello anglosassone la regolazione è stata introdotta allo scopo di immettere in mercati improntati alla libera iniziativa economica un intervento pubblico⁷⁶; nell'esperienza del diritto dell'Unione europea la regolazione si

del *Federal Administrative Procedure Act* del 1946 e ss.mm.ii., alle cui prescrizioni risulta assoggettata l'attività amministrativa. Per approfondimenti in merito si vedano: B. Schwartz, *Administrative law*, Boston-Toronto-London, 1991, 10 ss.; S. G. Breyer, R. B. Stewart, *Administrative law and regulatory policy*, Boston, 1979, 1985, 2 ss.; L. Barra Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento Usa – Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Torino, 1997. Per quanto attiene all'esperienza britannica si v. T. Prosser, *Law and the regulator*, Oxford, 1997, 4 ss. Occorre poi precisare che, sebbene l'originaria concezione americana del fenomeno regolativo abbia subito una evoluzione sostanziale, la stessa non risulta comunque sovrapponibile alla definizione di regolazione fornita dal diritto dell'Unione Europea. La teoria americana, infatti, nella sua formulazione originaria si basava sul concetto che regolare significasse sottrarre il mercato alla concorrenza. Per approfondimenti si v. M. Florean, *Le origini americane della regolazione*, in S. Valentini, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005, 117 ss.

74 Per un riassunto circa il dibattito dottrinale emerso intorno al tema della regolazione negli Stati Uniti, si v. Kahn, *The economics of regulation*, MIT Press, 1970, per il quale esistevano quattro principali componenti della regolazione: “*control of entry, price fixing, prescription of quality and conditions of service, and the imposition of an obligation to serve all applicants under reasonable conditions*”. Cfr. *Nebbia vs New York*, US Supreme Court ha statuito che: “*it is clear that there is no closed class or category of businesses affected with a public interest, and that the function of courts in the application of the Fifth and Fourteenth Amendments is to determine in each case whether the circumstances vindicate the challenged regulation as a reasonable exertion of governmental authority or condemn it as arbitrary or discriminatory*”. Siffatta decisione ha aperto la strada alla regolazione negli Stati Uniti, riconoscendo che il quattordicesimo emendamento proibisce ogni ingerenza governativa in economia, con l'eccezione di quelle industrie “*that are affected with a public interest. In those industries, economic operators enjoyed monopoly power*”, si v. per approfondimenti, M. Rusche, *Regulation and competition*, in L.O. Blanco, B.V. Houtte, *EU regulation and competition law in the transport sector*, Oxford, 2017, 39 ss.

75 Con riferimento all'impossibilità di trasporre i concetti propri del diritto statunitense nel nostro ordinamento, si v. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 78 ss., il quale evidenzia le peculiarità del sistema statunitense rispetto a quello italiano. Nel sistema statunitense il diritto amministrativo rappresenta almeno concettualmente un'eccezione rispetto alle regole della *common law*, in quanto “*originato dalla preoccupazione (di natura prevalentemente, ma non esclusivamente sociale) di assicurare in determinate materie un assetto di interessi diverso rispetto a quello che si verrebbe a creare secondo l'ordine spontaneamente realizzato dagli operatori in concorrenza [...] Il suo carattere di congenita eccezionalità, rispetto alla common law, e conseguentemente alle regole della concorrenza, dà atto della tesi per la quale la regolazione è giustificata dai fallimenti del mercato; espressione questa che comprende una serie eterogenea di situazioni in ordine alle quali si ritiene necessario un intervento correttivo di natura pubblica*”. Sempre con riferimento all'influenza del modello statunitense rispetto alle autorità di regolazione dei mercati, si v. anche N. Longobardi, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, (a cura di) N. Longobardi, Torino 2016, 120, il quale evidenzia che lo sviluppo delle autorità deriva dalla necessità di formazione di un modello amministrativo innovativo, che si adatti ed evolva al pari delle forme dell'azione pubblica e dei principi di organizzazione dello Stato, con cui si verifica una tendenziale sottrazione delle funzioni pubbliche all'indirizzo politico di maggioranza, al fine di rispondere ad una esigenza di efficacia e di garanzia, che divengono ineludibili quando “*il corretto esercizio delle funzioni rileva anche a livello europeo e/o globale (come, da ultimo, attesta ad es. l'evoluzione dell'ISTAT verso l'assetto di autorità indipendente)*”.

76 Cfr. *Nebbia v. New York*, US Supreme Court decisione 291, 502. L'interesse per il tema della regolazione in Europa

è resa necessaria per indurre e mantenere gli equilibri concorrenziali nei mercati recentemente aperti alla concorrenza e, in un momento successivo, per indirizzare i mercati verso determinati obiettivi di sviluppo economico e di coesione sociale o, comunque, di interesse generale⁷⁷.

Occorrerà dunque procedere ad una perimetrazione del concetto prestando attenzione al contesto nazionale e tenendo comunque presente che la stessa regolazione che si è affermata nell'ordinamento italiano sembra derivare da un'autonoma elaborazione effettuata in sede europea, risultante dalla mediazione di diversi diritti pubblici⁷⁸.

Si affermano infatti, in ambito europeo e presso alcuni organismi europei specializzati (come ad es. l'OECD), precisi vincoli affinché l'intervento pubblico segua la forma giuridica della regolazione e ne rispetti il relativo modello.

Il richiamo non può che essere rivolto al programma della Commissione Europea volto a migliorare la qualità del processo di elaborazione politica e legislativa dell'UE, al fine di garantire che la legislazione serva meglio gli interessi dei cittadini⁷⁹.

Lo scopo messo in evidenza nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo ed al Comitato delle Regioni, dal titolo “*Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell'UE*”⁸⁰ è quello di garantire che vi sia trasparenza durante l'intero processo decisionale, che l'attività politica e legislativa si fondi su fatti e che i cittadini e le parti interessate siano

ha cominciato ad emergere negli anni 1980, non perchè l'Europa fosse caratterizzata dall'assenza di regolazione, ma in quanto questa era utilizzata, rispetto all'esperienza statunitense, con modalità differenti. Per approfondimenti circa la storia della regolazione in Europa, si v. C. Kirchner, *Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their realization and of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services*, in H. Ullrich, *The evolution of european competition law: whose regulation, which competition?*, Cheltenham, 2006, 241 ss.

77 Si v. M. Rusche, *Regulation and competition*, in L.O. Blanco, B. Van Houtte (a cura di), *EU Regulation and competition law in the transport sector*, Oxford, 2017, 41 ss. ed in particolare 43: “*whereas statutory regulation in the United States was introduced to tame the free market, statutory regulation in Europe had the purpose of letting some free market into sectors of the economy that had been completely shielded from competition*”.

78 In questi precisi termini L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 84.

79 Si v. anche OECD, *Improving the quality of laws and regulations: economic, legal and managerial techniques*, Paris, 1994, nell'ambito del quale si evidenzia che la qualità della regolazione è un principio di carattere elusivo, infatti “*the problem comes in setting quality standards to define what good regulation is*”. Si v. anche, seppure con riferimento alla c.d. *water governance*, ovvero con riferimento ad un differente settore, di eguale rilievo dal punto di vista dell'interesse pubblico perseguito, OECD, *Stakeholder engagement for inclusive water governance*, OECD Studies on water, 2015.

80 Commissione Europea nella Comunicazione “*Better regulation package*”, Comunicazione 19 maggio 2015, COM (2015)215, *Better regulation for better results – An EU agenda*, cit., in www.senato.it.

coinvolti.

L'impegno preso dalla Commissione, infatti, è quello di “*basarsi sui progressi già compiuti grazie alle valutazioni di impatto ed al programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione (REFIT)*”, senza imporre le politiche, ma preparandole “*in modo inclusivo e totalmente trasparente, dialogando con i destinatari della legislazione e tenendo conto dei loro pareri, in modo da produrre norme facili da attuare*”⁸¹, così da consentire un controllo esterno ed un riesame periodico che renda possibile il giudizio sull'UE sulla base dell'impatto delle sue azioni⁸².

II. Gli elementi della prassi fenomenologica della regolazione: l'elemento oggettivo.

Gli elementi che ricorrono imprescindibilmente nella prassi fenomenologica della regolazione dei mercati, possono così individuarsi:

81 In questi termini, si v. Commissione Europea nella Comunicazione “*Better regulation package*”, Comunicazione 19 maggio 2015, COM (2015)215, *Better regulation for better results – An EU agenda*, cit., 3. Per approfondimenti si v. in merito L. Di Donato, *The regulatory quality in the European Union*, in www.amministrazioneincammino.it, il quale individua la qualità della regolazione come un “*autonomous public interest*”, dotato di una propria specificità e che, conseguentemente, deve essere perseguito con appositi strumenti e strategie. Per approfondimenti si v. C. M. Radaelli, A. C. Meuwese, *Better regulation in the European Union. The political economy of impact assessment*, in K. Jacob (ed), *Evaluating Integrated Impact Assessments (EVIA)*, Handbook, Springer, 2009, 2. L'Unione Europea ha infatti sviluppato un esteso interesse nell'uso degli strumenti, delle politiche e delle istituzioni che incoraggino alla “*better regulation*”, si v. in merito, S. Weatherill, *Better regulation*, Oxford, 2007; R. Baldwin, *Better regulation: the search and the struggle*, in R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *The Oxford handbook on regulation*, Oxford, 2010.

82 Risulta evidente il rimando al meccanismo dell'analisi di impatto della regolazione (Air), che offre al decisore politico elementi basilari sull'impatto potenziale delle opzioni alternative di regolazione, apre i processi decisionali alla partecipazione degli interessati e fa in modo che i decisori motivino adeguatamente le loro scelte. Di conseguenza l'Air incrementa la trasparenza e la partecipazione ai processi decisionali e riafferma l'obbligo di motivazione. Per questo dal 2003 è stata imposta alle autorità amministrative indipendenti, in funzione di una loro maggiore legittimazione ed *accountability*. Per approfondimenti in merito all'utilità di questo strumento per il perseguimento della qualità sostanziale delle regole, si v. N. Rangone, *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'Air*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 675 ss. Si v. anche, Idem, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5061 ss., l'A. opera una disamina degli ambiti in cui la valutazione di impatto della regolazione è oggetto di applicazione nell'ordinamento italiano. Il principio di partecipazione all'elaborazione delle regole deriva da quanto previsto nel sistema USA dall'*Administrative Procedure Act* (1946): le autorità indipendenti di regolazione devono, infatti, prevedere e applicare una procedura di *notice and comment*, in base alla quale la proposta di atto di regolamentazione deve essere resa pubblica dall'autorità per consentire che i soggetti interessati si esprimano su di essa. Delle osservazioni acquisite al procedimento deve poi tenersi conto nel procedimento di adozione dell'atto di regolazione generale. Proprio dal più ampio coinvolgimento degli interessi in gioco, nonché dal rispetto del principio di proporzionalità e motivazione, trarrebbe “*legittimazione quella che nella sostanza è un'ampia delega di funzione normativa a vantaggio di un'autorità amministrativa, la cui principale giustificazione risiede in un'esigenza di funzionalità ed effettività delle regole*”, così N. Longobardi, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 129. Per un'analisi dei limiti e dei meriti del “*notice and comment*”, si v. OECD, *Review of regulatory reform in the United States*, Paris, febbraio 1999, 35 ss.

l' "elemento oggettivo", inerente alla attività di apposizione di regole; quello "soggettivo", derivante dalla presenza di un regolatore indipendente; il "mercato" e lo "scopo" della regolazione.

Per regolazione, infatti, deve intendersi quell'insieme di norme e provvedimenti⁸³ con cui si detta una particolare disciplina del mercato di riferimento, mercato che costituisce al tempo stesso causa ed effetto della stessa regolazione, oltre che luogo in cui essa trova applicazione⁸⁴, per il perseguimento di uno scopo di interesse pubblico.

L'individuazione degli elementi-base della regolazione consente di dare

83 Trattasi di norme e provvedimenti che disciplinano i poteri e le funzioni dei soggetti regolatori, il contenuto degli atti di regolazione e gli istituti tipici di regolazione concorrenziale contenuti negli atti di regolazione. L'unico vincolo contenutistico, indipendentemente dalla provenienza delle fonti regolative di volta in volta adottate nel singolo ordinamento e dal relativo rango giuridico, deriva dal necessario rispetto del diritto dell'Unione Europea e dei suoi principi nonché degli atti derivati che hanno imposto la regolazione dei mercati (concorrenza, mercato, impresa, libera circolazione, diritti dei consumatori e degli utenti ecc.). La definizione legale di regulation si rinviene, dapprima nel sistema americano al paragrafo 551 dell'Administrative procedure act, come "any act by which an agency implements an act adopted by Congress, based on the mandate given by Congress in the act in question". Le agenzie a loro volta sono spesso previste dallo stesso atto che contiene il mandato alla regolazione e possono essere sia indipendenti dai dipartimenti di governo, sia parti di essi. Per ciò che concerne la definizione europea di regolazione, questa si ricava nella bozza del Trattato per una Costituzione europea all'art. I-33, paragrafo 1, in base al quale: "A European regulation shall be a non-legislative act of general application for the implementation of legislative acts and of certain provisions of the Constitution. It may either be binding in its entirety and directly applicable in all Member States, or be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods". Rilevanti sono anche gli artt. I-35,36, 37 e 40 della bozza, che – come noto – non hanno trovato recepimento nel Trattato di Lisbona. Una traccia della definizione resa dal sopra richiamato art. I-33, si rinviene all'art. 263 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, cfr. in merito l'interpretazione resa dalla CGUE, judgment Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Parliament and Council, T-18/10. Come rileva T.M. Rusche, *Regulation and competition*, in L.O. Blanco, B. Van Houtte (a cura di), *EU Regulation and competition law in the transport sector*, Oxford, 2017, 46, "in conclusion, both the United States and European legal order define regulation as a legal act that is issued by the executive branch, based on a mandate that the legislator has set in a legislative act. The legal definitions of regulation therefore exclude any acts adopted by the legislator". Per approfondimenti in merito alla natura non esclusivamente normativa dell'attività regolativa, si v. N. Marzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87 ss.; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 11. Una completa disamina degli strumenti e delle tipologie di intervento di regolazione, c.d. opzioni di regolazione, è resa da N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5062, nella quale si richiamano: gli strumenti di intervento tradizionale definiti di *command and control* di regolazione diretta, attraverso i quali i pubblici poteri introducono ad esempio regimi di concessioni di attività o impongono *standards* obbligatori relativi ad attività o prodotti (che si basano su obblighi e divieti specifici provvisti di sanzione); le opzioni alternative, da affiancare o sostituire alla regolazione diretta, come le opzioni di informazione o l'autoregolazione sotto il controllo pubblico; gli incentivi, nella forma tradizionale dei sussidi di scopo, ma anche della tassazione ambientale ed i permessi di inquinare commercializzabili; l'opzione zero, ovvero la decisione del regolatore di non intervenire una volta valutata la non effettiva necessità della regolazione, oppure i suoi eccessivi svantaggi rispetto ai benefici.

84 Sulla nozione di mercato, da intendersi in senso più ampio rispetto al concetto di "mercato rilevante" individuato dal diritto dell'Unione europea per valutare la sussistenza o meno di una posizione dominante, in quanto composto da plurimi elementi, tra i quali innanzitutto i concorrenti che in esso operano, le infrastrutture che ne compongono la rete, i servizi forniti ed i prodotti, nonché i consumatori/utenti, si v. R. Franceschelli, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, 501 ss.; M.R. Ferrarese, *Immagini del mercato*, in *Stato mer.*, 1992, 291 ss. Per un approfondimento del mercato rilevante nel diritto *antitrust* si v. C. Baudino, *Definizione del mercato rilevante ed applicazione del diritto comunitario antitrust: la comunicazione della Commissione*, in *Contr. impr. eur.*, 1998, 524 ss.; M.L. Milanese, *Il mercato rilevante*, in *Quad. fior. dir. comm.*, 4/1997.

una prima definizione di carattere formale ed unitario del fenomeno della regolazione, come l'apposizione di regole giuridiche, da parte di uno o più soggetti (solitamente pubblici) a ciò preposti, allo scopo di regolare le dinamiche che intercorrono tra i soggetti che operano nel mercato regolato, gli utenti del mercato, le istituzioni pubbliche, nel perseguimento di specifiche finalità altrimenti difficilmente perseguibili nell'ambito di un mercato che si sviluppa spontaneamente.

In senso economico, la regolazione è un particolare regime di mercato instaurato dall'autorità pubblica con un tipo di politica volto al ristabilimento di condizioni di mercato tali da riprodurre il più fedelmente possibile l'esito di una situazione perfettamente concorrenziale⁸⁵. Ciò vale in tutte le situazioni di monopolio, in particolare di tipo naturale (tipico delle infrastrutture di trasporto, soprattutto quelle a rete) ed in tutte quelle situazioni che giustificano un regime di concorrenza per il mercato (ovvero di Demsetz *competition*, dal primo ricercatore che l'ha teorizzata).

Con riferimento all'estensione stessa della nozione di regolazione, questa, nella sua accezione più ampia, ha finito per coprire l'intero campo delle attività dei pubblici poteri in ambito economico, assumendo un semplice carattere descrittivo, in grado di definire quanto i pubblici poteri possano (ovvero debbano) fare in ambito economico⁸⁶, designando “*l'insieme delle funzioni amministrative che incidono sulla sfera giuridica dei soggetti privati e sulle loro attività*”⁸⁷.

85 R. Zucchetti, M. Ravasio, *Trasporti e concorrenza*, Milano, 2001.

86 A. Zito, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 806, il quale rimanda ai “mobili confini del concetto di regolazione”, si v. L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 19 ss. Cfr. OCSE, *Report on regulatory reform*, Parigi, 1997, <https://doi.org/10.1787/9789264189751-en>, che, all'interno dell'ampia categoria della nozione di regolazione, individua la “*economic regulation*”, generalmente definita come volta “*to improve the efficiency of markets in delivering good and services*”; la “*administrative regulation*”, attraverso la quale i pubblici poteri impongono a soggetti terzi una serie di amministrative burdens, “*in the form of filling out forms, asking for permissions, reporting information, notifying the government, and record-keeping*”. Oltre a tali categorie, si deve evidenziare anche la “*social regulation*”, volta a correggere una vasta gamma di difetti di informazione, ovvero di effetti collaterali o di esternalità delle attività economiche in campi quali la salute, l'ambiente, la sicurezza dei lavoratori, gli interessi dei consumatori. In tal senso si v. A. La Spina, G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, 39 e 41. Si v. anche F. Bassan, *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2003, 973 ss., il quale evidenzia che anche il diritto comune europeo abbraccia una nozione particolarmente ampia di regolazione, comprensiva di interventi espressione di potere normativo ed amministrativo.

87 In merito si v. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 84, il quale specifica che l'espressione “regolazione amministrativa”, nel linguaggio giuridico italiano, per lungo tempo non è stata frequente, essendo stata peraltro adottata secondo accezioni tra loro diverse, non sempre in senso prettamente tecnico, come funzione diretta ad imporre l'autorità delle pubbliche amministrazioni affinché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento venissero esercitati senza pericolo per l'esistenza stessa o la salute e comunque per l'esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri. Si v. anche in senso critico

III. La nozione polidimensionale di regolazione: il significato economico, giuridico e sociale.

Per tale ragione si è correttamente distinto il significato propriamente economico del concetto di regolazione da quello giuridico: mentre nella prima accezione vengono in evidenza quelli che sono i contenuti della prescrizione, ovvero la loro attitudine ad incidere sulla libertà di iniziativa economica, nonché a determinare, costi ed oneri per i destinatari; nella seconda accezione, di tipo giuridico, l'attenzione alle regole è rivolta alla loro valutazione di impatto⁸⁸, non potendo determinare costi superiori a quanto necessario per il perseguimento delle proprie finalità⁸⁹.

Tale impostazione presuppone necessariamente che vi sia una primazia della libertà di iniziativa economica, del mercato e degli interessi privati.

Si ammette una funzione allocativa dello Stato solo in via indiretta e residuale, per ripristinare le condizioni di efficienza che il mercato da solo non è in grado di assicurare⁹⁰.

Naturalmente, tali misure devono essere caratterizzate dal rispetto del principio di proporzionalità: gli obiettivi dalle stesse previsti devono infatti essere realizzati nel modo più adatto e proporzionale possibile alle dinamiche economico-private⁹¹.

Nel rispetto del principio di proporzionalità e sussidiarietà, infatti, la

rispetto all'estensione della nozione di regolazione ad ogni specie di ingerenza pubblica nell'economia, come la pianificazione, le sovvenzioni, la concertazione, la disciplina sanitaria e del lavoro ecc., anche S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, A. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit., 12.

88 Inevitabile è il richiamo alla già citata comunicazione “*Better regulation package*”; con riferimento all'analisi *ex ante* ed *ex post* dell'impatto della regolazione, si veda anche A. Natalini, F. Sarpi, G. Vesperini (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Roma, 2014. Si v. anche Cons. St., parere n. 855/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, nell'ambito del quale l'attività di monitoraggio e valutazione *ex post* dell'impatto della regolamentazione viene definita come un'attività cruciale per una riforma che sia davvero percepita dagli operatori pubblici e privati, e rilevata dai dati statistici e dalle verifiche *ex post*, nonché punto di partenza essenziale per i successivi interventi correttivi e di *fine tuning* della riforma.

89 La distinzione è di P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 351 ss.

90 La limitazione dell'azione dei privati in funzione della protezione di valori costituzionali ha anche una funzione di garanzia, in quanto “esclude che una limitazione possa essere giustificata dal perseguimento di interessi d'altro genere e di minore pregio”, così M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, cit. par. 3.

91 Cfr. Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2006, sent. n. 3501, in www.giustizia-amministrativa.it., relativa ad un provvedimento con cui l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas prescriveva agli operatori di settore misure comportamentali indirettamente conformative dei prezzi, imponendo ai soggetti che versavano nella condizione di potere di mercato il vincolo di non modificare il prezzo stesso. In tale caso, il giudice amministrativo ha ritenuto illegittime le misure che creano una “asimmetria ai danni di taluni operatori incisi nella loro libertà di azione, non giustificata, sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità, dal presupposto di comportamenti abusivi, scorretti o anche solo sintomatici di una distorsione speculativa del funzionamento del mercato”. Si v. anche M. Monti, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 82.

regolazione non violerebbe il principio di libertà di iniziativa economico privata di cui all'art. 41 della Costituzione, “*stante la necessità che anche siffatta libertà vada esercitata con le limitazioni derivanti dalla funzione sociale cui essa soggiace*”⁹².

Oltre al contenuto economico, determinato dal perseguimento delle finalità pro-concorrenziali da parte della regolazione, sussiste dunque anche un contenuto sociale della regolazione⁹³.

La regolazione, infatti, persegue una molteplicità di obiettivi, tra i quali

92 Cfr. Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2005, sent. n. 5467, in www.giustizia-amministrativa.it, in tema di determinazione delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale ai clienti finali e di tariffe per l'attività di distribuzione. In merito alla interpretazione e possibile rielaborazione dell'art. 41 Cost., si v. L. Elia, *La disciplina dell'economia: forme dell'intervento normativo*, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), Bologna, 2000, 43 ss., il quale riporta una proposta suggestiva di Giuliano Amato, nel 1997, di integrazione dell'art. 41 Cost. con “una sorta di norma interpretativa finale”, ovvero una sorta di interpretazione autentica che “vincoli al principio di proporzionalità e di funzionalità qualunque intervento della legge, non soltanto in materia economica, specificando che il potere di sindacato rientra in quello della Corte Costituzionale”. Per una ricostruzione del rapporto tra regolazione e sviluppo dei mercati, si v. M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), cit., 172 ss., il quale ricorda come: “*negli ordinamenti antichi, la regolazione si è occupata di esigenze primarie dei gruppi più deboli nell'economia e nella società [...] Nel periodo di formazione degli Stati nazionali, la regolazione si è concretata essenzialmente in concessioni di privilegi, patenti e monopoli alla classe mercantile e ha recato vantaggi a singole imprese più che all'apertura dei mercati alla concorrenza [...] Lo scorso secolo è stato influenzato, con larghe eccezioni, [...] dall'idea di garantire a tutti la libertà di scambio, protetta dal droit naturel e dalla common law e ostacolata dagli eccessi e dagli errori delle amministrazioni e dei Governi [...] Nel '900, la regolazione, cresciuta a dismisura sia nei Paesi dell'Europa continentale che nelle esperienze anglosassoni, almeno fino agli anni '70 ha ripreso l'ispirazione mercantile, con le sovvenzioni alle industrie, una nuova stagione di concessioni amministrative, la copertura legislativa a monopoli e cartelli [...] Anche negli Stati Uniti, nonostante la consolidata normativa sulla concorrenza, si sono susseguite numerose leggi protettive di singoli settori o imprese. Al tempo stesso, si è sviluppata con forza la social regulation, che all'inizio del secolo ha riguardato soprattutto il welfare e dagli anni '60 si è aperta alla protezione dei consumatori, degli utenti, dell'ambiente. Nell'ultimo quarto del '900, la regolazione tenta di garantire i mercati ancor prima dei mercanti*”. Si v. l'analisi storica iniziale M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995.

93 Non sembrano dunque del tutto condivisibili le impostazioni dottrinali che pretenderebbero di identificare nella concorrenza, ed in essa soltanto, il fine della regolazione, si v. S. Valentini, *Diritto e istituzioni della regolazione*, cit., 9; F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Bologna 2002, 62 ss., il quale individua nella regolazione lo strumento con cui si stabiliscono soltanto le regole processuali perchè tutti i cittadini possano esercitare ad armi pari la stessa libertà consistente nella possibilità di concorrere in un mercato “rilevante”. La costituzione del Mercato Unico europeo nei settori liberalizzati ha impresso una notevole spinta in senso regolatorio, che deve necessariamente prendere in considerazione le diverse tipologie di interessi economici e sociali, a loro volta distinguibili in privati e pubblici, che emergono in esso. La svolta compiuta con il Trattato di Maastricht del 1992, ovvero il rafforzamento della politica sociale comunitaria, ha avuto infatti notevoli ricadute sulla concezione di Mercato Unico, inizialmente improntato alla prevalenza, quasi assoluta, della libera concorrenza rispetto alle altre forme dell'economia. Siffatto cambio di prospettiva, che impone la considerazione anche degli interessi sociali, risulta ancora più evidente con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Viene infatti riconosciuto il valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali di Nizza (tra i quali sono ricompresi anche i diritti degli utenti e dei consumatori), nonché risulta incrementato il riguardo nei confronti dei servizi pubblici. In particolare, la presenza di un protocollo sui servizi di interesse economico generale, allegato al Trattato, ribadisce la loro importanza come componente fondamentale dei valori su cui si fonda l'Unione europea. Si v. in tal senso, G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, VI ed., 2010, 17 ss. Si v. anche S. Kondo, *Liberalizzazione, regolazione e sviluppo: l'esperienza dell'OCSE*, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, cit., 189 ss., il quale afferma che: “*Come è ben noto, i Governi intervengono con la regolazione per sostenere un'ampia gamma di politiche pubbliche. La regolazione contribuisce alla protezione dell'ambiente, al miglioramento della sicurezza dei prodotti ed al mantenimento di una concorrenza leale nei mercati*”. In senso contrario, invece, si v. A. Algostino, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 835 ss.

anche il raggiungimento di finalità ultraindividuali.

Mentre la regolazione a fini economici persegue due distinti obiettivi: che un mercato sia stabile, efficiente, competitivo e, in alcuni casi, che si creino le condizioni per le quali un mercato già organizzato in forma di riserva diventi concorrenziale; la regolazione a fini sociali assolve, invece, alla specifica funzione che determinate attività economiche siano conformi alle esigenze sociali, individuate dal legislatore.

In entrambi i casi, i suddetti valori integrano il concetto di funzionalità del mercato⁹⁴.

Si finisce dunque per identificare l'ambito della regolazione con larghe parti del diritto dell'economia, del lavoro, dei consumatori, dell'ambiente, della sanità, della previdenza e dell'assistenza sociale⁹⁵.

Proprio con riferimento alla difficile composizione tra le finalità pro-concorrenziali e quelle di regolazione a valenza sociale, ambientale e di tutela del consumatore sopra esemplificate, si annida il tema centrale della presente ricerca, che intende indagare questo complesso rapporto, con particolare riferimento al settore del trasporto pubblico locale su strada⁹⁶.

94 Si v. L. De Lucia, *Regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 115.

95 La stessa OCSE, sul piano operativo, nei suoi Reports adotta un'ampia definizione degli oggetti della regolazione e la considera come *"the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens"*. Secondo l'approccio dell'OCSE, infatti, una riforma della regolazione sarebbe funzionale a determinare vantaggi per i consumatori, nonché per gli operatori economici, essendo in grado di incrementare la crescita. Così anche la riforma della regolazione promuoverebbe il conseguimento di obiettivi di politica sociale, così come la flessibilità e l'innovazione dal lato dell'offerta, creando anche nuove opportunità di lavoro. Per una serie di esempi pratici relativi ai vantaggi sopra evidenziati, derivanti dalla riforma del processo di regolazione, si v. S. Kondo, *Liberalizzazione, regolazione e sviluppo: l'esperienza dell'OCSE*, in G. Tesaro, M. D'Alberty, *Regolazione e concorrenza*, cit., 191 ss. Risultano significative alcune pronunce della Corte di Giustizia, che denotano il contemperamento dell'interesse economico e di quello della tutela ambientale attraverso l'attività di regolazione. Cfr. CGUE sent. 2 ottobre 2003, causa C-320/03, *Commissione c. Austria*, in Racc., I-11665, relativa al transito autostradale in Austria, nell'ambito della quale la Corte ha ritenuto prevalenti sul diritto alla protezione dell'ambiente i principi volti alla coesione territoriale ed alla libera circolazione. Diversa, invece, è la prevalenza data agli interessi di carattere ambientale, rispetto a quelli economici, nella sentenza CGUE 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*, in Racc. I-7213, dove la Corte, nell'ambito di una gara d'appalto per la prestazione di servizi di trasporto pubblico, ha riconosciuto legittima l'adozione, da parte del Comune di Helsinki, di criteri relativi all'ambiente, al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Siffatta pronuncia ha dato avvio allo sviluppo della materia dei c.d. appalti verdi (o c.d. GPP Green Public Procurement), con cui si prevede l'imposizione di un set di criteri ambientali minimi ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

96 Si v. G. Pitruzzella, *Concorrenza e regolazione*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2014, il quale individua un problema di difficile risoluzione per i regolatori europei e nazionali riguardante il conflitto che, in alcuni mercati regolati, esiste tra la finalità di aprire il mercato alla concorrenza ed altre finalità della regolazione che, per effetto di dinamiche economiche non prese in considerazione dai regolatori, paralizzano gli effetti di liberalizzazioni e apertura del mercato. L'esempio portato dall'A. è quello del mercato dell'energia, caratterizzato da una sovrapproduzione, anche di energia da fonti rinnovabili, che ha comportato un pregiudizio in termini generali per il benessere dei consumatori.

IV. Segue. Il mercato e lo scopo.

In ogni caso, anche prescindendo dalla considerazione del singolo contenuto delle misure di regolazione, il loro minimo comune denominatore deve individuarsi nella necessità di correggere un'ipotesi di fallimento di mercato⁹⁷, ovvero delle condizioni di non perfetta efficienza del mercato, dove il sistema della domanda e dell'offerta richiede una correzione.

In particolare, con riferimento al settore dei trasporti, il caso dei c.d. servizi di pubblica utilità, ovvero del trasporto pubblico locale (su strada, per ferrovia, via mare, ecc.) costituisce un “malfunzionamento del mercato concorrenziale”, quale caso atipico di fallimento del mercato, dove la concorrenza, pur essendo presente, risulta “anomala”, in quanto incisa dalla presenza di obiettivi sociali di natura eminentemente politica, che implicano un intervento di regolazione⁹⁸.

97 Si v. G. Pitruzzella, *Concorrenza e regolazione*, cit., il quale riconduce alle ipotesi di fallimento di mercato, idonee a rendere accettabile l'intervento pubblico di regolazione: la mancanza di concorrenza per la presenza di un monopolio naturale; la presenza di esternalità negative; la presenza di mercati incompleti; la produzione e la tutela di beni pubblici; la presenza di difetti informativi. Secondo l'A. in tali ipotesi è giustificata la regolazione. Per un approfondimento sotto il profilo economico delle cause della regolazione, ovvero dei fallimenti del mercato, si v. M. Mazzarino, *Trasporti e regolazione. Fondamenti economici ed aspetti applicativi per il ruolo moderno del soggetto pubblico nel settore dei trasporti*, Milano, 2015, 16 ss. In particolare, sembra opportuno ricordare in modo sintetico le caratteristiche generali dei tradizionali fallimenti del mercato, richiamati dall'A. Con riguardo al monopolio, è noto dalla microeconomia che in assenza di un intervento regolativo specifico, esso risulta in grado di generare un c.d. abuso da parte del monopolista, dove – rispetto alla fattispecie concorrenziale – l'output risulta minore ed il prezzo invece maggiore. L'intervento di regolazione, dunque, viene proposto per realizzare, attraverso essenzialmente il controllo del prezzo, un obiettivo di carattere sociale, che può essere riferito sia al surplus dell'utente e dell'impresa (c.d. concetto di efficienza paretiana), sia al solo beneficio degli utenti del servizio. Con riferimento alle esternalità, esse “possono essere definiti come quei casi in cui certi costi (esternalità negative) o certi benefici (esternalità positive) non ricadono sulle parti coinvolte in una certa transazione di mercato, bensì su soggetti terzi. In tal senso, questi effetti non vengono “presi in considerazione” nelle decisioni degli agenti che operano sul mercato e dunque il mercato non ne tiene conto. L'allocazione finale che ne consegue, chiaramente, non potrà essere efficiente [...] Da questo punto di vista si rende necessario un intervento regolativo da parte del soggetto pubblico, tale da internalizzare gli effetti esterni nelle transazioni di mercato. Un esempio classico, in tal senso è costituito dalla c.d. regolazione ambientale, ossia gli strumenti di intervento per neutralizzare l'operare delle esternalità negative di carattere ambientale (inquinamento)”. Con riguardo ai beni pubblici, basti osservarsi che essi si definiscono sulla base di due proprietà che essi devono possedere: a) assenza di rivalità; b) assenza di escludibilità. Merita in questo caso soffermarsi sulla natura del bene “trasporto”. Il settore dei trasporti non rappresenta, di per se stesso, un bene pubblico, in quanto risulta caratterizzato dalla escludibilità e dalla rivalità, si v. M. Del Visco, *Economia dei trasporti*, Torino, 1990; R. Musgrave, *Public finance in theory and practice*, New York, 1984. Pur non essendo per sua natura un bene pubblico, il trasporto è per sua natura un settore “pieno zeppo” di fallimenti del mercato di altro tipo, sia nel settore delle infrastrutture che in quello della fornitura di servizi. Costituendo, ove si tratti di trasporto pubblico locale, ovvero di servizio di trasporto di pubblica utilità, un caso atipico di fallimento del mercato.

98 Si v. M. Mazzarino, *Trasporti e regolazione. Fondamenti economici ed aspetti applicativi per il ruolo moderno del soggetto pubblico nel settore dei trasporti*, cit., 34 ss., il quale riconosce che in tali casi all'operatore, a cui viene imposto di produrre a fianco del servizio remunerativo, anche un servizio non remunerativo ritenuto di

Tutto ciò che deriva infatti dalla non piena efficienza del mercato può trovare incisione attraverso proporzionati atti di regolazione⁹⁹, siano essi diretti a perseguire obiettivi economici o obiettivi sociali¹⁰⁰.

Mantenendo l'attenzione verso il profilo degli obiettivi sociali della regolazione, emerge poi un'ulteriore distinzione affermata dalla dottrina, con cui si differenzia, a seconda della base legale su cui il potere sarebbe fondato, tra regolazione c.d. debole e regolazione in senso forte.

Mentre la prima troverebbe fondamento nell'art. 41, co. 2 della Costituzione e nell'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e sarebbe caratterizzata dalla realizzazione della “funzionalità” del mercato, sotto il profilo della introduzione di valori sociali e principi che integrano le dinamiche concorrenziali (tutela dell'ambiente; tutela dei minori; principio di non discriminazione; informazione dell'utente/consumatore ecc.); la seconda, sarebbe invece diretta al perseguimento diretto delle finalità sociali, fondandosi su quanto disposto dall'art. 41, co. 3 della Costituzione e dall'art. 106, co.2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea¹⁰¹.

La regolazione debole avrebbe valenza per così dire neutra, ovvero volta a non limitare la concorrenza, quanto piuttosto a sfruttarne le dinamiche a fini di carattere sociale; diversamente, invece, per la regolazione in senso forte, da intendersi come strettamente connessa ad un rapporto di diretta proporzionalità tra interesse generale e possibili deroghe alla concorrenza.

V. Segue. I soggetti: le autorità indipendenti e le conseguenze della loro emersione.

pubblica utilità, viene garantita una protezione dalla concorrenza, creandosi una situazione di “*monopolio amministrato – a cui corrisponde l'obbligo di fornitura di un servizio (non remunerativo) di pubblica utilità. Lo strumento è quello della sovvenzione incrociata: viene realizzata una 'compensazione discriminatoria' dei costi di produzione dei due servizi in modo da determinare un prezzo 'medio'*”.

99 Con riferimento al sindacato di proporzionalità su atti di regolazione, con particolare riguardo al settore dei trasporti, si v. TAR Piemonte, sez. II, 9 novembre 2017, sent. n. 1181, in www.giustizia-amministrativa.it, riguardante la delibera ART n. 54/2016, contenente le Misure concernenti il contenuto minimo degli specifici diritti che i passeggeri in possesso di “abbonamenti” possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi ferroviari ad Alta Velocità. In merito il TAR afferma che: “il compito di garantire l'accesso equo e non discriminatorio degli utenti ai servizi di trasporto non potrebbe giustificare l'adozione di misure così invasive della libertà d'impresa, in mercati aperti alla concorrenza, da incidere direttamente sui prezzi dei biglietti e degli abbonamenti”.

100 In dottrina è dibattuta anche la possibilità che attraverso la regolazione delle attività economiche possano essere perseguite finalità a carattere “sociale” “estranee” al mercato, si v. in merito A.I. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, 1994, 46 ss.

101 Richiama la suddetta distinzione P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 364 ss.

Chiarite le sottocategorie entro cui può essere esaminata la regolazione (regolazione economica, giuridica e sociale; regolazione in senso forte ed in senso debole), sembra possibile affrontare l'elemento soggettivo e procedurale delle modalità con le quali essa si esercita.

Trattasi di attività di contemperamento di interessi, attraverso una funzione che non è amministrativa in senso pieno, né giudiziaria, ma è esecuzione tecnica ed indipendente della legge (intesa, genericamente, come dato normativo, indipendentemente dal profilo gerarchico-formale)¹⁰².

Autorevole dottrina ritiene che si possa parlare di regolazione ove ricorrano almeno sei elementi: l'indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice; l'affidamento ad essa di un unico compito; la natura condizionale; la relazione trilaterale; la sottoposizione al principio del giusto procedimento; il controllo giurisdizionale delle decisioni¹⁰³.

Siffatta impostazione consente di affrontare l'analisi della nozione di regolazione in collegamento con il modello delle autorità amministrative indipendenti, nonché con riferimento ai servizi di interesse economico generale, così da consentire di proseguire la medesima riflessione con specifico riferimento all'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) ed al servizio di trasporto pubblico locale (TPL).

Con riferimento al primo requisito, ovvero l'indipendenza del soggetto preposto all'esercizio di funzioni di regolazione, alcuni individuano siffatta attività come indissolubilmente legata ad una specifica modalità organizzativa, ovvero a quella delle autorità amministrative indipendenti, dovendosi parlare altrimenti di semplice “attività di conformazione di determinate attività al fine di raggiungere obiettivi che in assenza dell'attività medesima non verrebbero raggiunti”¹⁰⁴.

Sussiste regolazione quando le classi politiche si spogliano di una parte dei

102 Si v. G. Amato, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. riv. tr. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, 3 ss.

103 Si v. S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2002, 266; *Idem*, *Regolazione e concorrenza*, cit., 13, secondo cui la disciplina pubblica di regolazione presenta i seguenti caratteri: in primo luogo, è in prevalenza condizionale e non finalistica; in secondo luogo, è posta nelle mani di autorità neutrali; in terzo luogo, si esplica con modalità *process oriented* (contraddittorio, partecipazione, trasparenza).

104 Si v. A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, cit., 807 ss., secondo il quale se si volesse utilizzare il termine non in senso descrittivo, si dovrebbe parlare correttamente non già di regolazione del mercato o dei mercati, bensì di “regolazione indipendente (in quanto attribuita ad un'autorità pubblica così qualificabile) del mercato o dei mercati”. Si v. anche C. P. Guarini, *Contributo allo studio della regolazione “indipendente” del mercato*, Bari, 2005, 120 ss.

loro poteri a favore di organi non eletti¹⁰⁵, ovvero indipendenti dal potere politico: affinché l'attività di regolazione si espliciti senza distorsione della logica del mercato, del quale costituisce un elemento essenziale di funzionamento, infatti, non basta la separazione tra regolatore ed operatore – come imposta nel settore delle *public utilities* dal diritto comunitario, poi recepita nell'ordinamento interno –, ma occorre anche una separazione tra regolatore e governo, volta ad evitare la politicizzazione delle scelte.

Nell'ambito della funzione di regolazione è possibile distinguere gli organi indipendenti in due categorie: in una prima classe rientrano gli apparati pubblici che vigilano sul rispetto di specifiche disposizioni legislative da parte degli operatori del settore (autorità c.d. di garanzia); in una seconda classe, poi, si collocano le autorità che devono curare il perseguimento di obiettivi legislativamente predeterminati, fissando regole generali, qualificando in concreto i comportamenti obbligatori e/o vietati, comminando le relative sanzioni (autorità c.d. di regolazione). In questo modo, all'apparato amministrativo è lasciata un'ampia discrezionalità in ordine alle modalità ed ai percorsi di attuazione di essa¹⁰⁶.

La costituzione delle autorità indipendenti, espressioni organizzative della funzione di regolazione¹⁰⁷, costituisce una conseguenza della trasformazione del ruolo del potere pubblico nell'economia.

Il passaggio da un modello incentrato sullo Stato-gestore, diretto erogatore di beni, ad uno Stato-regolatore, che mira a dare risposte specifiche rispetto a problemi circoscritti, rispettando per quanto possibile le logiche d'azione dei sistemi regolati¹⁰⁸, ha comportato la creazione di relazioni tra interesse pubblico ed interesse privato distinte ed ulteriori rispetto a quelle tradizionali, con conseguente superamento della equazione tra atto amministrativo autoritativo ed effetto svantaggioso per il privato¹⁰⁹.

105 Si v. P. Pasquino, *Le autorità non elettive nelle democrazie*, in *Il Mulino*, n. 4, 2001, 599.

106 Si v. A. Riviezzo, *Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013, 85 ss.

107 Si v. in merito A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, cit., 814, il quale evidenzia che la caratterizzazione indipendente del soggetto amministrativo non costituisce il presupposto affinché si sia in presenza di una funzione amministrativa di regolazione, quanto piuttosto trattasi di “una conseguenza necessitata della tipicità propria di questa attività. Detto in altri termini, non è l'esistenza di un'autorità amministrativa indipendente che regge l'attività di regolazione, ma è quest'ultima a giustificare l'esistenza di un'autorità di tal fatta”.

108 Si v. G. Majone, A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. scienze dell'amm.*, 1991, 3 ss.; G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni – Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Sociologia dir.*, 1990, fasc. 1, 109.

109 Si v. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 28.

L'interesse pubblico, infatti, oltre a configurarsi come obiettivo da raggiungere – attraverso poteri finalistici e di direzione, in generale accompagnati da poteri di controllo preordinati a verificare l'uniformità tra comando ed esecuzione – può costituire, oltre alla risultante di un dato rapporto normativamente predefinito tra interessi meritevoli di tutela, definito attraverso atti precettivi, anche come “interesse riflesso e mediato”. Ovvero, una regola rivolta al privato con cui non si indica un risultato da conseguire, bensì una condotta da tenere in una determinata circostanza¹¹⁰.

Per tale ragione quando si parla di regolazione si fa riferimento a precetti condizionali¹¹¹ – rispondenti alla regola “*se vuoi x, fai (decidi) y*”, contenenti prescrizioni non direttive ma ipotetiche, dal verificarsi delle quali le norme o la regolazione stessa fanno discendere conseguenze che sono predeterminate –, in grado di creare rapporti di tipo trilaterale tra amministrazione regolatrice, soggetti destinatari delle norme (distinti dalla pubblica amministrazione, che risulta titolare unicamente del potere di controllo) e beneficiari, al fine di prevenire condotte lesive degli interessi collettivi protetti dalla legge.

Trattasi infatti di regole di condotta preposte alla cura di interessi oggettivi, genericamente positivizzati, che prescindono dall'esistenza di una gerarchia tra i diversi interessi in gioco, rendendo di fatto non configurabile una funzione amministrativa di tipo discrezionale e traducendosi piuttosto nell'individuazione di regole di relazione tra interessi pariordinati¹¹².

Proprio in tale senso, è stato correttamente rilevato che i precetti di regolazione si configurano come scelte pubbliche che non risultano assunte in vista del diretto perseguimento di un interesse pubblico “primario” di livello amministrativo, bensì come scelte volte a garantire

110 L'individuazione delle tre diverse possibilità di configurazione dell'interesse pubblico nei confronti delle situazioni giuridiche di autonomia si rinviene in L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 87 ss.

111 Sulla natura costitutiva, ovvero in grado di fissare le condizioni procedurali e strutturali nell'ambito delle quali si deve svolgere la contrattazione, si v. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 88 ss. Evidenzia una tendenza verso la condizionalizzazione delle norme giuridiche, N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977, 216 ss. Per la differenza tra regolazione condizionale e finalistica, si v. S. Cassese, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA. VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, 49 ss.

112 G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993

l'osservanza di un assetto di interessi dato, che già include valori e finalità stabilite oggettivamente, con riferimento ad una determinata attività¹¹³.

Siffatta ricostruzione aderisce alla teoria dello schema condizionale della regolazione¹¹⁴, a sua volta rispondente alle logiche “neutraliste” sull'interesse protetto dalle *authorities*¹¹⁵

Premesso che tale impostazione di tipo condizionale sconta alcune rilevanti criticità¹¹⁶, tali per cui si ritiene che non sia l'unica effettivamente accoglibile per la ricostruzione del fenomeno della regolazione, la stessa deve comunque ritenersi funzionale ad evidenziare determinati caratteri ricorrenti della regolazione, idonei a consentirne la comprensione.

In base ad essa, infatti, si può affermare che la regolazione si caratterizza, in estrema sintesi, per la presenza dei suddetti tre elementi essenziali.

A. La determinazione *ex lege* degli interessi rilevanti, identificati spesso come valori, con la conseguenza che la finalità della disciplina risulterebbe essere quella di garanzia sistemica della pari potenzialità esplicativa delle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti interessati¹¹⁷; b. la finalizzazione delle regole giuridiche alla garanzia di utilità private; c.

113 P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 347. L'A. aggiunge che trattasi di regole che attengono al regime sostanziale dell'attività e non ad una relazione (di subordinazione o direzione) “speciale” con la pubblica amministrazione, tanto che risulta possibile dire che la regolazione interviene su relazioni di tipo orizzontale (operatore, utente, professionista-consumatore ecc.) senza alcuna affermazione autoritativa discrezionale dell'interesse pubblico. Si v. anche E. Bruti Liberati, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, fasc. 2/2014, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it.

114 La tesi della c.d. regolazione condizionale, che risulterebbe essere parte integrante della nuova Costituzione economica, frutto dell'adattamento dell'ordinamento al processo di integrazione comunitaria, tale per cui si sarebbe sostituito ad un sistema basato sul parallelismo tra attività economica privata e controllo pubblico, un sistema dove la disciplina pubblica non è più diretta a conformare l'attività privata, ma a dettare le regole e le condizioni del suo svolgimento, non trova unanime consenso in dottrina. Si v. in merito quanto affermato da A. Riviezzo, *Il doppio Stato regolatore*, cit., 153 ss. L'A. ritiene infatti più aderente alla realtà fenomenica il c.d. modello finale della regolazione, che porta con sé due corollari: a) la presenza di un'attività di ponderazione degli interessi coinvolti da parte delle autorità di regolazione, con la possibilità di indirizzare la loro azione verso un dato obiettivo; b) il riconoscimento in capo alle autorità di un potere di valutazione, e non solo di accertamento, dei fatti rilevanti. Al medesimo A. si deve la ricostruzione della c.d. “teoria eclettica” che accoglie ambedue gli schemi di regolazione, condizionale e finalistico, posto che: “certamente lo schema condizionale è poco capiente rispetto alla fenomenologia in esame, eppure nemmeno è possibile spiegare tutta la complessa morfologia in parola ricorrendo esclusivamente allo schema finalistico”. Per un approfondimento in tema di distinzione tra regolazione finalistica, condizionale e prudenziale, si v. N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5058 ss.

115 Si v. S. Nicolai, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ..., 198 ss., il quale riconduce l'attività degli apparati di regolazione ad una ipotetica “quarta funzione pubblica”, non esecutivo-amministrativa, né legislativa, e nemmeno (propriamente) giurisdizionale, ma come una sintesi delle tre funzioni tradizionali, autonoma e distinta da esse (funzione neutrale).

116 Per approfondimenti in merito si v. A. Riviezzo, *Il doppio Stato regolatore*, cit., 141 ss.

117 Si v. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 33 ss., per la ricostruzione delle funzioni delle autorità come preordinata a costruire e preservare la parità delle armi.

l'assenza di una comparazione tra i vari interessi coinvolti, trattandosi di attività meramente dichiarativa della volontà della legge¹¹⁸.

Tuttavia, è proprio l'esame delle prassi regolative a smentire la ricostruzione unicamente condizionale del fenomeno della regolazione. Alla potestà organizzativa del settore conferita alle autorità consegue infatti in alcuni casi il riconoscimento in capo agli enti regolatori di poteri amministrativi, consistenti talvolta nel rilascio di autorizzazioni, concessioni e licenze, talaltra in atti provvedimenti che assumono un andamento normativo tale da concretarsi in regolamenti (purché la potestà regolamentare sia accordata dalla legge¹¹⁹).

Non si tratta soltanto, dunque, di provvedimenti espressione della sola discrezionalità tecnica (atti amministrativi generali, direttive, raccomandazioni, formulari, linee guida ed istruzioni, a cui la legge non ha accordato valenza regolamentare), secondo quanto previsto dall'approccio condizionale.

Dall'esame delle prassi regolative emerge infatti il carattere altamente flessibile e fortemente atipico delle attribuzioni degli apparati di regolazione¹²⁰, con inevitabile incidenza sul procedimento attraverso il quale la regolazione si esplica.

VI. Segue. Le modalità di esercizio della regolazione.

Nonostante il condiviso inquadramento delle autorità amministrative indipendenti tra le amministrazioni pubbliche deputate all'esercizio della

118 Si v. in merito L. Torchia, Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, 59 ss.

119 Si v. in merito le circolari interpretative emanate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato pur in assenza di un'esplicita attribuzione in tal senso, si v. P. Caretti, *Introduzione*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005, XI ss., spec. XV. Si v. M. Manetti, I regolamenti delle autorità indipendenti, ..., 1991, il quale annota che "tutte le autorità fanno uso di tali poteri [normativi], a prescindere dalla ricorrenza di un'esplicita e formale attribuzione in via legislativa". Cfr. CONSOB deliberazione n. 4173/1989, con cui si dava attuazione, pur in assenza dei relativi poteri, della direttiva comunitaria CE/89/298. Per approfondimenti in merito a tale autoattribuzione di potere, si v. S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ETS, 1997, 203 ss.

120 Per tale ragione, parte della dottrina di fronte all'insieme delle potestà attribuite ad un'unica autorità, oltre che all'utilizzo "libero" che delle stesse viene fatto, configura il settore regolato come uno spazio autosufficiente, nel quale le strutture di regolazione sono in grado di affrontare ed evadere autonomamente tutte le domande di cura tipiche degli ambiti loro affidati, aprendo così la strada alla formazione di un vero e proprio ordinamento giuridico sezionale. In tal senso A. Riviezzo, *Il doppio Stato regolatore*, cit., 166 ss. Per approfondimenti circa la riconducibilità dell'attività normativa delle autorità indipendenti alla fenomenologia dei c.d. ordinamenti sezionali, si v. S. Stamatì, *Tre questioni in tema di autorità amministrative indipendenti*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, 88 ss.

funzione di regolazione – seppure con la consapevolezza che non si possa rinvenire un rapporto di biunivocità tra la regolazione e questi apparati¹²¹ –, con conseguente attribuzione della natura amministrativa agli atti dalle stessi emessi, il procedimento che presiede all'esplicazione della loro attività, si contraddistingue rispetto all'ordinario procedimento amministrativo per una più ampia apertura al contraddittorio ed alla partecipazione degli attori del sistema, anche per ciò che concerne i procedimenti sanzionatori.

L'irrogazione e la misura della sanzione, infatti, vengono decise all'interno di procedimenti nei quali è prevista la partecipazione degli interessati e la possibilità, per gli stessi, di presentare deduzioni e memorie¹²².

Con significativa differenza rispetto ai poteri amministrativi precettivi delle amministrazioni tradizionali, quelli delle amministrazioni indipendenti sono finalizzati alla cura di interessi privati¹²³ e devono intendersi assoggettati ai principi in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e di motivazione¹²⁴, anche in forza delle

121 Si v. in merito L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 91 ss., il quale evidenzia come il tentativo di ricondurre tutte le funzioni delle amministrazioni indipendenti alla categoria della regolazione costituisca una operazione che, sotto il profilo metodologico, induca inevitabilmente non solo a forzature eccessive, ma anche a palesi fraintendimenti.

122 Si v. A. Riviezzo, *Il doppio stato regolatore*, cit., 88 ss. L'A., volendo trarre un dato empirico certo della regolazione, fornisce una definizione di sintesi tale per cui, questa si caratterizzerebbe “innanzitutto per la contemporanea titolarità in capo ad un unico apparato di potestà pubblicistiche normalmente ripartite o condivise tra soggetti od organi distinti in vista del perseguimento della finalità regolativa”. Sulla modalità di esplicazione process oriented (contraddittorio, partecipazione, trasparenza) della regolazione, si v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, cit., il quale nota che negli Stati Uniti, questi principi introdotti nel 1946 per contrastare lo sviluppo delle autorità di regolazione abbiano poi finito per contraddistinguerne l'azione. Si rimanda a S.P. Croley, *Theories of regulation: incorporating the administrative process*, in *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, gennaio, n. 1, p. 1.

123 Per una approfondita disamina del tipo di interesse perseguito dalle *authorities* con la loro azione e delle teorie dottrinali emerse in merito, si v. A. Riviezzo, *Il doppio Stato regolatore*, cit., 138 ss., il quale – dopo un'approfondita disamina delle c.d. tesi neutraliste, dirette a dimostrare l'irriducibile diversità tra gli apparati indipendenti e la pubblica amministrazione tradizionale – ne sconfessa l'impostazione, arrivando a concludere che “nella costruzione del concetto di regolazione può pertanto darsi per acquisito che gli apparati regolativi sono certamente inquadrabili nel modello organizzativo della pubblica amministrazione tradizionale – del quale rappresentano una semplice variante, per quanto peculiare – e, conseguentemente, che lo scopo perseguito della loro azione deve essere (se non altro presuntivamente) ascritto alla fattispecie dell'interesse pubblico vero e proprio, non a quella dell'interesse collettivo o diffuso, come invece pretenderebbero le tesi c.d. neutraliste”. In senso contrario, si v. A. Zito, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, spec. 151 ss.

124 Si v. in merito al rispetto del principio di partecipazione, N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5067. Con riferimento all'obbligo di motivazione, che si può ricavare dall'obbligo emergente dalle procedure di regolazione generale di indicare nel provvedimento finale gli esiti delle consultazioni derivanti dalla pubblicazione del documento in corso di adozione, si v. G. Della Cananea, *Atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 278. L'atto di regolazione deve rendere conto almeno della ragionevolezza interna e della coerenza. L'apporto motivazionale, poi, sarebbe arricchito anche dall'operare a regime della metodologia dell'AIR, che impone la rendicontazione delle scelte operate.

disposizioni di cui alla legge n. 241/1990, che, pur costituendo una norma dettata per i procedimenti discrezionali e dunque inapplicabile in quanto tale, ai procedimenti in esame¹²⁵, deve ritenersi applicabile in via analogica (per le ragioni sopra evidenziate).

Sul piano formale la configurazione prevalente delle delibere delle autorità di regolazione è quella di atti amministrativi generali¹²⁶, adottati in un contesto istituzionale che prevede l'intervento della regolazione in sussidiarietà, sostitutivo della mancata spontanea risoluzione dei fallimenti di mercato in relazione ad esigenze di giustizia comunitaria e sociale.

L'ambito di intervento della regolazione si colloca nello spazio "interpretativo" che si pone tra la legge ed i provvedimenti di vigilanza e sanzione: gli atti di regolazione appartengono ad ambiti disciplinati del diritto privato e riguardano diritti ed obblighi legati a rapporti negoziali o contrattuali, non potendo integrare il contenuto del contratto, ma soltanto specificare e tradurre sul piano tecnico eventuali obbligazioni già assunte o previste *ex lege*¹²⁷.

125 Si v. A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo generale, cit., 1035 ss., che rimanda all'art. 13 della l. n. 241/1990 che esclude l'attuazione concreta del principio di partecipazione in ragione del rinvio alle garanzie contenute nelle singole discipline di settore e che definiscono norme specifiche o prevedono l'applicazione dell'istituto generale. In merito si v. anche Cons. St., parere, ad. Gen. n. 7/1987, in Foro.it, 1988, III, c. 35. Per le ipotesi in cui manchi una tutela settoriale, la giurisprudenza ha comunque riconosciuto l'applicazione dei principi delineati dalla legge fondamentale sul procedimento amministrativo, evidenziando che "il complesso dei principi ricavabili dalla l. n. 241/1990 in tema di partecipazione procedimentale, si pone come canone interpretativo della disciplina di settore, eventualmente imponendo [...] di cercare, fra i significati e le interpretazioni possibili di un testo quello che è meglio in grado di soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore" (cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 2923/2001, in www.giustizia-amministrativa.it).

126 Le diverse ricostruzioni dottrinali sulla natura giuridica della regolazione sono riconducibili ad una bipartizione, che vede contrapporsi, da un lato i sostenitori della natura paragiurisdizionale e quelli della natura paralegislativa dell'attività svolta dagli apparati in questione (c.d. tesi radicali); dall'altro quelli che sostengono, seppure con opportuni distinguo, la natura amministrativa del fenomeno regolativo (c.d. tesi continuiste). Per una rassegna critica di tutte le posizioni si v. M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2002, 3 ss. Per approfondimenti in merito alla individuazione nella regolazione di una fattispecie di matrice paralegislativa si v. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Torino, 1994. In base a tale impostazione, le authorities sarebbero chiamate a concretizzare l'ampio mandato legislativo attraverso un rapporto diretto, secondo alcuni un rapporto osmotico (cfr. A. Predieri, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli editori, 1997, 5) con la società civile, al fine di adeguare le proprie decisioni alle esigenze immediatamente espresse da quest'ultima anziché mediate dalla legge. Si v. anche, con riferimento alle tesi continuiste, F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. dir., agg.*, Milano, 2005, 75 ss.; A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, cit., 806 ss.; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, A. Predieri (a cura di), Firenze, 1997, 216 ss.; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 157 ss., con specifico riferimento all'inserimento della regolazione nell'attività amministrativa ed ai connessi profili organizzativi della pubblica amministrazione.

127 Si v. P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 372 ss., il quale ricorda in merito il caso *Fastweb* (TAR Lazio, 22 marzo 2018, sent. n. 3261), come esempio del sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione, che devono trovare fondamento e limite in specifiche ed esplicite disposizioni di legge, con cui si stabiliscono diritti ed obblighi che l'autorità di regolazione deve soltanto tradurre tecnicamente attraverso un procedimento partecipato. In tal senso si v. anche TAR Lombardia, 19 febbraio 2015, sent. n. 509.

L'intervento amministrativo funge dunque quasi da succedaneo della regolazione privata, dovendo pertanto, quanto più possibile, rispettare le dinamiche del settore di riferimento. Da qui l'esigenza di coinvolgere gli attori del mercato secondo procedure e metodi che tendono a ricreare le condizioni che normalmente sono alla base delle relazioni di mercato (conflitto di interessi, negoziazione ed accordo).

Centrale, dunque, è il tema del procedimento degli atti di regolazione, basato sul metodo della consultazione e sulla c.d. analisi di impatto della regolazione (AIR): in questa prospettiva, dove tutti gli operatori interessati partecipano alla formazione dell'atto, la regolazione diventa non soltanto “prodotto”, ma anche “processo”, distinguendosi, come appena ricordato, dalla funzione amministrativa tradizionale¹²⁸.

Gli atti di regolazione sono adottati in una sorta di mercato “artificiale”, dove l'Autorità di regolazione diventa il tramite di una relazione economica che vede coinvolti i cittadini, gli operatori, le associazioni di imprese, le pubbliche amministrazioni e gli utenti-consumatori, i quali valutano in anticipo gli aspetti problematici e di conflitto, al fine di orientare le scelte pubbliche in relazione alla soluzione dei problemi più frequenti e complessi.

Rispetto alla tradizionale determinazione autoritativa ed unilaterale delle regole è prevista infatti una disciplina di analisi di impatto (AIR) e di verifica di impatto della regolazione (VIR), contenuta nel regolamento D.P.R. 15 settembre 2017, n. 169, che si preoccupa di disciplinare anche le correlate fasi di consultazione dell'AIR e della VIR¹²⁹.

Per ciò che attiene poi maggiormente al profilo economico, al fine di stabilire se un determinato intervento di regolazione sia da considerarsi correttamente definito si prevede di valutarne concretamente gli effetti

128 Si v. P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 368 ss.: si v. anche M.P. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. dir. pubb.*, 2004, 679.

129 Cfr. art. 2, D.P.C. 15 settembre 2017, n. 169, in cui si afferma che: «AIR, VIR e consultazione sono strumenti che, tra loro integrati, concorrono alla qualità del processo normativo, dall'individuazione dei fabbisogni e delle priorità, all'ideazione degli interventi, alla loro attuazione, sino alla loro revisione, secondo un approccio circolare della regolamentazione». Con riferimento all'importanza dell'AIR e della VIR si v. anche Cons. St., parere 29 giugno 2017, n. 1458, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso contrario, si v. R.J. Pierce, *Seven way to deossify agency rulemaking*, in *Adm. Law Review*, 1995, 59 ss., il quale individua nell'articolazione procedimentale della regolazione, che comporta la rappresentanza degli interessi in vista dell'adozione di regolazioni generali e l'introduzione di metodi di Analisi di impatto della regolazione, come un rischio di “ossificazione” del procedimento di regolazione generale.

prodotti, con riferimento a diversi tipi di *benchmark*: riferibili sia ad indici di benessere sociale (ovvero rispetto a ciò che si otterrebbe in una situazione in cui il settore operasse in modo socialmente ottimo), oppure ad indici di libero mercato (ovvero ai risultati che si otterrebbero in assenza di regolazione)¹³⁰.

Con lo scopo precipuo di garantire la “bontà” dell'atto di regolazione, il modello decisionale della funzione regolatoria prevede infatti la pubblicazione di un progetto preliminare di decisione, cui segue la possibilità di far pervenire suggerimenti, proposte ed osservazioni, sino alla convocazione di vere e proprie audizioni o tavoli tecnici, per arrivare alla adozione finale di un atto unilaterale¹³¹.

Questa disciplina consente, con modalità pubbliche e trasparenti, la partecipazione degli interessati alla regolazione di una determinata attività economica di interesse generale, sul presupposto della delicatezza e della rilevanza degli interessi coinvolti, rafforzando anche il principio di legalità in senso procedimentale delle autorità indipendenti, che, essendo sottratte dal circuito democratico, compensano la dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale tramite un rafforzamento delle forme di partecipazione procedimentale nella formazione degli atti di regolazione (c.d. legalità procedimentale)¹³².

La regolazione pubblica si pone dunque in funzione di “supplenza” o “completamento” dell'autonomia privata¹³³, secondo il principio della sussidiarietà.

130 Si v. P.L. Joskow, N.L. Rose, *The effects of economic regulation*, in R. Schmalensee, R.D. Willing, *Handbook of industrial organization*, vol. II, Elsevier Science Publishers B.V., 1989, i quali individuano come indici specifici che possono essere utilizzati per la valutazione degli effetti della regolazione: prezzi e benessere; costi di produzione; efficienza dinamica (tasso e direzione dell'innovazione e della produttività); qualità del servizio; effetti distributivi (reddito e rendita). Le metodologie impiegabili per misurare gli effetti risultano: comparare imprese/mercati regolati e non regolati; utilizzare la variazione di intensità nella regolazione; esperimenti controllati; modelli strutturali di stima/simulazione di mercati regolati.

131 Siffatto modello trova il proprio precedente in ambito comunitario, cfr. Commissione CE, Comunicazione 5 giugno 2002, *In materia di valutazione d'impatto*, COM (2002) 276 def.; nonché la già citata Comunicazione *Better regulation for better results*.

132 Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2015, sent. n. 1532; sez. VI, 2 maggio 2012, sent. n. 2521, in www.giustizia-amministrativa.it. Il problema della legittimazione dei regolatori è affrontato anche da OECD (2014), *The governance of regulators*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, 2014, 4; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, S. Cassese, *Negoziare e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, M. D'Alberti, *Procedimenti generali e singolari: problemi attuali e miglioramenti possibili*, tutti in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999. Sul tema della partecipazione si v. R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. Amm.*, 2/2017, 209 ss.

133 Si v. A.I. Ogas, *Introduction*, cit.

Ove gli operatori e gli attori del mercato, al quale è assegnata una particolare posizione di primazia – quale ambito entro il quale l'intervento pubblico non è ammesso, se non nei limiti appunto della proporzionalità e della sussidiarietà¹³⁴ –, non raggiungano in tutto o in parte gli obiettivi legislativi, sarà l'ente regolatore ad intervenire con atti amministrativi di regolazione, con cui si pongono divieti ed obblighi proporzionati rispetto alle finalità della legge, anche in considerazione del carattere libero-economico dell'attività¹³⁵.

Ciò risulta essere la conseguenza diretta di come viene ad essere concepita la libertà di iniziativa economica nel contesto europeo, quale situazione giuridica soggettiva resistente alla legislazione ed ancor più alla funzione amministrativa, le quali risultano legittimate ad incidervi soltanto a condizione che sia rispettato il principio di proporzionalità e sussidiarietà¹³⁶, oltre al principio di partecipazione.

La presenza di siffatte caratteristiche, che rendono la regolazione un'attività per così dire “collaborativa” con il mercato di riferimento, posto che con essa si evitano azioni assolutamente unilaterali grazie ad una “legittimazione procedimentale” estesa a tutti gli operatori interessati del settore, porta buona parte dottrina a ritenere che la funzione pubblica di regolazione sia ad alto rischio di “cattura” da parte degli operatori economici privati¹³⁷.

134 Con riferimento alla ricostruzione dei significati che vengono attribuiti al “mercato”, come luogo, come ideologia, come paradigma dell'azione sociale e come istituzione, si v. A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, cit., 809 ss.

135 Si v. M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2008, 154 ss.

136 In questi termini P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regole*, cit., 376, il quale ricorda che “la particolare capacità di resistenza della libertà di iniziativa economica, sia di matrice interna, sia (soprattutto) di provenienza eurounionista, dipende sicuramente dal rilievo costituzionale che ormai ad essa si assegna, in collegamento alla tutela della concorrenza”. Sulla rilevanza costituzionale del principio della concorrenza, si v. R. Niro, *Il diritto di iniziativa economica privata, il diritto antitrust e la tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, L.F. Pace (a cura di), Napoli, 2013, 32 ss. Si v. anche G. Amato, *Corte Costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 3/2017, 425 ss.

137 Si v. M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, 137 ss. Per approfondimenti in merito si v. G.F. Stigler, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, spring, n. 2, p.3, secondo l'A. “*regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefits*”. Il modello della cattura ha prevalso tra gli economisti “Capture Theory of Regulation” ed è stato oggetto di diverse formulazioni: la prima formulazione della teoria della cattura è di Bernstein M. H., *Regulating business by independent commission*, Princeton, 1995; S. Peltzman, *Toward a more general theory of regulation*, in *Journal of law and economics*, 1976, 22; del medesimo A. si v. anche *The economic theory of regulation after a decade of deregulation*, in R. Baldwin, C. Scott, C. Hood, *Regulation*, Oxford, 1998, 93 ss.; G. S. Becker, *A theory of competition among pressure groups for political influence*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1983, 371 ss. Critici di questa teoria sono J.Q. Wilson, *The politics of regulation*, New York, Basic Books, 1980, IX ss.; T. Makkai, J. Braithwaite, *In and out the revolving door: making sense of regulatory capture*,

Al fine di evitare una sovrarappresentazione di alcuni interessi a discapito di altri, dunque, assumono particolare rilievo non solo la “distanza qualificata” che deve mantenere l'autorità di regolazione dalla politica e dagli interessi privati del settore, ma anche il ruolo quasi-istituzionale assegnato alle associazioni di consumatori ed utenti, come anche ad altri enti esponenziali di interessi diffusi, che la legislazione eurounionista e nazionale sta promuovendo. L'autonomia collettiva istituzionalizzata contribuirebbe, infatti, a realizzare le finalità pubbliche indicate dalla legge, in quanto il mercato, se adeguatamente “rappresentato”, si farebbe carico non solo di esigenze egoistiche, ma anche di desideri ed aspirazioni superiori¹³⁸.

Lo schema quasi condiviso dell'atto di regolazione – posto che la decisione finale di sintesi dei vari interessi rimane comunque espressione del potere dell'autorità di regolazione – rivestirebbe infatti la funzione di raggiungere risultati utili in tempi brevi, con un tasso elevato di effettività, essendo diretto ad operatori/soggetti che, in ogni caso, hanno contribuito a formarlo¹³⁹.

in R. Baldwin, C. Scott, C. Hood, *cit.*, 173 ss. Strettamente connessa alla teoria del regolatore è la “Public choice theory”, ovvero quella costruzione che estende al processo di decisione politica alcuni assunti propri della razionalità economica: si assume che la produzione di leggi o di regole avvenga secondo la logica propria del mercato e che il legislatore o il regolatore agiscano secondo la loro convenienza economica, per massimizzare le loro utilità, con la conseguenza che alcuni soggetti risultano essere maggiormente avvantaggiati ed altri, invece, finiscono per sopportare i costi di tali transazioni. Il procedimento di regolazione, dunque, viene ad assumere i connotati del luogo della trattativa: più risultano essere i soggetti privati, maggiori sono i costi di transazione e l'efficienza allocativa del mercato. Per approfondimenti in merito alla teoria della public choice, si v. M. R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992. A questa teoria si affianca anche quella del Public interest, che affianca alle logiche di carattere economico anche quelle di carattere politico: pur essendo lo scopo principale del regolatore quello di mantenere la propria posizione, anche in vista di vantaggi che possano derivare in futuro da essa, ciò non esclude che questi agisca anche secondo logiche politiche anche per perseguire l'interesse dei cittadini in generale, ovvero quello di gruppi organizzati. Per approfondimenti in merito si v. M. E. Levine, J. L. Florence, *Regulatory capture, public interest and the Public agenda: toward a synthesis*, in *Journal of law and economics*, 1990, 185 ss. In merito a queste teorie, L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, *cit.*, 82 ss., ha correttamente osservato che queste sarebbero in grado di dimostrare l'assunto per cui non solo il mercato può fallire, ma anche lo Stato, imponendo al giurista che si avvicini al tema della regolazione di confrontarsi con realtà inedite che impongono un'attenta riflessione.

138 Si v. P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, *cit.*, 360 ss. L'A. richiama in merito la tecnica legislativa che attinge ai c.d. “collective desires and aspiration”, con l'auspicio che la dimensione collettiva possa sintetizzare esigenze ed interessi non coincidenti con le aspirazioni dei singoli.

139 In merito alla *regulation as a two-way process* si v. M.H. Bernstein, *Regulation business by independent commission*, *cit.*, 277 ss.; si v. anche S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, *cit.*, 269, il quale parla di “giochi multipli”: la presenza dei sei elementi della regolazione, ovvero indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice, l'affidamento ad essa di un unico compito, la natura condizionale delle regole, la natura trilaterale del rapporto e la sottoposizione al principio del giusto procedimento e del controllo giurisdizionale delle decisioni dell'autorità di regolazione, consentirebbero da un lato ai regolati, che competono sul mercato, di competere anche dinnanzi all'autorità, cercando di vincere altri regolati e di portare l'autorità dalla propria parte; dall'altro, permetterebbero all'autorità di sfruttare i differenziali di convenienza impliciti in ogni regolazione, per massimizzare il proprio potere, sia in termini di conoscenza del settore, sia in termini di ampliamento della propria

La garanzia di competenza dell'autorità di regolazione da cui promanano, ma anche il particolare metodo di adozione degli atti di regolazione aumentano infatti la probabilità della adesione volontaria agli stessi da parte degli operatori di settore¹⁴⁰.

Anche in ragione di ciò all'autorità di regolazione vengono riconosciuti i c.d. poteri di *moral suasion* che, seppure non fondati su una specifica potestà normativa, si apprezzano in base alla posizione di essa nel quadro istituzionale¹⁴¹.

Al fine di esemplificare i c.d. poteri di *moral suasion* sembra possibile anticipare alcuni temi oggetto della presente ricerca, ricordando la possibilità conferita all'autorità di regolazione dei trasporti di sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti nell'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli¹⁴².

VII. L'appropriazione del modello: l'autoregolamentazione o regolazione privata e la valenza temporale della regolazione.

Nella medesima logica del convincimento morale e della impostazione

sfera di azione. Per approfondimenti in merito all'apporto delle scienze cognitive rispetto alla regolazione, con cui si sfruttano i *bias* e le scorciatoie mentali dei regolati, per approntare strumenti più efficaci di regolazione, si v. F. Di Porto, *Regolazione, principio di proporzionalità e scienze cognitive*, in *federalismi.it*, 4/2018. L'ingresso delle scienze cognitive nel ciclo di vita della regolazione irrobustisce la fase istruttoria e dunque rafforza l'apparato conoscitivo del regolatore sulla sfera dei destinatari delle regole. L'A. ricostruisce il concetto di regolazione *cognitive-based*, come quella regolazione che: a) include nella fase istruttoria studi di tipo cognitivo volti a sperimentare *ex ante* l'efficacia delle regolazioni prima della loro introduzione; b) impiega strumenti regolatori nuovi quali il *nudge* o l'*empowerment* cognitivo. Con riferimento a siffatti strumenti, si v. R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Libertarian paternalism*, in *Am. Econ. Rev.*, 2003, 93(2), 175 ss.; D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York, 2011, 22 ss.

140 Ciò non comporta, comunque, che non si verifichino ipotesi di interessi individuali incisi negativamente, che risultano eventualmente tutelabili in sede giurisdizionale avanti al giudice amministrativo.

141 Cfr. TAR Lazio, sent. 2895/2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si segnala fin da ora l'inedito esercizio dei poteri di *moral suasion*, che ha preso consistenza nella segnalazione congiunta AGCM, ANAC, ART del 25 ottobre 2017, relativa alle procedure di affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, disponibile sul sito *www.anticorruzione.it*, commentata da L. Saltari, *Anomalie di una segnalazione "normativa"*, in *GdA*, 2/2018, 256 ss. Si v. anche M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, cit., 179, il quale annovera la *moral suasion* tra i meccanismi decisionali delle autorità indipendenti, profondamente diversi da quelli propri delle amministrazioni tradizionali – come la risoluzione rapida delle controversie tra imprese e consumatori e le raccomandazioni al Governo ed al Parlamento sulle necessarie revisioni della legislazione di settore – in grado di garantire flessibilità, tempestività, rivedibilità delle regole, aspetti necessari alla disciplina dell'economia (“regolazione efficace e non burocratica dei mercati”).

142 L'attenzione particolare per tale tipo di attività di *moral suasion* si è accentuata a seguito dell'esame relativo alla natura ed ai caratteri delle linee guida ANAC che, prive di fondamento normativo, sono state distinte in atti di regolazione a carattere vincolante e non vincolante (c.d. *soft law*). Cfr. Cons. St., parere 1 aprile 2016., n. 855 sullo schema del “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

quasi-condivisa propria dell'attività di regolazione, si inserisce anche la c.d. regolazione privata.

Pur facendosi generalmente riferimento alla regolazione proveniente da soggetti pubblici – i quali utilizzano misure di diritto pubblico e privato – merita anche un breve cenno, al fine di inquadrare compiutamente il fenomeno, l'autoregolazione di individui, imprese e associazioni.

Ovvero l'adozione di “regolamenti”, norme ed atti di solito generali, con penetrante rilievo nel settore di riferimento, posti in essere da soggetti estranei al circuito governativo.

Pur risultando difficile una categorizzazione precisa di tali atti, considerato che i soggetti da cui può essere posta in essere l'autoregolamentazione spaziano dagli operatori di un determinato settore agli organismi di uniformazione o normazione, fino ad enti internazionali di cooperazione (come l'OCSE), possono dirsi costanti due caratteristiche.

Innanzitutto, trattasi sempre di atti non vincolanti, ma ad adesione volontaria – ovvero spontaneamente osservati dagli operatori per le implicazioni generalmente favorevoli connesse a tale adesione –, nonché, in secondo luogo, di atti che presentano contenuti altamente tecnici delle prescrizioni, la cui formulazione avviene tramite un procedimento che si ispira al metodo della consultazione.

La rilevanza di tale attività normativa, che non trova alcun inquadramento nelle categorie generali del diritto statale, risulta evidente ove si consideri che essa spesso viene richiamata dalla disciplina positiva per rimandare ad esempio a particolari caratteristiche della prestazione o a peculiari requisiti dell'operatore.

La stessa OECD si è preoccupata di adottare i *Principi dell'OCSE in tema di Corporate governance*¹⁴³, che coprono cinque aree principali (i diritti degli azionisti e la loro tutela; l'equo trattamento di tutte le categorie di azionisti; il ruolo dei dipendenti e di altri *stakeholders*; l'adeguata informazione e trasparenza delle strutture e delle operazioni delle società; le responsabilità degli amministratori verso la società e gli azionisti) e rappresentano un punto di riferimento ed un ausilio per i Governi, ma

143 Cfr. OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Settembre 2015.

anche e per i settori privati nel loro sforzo di valutazione e miglioramento del quadro regolamentare.

Al fine di comprendere siffatti meccanismi, l'ottica da utilizzare è quella della pluralità degli ordinamenti, in base alla quale il collegamento della normazione autonoma con il diritto statale avverrebbe in forza di clausole generali di rinvio contenute nelle fonti statali o dell'Unione Europea, con cui si rimanderebbe a “*le migliori tecniche disponibili*”, “*lo stato della scienza e della tecnica*”, “*la diligenza professionale*”.

L'attività esercitata da istituzioni orientate al mercato, siano esse pubbliche o private, risulta essere una risorsa fondamentale per sostenere e consolidare il processo di crescita economica guidata dal mercato, la cui evoluzione è così rapida da scardinare la capacità di istituzioni, lente ed obsolete, a svolgere compiti importanti, quali rimediare ai fallimenti del mercato, garantire la sicurezza e mantenere la legalità democratica all'interno del sistema politico.

Un approccio ampiamente partecipativo, infatti, è fondamentale per stabilire adeguate cornici istituzionali e politiche.

È bene, dunque, che i soggetti interessati con poteri di controllo, quali ad esempio le imprese, le organizzazioni sociali e le altre organizzazioni non governative, siano attivamente partecipi.

Trasparenza e capacità di rispondere in tempi celeri, infatti, vengono percepite largamente come requisiti di base del sistema per il funzionamento equilibrato sia delle economie nazionali, che dell'economia globale¹⁴⁴.

Il breve accenno al fenomeno dell'autoregolamentazione consente poi di introdurre un importante aspetto dell'attività di regolazione, legato alla sua valenza temporale limitata o per così dire sussidiaria rispetto all'ordinato e corretto dispiegarsi del mercato.

La logica dell'autoregolamentazione, infatti, consente di comprendere la funzione della regolazione pubblica come funzione di supplenza o di completamento dell'autonomia privata¹⁴⁵ a cui deve pertanto essere

144 Si v. S. Kondo, *Liberalizzazione, regolazione e sviluppo: l'esperienza dell'OCSE*, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, cit., 201 e 202.

145 Si v. in tale senso A.I. Ogus, *Introduction*, cit., secondo il quale: “*where transaction costs are relatively low, self-correcting trade may be sufficient to alleviate the problem*”.

riconosciuto un carattere transitorio¹⁴⁶, in vista della progressiva apertura dei mercati.

Sulla base di tale ricostruzione se gli operatori e gli attori del mercato non raggiungono gli obiettivi di interesse generale ed i valori da rispettare, sarà l'ente regolatore ad intervenire, in modo proporzionato e sussidiario.

Siffatto intervento potrà dunque venire meno ove vi sia una progressiva sostituzione di meccanismi spontanei, provenienti dall'autonomia privata o dallo stesso mercato, diretti alla promozione ed alla realizzazione dei suddetti obiettivi e valori.

Tale impostazione, pur condivisibile, sconta tuttavia un difetto, ovvero quello di dare per presupposta una determinata idea di mercato, come entità razionale che induce all'economia virtuosa¹⁴⁷.

Siffatto presupposto conosce infatti un limite, evincibile dalla semplice osservazione della realtà concreta, che dimostra come l'esigenza di regolazione debba invece considerarsi come una costante necessaria.

Ad essere prese in considerazione non sono solo le finalità pro-concorrenziali dalla stessa promosse, ma anche le istanze di benessere

146 Sul carattere transitorio della regolazione si v. M. Libertini, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *GdA*, 2002, 802 ss; Id., *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *GdA*, 2005, 195 ss; S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., 265 ss.

147 Per approfondimenti in merito all'economia che impone scelte giuridiche si v. F. Galgano, *Diritto dell'economia*, in *Enciclopedia del Novecento*, I supplemento, 1989. In senso contrario, si v. invece N. Irti, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999, il quale afferma che il mercato non è un ordine spontaneo, ma una creazione del diritto, espressione di precise decisioni politiche. Il mercato, per citare Weber, è una lotta dell'uomo contro l'uomo, pertanto, come in ogni battaglia, le regole sono fondamentali (cfr. N.J. Smelser, R. Swedberg, *The sociological perspective on the economy*, in N. Smelser, R. Swedberg (a cura di) *The handbook of economic sociology*, New York e Princeton, 1994, 11). Per approfondimenti in merito alla concezione del mercato, come luogo artificiale, condizionato dagli strumenti giuridici, il richiamo è da farsi alla tradizione scientifica degli ordoliberali di Friburgo, ovvero alla tradizione da cui ha tratto origine la teoria dell'economia sociale di mercato. Per un approfondimento circa la dottrina della scuola di Friburgo, si v. Gerber, *Law and Competition in Twentieth century Europe: protecting Prometheus*, New York, 1998; L. De Lucia, *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla l. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 65 ss. Per un approfondimento ai contenuti della teoria dell'economia sociale di mercato, che critica il liberismo estremo, ritenendo che i mercati se lasciati all'autoregolazione spontanea portino alla formazione ed al consolidamento di posizioni di potere privato e che lo Stato debba dunque assumersi una serie di compiti che i mercati non sono in grado di assolvere da soli, senza tuttavia in alcun modo sostenere il dirigismo economico, si v. Konrad, Adenauer, Stiftung, *60 years social market economy – Jena Manifesto for the renewal of the social market economy*, Berlin, 2008; Si v. in merito ai giudizi sulla regolazione da parte di economisti e politici pro e contro la disciplina pubblica dell'economia, si v. A. Smith, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Oxford, 1998, 225, il quale si poneva in senso critico nei confronti degli interventi pubblici nell'economia (“*extravagance of government*”; “*greatest errors of administration*”), ritenuti dannosi per il benessere degli individui, dei mercati e delle nazioni; in senso contrario, invece, si v. F.D. Roosevelt, *Message to the congress on the State of the Union (January, 11, 1944)*, in *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, New York, 1969, vol. 13, 41, il quale si riteneva favorevole ad un *Second Bill of Rights* basato su una penetrante regolazione pubblica idoneo a fornire a ciascuno garanzie di “*decent living*” ed una “*adequate protection from the economic fears [...] and domination by monopolies*”.

sociale ad essa connaturate, che non sempre trovano immediata ed automatica soddisfazione, anche in un contesto concorrenziale¹⁴⁸.

La vera domanda che ci si dovrebbe porre, infatti, non è quella relativa all'alternatività tra mercato e regolazione, quanto piuttosto quella volta all'individuazione di quali siano i modi migliori per porre in essere una regolazione che sia conforme e preordinata al maggiore sviluppo dell'economia.

148 In tal senso si v. M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il dir. dell'economia*, vol. 25, n. 79 (3-2012), 507-528.

4. Il difficile rapporto tra regolazione e concorrenza: inquadramento generale

I. La nozione di concorrenza e la sua evoluzione; II. Regolazione e concorrenza: ricostruzione di un rapporto complesso; III. Segue. Regolazione e concorrenza: l'ibridazione delle forme di intervento e la duplice lettura del fenomeno; IV. L'armonizzazione tra la regolazione e la concorrenza: le soluzioni alternative di convergenza.

I. La nozione di concorrenza e la sua evoluzione.

L'assunzione della lettura condizionale del fenomeno della regolazione, come ricostruita in precedenza, consente di distinguere chiaramente regolazione ed *antitrust*: la prima conforma a contenuti specifici lo svolgimento di determinate attività in situazioni di fallimento del mercato; il secondo presuppone l'esistenza di un mercato, di cui corregge le eventuali alterazioni¹⁴⁹.

Avendo già affrontato i diversi orientamenti emersi in merito all'estensione della nozione di regolazione¹⁵⁰, nel tentativo di fornire una definizione unitaria di essa – seppure con tutte le difficoltà, derivanti dal fatto che anche considerando la macrocategoria delle attività nelle quali possono individuarsi prestazioni o servizi di pubblica utilità, le regole richieste dai

149 Si v. N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico, cit.*, 5058 ss. Risulta poi opportuno premettere che occorrerebbe distinguere anche la “concorrenza” dal “mercato”, si v. in merito G. Stigler, *Perfect competition, Historically Contemplated*, in *J. Pol. Econ.*, 65, 1, 1957, 6, il quale ha riconosciuto che “la fusione del concetto di concorrenza con quello di mercato è stata particolarmente infelice, poiché ciascuno di essi merita un trattamento separato”. Siffatta distinzione risulta sfumata in considerazione della progressiva sovrapposizione tra i due concetti, verificatasi con lo sviluppo della scienza economica, che ha cominciato ad utilizzare il termine concorrenza non per descrivere le azioni degli agenti economici, quanto piuttosto per descrivere lo stato di fatto corrispondente ad una forma di mercato puramente astratta ed ideale creata per formalizzare le assai restrittive condizioni necessarie perchè gli effetti della rivalità tra agenti indipendenti raggiungano ipotetici limiti estremi. All'origine della confusione tra questi due concetti, c'è l'ascesa nell'economia teorica del modello della c.d. concorrenza perfetta, ovvero un'astratta forma di mercato nella quale né i venditori, né i compratori possono in alcun modo migliorare ulteriormente la loro posizione rispetto ad altri agenti che si propongano di conseguire i medesimi obiettivi. In tali termini si esprime A. Cucinotta, *Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2017, 39 ss. Per approfondimenti in merito al modello neoclassico di concorrenza perfetta, definito rigorosamente sulla base di requisiti convenzionali, quali la perfetta libertà di entrata e di uscita di chiunque dal mercato, la perfetta sostituibilità dei beni offerti, l'impossibilità degli attori economici di determinare i prezzi di propria volontà, la piena condivisione delle informazioni necessarie per lo svolgimento degli scambi, si v. M. Libertini, *Concorrenza, cit.*, 222 ss.

150 In merito all'estensione della nozione di regolazione, tale da ricomprendere o meno l'attività *antitrust*, si rimanda a quanto già detto con riguardo alla nozione di regolazione ed alla sua estensione nell'ambito del capitolo precedente. Si v. anche A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, *cit.*, 807; M. Antonioli, *Regolazione e mercato*, Milano, 2001. Esclude che la funzione *antitrust* possa essere qualificata come regolazione, S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 13.

diversi settori sono comunque differenti¹⁵¹ –, occorre preliminarmente definire il perimetro concettuale della nozione di concorrenza.

Il tema è stato inevitabilmente sollevato dal consolidamento delle politiche *antitrust*, avveratosi prima in America¹⁵² poi in Europa¹⁵³.

Il concetto di concorrenza come bene giuridico tutelato dalla disciplina *antitrust*, infatti, non poteva più essere assimilato all'anacronistica idea di concorrenza posta alla base delle prime elaborazioni della scienza economica della prima metà dell'Ottocento, che guardava ad essa come uno stato naturale del mercato, corrispondente alla normale esplicazione della libertà individuale di commercio ed alla naturale rivalità tra soggetti esercenti attività economiche¹⁵⁴.

La difficile definizione della nozione di concorrenza trova la sua origine nella stessa formulazione dei testi normativi, che, al fine di dettare regole

151 M. D'Alberty, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesaurò, M. D'Alberty (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit., 173 ss.

152 La nascita della disciplina *antitrust* in America si fa risalire all'adozione dello *Sherman Antitrust Act*, del 1890, con il quale si attribuisce allo Stato un compito attivo, e non meramente punitivo, nella repressione dei comportamenti monopolistici, con una combinazione di strumenti di *public* e *private enforcement*. Per approfondimenti in merito si v. Peritz, *Competition Policy in America: 1888-1992. History, Rhetoric, Law*, Oxford, 1996; G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1997. Si v. M. Libertini, *Concorrenza*, voce in *Enciclopedia del diritto*, cit., 209 ss., per una completa disamina dell'applicazione "ciclica" del diritto *antitrust* americano, che ha conosciuto diverse evoluzioni, fino all'affermazione della scuola economica di Chicago (si v. Cucinotta, Pardolesi e Van Den Bergh, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham-Northampton, 2002; R. Posner, *Antitrust law*, Chicago, 2001) e che ha in ogni caso fortemente influenzato, pur dovendosene rimarcare le differenze, anche la politica della concorrenza in Europa e la dottrina relativa. Per approfondimenti in merito alla Chicago School, si v. G.J. Stigler, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1971, 3; R.A. Posner, *Theories of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, 1974, 335; S. Peltzman, *Toward a more general theory of regulation*, in *Journal of law and economics*, 19, 1976, 211. Nelle scienze politiche, le medesime idee sviluppate dalla scuola di Chicago, sono state riprese dalla Virginia School, si v. J.M. Buchanan, G. Tullock, *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*, Michigan, 1962. Per un approfondimento circa il focus della letteratura accademica in tema di regolazione, negli ultimi due decenni negli Stati Uniti, si v. G. Majone, *Regulating Europe*, London, 1996.

153 La tutela della concorrenza è stata, sin dall'inizio, tra gli obiettivi fondamentali della Comunità Europea, per approfondimenti in merito si v. Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007. Un ruolo centrale è stato assunto dalla Commissione Europea e dalla Corte di Giustizia, che hanno seguito il modello della scuola tedesca, degli ordoliberali di Friburgo (i quali ritengono che il mercato sia una istituzione con finalità e mezzi propri, che necessita del controllo incisivo e permanente di apparati amministrativi specializzati, in grado di esercitare un compito tecnico-amministrativo, al fine di combattere i poteri privati che spontaneamente si formano nella realtà economica), imponendo norme di concorrenza europee caratterizzate da due divieti: delle intese anticoncorrenziali e degli abusi di posizione dominante. Per approfondimenti in merito si v. ancora M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 217 ss. Per la discussione delle teorie della scuola di Friburgo, M. Foucault, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-76*, Paris, 1997, trad. it. Milano, 2009.

154 La stessa disciplina *antitrust* americana appoggiava siffatta concezione del mercato come *locus naturalis*: la concorrenza era ancora concepita come una condizione naturale, che si realizza da sé, una volta eliminata la presenza artificiosa dei *trust*. Si comincia ad affermare una concezione evoluta del concetto di concorrenza, con il pensiero tedesco ordoliberales, sviluppatosi con la fine della guerra: la concorrenza non appare più come uno stato naturale di qualsiasi mercato aperto alla libera iniziativa, bensì come una costruzione sociale, frutto di regole scelte e imposte dallo Stato.

che possano adattarsi a fenomeni proteiformi, quali sono i comportamenti delle imprese nei mercati, affrontano il tema della tutela della concorrenza con previsioni “a maglie larghe”¹⁵⁵.

Nel nostro ordinamento, la tutela della concorrenza – che implica il divieto di condotte private e di misure pubbliche limitative, l'eliminazione delle barriere che precludono l'apertura dei mercati e la rimozione delle restrizioni che impediscono la *par condicio* degli operatori concorrenti – è divenuta oggetto di disposizione normativa espressa, a seguito della riforma costituzionale del 2001, essendo elencata tra le materie in cui lo Stato ha la potestà legislativa esclusiva (art. 117, co. 2, lett. e, Cost.).

Una prima individuazione della concorrenza, tuttavia, poteva già rinvenirsi anche all'art. 41 Cost., che veniva dai più interpretato come una norma di garanzia della libertà individuale di iniziativa economica, piuttosto che di garanzia della concorrenza effettiva¹⁵⁶.

Proprio in merito all'interpretazione giurisprudenziale costituzionale di questi due articoli (art. 117, co. 2, lett. e; art. 41 Cost.), ha preso avvio un processo di evoluzione nella ricostruzione della nozione stessa di concorrenza¹⁵⁷.

155 Si v. M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 220 e 240, il quale evidenzia che la definizione “a maglie larghe” risulti funzionale ad evitare che una definizione rigorosa delle fattispecie vietate dia alle imprese la possibilità di eludere facilmente i divieti. Da ciò deriverebbe un evidente sforzo dogmatico-interpretativo, da parte del giurista, al fine di ricostruire il concetto normativo di concorrenza.

156 Si v. M. Giampieretti, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2004, 439 ss. L'A. riassume il dibattito che si è verificato tra la linea di pensiero che ritiene la concorrenza in senso oggettivo estranea alla tutela dell'art. 41 Cost. e la linea di pensiero opposta, a cui appartiene anche M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 195 ss. Si v. anche G. Amato, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2017, 425 ss., il quale prima della riforma del 2001 aveva cercato un fondamento della tutela della concorrenza nell'art. 41 Cost. con l'argomento che la libertà di iniziativa economica può sussistere solo in un mercato concorrenziale, protetto in questo suo essenziale carattere, sia contro le ingiustificate intrusioni del potere pubblico, sia contro gli abusi dei poteri privati.

157 Si v. G. Amato, *Corte Costituzionale e concorrenza*, cit., 426 ss., l'A. pone in evidenza due elementi da tener presenti ove ci si accinga all'esame della giurisprudenza costituzionale in tema di concorrenza. Innanzitutto, il giudice rileva che la Corte, giudicando di leggi e facendolo sulla base di ricorsi per lo più in via principale, non ha avuto modo di affrontare le questioni sulle quali si è forgiata la cultura economica e giuridica dell'*antitrust*, con conseguenti evidenti limiti; in secondo luogo, la Corte ha sempre giudicato di leggi in tema di concorrenza, come guardiana del confine fra Stato e Regioni, rendendosi presto conto della natura trasversale della materia, tale da penetrare nei settori più diversi e quindi da essere, più di altre, fonte di potenziali conflitti. Sul carattere finalistico e trasversale della materia della concorrenza, cfr. Corte Cost., sent. 16 aprile 2014, n. 97, in *Giurisprudenza cost.*, 2014, 2911, con nota di L. Casseti, *Alla ricerca di (improbabili) spazi regionali per scelte legislative pro-concorrenziali: appalti e differenziazioni territoriali*. Si v. ancora M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 197, secondo il quale: “la norma costituzionale sulla tutela della concorrenza è stata impiegata dalla Corte soprattutto per sancire un ampliamento della competenza statale in materia di regolazione amministrativa dei mercati – anche attraverso l'affermazione, di per sé corretta, secondo cui la 'tutela della concorrenza' è materia 'trasversale', che può interferire con altre materie di competenza regionale, nel qual caso la competenza statale gerarchicamente prevale – piuttosto che per sindacare nel merito i fini e gli effetti degli interventi regolatori”.

Nel progressivo superamento di una prospettiva storica con cui si privilegiavano interpretazioni formalistiche in base alle quali la concorrenza coinciderebbe sempre e soltanto con il massimo pluralismo e con l'assenza di regole, ovvero con il mercato più aperto che efficiente¹⁵⁸, le ultime pronunce della Corte Costituzionale denoterebbero l'avvio di una nuova riflessione¹⁵⁹.

In base alle ultime pronunce rese dalla Corte, *ex art. 117, co. lett. e), Cost.*, la nozione di concorrenza non sarebbe astratta, né asettica, in quanto questa non costituirebbe un modello unico sempre uguale a se stesso, ma dovrebbe essere modulata diversamente nei vari settori secondo un principio di ragionevolezza.

Si afferma infatti una nozione che non coincide sempre e soltanto con il mercato più aperto, senza barriere e senza regole.

Secondo il giudice costituzionale, “*la vera chiave del mercato non è il laissez faire, ma è la libertà degli scambi garantita da una cornice legale coerente con questa libertà*”¹⁶⁰.

158 La prima giurisprudenza della Corte Costituzionale faceva perno su due assunti di principio, ricostruiti da G. Amato, *Corte Costituzionale e concorrenza*, cit., 428, così riassumibili: il primo è costituito dalla coincidenza della concorrenza con il pluralismo, inteso come la necessaria presenza del maggior numero possibile di concorrenti; il secondo è costituito dall'affermazione dell'esigenza che la concorrenza sia disciplinata in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Per tale ragione, infatti, la stessa sarebbe affidata alla competenza esclusiva dello Stato. Il medesimo A. auspicava l'abbandono, da parte della Corte Costituzionale, di questi assiomi (*in primis* l'idea che qualsiasi limite alla libertà di iniziativa economica sarebbe di per sé un limite alla concorrenza), al fine di abbracciare la cultura *antitrust*.

159 Cfr. Corte Cost., sent. n. 47 del 7 febbraio 2018, in www.cortecostituzionale.it, con cui la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 83Bis, co. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 10 e 11 del d.l. n. 112/2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), conv. In l. n. 133/2008, con riferimento all'art. 41 Cost. Tali disposizioni prevedevano che qualora il contratto di trasporto merci su strada non fosse stipulato in forma scritta, un corrispettivo minimo fosse dovuto al vettore. La questione viene respinta dalla Corte muovendo dalla previgente disciplina delle c.d. tariffe a forcella, che la precedente sent. Corte cost. n. 386/1996 aveva fatto salva, ritenendo che una determinazione pubblicistica delle tariffe rientrasse tra i legittimi limiti al principio di libertà di iniziativa economica, secondo l'orientamento consolidato in base al quale: “*non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorchè l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, come sancito dall'art. 41, secondo comma, Cost., purchè, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue*”. In questa cornice la Corte ha ritenuto che la previsione di un costo minimo costituisce un limite al di sotto del quale potrebbero venire compromessi i livelli di sicurezza nella circolazione stradale, in virtù di uno sfruttamento eccessivo delle risorse umane e materiali da parte delle imprese di trasporto. La previsione di “costi minimi”, dunque, costituirebbe un legittimo strumento indiretto di tutela della sicurezza stradale. Per approfondimenti in merito si v. A. Argentati, *Costi minimi nell'autotrasporto di merci e art. 41 Cost.: continuità o innovazione?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2018, 149 ss. Si v. anche, Idem, *Autorità antitrust e Corte Costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, *Mercato concorrenza regole*, 2015, 41 ss.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 303 ss.

160 Si v. G. Amato, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, in *Temi e problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1996, 13, in www.agcm.it.

A dimostrazione di ciò, sembra fin da ora opportuno distinguere le ipotesi di concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato¹⁶¹.

Il realizzarsi della concorrenza per il mercato, che sfrutta un “sistema ad appalto” basato sulla concorrenza tra imprese rivali che assegna “il servizio a quella impresa in grado di offrire la migliore combinazione tra prezzo e qualità”, dimostra come l'apertura al mercato non abbia in alcun modo eliminato le necessità di regolazione.

A mano a mano che si aprono i mercati, i compiti delle autorità di regolazione e concorrenza dunque non diminuiscono, ma aumentano¹⁶².

Come affermato da autorevole dottrina, la concorrenza è altro dalla semplice gioco delle forze del mercato; il semplice gioco del mercato, infatti, non tende alla concorrenza ma al monopolio, alla massimizzazione del profitto con la riduzione dei costi: la concorrenza, com'è comunemente noto, è il risultato prodotto artificialmente dalla regolazione pubblicistica del mercato¹⁶³.

In questa prospettiva, sembra inevitabile cogliere un approccio alla tutela

161 Per una prima formulazione embrionale di concorrenza per il mercato si v. E. Chadwick, *Results of different principles of legislation and administration in Europe; of Competition for the field as compared to competition in the field*, in *Royal statistical society journal*, vol. 22, 3, 381 ss. Si v. anche G.L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2014, 117 ss., i quali ricordano l'evoluzione del concetto di concorrenza per il mercato nella letteratura economica, a partire dalla prima formulazione di Harold Demsetz (H. Demsetz, *Why regulate utilities*, in *Journal of law and economics*, 1968, 55 ss.), nella cui concezione la concorrenza per il mercato consentirebbe di raggiungere lo stesso risultato della concorrenza nel mercato, ossia l'eliminazione degli extra-profitti di monopolio, senza la necessità di interventi regolatori successivi, poi criticata da Williamson (O. Williamson, *Franchise bidding for natural monopolies in genera and with respect to CATV*, in *Bell journal of economics*, 1976, vol. 7, 1, 73 ss.), il quale evidenzia come la durata dei rapporti concessori impone inevitabili aggiustamenti dei contratti stipulati, comportando necessariamente la reintroduzione di discrezionalità regolatorie.

162 Si v. M. Monti, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, in G. Tesauro, M. D'Alberty (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 78. Si v. anche S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, cit., 16 ss., il quale parla di “circolo vizioso regolatorio”, vissuto come un paradosso in base al quale: “la complessità della regolazione è in proporzione diretta con la liberalizzazione del settore. Quello meno liberalizzato ha minor necessità di essere regolato. Quello più liberalizzato ha più necessità di essere regolato”. Si v. anche S. Kondo, *Liberalizzazione, regolazione e sviluppo: l'esperienza dell'OCSE*, in G. Tesauro, M. D'Alberty, *Regolazione e concorrenza*, cit., 190, il quale riportando gli esiti del Rapporto OCSE in tema di Riforma della regolazione, presentato a Parigi nel 1997, ricorda come il medesimo rapporto abbia chiarito che “la riforma della regolazione include tanto la deregolazione, quanto una migliore regolazione. La deregolazione, intesa come completa o parziale eliminazione della regolazione in un settore, è in molti casi necessaria. Tuttavia, la deregolazione di per sé non assicura necessariamente la concorrenzialità nel mercato o l'efficacia dell'intervento politico. In molti casi i Governi devono continuare a dettare regole per salvaguardare la concorrenza e per proteggere gli interessi pubblici in settori quali la sicurezza, la qualità e la salubrità dell'ambiente e la tutela del consumatore. Rispetto a tali settori, sussiste l'esigenza di sviluppare strumenti che siano meno costosi, più efficaci e che utilizzino e modellino le forze di mercato per conseguire obiettivi di natura politica. La sfida consiste nel trovare la giusta combinazione di forze di mercato ed intervento governativo, affinché si conseguano in modo efficiente gli obiettivi politici volti alla modifica delle condizioni economiche e sociali”.

163 Si v. L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munis* 1/2015, 133. Per approfondimenti si v. anche M. D'Alberty, *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese, Milano, 2006, II, 1140 ss.

della concorrenza con cui si presta una maggiore attenzione verso l'analisi del danno concorrenziale prodotto dalla norma ed il recupero di un maggiore spazio al criterio di ragionevolezza, per preservare un processo concorrenziale efficiente, in grado di offrire i servizi migliori al consumatore, senza necessariamente eliminare qualsiasi vincolo e/o restrizione, purchè questi possano considerarsi ragionevoli alla luce dell'obiettivo perseguito¹⁶⁴.

Risulta dato acquisito nel pensiero politico contemporaneo, in aderenza all'ideologia dell'economia sociale di mercato, che la tutela della concorrenza, intesa come processo dinamico virtuoso orientato alle libere scelte dei consumatori, rappresenti uno dei compiti fondamentali dello Stato, in un quadro ampio di funzioni, in cui lo Stato è chiamato a realizzare oltre al corretto dispiegarsi del rapporto tra imprese, anche una serie di altri risultati (la stabilità economica, la tutela di categorie sociali strutturalmente deboli, la garanzia di accesso per tutti a beni e servizi pubblici, la tutela dell'ambiente, ecc.) che i mercati, per quanto ben funzionanti, non sono in grado di realizzare da soli¹⁶⁵.

Siffatta acquisizione diventa ancora più forte ove l'attenzione sia rivolta nello specifico alle attività il cui carattere essenziale per la collettività non consenta di abbandonarne la sorte alle sole leggi del mercato: in tali ipotesi, infatti, l'applicazione delle regole ordinarie delle attività economiche, in particolare quelle della concorrenza, può essere condizionata o persino esclusa per certi versi.

E' noto, in merito, il proponimento di Jaques Delors, Presidente della Commissione europea, secondo il quale: *“il mercato da solo non riesce a creare questo consenso che necessita di un orologiaio, che tenga conto delle evoluzioni a lungo termine e faccia prevalere l'interesse generale, generatore di solidarietà ed equità”*¹⁶⁶.

164 Si v. A. Argentati, *Costi minimi nell'autotrasporto merci e art. 41 Cost.: continuità o innovazione?*, cit., 156 ss. Secondo l'A., infatti, l'evoluzione giurisprudenziale manifestatasi in seno al giudice di legittimità denota l'abbandono di ogni valutazione aprioristica e formalistica delle restrizioni normative e la necessità di distinguere sempre, in concreto, caso per caso, secondo la tradizione della *rule of reason*.

165 Si v. M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 238, il quale fa così riferimento alla concorrenza dei moderni, che a suo avviso potrebbe qualificarsi come una politica di risultati, piuttosto che una politica repressiva di comportamenti devianti. Per approfondimenti in merito si v. M. Libertini, *Il “private enforcement” e le sanzioni amministrative*, in *Conc. e mercato*, 2007, 356 ss. In senso contrario, si v. D.A. Crane, *Technocracy and Antitrust*, in *86 Texas Law Review*, 2008, 1159 ss.

166 Cfr. *Rev. Aff. Européennes*, n. 2, 1994, 3, citato da Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza*

Il “consenso” di cui si proclama la necessità è innanzitutto di tipo sociale, fondato sull'eguaglianza di accesso, sulla sicurezza e sulla solidarietà.

Caratteri tipici, questi ultimi, della concezione tradizionale e condivisa di servizio pubblico, basato sui principi di continuità (almeno per le componenti essenziali del servizio stesso); eguaglianza di accesso; possibilità per il servizio di adattarsi in modo permanente alle esigenze di interesse generale per cui viene utilizzato¹⁶⁷.

Gli economisti considerano un risultato consolidato che la concorrenza massimizzi il benessere sociale, costituendo la forma di mercato che rende più probabile l'innovazione dei processi e dunque più elevato il tasso di innovazione tecnologica¹⁶⁸.

Per tale ragione, la *public policy* deve tutelare sempre e comunque la concorrenza, preservandola e limitando le distorsioni che essa possa soffrire, e questo è il compito dell'*antitrust*.

Quando invece la concorrenza è impossibile, o vi siano fondati motivi per ritenere che essa porterebbe a risultati non coincidenti con il benessere sociale, bisogna stimolarne gli effetti e questo rimane il compito della regolazione *ex ante*¹⁶⁹.

II. Regolazione e concorrenza: ricostruzione di un rapporto “complicato”

La correttezza della distinzione tra questi due strumenti di *policy*, del diritto *antitrust* e della regolazione, che dovrebbero intervenire – secondo l'ordinario svolgimento dei processi – in due momenti distinti, secondo principi e metodologie differenti, è stata tracciata dalla teoria giuridica¹⁷⁰

continentale, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, cit., 60.

167 Si v. Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, cit., 61, il quale ricorda che: “il diritto comunitario ha prodotto, da un lato, una nozione di interesse economico generale comunitario, nel quadro delle politiche comunitarie, che lo porta ad escludere il gioco esclusivo delle leggi del mercato nei settori considerati [di rilievo pubblico] e dall'altro, ha riconosciuto l'esistenza di attività di interesse economico generale in ogni Stato membro – ossia di attività di servizio pubblico – consentendo che queste si sottraggano alle regole della concorrenza, qualora risulti necessario per l'utilità generale perseguita”.

168 Si v. K. Arrow, *Economic welfare and the allocation of resources for inventions*, in R. Nelson (a cura di), *The rate and direction of inventive activity: economic and social factors*, Princeton, 1962. Da Schumpeter in poi, infatti, gli economisti della concorrenza ancorano la concorrenza dinamica alla produzione di innovazione e quindi di efficienza. Per un approfondimento in merito alla scuola austriaca, a cui si deve la formulazione originaria della teoria della concorrenza dinamica, si v. J. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Etas, 2001.

169 Si v. in tali termini L. Prosperetti, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2002, 277 ss.

170 Si v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, cit., 12 ss. L'A. riporta la distinzione tra regolazione e

ed accolta anche dalla teoria economica.

In base ad un orientamento ormai consolidato, i rapporti tra la regolazione e la disciplina *antitrust* non si configurano in termini di esclusione¹⁷¹ o sequenzialità¹⁷², ma in termini di complementarità¹⁷³.

L'esistenza di distinte *authorities* con compiti specifici di tutela della concorrenza, da un lato, e di regolazione del settore, dall'altro, consentirebbe di ridurre i rischi di cattura del regolatore e di sviluppare distinte *expertise* in grado di ridurre le condotte anticoncorrenziali da parte degli operatori di mercato, posto che se il comportamento sfugge all'intervento *ex ante* (regolazione), questo potrà sempre essere punito e represso *ex post* (mediante le norme *antitrust*).

Siffatta impostazione, evidentemente, poggia sulla discrasia temporale dei due interventi, che a loro volta fanno affidamento su strumenti diversi ed obiettivi parzialmente distinti, essendosi anche rilevato come la disciplina *antitrust* sia la stessa per tutti i settori dell'economia, mentre la regolazione tende ad essere “*sector specific*”¹⁷⁴.

Mentre l'autorità preposta alla tutela della concorrenza si serve prevalentemente di nozioni economiche al fine di eliminare barriere

concorrenza al rapporto tra diritto amministrativo e diritto commerciale; si v. anche G. Marzi, L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, 2001, cap. II.

171 Il rapporto mutuamente escludente è quello prospettato dalle Corti statunitensi, si v. in merito la pronuncia della Suprema Corte *Verizon Communication Inc v. Trinko*, decisa il 13 gennaio 2004, in cui la Corte sottolinea la “sconvenienza” dell'intervento *antitrust* in mercati regolati, purchè la stessa regolazione sia “*an effective steward of the antitrust function*”. L'applicazione del diritto della concorrenza secondo la Corte, dunque, dovrebbe escludersi nei casi in cui la regolazione sia in grado di svolgere al meglio i suoi compiti, potendo altrimenti un intervento *antitrust* portare più danni che benefici al mercato. Per una ricostruzione del rapporto mutuamente escludente, si v. F. Di Porto, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. ital. Dir. pubbl. Comunitario*, 2006, 951 ss.

172 Il rapporto sequenziale è stato ricostruito dal professore britannico Stephen Littlechild – divenuto poi direttore dell'autorità di regolazione del mercato elettrico britannico – secondo il quale la regolazione sarebbe una soluzione di *second best* rispetto alla concorrenza, posto che solo questa sarebbe in grado di proteggere i consumatori. La regolazione sarebbe dunque presente soltanto in veste temporanea, arretrando successivamente con l'affermarsi della concorrenza. Ne consegue che “*regulation [...] is not a substitute for competition. It is a means of holding the fort until competition arrives*”, si v. S. Littlechild, *Regulation of British telecommunications profitability*, Londra, Department of Industry, 1983, e *Economic regulation of privatised water authority*, Londra, Department of Environment, 1986.

173 Si v. J.J. Laffont, J. Tirole, *Competition in Telecommunications*, MIT Press, 2000, secondo i quali la regolazione e la concorrenza *strike the same rocks* (ovvero le asimmetrie informative relative ai costi del servizio, alla domanda, alle pressioni concorrenziali, oltre ai casi di cattura ad opera di gruppi di interesse). Si v. anche P.L. Parcu, *On the convergence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 321, il quale richiamando la distinzione tra concorrenza e regolazione, afferma che: “*regulatory laws, and even more regulatory activity of administrative bodies (specific rules), traditionally are different from antitrust laws under one essential respect. They sometime may also prohibit certain types of behaviours, giving indications to firms about things they are not allowed to, but generally they are characterized by the positive rules they impose*”.

174 Si v. per approfondimenti F. Leveque, H. Shelanski, *Antitrust and regulation in the EU and US. Legal and economic perspectives*, Cheltenham, 2009.

all'ingresso al mercato (interviene infatti nei confronti delle condotte che ostacolano o impediscono la concorrenza), l'autorità di regolazione di settore normalmente fa riferimento a condizionamenti anche di origine politica e sociale per eliminare non solo le barriere all'ingresso al mercato, ma anche per fissare a priori regole generali con cui si definiscono gli assetti di mercato, le caratteristiche dei prodotti e le modalità di azione degli operatori presenti in esso (*i.e.*: determinazione della qualità, dei prezzi e dei modi di erogazione dei servizi), conformandolo ai principi di concorrenza, di efficienza e del processo tecnologico, rimediando ad esternalità negative.

La complementarità della disciplina *antitrust* e della disciplina di regolazione settoriale ha trovato un avallo in ambito eurounitario e nazionale: la giurisprudenza europea e nazionale, infatti, diversamente da quanto verificatosi negli Stati Uniti (dove si configura un rapporto mutualmente escludente tra regolazione e concorrenza)¹⁷⁵, si sono pronunciate nel senso di ritenere ammissibile l'applicazione di regole *antitrust* anche in presenza di una copiosa regolamentazione di settore, ove questa lasci alle imprese la possibilità di adottare comportamenti autonomi atti ad ostacolare, restringere o falsare la concorrenza, riconoscendo che talune fattispecie possono essere soggette sia alle regole di concorrenza sia alle misure nazionali o europee specifiche del settore, confermando così la sussistenza di un doppio controllo, *antitrust* e regolatorio¹⁷⁶.

175 Cfr. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis Trinko*. Siffatta pronuncia costituisce la dimostrazione del differente approccio che caratterizza il rapporto regolazione-concorrenza negli USA rispetto all'UE. Si v. in merito R.M. Brunell, *In regulators we trust: the Supreme Court's new approach to implied antitrust immunity*, in *Antitrust law journal*, 78, 2012, 279 ss., il quale evidenzia che: “*in the United States, antitrust law is no longer considered a “charter of economic liberty”, but as just another form of regulation, whereas in the European Union, it still constitutes the embodiment of free-market ideals*”. Si v. in merito T. M. Rusche, *Regulation and competition*, in L.O. Blanco, B. Van Houtte (a cura di), *EU Regulation and competition law in the transport sector*, Oxford, 2017, 48 ss., ripercorre le diverse spiegazioni circa la differenza d'impostazione del sistema americano e di quello europeo, riconducibili in sintesi ai seguenti elementi: “*the place of the respect rules in the hierarchy of norms (where articles 101 and 102 TFEU have the status of primary law, whereas sectoral regulation is based on directives and regulations that are secondary law); the fact that regulation in the United States tends to be more detailed than in the European Union; and a difference in the ideological status of competition law vis-a-vis regulation*”. Sulla utilità del modello Trinko anche nel sistema europeo si v. J. Meisel, *Is Trinko a useful model for the European Union?*, in *European Competition Law Review*, 34, 2013, 218 ss.

176 Cfr. Comm. Europea, decisione del 21 maggio 2003, COMP/37.451, 37.578, 37.579, Deutsche Telekom, in www.curia.eu. Si v. N. Rangone, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in *Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, M. Passalacqua (a cura di), Torino, 2015, 121 ss.; per una dettagliata analisi della applicazione parallela tra la disciplina della concorrenza e la regolazione si v. F. Salerno, *Neutral networks: the paradox of unbundling in the European regulation of energy and telecommunication*, in *European Competition Law Review*, 29, 2008, 471; nella medesima direzione si vedano anche le decisioni *Telefonica* del 4 luglio 2007, caso COMP/38.784 e *Telekomunikacja Polska*, nell'ambito della

Trova dunque affermazione il principio dell'autonomia dell'illiceità *antitrust*: ciò che rileva e che deve essere sanzionato, infatti, è la presenza di un intento escludente, anche messo in atto attraverso un comportamento legittimo alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti.

Siffatta impostazione risulta conforme al principio base della prevalenza del diritto della concorrenza rispetto alla disciplina di regolazione: la *pro-competition* stance, infatti, costituisce un criterio che tutti i regolatori dovrebbero seguire¹⁷⁷.

III. Segue. Regolazione e concorrenza: l'ibridazione delle forme di intervento e la duplice lettura del fenomeno.

Sia il diritto europeo e di conseguenza quello italiano stabiliscono il

quale ultima, la Commissione, nel sanzionare per abuso di posizione dominante l'incumbent polacco, accusato di comportamenti configuranti un rifiuto all'accesso, ha riconosciuto che la propria competenza ad intervenire, ex art. 102 del TFUE, non sarebbe preclusa dall'esistenza di una complessa disciplina regolamentare e dalla presenza di un'autorità di regolazione chiamata a vigilare sul suo rispetto. Anche la CGUE ha riconosciuto tale autonomia dell'illecito *antitrust*, si v. causa T-336/07, *Telefonica*, sent. del 29 marzo 2012, in base alla quale: “*le norme in materia di concorrenza previste dal Trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo ex-post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione ex-ante dei mercati delle Telecomunicazioni*”. Rilevanti sono anche le sentenze CGUE 14 ottobre 2010, causa C-280/08 *Deutsche Telekom*, in www.curia.europa.eu; sent. 17 febbraio 2011, causa C-52/09 *Telia Sonera*, in www.curia.europa.eu, per cui non si esclude che condotte autorizzate o ratificate da parte del regolatore possano comunque essere sindacate e condannate dall'autorità di concorrenza, ove si riconosca in capo all'impresa soggetta a regolazione margini di manovra tali da consentirle di evitare o terminare autonomamente la condotta abusiva. Cfr. anche CGUE, sent. Del 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, con cui si conferma la sent. del Tribunale di primo grado, 1 luglio 2010, causa T-321/05 *Astrazeneca*, con cui si afferma che “*gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto alla concorrenza*”. Critico rispetto a questa impostazione è G. Monti, *Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law*, in *Competition law review*, 2008, 4(2), 125, secondo il quale devono esserci circostanze nelle quali la Commissione dovrebbe essere più “*deferential*” rispetto ai regolatori, “*in particular when reasons of public interest may suggest that actions undertaken or proposed by the regulators may turn to be more apt to address long-term concerns, as for instance, the imperative of ensuring stable growth and innovation*”. Anche la giurisprudenza nazionale si è pronunciata nei medesimi termini, cfr. ex multis Cons. St., sent. 10 marzo 2006, n. 1271, *Telecom*, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui si è ribadito il principio in base al quale anche la presenza di una copiosa regolamentazione di settore, volta a definire *ex ante* in modo puntuale le regole del gioco anticoncorrenziale, non costituisce una ragione per ritenere che nei mercati non possano trovare applicazione le regole *antitrust*. Cfr. anche Cons. St., sent. 8 aprile 2014, n. 1673 e 12 febbraio 2014, n. 693, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. Per approfondimenti in merito all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE da parte della Commissione Europea quando le autorità di regolazione nazionali impongono specifici comportamenti anti-competitivi, con riferimento al caso *Deutsche Telekom*, si v. P. Congedo, *The “Regulatory Authority Dixit” defence in European competition law enforcement*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory studies*, 2014, 7(10).

¹⁷⁷ Si v. M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, 179, il quale evidenziava come l'economia italiana fosse ancora debole sul punto, prevedendosi la finalità proconcorrenziale solo per le autorità indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità e non anche per le altre autorità ed amministrazioni tradizionali. In realtà, a mio avviso, siffatta critica di debolezza potrebbe agevolmente essere superata, ove si consideri quanto previsto dall'art. 1 della l. n. 241/1990 che impone, nell'esercizio dell'attività amministrativa, il necessario rispetto dei principi del diritto comunitario tra i quali, si è detto, non può farsi a meno di annoverare anche il principio di tutela della concorrenza.

principio di prevalenza della disciplina della concorrenza (cfr. artt. 101 ss. e 120 Trattato sul funzionamento dell'UE¹⁷⁸; art. 8 l. n. 287/1990), in pieno rispetto del principio di non discriminazione e di libertà di circolazione, che insieme ad esso costituiscono i principi cardine dell'intero diritto europeo¹⁷⁹.

L'obiettivo stesso di creare un mercato unico europeo non sarebbe davvero perseguibile se si ammettessero, ad esempio, accordi tra imprese per compartimentare il mercato, oppure aiuti di stato ad effetto distorsivo.

L'integrazione delle economie, infatti, comporta necessariamente un intensificarsi dei compiti di verifica delle condizioni di concorrenza¹⁸⁰, dunque un intensificarsi anche dei compiti di regolazione.

Tuttavia, nonostante la generale condivisione della sopra richiamata sintesi teorica riguardante il rapporto tra regolazione e concorrenza, questa risulta in alcuni casi sconfessata dalla realtà di fatto, in cui il diaframma tra attività di regolazione ed attività *antitrust* si assottiglia, fino a realizzare una vera e propria “ibridazione” di forme¹⁸¹.

Significativa è l'immagine utilizzata da Sabino Cassese che, per descrivere l'assetto normativo fluido e con equilibri incerti dei rapporti tra i due tipi di discipline e tra i due tipi di attività, richiama il battello di Teseo a cui,

178 In origine, prima dell'adozione del Trattato di Lisbona, si doveva in particolare richiamare l'art. 3, lett. g del Trattato CE, che poneva tra gli obiettivi del Trattato quello di realizzare un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune. Con l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, scompare dall'art. 3 l'indicazione della concorrenza non falsata come obiettivo fondamentale dell'Unione stessa. Esso è stato sostituito con l'affermazione per cui l'Unione «*si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*». La tutela della concorrenza, tuttavia, non è scomparsa dalle norme dei Trattati, essendo stata spostata in altre disposizioni, ovvero tra quelli che determinano scopi e mezzi dei vari settori di intervento delle politiche comunitarie. Sull'interpretazione politica da fornire a questa modifica apportata dal legislatore europeo, si v. M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 192 ss.

179 Sul rapporto regolazione-concorrenza nella Comunità europea, si v. M. De Vita, *Regolamentazioni pubbliche: principi comunitari e disciplina italiana antitrust*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 4/1997, 707.

180 Si v. M. Monti, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 75 ss.

181 Si v. F. Di Porto, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, cit., 959 ss., che nella ricostruzione dei modelli di configurazione del rapporto regolazione-concorrenza, rimanda ad un quinto modello della regolazione “geneticamente modificata”, ricostruito attraverso l'osservazione dei recenti interventi normativi della Commissione nel settore delle comunicazioni elettroniche. Nel quinto modello gli interventi regolatori ed *antitrust* si presentano come complementari e coesistono in quanto non sostitutivi, dato che i presupposti sono differenti – ovvero gli interventi *antitrust* richiedono l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale e della relativa responsabilità, mentre gli interventi regolatori presuppongono il fallimento del mercato – pur avendo in comune le finalità e gli strumenti, dato che la regolazione nel c.d. modello ibrido è basata sui principi e sulle procedure *antitrust*. Si v. P.L. Parcu, *On the convergence of antitrust and regulation*, cit., 324 ss.

secondo Plutarco, gli ateniesi sostituivano i vecchi pezzi con i nuovi a mano a mano che i primi marcivano, per cui alla domanda se si trattasse sempre dello stesso battello alcuni rispondevano di sì altri di no¹⁸².

Accade, infatti, che l'autorità *antitrust* intervenga *ex ante* a tutela della concorrenza e del mercato¹⁸³; così come accade che si verifichi un intervento *antitrust* da parte di un'autorità di regolazione¹⁸⁴.

Siffatta ultima ipotesi sembra costituire uno dei casi più frequenti di “sconfinamento”, in esatto contrasto con la visione sopra delineata, della dimensione residuale della regolazione, come strumento di *policy* da impiegare ove non siano sufficienti gli strumenti dell'*antitrust*, con inevitabili costi connessi ai possibili emergenti conflitti giurisdizionali, nonché all'incertezza regolatoria in capo agli operatori economici, che porterebbe alla riduzione degli investimenti¹⁸⁵.

Siffatto fenomeno viene letto secondo due differenti prospettive.

Da un lato, l'evidenza dei possibili costi impone di considerare siffatta “deriva regolatoria” come un fenomeno che merita di essere arginato¹⁸⁶, tramite una limitazione delle finalità pro-concorrenziali attribuite alle autorità di regolazione (*ex art. 1 l. n. 481/1995*), che devono rimanere finalità concorrenziali a carattere generale, fatte proprie dagli impianti regolatori esistenti in tutti i settori dell'economia, senza che ad essi venga riconosciuta la facoltà di determinare *motu proprio* a quali mercati ed a quali infrastrutture applicare gli strumenti regolatori¹⁸⁷.

Secondo tale logica, i poteri *stricto sensu* pro-concorrenziali, di individuazione del mercato rilevante e di individuazione delle strutture

182 Si v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, cit., 19. L'A. arriva a siffatta conclusione dopo una disamina del complesso rapporto tra la disciplina delle regolazioni e la disciplina della concorrenza e quello tra autorità che presidiano le prime e autorità che presidiano la seconda, riferendosi ai settori dell'energia elettrica e del gas, al settore delle comunicazioni ed al settore postale.

183 Si v. L. Prosperetti, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, cit., 279 ss.

184 Per esempi in tal senso si v. L. Prosperetti, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, cit., 280 ss.

185 Si v. L. Prosperetti, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, cit., 281. Lo sconfinamento *antitrust* delle autorità di regolazione comporterebbe oltre ai costi derivanti dai possibili conflitti giurisdizionali, anche i costi derivanti da un aumento del livello di rischio regolatorio in capo agli operatori, “*per i quali può non essere immediatamente evidente – ad esempio – quali nuovi mercati rilevanti verranno identificati dalle Autorità di regolazione e quali limiti potranno essere posti alla quota detenuta su questi mercati, o che dovranno decidere investimenti in infrastrutture od offerte commerciali correndo il rischio che, in nome delle infrastrutture essenziali – magari in una accezione assai ampia – possano materializzarsi inattesi obblighi regolatori*”.

186 Si v. L. Prosperetti, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, cit., 282 ss. Si v. anche G. Pitruzzella, *Concorrenza e regolazione*, 26 novembre 2014, n. 22/2014, in www.federalismi.it.

187 Si v. in tal senso Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, AS226, Roma, in www.agcm.it.

essenziali, devono rimanere appannaggio della sola autorità *antitrust*.

Così come la stessa applicazione delle norme a tutela della concorrenza non potrebbe tenere conto di finalità diverse da quella di salvaguardare la competizione tra le imprese ed il pluralismo economico.

La tutela della concorrenza nella prassi della Commissione e delle autorità nazionali, infatti, è stata sempre considerata come *self contained*, cioè come una politica di attuazione che deve restare meramente tecnica, con esclusione di forme di bilanciamento con altri interessi oggetto di differenti politiche europee¹⁸⁸.

Dall'altro lato, però, emerge una possibile ulteriore lettura del fenomeno. Registrata la necessità, stante la rapida evoluzione dei mercati, di approntare efficaci strumenti di *policy* per assicurare tutto ciò che il mercato non sarebbe in grado di garantire da solo, un tentativo di armonizzazione dell'intervento *antitrust* e della regolazione non può essere visto in chiave completamente negativa, potendo costituire un modo per risolvere in via non conflittuale i problemi di coordinamento tra le varie autorità competenti nel riparto delle loro competenze, nonché per rendere maggiormente omogenei i metodi e le procedure idonee a garantire la competitività del mercato ed il benessere dei consumatori, al riparo da possibili influenze e “catture” da parte della politica e dei soggetti regolati¹⁸⁹.

188 Si v. G. Pitruzzella, *Concorrenza e regolazione*, cit., 6 ss., con riferimento alla non permeabilità delle politiche di concorrenza rispetto ad altre finalità proprie della regolazione, mette in evidenza alcuni casi eccezionali di decisioni in cui è stato attuato un bilanciamento di diversi interessi, oltre a quello di tutela della concorrenza: cfr. decisione Ford/Wolksswagen (1992), con cui la Commissione europea esento dal divieto una intesa che contribuiva alla promozione “di uno sviluppo armonioso della Comunità e alle riduzioni delle disparità regionali, il che costituisce una delle finalità fondamentali del trattato”. Mentre l'autorità tedesca intendeva vietare la *joint venture* tra le due case automobilistiche, la Commissione ha valutato positivo, oltre che conforme ai principi del Trattato, il progetto, che costituiva il maggior investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo, stimandosi che esso portasse alla creazione di oltre 5.000 posti di lavoro, con la creazione indiretta di ulteriori 10.000 posti di lavoro. Analogamente, si riporta una decisione successiva, del 1994, caso Philips/Osram, la Commissione autorizzò una *joint venture* tra i principali costruttori europei di lampadine, non solo per questioni di efficienza, ma anche sulla base delle conseguenze positive in termini di salvaguardia ambientale.

189 P.L. Parcu, *On the convergence of antitrust and regulation*, cit., 321 ss. L'A. individua i *pro* ed i *contra* dell'istituzione di una nuova autorità a cui sarebbero demandati sia compiti di regolazione che di tutela della concorrenza. Sembra opportuno, seppure in forma sintetica, riportarne una sintesi: a) il primo vantaggio riguarderebbe sicuramente un miglioramento nel coordinamento delle azioni, evitando un defatigante scambio burocratico di pareri ed opinioni, che appesantiscono e rendono meno efficiente l'azione regolatoria e di tutela della concorrenza; b) in secondo luogo si consentirebbe di strutturare fin dal principio una regolazione in grado di orientare progressivamente il mercato ad un confronto competitivo, senza dover ricorrere a strumenti “emergenziali”, posti a rimedio di situazioni già consolidate e che difficilmente possono subire cambiamenti in tempi rapidi; c) un ulteriore beneficio riguarderebbe l'omogeneizzazione delle procedure, rendendo anche più agevole il compito degli operatori di mercato; d) oltretutto, un autorità con maggiori competenze e, di conseguenza, con una struttura più estesa, risulterebbe meno sensibile alle pressioni dei singoli operatori di mercato, oltre che

IV. L'armonizzazione tra la regolazione e la concorrenza: le soluzioni alternative di convergenza.

In merito devono registrarsi due possibili soluzioni di armonizzazione e coordinamento tra la regolazione e la concorrenza.

Una meno incisiva rispetto alla situazione attuale che consentirebbe, attraverso una “ibridazione” del modello regolatorio secondo i principi *antitrust*, la più piena realizzazione del modello della complementarità tra la regolazione e la concorrenza; un'altra, invece, più radicale, che comporterebbe, in analogia a quanto avviene nell'ordinamento europeo attraverso la figura della Commissione Europea, la creazione *ex novo* di un'unica autorità deputata alla tutela della concorrenza e con competenze di regolazione¹⁹⁰.

L'ibridazione del rapporto tra regolazione e concorrenza si è verificato in ambito europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche¹⁹¹: la regolazione, facendo uso degli strumenti *antitrust*, riesce a farsi promotrice di finalità anche più ampie rispetto alla tutela della concorrenza, raggiungendo risultati diversi dalla sola creazione di un mercato concorrenziale, senza tuttavia mai sacrificare l'obiettivo primario della promozione/tutela della concorrenza, in forza della quale, come detto, deve essere comunque interpretata ed applicata ogni misura regolatoria¹⁹².

meno soggetta alle pressioni politiche; e) con un risparmio anche in termini di spesa, dovendosi considerare l'estensione dei compiti di un'autorità già esistente sicuramente meno costosa rispetto ad una situazione in cui sussiste una duplicazione delle strutture, dei compiti e del personale. Vengono tuttavia posti in evidenza anche le controindicazioni di tale impostazione: a) innanzitutto vi sarebbe una possibile perdita di chiarezza e di trasparenza nel bilanciamento dei vari interessi; b) oltretutto, si perderebbe quella specificità propria delle regolazioni di settore che porterebbe a soluzioni “buone per ogni occasione” prive di un'effettiva efficacia; c) infine, l'istituzione di un'unica autorità potrebbe comportare un eccesso di centralizzazione con conseguenze negative in termini di sovraccarico di lavoro e conseguente ritardo nella definizione delle procedure.

190 Per approfondimenti in merito si v. P.L. Parcu, *On the convergence of antitrust and regulation*, cit., 321 ss. L'A. individua anche a “softer version of this idea, aiming to the same type of improvements in coordination over the present situation, could be based on a strictly enforced mandatory mechanism of coordination among existing bodies”.

191 Si tratta delle tre direttive del Parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002: la n. 2002/21/CE, cd. *framework directive* (in GUCE I-108/33); la n. 2002/19/CE, c.d. *access directive* (in GUCE L-108/7); la n. 2002/22/CE (in GUCE L-108/51). Il pacchetto si compone di ulteriore serie di misure collaterali. Per approfondimenti in merito si v. M. Clarich, G. Cartei (a cura di), *Il codice delle comunicazioni*, Milano, 2004; F. Bassan, *Concorrenza e regolazione nel Diritto comunitario comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002.

192 Si v. F. Di Porto, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, cit., 967, che richiama l'esperienza del Regno Unito, dove le norme *antitrust* vengono applicate sia dalle autorità di concorrenza che di regolazione.

Siffatta impostazione troverebbe un appiglio nel c.d. *supermandate*, corrente nel dibattito statunitense sulla *regulatory reform*, in base al quale le regolazioni andrebbero sempre interpretate in senso favorevole alla concorrenza ed, in caso di conflitto, cederebbero sempre di fronte a questa disciplina¹⁹³.

Espressione di questa tendenza di “ibridazione” delle forme è quella delle indagini conoscitive promosse congiuntamente dall'autorità *antitrust* e da quelle di regolazione¹⁹⁴.

Si è correttamente riconosciuto che attraverso le indagini conoscitive congiunte si realizzerebbe, attraverso il *modus procedendi* dell'autorità *antitrust* (individuazione dei mercati rilevanti ed esame del loro assetto; individuazione delle distorsioni della concorrenza; indicazione dei rimedi più appropriati alle distorsioni della concorrenza), una convergenza di linguaggio e di mentalità tra le autorità: il confronto tra i componenti delle autorità di regolazione con il personale *antitrust* implicherebbe scambi di natura anche sociologica con conseguenti riflessi anche sotto il profilo giuridico.

La contaminazione di procedure comporterebbe una sovrapposizione di interventi, che risulterebbero tuttavia coordinati e diretti comunque al medesimo obiettivo, ovvero quello della promozione/tutela della concorrenza.

Riveste invece una portata più radicale la soluzione della creazione di un'unica autorità competente su entrambi i fronti, sulla falsariga di ciò che avviene in seno alla Commissione Europea¹⁹⁵, con il compito tecnico di

193 Si v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, cit., 24 ss.

194 Si v. la recente indagine conoscitiva avviata in data 30 maggio 2017 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali, per meglio comprendere le implicazioni per la *privacy*, la regolazione, la tutela del consumatore e l'*antitrust*, derivanti dal fenomeno dei *Big Data*. A metà del 2019 sono state rese disponibili le principali linee guida di cooperazione sul tema, nonché le raccomandazioni di policy condivise tra le tre autorità, che hanno potuto beneficiare – attraverso la cooperazione – di una migliore comprensione del fenomeno in atto, nonché di una strumentazione più appropriata e più estesa per fronteggiare alcune specifiche criticità al confine tra le diverse competenze. La disponibilità dei dati, infatti, è sempre più rilevante per l'ottimizzazione di processi e decisioni, per l'innovazione e per l'efficiente funzionamento dei mercati: i *Big Data* non rappresentano un fenomeno limitato a specifici settori, ma in grado di investire l'economia nel suo complesso.

195 Sull'efficiente operato della Commissione Europea, si v. G. Tabellini, *The assignment of tasks in an evolving European Union*, CEPS Policy Brief n. 10, Brussels, 2002. Si v. in merito P.L. Parcu, *On the convergence of antitrust and regulation*, cit., 329 ss., il quale riporta che “*at the European level of enforcement, however, the risk of conflicting interventions appears a minor issue, in fact, the Commission is already a general purpose economic regulator. Ex-ante and ex-post market regulation is under the same roof. The results of this organizational configuration are interesting because, no matter some differences of emphasis, form the part of Commission we*

organizzare e rafforzare entrambe le funzioni *ex ante* ed *ex post* di regolazione del mercato in tutti i settori.

Siffatta impostazione, a cui devono riconoscersi innumerevoli vantaggi, compresa la possibilità di rendere più semplice la creazione del sistema delle autorità in rete, a livello internazionale¹⁹⁶, rischia tuttavia di risultare completamente snaturata nella sua attuazione in concreto.

La necessità, infatti, che ogni singolo settore conosca delle specificità in grado di adattarsi meglio alla situazione concreta, potrebbe comportare la previsione, all'interno di una medesima autorità, di distinte unità demandate alla regolazione ed alla tutela *antitrust* di specifici settori.

In tal caso, insorgerebbero i medesimi limiti riscontrabili nell'esistenza di più autorità distinte a cui vengono affidate differenti competenze, con la complicazione ulteriore che in questo caso i conflitti si verificherebbero all'interno della medesima struttura, con il rischio che, al fine di evitarli, la conseguenza sarebbe un comportamento di sostanziale inattività.

Oltretutto, la diluizione dell'*expertise* derivante dalla ripartizione dei ruoli tra i diversi componenti della medesima unità, potrebbe portare ad un effettivo depotenziamento della dimensione collegiale, ricercata, invece, tramite l'individuazione di un'unica autorità competente.

Sembra per tale ragione preferibile la soluzione di compromesso, con cui si intende improntare l'attività delle autorità di regolazione e concorrenza già esistenti ai principi di leale cooperazione, nel rispetto dei generali principi che devono guidare l'operato delle pubbliche amministrazioni, istituite al fine di promuovere e tutelare la concorrenza.

are seeing a regulation and competition effort that is coordinated and convergent”.

196 Si noti che la Commissione Europea, insieme alle autorità per la concorrenza degli Stati membri, fanno già oggi parte dell'ECN, ovvero dell'*European competition network*. Questo in quanto la tutela della concorrenza ha una sicura dimensione europea, a differenza della regolazione, che si presenta frammentata secondo linee nazionali. G. Pitruzzella, *Concorrenza e regolazione*, cit., 9, individua in tale fattore un “*grosso ostacolo allo sviluppo di quel mercato unico che, se pienamente realizzato, potrebbe essere uno dei principali modi per riprendere il sentiero della crescita economica*”. Sull'opportunità di un quadro multilaterale per le regole di concorrenza, si v. M. Monti, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, cit., 85 ss.

5. Il rapporto tra regolazione e concorrenza nella disciplina dei trasporti: i soggetti coinvolti nel quadro europeo e nazionale.

I. Regolazione e concorrenza: il riparto di competenze a livello europeo;

II. Regolazione e concorrenza: il riparto di competenze a livello nazionale.

I. Regolazione e concorrenza: il riparto di competenze a livello europeo.

Il tentativo di organizzazione sistematica del complesso rapporto tra regolazione e concorrenza introdotto in termini generali nel capitolo precedente, consente di affrontare nello specifico la medesima tematica nell'ambito del settore dei trasporti.

Il mercato dei trasporti, infatti, nelle sue molteplici e differenti articolazioni, ha trovato il proprio assetto funzionale nella regolazione amministrativa.

Essa si basa essenzialmente su meccanismi di sostituzione/promozione della concorrenza “per” il mercato e “nel” mercato¹⁹⁷.

L'obiettivo della regolazione, come visto, è chiaro e ben determinato e consiste nel raggiungimento della massima efficienza sociale (paretiana).

Gli strumenti di intervento pubblico per il raggiungimento di tale scopo nel settore dei trasporti possono essere individuati nel controllo dei prezzi/tariffe, unitamente alla predisposizione di un sistema di incentivi e sanzioni, nella predisposizione di opportuni sistemi di monitoraggio, nella regolamentazione dell'accesso al mercato, nell'utilizzo di politiche di *deregulation*, nella creazione di *public company* e/o nell'utilizzo di *golden*

197 Per ragioni di opportunità sistematica, ai fini della presente ricerca, verrà preso in considerazione il solo settore del trasporto, pur nella consapevolezza che, l'attuale evoluzione innovativa del settore, imporrebbe di considerare il quadro regolatorio e di promozione della concorrenza avendo a riferimento le industrie di rete, ovvero il settore delle telecomunicazioni e quello dell'energia, insieme, appunto a quello dei trasporti. In merito, sembra importante rinviare a quanto affermato dalla stessa Commissione europea, nel Discussion paper di settembre 2019, *Market functioning & Market integration in EU Network Industries – Telecommunications, Energy & Transport*, cit., secondo la quale: “Overall progress across countries was expected due to the liberalisation of network industries and the deepening of the EU Single Market. However, results show a rather heterogenous picture by sector and by country. In the telecommunications sector, market opening has been overall more pronounced. In the energy and transport markets, some improvements have been achieved in both the regulatory environment and competition, but there is still scope for further progress. In many Member States relatively high levels of market concentrations still persist”. Nel medesimo paper la Commissione, poi, evidenzia la possibilità di porre in una correlazione positiva lo sviluppo nel funzionamento dei mercati con l'integrazione e la convergenza dei prezzi nelle imprese di rete. Con riferimento ad una prospettiva di policy, infatti, è emerso che “some progress in the market functioning of EU network industries has been achieved. However further efforts are still needed to strengthen the process and lead to more homogeneous market functioning and regulation across Member States”.

*share*¹⁹⁸.

Prima di entrare nel merito dell'esame del quadro degli strumenti pubblici di regolazione del settore dei trasporti, sembra opportuno prendere le mosse dall'individuazione degli agenti pubblici deputati al loro utilizzo.

Partendo dall'analisi della normativa europea, si ribadisce il ruolo duplice della Commissione, alla quale viene conferito il ruolo di autorità garante della concorrenza, nonché il compito di autorità di regolazione.

Particolare attenzione è dedicata alla disciplina degli aiuti di Stato: alla Commissione è affidato il compito di autorizzare *ex ante* gli aiuti, che gli Stati membri non sono autorizzati ad attuare prima della sua approvazione.

Una particolarità si rinviene con riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato che si sostanziano nella forma di compensazioni di servizio pubblico riguardanti il trasporto pubblico su strada e ferroviari (Reg. EU n. 1370/2007), i quali andrebbero esenti dalla disciplina generale ove ricorrano determinati elementi, trattandosi evidentemente di una peculiare forma di “aiuto” a tutela di interessi di rilievo generale.

Naturalmente, la competenza della Commissione riguarda le attività con rilievo concorrenziale a carattere ultra-nazionale di dimensione europea¹⁹⁹.

In tali ipotesi, la competenza per la tutela della concorrenza risulta ripartita tra la Commissione e le autorità nazionali *antitrust*²⁰⁰.

Con riferimento alle competenze di regolazione, invece, il riparto di competenze è più articolato e riguarda un numero differente di autorità.

Oltre alla Commissione europea, a cui risultano affidate rilevanti competenze regolatorie, si devono annoverare le agenzie europee, che risultano titolari di compiti di regolazione in materia di sicurezza a livello eurounitario, e le autorità di regolazione nazionali.

Alla Commissione gli artt. 95 e 96 del TFUE attribuiscono i poteri di regolazione riguardanti i divieti di discriminazione nell'applicazione dei prezzi e delle condizioni di trasporto per ciò che riguarda i trasporti via

198 Per approfondimenti sia consentito il rinvio a A. Maltoni, G. Mattioli, *Privatizzazioni. L. n. 474/1994*, in *Codice delle Società a partecipazione pubblica*, G. Morbidelli (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2018.

199 La Commissione europea (o originariamente High Authority), quando fu inizialmente creata la European Coal and Steel Community, annoverava tra i suoi principali compiti quello di combattere contro l'applicazione discriminatoria dei prezzi di trasporto, si v. in merito J. Monnet, *Mémoires*, Paris, 1976, 571.

200 Cfr. Council reg. (UE) n. 1/2003 riguardante l'applicazione delle regole sulla concorrenza previste dagli artt. 81 ed 82 del TFEU.

terra.

La legislazione secondaria, poi, attribuisce alla Commissione particolari responsabilità nell'approvare le tariffe stradali nazionali (Dir. 1992/62/UE), nonché particolari responsabilità per esaminare gli obblighi di servizio pubblico per quanto riguarda il trasporto aereo (Reg. n. 1008/2008/UE).

La stessa Commissione svolge poi funzioni regolatorie con riguardo alle condotte *antidumping* ed antisovvenzioni per quanto riguarda il trasporto marittimo ed aereo (regolamenti nn. 5057/86 e 868/2004).

La disciplina europea, oltre a prevedere le sopra menzionate competenze della Commissione, prescrive poi un obbligo, da parte degli Stati membri, di affidamento dei compiti di regolazione ad autorità indipendenti in materia di definizione e/o approvazione degli oneri infrastrutturali ferroviari ed aeroportuali, nonché di allocazione degli *slots*.

Le autorità indipendenti nazionali sono anche incaricate del controllo nell'applicazione della disciplina dei diritti dei passeggeri per tutti i modi di trasporto.

Nonostante le precise competenze di ciascuna autorità varino da Stato a Stato, sembra comunque possibile osservare un tratto caratterizzante comune, ovvero il requisito dell'indipendenza.

Indipendenza che risulta comunque suscettibile di diverse declinazioni, a seconda del settore di riferimento.

Significative in merito sono le pronunce della stessa Corte di Giustizia dell'UE, che per quanto riguarda ad esempio l'Autorità di regolazione ferroviaria austriaca, facente parte del Ministero dei Trasporti, ha ritenuto che siffatta collocazione organizzativa non comportasse una perdita di indipendenza, a differenza di quanto invece affermato nei confronti dell'Autorità di protezione dei dati, riconosciuta come priva di indipendenza, in quanto inserita nella struttura organizzativa della cancelleria federale austriaca²⁰¹.

201 Cfr. *CGUE Judgment Commission v. Austria*, C-369/11, § 61 ss., in www.curia.europa.eu; cfr. *CGUE Judgment Commission v. Austria*, C-614/10, in www.curia.europa.eu; si v. T.M. Rusche, *Regulation and competition*, cit., 52, il quale con riferimento al requisito dell'indipendenza evidenzia che: “*the Court of Justice has been confronted with this issue in two cases concerning the independence of national data protection authorities. It held that the existence of independent administrative authorities was not contrary to the general principle of the Union's law of democracy, and that independence precludes not only any influence exercised by*

A completare il quadro a livello europeo, poi, vi sono le agenzie di regolazione preposte alla tutela dell'ambiente, della salute e della sicurezza in materia di trasporti (c.d. regolazione sociale, distinta da quella prettamente economica), quali l'*European Aviation Safety Agency*, la *European Railway Agency* e l'*European Maritime Safety Agency*²⁰².

II. Regolazione e concorrenza: il riparto di competenze a livello nazionale.

Per ciò che riguarda il livello nazionale, occorre distinguere, da un lato, il ruolo svolto dal Parlamento e dal Governo nel suo complesso, che con leggi e regolamenti definiscono le finalità, l'ambito ed alcune linee di indirizzo delle regolazioni; e, d'altro lato, la missione propria di singoli ministri, di enti, di autonomie locali, di autorità d'ambito e di autorità indipendenti, che, con misure regolamentari, amministrative e quasi-giudiziali, costruiscono e gestiscono i profili essenziali delle regolazioni. Sul versante dei soggetti competenti si pongono infatti diversi problemi di sovrapposizione e coordinamento²⁰³, anche a seguito della stessa istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), il cui mandato istituzionale può descriversi, come si dirà *infra*, nel favorire il procedimento di liberalizzazione del settore e nell'assicurare la

the supervised bodies, but also any directions or any other external influence, whether direct or indirect, which could call into question the performance by those authorities of their task", cfr. *CGUE Judgment Commission v. Germany*, C-518/07, in www.curia.europa.eu.

202 Discussa è l'attribuzione a queste Agenzie di poteri discrezionali. A partire dal caso Meroni, *Judgment in Meroni v High Authority* (più tardi sostituita dalla Commissione Europea), 10/56, in www.curia.europa.eu, con cui si impediva l'attribuzione di poteri discrezionali ad altri soggetti distinti dalla Commissione, potendosi delegare soltanto poteri di carattere esecutivo, si è progressivamente verificato un cambio di rotta, a seguito delle critiche da parte delle scienze politiche e della dottrina legale a siffatta impostazione (si v. M. Chamon, *EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the deep blue sea*, in *Common market law review*, 48, 2011, 1055 ss.; Idem, *Does the Meroni doctrine make sense?*, in *Maastricht journal of European and Competitive law*, 17(3), 2010, 281 ss.). Con il caso *United Kingdom v Parliament and Council (ESMA)*, C-270/12, in www.curia.europa.eu, la Corte ha consentito la delega di poteri anche discrezionali e non meramente esecutivi alle agenzie di regolazione indipendenti, purchè fossero rispettate due condizioni: *"the powers conferred upon the agency are precisely delineated, and they are amenable to judicial review in the light of the objectives established by the delegating authority"*.

203 Si v. N. Rangone, *Regolazione*, cit., 5060, che rileva come *"con riferimento ai soggetti, la frammentazione di competenze tra regolatori nazionali indipendenti e organi politici complica il quadro regolatorio (a discapito della certezza del diritto e, talvolta, dell'indipendenza dei primi), aumenta i costi per i destinatari e per gli stessi regolatori ed, in determinati contesti, non assicura una netta separazione tra regolazione e gestione"*. L'A., poi, mette in evidenza come l'affollamento del mondo dei regolatori nazionali, sopranazionali, internazionali e globali, sia all'origine non solo di rilevanti problemi di *overlapping regulators*, ma anche di *accountability* amministrativa quanto alla regolazione globale. Si v. anche S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 265; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 178.

soddisfazione del pubblico servizio, ferme restando tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate dall'art. 37 d.l. n. 201/2011, istitutivo della stessa autorità.

Innanzitutto, si possono verificare alcune sovrapposizioni tra le competenze delle amministrazioni tradizionali e quelle delle autorità indipendenti.

Così come possono verificarsi sovrapposizioni di competenze anche nel rapporto tra le stesse autorità indipendenti, che risultano egualmente competenti, seppure sotto differenti profili, ove si guardi al mercato dei trasporti nella sua dimensione più ampia, con riferimento ad esempio allo sviluppo delle piattaforme digitali, all'innovazione tecnologica applicata ai trasporti, unitamente ai cambiamenti negli stili di mobilità, che in parte considerevole ne sono causa e conseguenza.

Il quadro sembra poi ulteriormente complicarsi in ragione dell'importanza del ruolo svolto dalla stessa autorità *antitrust*, ovvero dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la cui attività, inizialmente svolta in sostituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti (istituita solo in tempi più recenti), trova tuttora un ampio spazio di intervento, con inevitabili difficoltà di coordinamento²⁰⁴.

La possibilità di sovrapposizioni appare evidente rispetto all'eventuale divergenza delle analisi di mercato che costituiscono il presupposto per l'emanazione di taluni atti di regolazione e che entrambe le autorità sono chiamate ad effettuare.

Oltretutto, la medesima eventualità potrebbe verificarsi in relazione alle decisioni dell'ART sulle tariffe ed a quelle dell'AGCM in merito alla correttezza o meno di una pratica commerciale, anche con riferimento alle relative funzioni c.d. paragiurisdizionali a tutela degli utenti e dei consumatori²⁰⁵.

204 Si v. F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, 1-348, 83, con riferimento all'attività supplente e surrogatoria della più generale funzione di regolazione e controllo del settore, ora diretta alla verifica della regolarità delle tariffe ora a scoraggiare abusi di posizione dominante o pratiche commerciali scorrette, svolta dall'AGCM. Il richiamo è da farsi al non infrequente ricorso alla pratica degli impegni: cfr. caso FFSS-RFI/NTV risolto con l'impegno delle Ferrovie dello Stato a consentire alla società Nuovo Trasporto Viaggiatori s.p.a. l'accesso a infrastrutture ferroviarie gestite da RFI (delibera A409 del 22 ottobre 2009, relatore Pilati) in www.agcm.it.

205 Si v. G. D'Angelo, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, in *Jus-online* n. 1/2016, 7.

Possibili situazioni di conflitto potrebbero poi emergere in merito al potere di legittimazione ad impugnare dell'AGCM, che potrebbe riguardare anche gli atti amministrativi dell'ART in materia di trasporto pubblico locale²⁰⁶. Lo stesso possibile rischio di sovrapposizione potrebbe verificarsi anche con riguardo all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), soprattutto in relazione alla predisposizione degli schemi di bandi di gara, delle relative convenzioni ed alla definizione dei criteri per la nomina delle commissioni giudicatrici²⁰⁷.

A ciò si vanno inevitabilmente ad aggiungere le complessità e le peculiarità, già anticipate in precedenza, che caratterizzano il mercato dei trasporti ed in particolare il comparto del trasporto pubblico locale, oggetto della presente ricerca.

La complessità del quadro appena tratteggiato rende del tutto evidente la necessità di operare una preliminare ricostruzione dei tratti essenziali e caratterizzanti l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), compresa la sua interazione con gli altri Enti ed Autorità competenti, per poi affrontare con maggiore consapevolezza il tema della regolazione e della concorrenza nel comparto del trasporto pubblico locale su strada.

206 Lo stesso rischio di sovrapposizione si è concretizzato anche nei confronti dell'ANAC, cfr. parere AGCM 11 febbraio 2015, AS1184, in *www.agcm.it*, con cui AGCM ha contestato la procedura di affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale da parte della Regione Toscana. Si v. anche A. Schettino, *La tutela effettiva della concorrenza nell'azione pubblica: il potenziamento dell'attività di advocacy*, in *Dir. dell'Unione Europea*, 2014, 532, nota 50.

207 Cfr. ART, del. n. 49 del 17 giugno 2015, Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento, in *www.autorita-trasporti.it*.

6. Inquadramento di una nuova autorità amministrativa indipendente: l'Autorità di regolazione dei trasporti. Ragioni istitutive, funzioni, poteri, organizzazione e funzionamento.

I. L'Autorità di regolazione dei trasporti e le ragioni istitutive; II. I compiti dell'Autorità di regolazione dei trasporti; III. Le funzioni ed i poteri dell'Autorità di regolazione dei trasporti; IV. La composizione e l'organizzazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti; V. L'autonomia contabile e finanziaria dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

I. L'Autorità di regolazione dei trasporti e le ragioni istitutive.

Alla base della creazione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti si individuano sia esigenze derivanti dall'adeguamento al processo di liberalizzazione dei trasporti che si andava progressivamente affermando in ambito europeo²⁰⁸ – in considerazione dell'accentramento a Bruxelles della politica dei trasporti, che ha portato all'affermarsi del fenomeno noto come “*agencification*”²⁰⁹ –, sia esigenze di carattere prettamente

208 Si ricorda, seppure con sintetici richiami, l'*iter* di liberalizzazione del settore ferroviario, avviatosi in ambito comunitario, a partire dal trasporto internazionale di merci, fondato sulla separazione verticale tra gestione dell'infrastruttura e gestione dei servizi: la prima da mantenere in monopolio e la seconda da aprire progressivamente alla concorrenza. Hanno fatto seguito i tre pacchetti ferroviari elaborati dall'Unione Europea negli anni 2000: i) primo pacchetto ferroviario: direttive 2001/13, 14 e 16/CE; ii) secondo pacchetto: regolamento 881/2004; direttive 2004/49,50 e 51/CE; iii) terzo pacchetto: direttive 2007/58 e 59/CE; regolamenti 1370/2007 (servizi di trasporto passeggeri su strada e su ferrovia); 1371/2007; oltre alla direttiva n. 2012/34/UE “RECAST del primo pacchetto”; iv) quarto pacchetto: direttiva n. 2016/797 e 798/UE; direttiva 2016/2370/UE, dirette a favorire la creazione di uno spazio ferroviario unico europeo. Per approfondimenti in merito alla liberalizzazione nel trasporto ferroviario si v. N. Rangone, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica, (a cura di) M. Passalacqua, Torino, 2015, 121 ss.

209 Per un approfondimento in merito al fenomeno europeo dell'*agencification*, derivante dalla parcellizzazione del potere esecutivo in Agenzie (ovvero, in organismi pubblici dotati di personalità giuridica ed istituiti al fine di implementare o gestire compiti di natura altamente tecnica o scientifica, che devono essere soggetti a controllo giurisdizionale e rispettare l'equilibrio istituzionale dell'Unione), resa inevitabile dalla necessità di regolare un gran numero di questioni tecniche, emerse a seguito della globalizzazione e degli sviluppi tecnologici, si v. C. Nicolosi, *Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul “meccanismo di risoluzione unico”*, n. 3/2017, in www.federalismi.it. Si v. anche per il diritto dell'Unione Europea, con riferimento al settore dei trasporti, A. Marino, *Agenzie e autorità di regolazione del trasporto nel diritto comunitario ed interno*, vol. I, *Agenzie europee di regolazione ed esecutive*, Napoli, 2013, 1 ss. In Europa l'emersione delle Autorità amministrative indipendenti ha radici più giovani rispetto all'emersione del modello americano delle *independent regulatory agencies* e si caratterizza in modo completamente differente. Le ragioni della nascita delle Autorità indipendenti in Europa, infatti, sono profondamente diverse rispetto a quelle americane, nonostante le finalità istitutive possano considerarsi le medesime, ovvero la protezione di diritti ed interessi rispetto ai cc.dd. poteri forti. Per approfondimenti in merito alla differenza tra le Autorità indipendenti in Europa e quelle americane si v. M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Milano, 2019, 21 ss. Con riferimento al fenomeno delle autorità amministrative indipendenti si v. N. Longobardi, *Le autorità amministrative*

nazionale, sintetizzabili principalmente in tre fattori che, combinati insieme, hanno reso ancora più pressante la necessità di completare, anche con riferimento al settore dei trasporti, in modo coerente almeno sul piano legislativo, il sistema di regolazione indipendente dei servizi di pubblica utilità.

Oltre alle già esaminate peculiarità dello stesso mercato dei trasporti²¹⁰, il “*caos normativo*” derivante dal decentramento amministrativo a favore dell'autonomia delle Regioni (e, a livello più basso, degli enti locali)²¹¹ ed il conseguente determinarsi di un grado di inefficienza non più tollerabile nella resa del servizio di trasporto pubblico costituiscono le principali ragioni interne che hanno determinato l'emergere di esigenze di carattere regolatorio.

Difatti, se la tutela della concorrenza poteva dirsi in un qualche modo presidiata in ragione dell'esistenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) – autorità costituita *ad hoc* con competenze generali di tutela della concorrenza²¹² –, a diverse conclusioni doveva giungersi con riguardo all'attività di regolazione.

Mancava, infatti, una specifica ricostruzione dei singoli settori del composito mercato dei trasporti: ricostruzione che risulta indispensabile al fine di individuare – tramite una chiara analisi dei dati e delle informazioni

indipendenti, in *Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, (a cura di) N. Longobardi, Torino, 2016, 117 ss. e 120. L'A. oltre a ricordare la spinta del diritto europeo nella creazione delle autorità indipendenti, osserva il fenomeno con attenzione critica, evidenziando che: lo sviluppo delle autorità amministrative indipendenti segnala un'esigenza di riorganizzazione dello Stato anche al fine di rafforzarne l'imparzialità; oltre a costituire un possibile espediente di fuga dalla responsabilità politica “quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente; inoltre, può consentire di allargare la sfera amministrativa a scapito del giudice, incidendo, così, sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive”. Si v. anche R. Piselli, *Uno sguardo alle agenzie decentrate attraverso il prisma della sussidiarietà*, 19 maggio 2017, in www.amministrazioneincammino.it.

210 Per approfondimenti si v. il capitolo I.

211 M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, cit., 7 ss., riconosce che l'avvento delle Autorità nel nostro ordinamento può ricondursi, nell'arco degli ultimi trenta anni, anche alle profonde riforme del riparto delle funzioni tra centro e periferia, con la conseguente dismissione di competenze statali. L'A. Riconosce che “*l'amministrazione diretta ha ceduto il passo alla funzione di indirizzo e coordinamento. Le relazioni con le Regioni e gli Enti locali sono improntate non più alla direttiva quanto, piuttosto, alla cooperazione attraverso la negoziazione*”.

212 Si v. F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, 1-348, 85 ss., il quale riporta l'impossibilità per l'AGCM, nonostante il ruolo propulsore dei suoi interventi nel settore, di essere l'interlocutore esclusivo. “*La costituzione di una autorità dedicata*”, prosegue l'A., “*con funzioni di regolazione del settore e di controllo e di coordinamento, è apparsa a molti indispensabile sia alla luce della prospettiva multimodale del trasporto sia con riguardo alla stretta relazione ed interdipendenza della politica dei trasporti con quella infrastrutturale del territorio e dell'ambiente*”. Per un approfondimento sui poteri dell'AGCM si v. M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 90 ss.

caratterizzanti i diversi modi di trasporto – i criteri e le regole per rendere ciascun settore più o meno aperto alla concorrenza (in base alle specifiche caratteristiche), nonché le modalità per consentire la suddetta apertura.

La stessa AGCM, intervenuta in alcuni casi specifici a svolgere anche funzioni regolatorie²¹³, aveva a più riprese caldeggiato l'istituzione di un autorità indipendente competente in materia²¹⁴.

Il percorso istitutivo è stato accidentato ed ha conosciuto una faticosa e controversa gestazione²¹⁵, conclusasi con la legge 24 marzo 2012, n. 27,

213 Si v. *ex multis* il caso Arenaways, Autorità garante della concorrenza e del mercato, A436, provv. n. 23770 del 25 luglio 2012, Arenaways, ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri, punto 301-326, in Bollettino n. 30/2012. La società Arenaways, costituita per il trasporto ferroviario di persone che univa diverse città del Piemonte e della Lombardia per un percorso circolare non servito da RTI (Pavia, Voghera, Alessandria, Asti, Torino Lingotto, Torino Porta Susa, Santhià, Vercelli, Novara, Rho Fiera, Milano Garibaldi, Milano Rogoredo, Pavia) aveva chiesto l'accesso alla rete ed agli slot per effettuare il servizio. RFI opponendosi a tale accesso aveva di fatto esercitato una condotta di abuso di posizione dominante, nella fattispecie della pratica escludente, come statuito dall'AGCM, che ha messo in evidenza non solo il carattere ingiustificato degli ostacoli opposti all'accesso alla rete, ma anche l'intenzione di Trenitalia di indurre in errore il regolatore (ovvero l'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che aveva condotto l'istruttoria) attraverso una “rappresentazione dei fatti oggettivamente fuorviante”. La decisione antitrust, poi, è stata oggetto di annullamento da parte del TAR Lazio nel 2014. Per un approfondimento in merito alla vicenda Arenaways, come ipotesi di failure dell'attività dell'AGCM, intervenuta quando la sorte della ricorrente era ormai già segnata – essendo nelle more della decisione fallita, anche a causa del diniego di esercitare l'attività per la quale era stata costituita – si v. A. Boitani, F. Ramella, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 97 ss. Siffatta vicenda costituisce anche un esempio della difficile individuazione del confine tra regolazione settoriale e tutela della concorrenza. Come ricorda N. Rangone, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, cit., 133 ss., infatti: “ il calcolo degli effetti sui contratti di servizio pubblico derivanti dall'accesso su una determinata tratta di un nuovo operatore, che certo compete anche al regolatore, assume anche un ruolo centrale sulla configurabilità o meno di un abuso di posizione dominante “escludente” (sotto forma di rifiuto di accesso ad una essential facility o di fornitura di informazioni fuorvianti al regolatore per ottenere una decisione che ostacoli o impedisca la concorrenza) di competenza delle autorità antitrust”.

214 Si v. AGCM segnalazione/parere del 26/2/1998, *Conferimento alle Regioni ed agli enti locali delle funzioni e dei compiti in materia di trasporto pubblico regionale e locale*, in Bollettino AGCM n. 8 del 1998, in www.agcm.it, con cui si caldeggia l'istituzione di una autorità di regolazione *ad hoc* del settore dei trasporti e si segnala che bisognerebbe selezionare quei mercati che potrebbero “reggersi sulle proprie gambe” senza bisogno di sussidi e riserve, dovendosi poi stabilire, per tutti quei mercati che invece hanno bisogno di sussidi, non solo la messa a gara dell'affidamento, ma anche “il livello minimo di servizio”, “i livelli tariffari socialmente accettabili”, tenendo conto dei costi reali e della ragionevole remunerazione degli investimenti necessari. Funzioni queste che difficilmente possono essere esercitate se non da una autorità di regolazione, così A. Frignani, *L'autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Rivista ital. di Antitrust*, 2/2014, 45-46.

215 Il processo formativo dell'assetto normativo dell'ART è stato a dir poco convulso, dato che sono state necessarie sei tappe per dare all'Autorità una fisionomia definita: i) art. 37 d.l. n. 201/2011 autorizzava il Governo ad adottare dei regolamenti con i quali individuare, tra le autorità indipendenti esistenti, l'autorità dei trasporti, stabilendone funzioni e poteri; ii) l. n. 214/2011 di conversione del d.l. n. 201/2011 definiva meglio il principio della regolazione e l'ambito di intervento veniva esteso alle infrastrutture della mobilità urbana collegata a stazioni, porti e aeroporti; iii) d.l. n. 1/2012 (c.d. Cresci Italia) assegnava immediatamente, per una durata temporale definita, le competenze (estese anche al settore autostradale) all'allora Autorità per l'energia elettrica ed il gas, disponendo che il Governo presentasse entro tre mesi un disegno di legge per l'istituzione di un'apposita autorità per i trasporti; iv) l. n. 27/2012 di conversione del d.l. n. 1/2012 istituiva direttamente l'Autorità di regolazione dei trasporti, considerati i rilievi mossi in ordine al potenziale difetto di competenze dell'Aeeg e dell'eccessiva concentrazione di poteri regolatori in capo ad un'unica Autorità. Nell'ambito della legge di conversione, che ha conosciuto un cospicuo numero di emendamenti, si fissava una rigorosa tempistica per l'entrata in funzione della Autorità; v) d.l. n. 69/2013 (c.d. decreto del Fare) e vi) d.l. n. 101/2013. Queste ultime due tappe hanno riguardato

di conversione del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. “cresci Italia”). L'iter conclusivo di costituzione dell'ART segna così il completamento del sistema di regolazione indipendente nel settore dei servizi di pubblica utilità, disciplinato dalla legge n. 481/1995, estendendo il modello delle autorità amministrative indipendenti, oltre che al settore dell'energia e delle telecomunicazioni, anche a quello dei trasporti²¹⁶.

L'autorità di regolazione dei trasporti, in considerazione del tipo di interessi alla cui tutela è preposta, della natura delle funzioni esercitate,

quasi esclusivamente gli aspetti organizzativi diretti al funzionamento temporaneo dell'Autorità. Per approfondimenti si v. inoltre A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *GdA*, 6/2012, 589, richiama le tradizionali resistenze politiche, amministrative e degli operatori economici interessati. Ci si era chiesto, infatti, se le autorità amministrative non fossero già troppe, anche alla luce delle costanti e perduranti esigenze di *spending review*. Si v. in merito L. Magnifico, *Stato, Regione o Autorità di regolazione alla guida del trasporto pubblico locale?*, in *Osservatorio AIC*, dicembre 2013, solleva la questione dell'esigenza di costituzione di un costoso organismo pubblico anche sotto il profilo comparativistico, richiamando l'esperienza spagnola, dove nel 2013 è stata varata una riforma delle autorità di controllo che ha unificato in un'unica Autorità, ovvero la Commissione nazionale del mercato e della concorrenza, ben otto organismi di garanzia (Energia, Telecomunicazioni, Concorrenza, Poste, Televisione, Giochi, Ferrovie e Aeroporti). Per un approfondimento in termini generali, S. Cassese, *Chi ha paura delle autorità indipendenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 471 ss.; L. Zingales, *Troppe authority non aprono il mercato*, *Il Sole-24 Ore*, 19 aprile 2012.

216 Cfr. art. 37, co. 1, d.l. n. 201/2011, il cui *incipit* richiama la l. n. 481/1995, prevedendosi che “*Nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481, è istituita l'Autorità di regolazione dei trasporti*”. In senso critico rispetto a tale rinvio si v. G. Mele, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, in *Riv. it. di Antitrust*, 2/2014, 74 ss., il quale critica il *drafting* legislativo istitutivo dell'ART, caratterizzato da continui rinvii alla legislazione esistente, in grado di ingenerare forti dubbi da parte dell'interprete nella corretta individuazione del perimetro regolatorio dell'Autorità. Significativi in tal senso sono anche i dubbi emersi in merito alla riconduzione del trasporto pubblico locale alla regolazione dell'ART, dato che il sopra richiamato art. 37, non menzionerebbe, in modo chiaro ed univoco, accanto a ferrovie, porti, aeroporti, autostrade, il settore del trasporto pubblico locale. Per approfondimenti in merito si v. G. D'Angelo, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, in *JUS-online* n. 1/2016, 6 ss.; A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, *GdA*, 6/2012, 595. Il riconoscimento della genesi dell'ART nella legge istitutiva delle autorità di regolazione nel settore dei servizi di pubblica utilità emergeva già nel disegno della legge stessa (A.C. n. 359), nell'ambito del quale si prevedeva l'istituzione di una Agenzia di regolazione indipendente che operasse nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale, delle poste e delle telecomunicazioni, dei trasporti e dei servizi idrici. All'esito del dibattito parlamentare, tuttavia, i tempi sono stati ritenuti non maturi per la creazione di un organismo amministrativo indipendente in materia di trasporti, tanto che il progetto fu abbandonato per essere poi successivamente introdotto a più riprese nelle successive legislature. In particolare, nel corso della XV legislatura è stato presentato un disegno di legge (A.S. 1366) recante “Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi”, che ha previsto anche l'istituzione di una Autorità dei trasporti. Pur conoscendo una approvazione da parte del Consiglio dei Ministri in data 2/2/2007, siffatto iter legislativo è stato interrotto a causa dello scioglimento anticipato delle Camere. Anche nel corso della XVI legislatura sono state presentate due proposte di legge, poi abbandonate, istitutive dell'Autorità per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto (C. 1057) e dell'Autorità per la regolazione della gestione delle reti, infrastrutture e servizi di pubblico trasporto ferroviari e stradali e il collegamento con le infrastrutture nodali (C. 4337). Da ultimo, l'istituzione dell'Autorità è stata richiesta dal documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sul settore del trasporto ferroviario dei passeggeri e merci approvato dalla IX Commissione trasporti della Camera nella seduta del 24/1/2012. La vicenda propulsiva del processo di creazione delle autorità indipendenti nel campo dei pubblici servizi, infatti, si rinviene nel settore strategico del trasporto ferroviario, nell'ambito del quale, verso metà degli anni novanta, si è realizzata per la prima volta una modalità liberalizzatrice che si sarebbe poi consolidata nella cultura condivisa del trasporto europeo come condizione necessaria per la liberalizzazione del settore e cioè la separazione verticale tra gestione della infrastruttura con vocazione monopolistica e gestione dei servizi aperta alla concorrenza attraverso la regolamentazione di un diritto all'accesso, così F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, *cit.*, 88.

degli strumenti attraverso cui queste sono poste in essere, nonché delle proprie modalità di organizzazione e funzionamento, ripropone il modello classico di autorità indipendente²¹⁷, quale organo amministrativo appartenente alla categoria delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, che nel perseguimento di interessi qualificabili come pubblici, esercita poteri di discrezionalità amministrativo-tecnica²¹⁸. L'innovatività del modello regolatorio seguito dal legislatore nazionale riguarda il carattere “trasversale” dell'ART, che può definirsi come un modello di autorità globalizzato e multisettoriale, in quanto concentra in una sola organizzazione pubblica un complesso numero di funzioni,

217 Con riferimento alla problematicità nel ricondurre l'Autorità di regolazione dei trasporti ad un regime giuridico unitario, si v. A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., 599. Devono infatti evitarsi pericolose semplificazioni unificanti dei vari modelli di autorità amministrative indipendenti operanti nel settore dei servizi pubblici, si v. in merito G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1999, 645 ss.; si v. anche F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, cit., 90.

218 Per una definizione di autorità amministrativa indipendente che contenga dati sufficienti alla sua individuazione, si v. V. Lopilato, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2019, 258 ss., che definisce le autorità indipendenti come “enti od organi politici dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, caratterizzati da autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti”. Si v. anche M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 130. Si v. F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, voce in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002. Le Autorità si connotano perchè, a differenza delle amministrazioni tradizionali, non curano interessi pubblici specifici attraverso attività discrezionali, ma “sovrintendono al corretto andamento di determinati settori, regolando e controllando l'attività degli operatori” per la protezione di interessi costituzionalmente rilevanti che potrebbero essere pregiudicati o compromessi dalla presenza di gruppi politici ed economici in posizione di preminenza e che trovano, invece, il momento di equilibrio e composizione nella posizione di terzietà, neutralità-indifferenza, alta professionalità e tecnicità degli organi chiamati a regolarli, così M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., 9. Si v. anche quanto affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha ricordato che nel caso degli atti di regolazione adottati dalle authorities, la legge non indica in dettaglio il contenuto, né descrive in modo puntuale le condizioni ed i limiti di esercizio della relativa attività (Cons. St., sez. VI, 24/5/2016, sent. n. 2182; sez. VI, 20/3/2015, sent. n. 1532). Ciò perchè i contesti in cui operano tali organismi sono caratterizzati da una costante evoluzione tecnologica che richiede un intervento dinamico ed efficace da parte delle autorità di settore, al fine di adeguare il contenuto delle norme, che altrimenti sarebbero oggetto di rapida obsolescenza, ai mutamenti del mercato, nel rispetto dei limiti e degli obiettivi indicati dalla legge (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.). Così anche TAR Lazio, sez. III, 22/3/2018, sent. n. 32599, che statuisce che la predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative comporterebbe un pregiudizio alla finalità pubblica per la quale lo stesso potere è attribuito. Evidenzia l'impossibilità di inquadrare in una definizione unitaria le varie autorità indipendenti F. Caringella, *Il nuovo modello di autorità indipendente giurisdicente: l'autorità nazionale anticorruzione*, in *Il sistema del diritto amministrativo. Le riforme amministrative*, Dike giuridica editrice, 2018. L'A. Riconosce comunque un duplice tratto unificante tra le singole authorities, ravvisabile nel profilo soggettivo dell'indipendenza dal potere politico e dall'apparato governativo, nonché nell'aspetto oggettivo di una funzione neutrale caratterizzata dall'esercizio di discrezionalità tecnica. Per approfondimenti e riflessioni in materia di inquadramento delle autorità amministrative indipendenti nell'ambito delle amministrazioni tradizionali si v. G.P. Cirillo, R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLII, Padova, 2010; F. Merusi, M. Passaro, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999; M. D'Alberti, voce *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1995. Sulla questione della natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti è intervenuta anche la giurisprudenza, che ha confermato – anche da ultimo – l'orientamento che attribuisce a tali organismi matrice pubblicistica. Cfr. TAR Lazio, sez. III, 28/2/2018, sent. n. 2252.

riguardanti tutti i settori che compongono il mercato dei trasporti²¹⁹.

L'Autorità di regolazione, infatti, possiede competenze che si estendono ai settori ferroviario, su gomma, autostradale, portuale e marittimo, aeroportuale e del trasporto pubblico locale (di linea e non) e che abbracciano le tre diverse funzioni essenziali di garanzia dell'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture (e relativi servizi e impianti), della regolazione dei servizi e della tutela dei diritti dei passeggeri e degli utenti. In particolare, le finalità e lo scopo dell'ART sono indicati – seppure con una formulazione normativa non del tutto soddisfacente ed in alcuni casi ingannevole²²⁰ – nei titoli stessi dei decreti legge che hanno portato alla sua istituzione.

II. I compiti dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

Nonostante la collocazione sotto al capo “concorrenza” e la specifica

219 C. Cambini, L. Perrotti, The new transport regulation authority in Italy: structure, competencies, and first regulatory decisions, in *Network. A publication of the Australian Competition and Consumer Commission for the Utility Regulators Forum*, Issue 54, March 2015, in www.autorita-trasporti.it, ricordano che: “The organisation of the Authority is structured horizontally, by main functions (access, services, right and sanctions) rather than by industry. This choice reflects both the orientation of the council and the vision, embedded in the law, to entrust a single authority with competencies spanning different modes and industries”. In merito all'innovatività della scelta politica legislativa volta a ricondurre ad unità il profilo della regolazione di tutti i comparti in cui è tradizionalmente suddiviso il settore dei trasporti, si v. M.L. Magno, *La regolazione dei trasporti negli Stati membri*, in *La regolazione dei trasporti in Italia*, (a cura di) F. Bassan, Torino, 2015, 32 ss. L'A. Evidenzia che negli Stati membri si riscontrano diversi modelli di autorità preposte alla regolazione dei trasporti: esistono, infatti, Paesi come l'Olanda e la Germania, dove è stata istituita una unica autorità per tutti i settori a rete; ovvero Paesi come la Svezia e la Finlandia che, in analogia all'Italia, hanno istituito una autorità con competenze generali. Esistono poi esperienze come quelle della Francia, Spagna e Regno Unito, dove vigilano distinte autorità nei diversi settori del trasporto. Si vedano anche le esperienze richiamate dalla stessa ART, nell'ambito del Quinto rapporto annuale al Parlamento, Camera dei deputati, 20 giugno 2018, in www.autorita-trasporti.it, 14 e 15, con riferimento particolare all'esperienza del Portogallo, dove il modello organizzativo è il più simile a quello italiano ed il regolatore esercita competenze di natura orizzontale in diversi ambiti dei trasporti con eccezione (a differenza di quello italiano) dei compiti attinenti all'accesso alle infrastrutture aeroportuali. La peculiarità del modello italiano si coglie anche ove si osservi che a livello europeo manca un'autorità di regolazione unica per il settore, anche a dimostrazione della frammentarietà organizzativa e di disciplina dei vari sistemi di trasporto. In merito all'inesistenza di un'autorità di regolazione unica a livello europeo nel settore dei trasporti come ostacolo allo sviluppo di uno spazio unico europeo dei trasporti si v. I. Grella, *L'AIR nell'Autorità di regolazione dei trasporti*, Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione, in www.osservatorioair.it, marzo 2014.

220 Con riferimento all'incidenza di regole “mal fatte e continuamente riviste”, in grado di comportare la “solitudine del giurista”, nonché di scoraggiare gli investimenti, interni e dall'esterno, rendendo difficile, a volte impossibile la quotidiana attività produttiva, riducendo la competitività internazionale delle imprese italiane, si v. la ricerca di G.D. Mosco, A. Nuzzo, *Law & Disorder. L'Italia sotto l'attacco delle regole*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 2. Si v. G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in www.federalismi.it, 20/2018, 4, secondo il quale l'obiettivo dell'istituzione dell'ART, dichiarata come misura per la “*Liberalizzazione del settore dei trasporti*” (così la rubrica dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011), “*non trova riscontro nella disciplina sostanziale sul trasporto pubblico regionale e locale (perché non aggiornata) ed anzi determina una situazione distonica, con ambizione di innovazioni regolatorie di vertice che collidono rispetto allo scenario dei servizi pubblici di trasporto, ove l'economicità e l'efficienza non sono stimolate da una aggiornata normativa sulla relativa organizzazione e gestione*”.

indicazione contenuta nella rubrica dell'articolo 37 del decreto legge istitutivo, recante “*Liberalizzazione nel settore dei trasporti*”, la promozione della concorrenza non costituisce l'unico scopo dell'Autorità di regolazione dei trasporti, la cui precipua finalità è invece da rinvenirsi nella regolazione dei settori dei trasporti²²¹.

Pur non potendosi negare che esistano in capo all'Autorità anche compiti relativi alla concorrenza, come quello di garantire eque condizioni di accesso e di uso delle infrastrutture (art. 37, co. 2, lett. a, d.l. n. 201/2011), nonché quello di evitare discriminazioni tra gli operatori (art. 37, co. 2, lett. f, d.l. n. 201/2011), ove si osservi attentamente il contenuto della disciplina istitutiva dell'ART, deve ritenersi che il nucleo essenziale sia costituito dalla regolazione dei trasporti²²².

L'Autorità, infatti, esercita principalmente compiti propri del potere di regolazione, quali: la determinazione dei criteri per la fissazione delle tariffe, la predisposizione di schemi dei bandi di gara, la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e la promozione della qualità dei servizi a beneficio degli utenti. Solo a tali poteri, infatti, la disciplina istitutiva riconosce una puntuale specificazione ed un apposito apparato sanzionatorio.

Alla natura intrinsecamente multimodale l'Autorità ha sin dall'inizio conformato anche la propria organizzazione interna, articolandone la struttura sulla base delle principali aree di competenza ed attività, piuttosto che per singole modalità di trasporto²²³.

221 F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, cit., 89, secondo il quale, “*naturalmente la nuova nata non può che essere annoverata tra le autorità di regolazione il cui mandato istituzionale può descriversi nel favorire il procedimento di liberalizzazione del settore e nell'assicurare la soddisfazione del pubblico servizio (come accade nel settore dell'energia elettrica e del gas, ed in quello delle poste). Mentre – come è noto – le autorità con funzioni di garanzia (l'Antitrust) hanno lo scopo di controllare il corretto funzionamento del mercato assicurando la concorrenza fra imprese, sul presupposto che tale corretto funzionamento del mercato concorrenziale sia di per sé in grado di realizzare l'interesse pubblico*”.

222 Si richiamano altri riferimenti contenutistici della norma indicativi dell'aspirazione alla tutela della concorrenza mediante l'istituzione della nuova Autorità di regolazione, si v. nell'ambito del medesimo art. 37 d.l. n. 201/2011, il terzo comma, nell'ambito del quale la lettera b) facoltizza l'Autorità ad imporre la separazione contabile e societaria “se necessario per garantire la concorrenza”, mentre la lettera f) conferisce all'Autorità il potere di adottare misure cautelari d'urgenza “al fine di salvaguardare la concorrenza”. A sua volta, il co. 4 dispone che tutte le amministrazioni pubbliche e gli enti strumentali “trasmettono all'Autorità le delibere che possono avere un impatto sulla concorrenza”. Con riferimento alla natura meramente “declamatoria” delle disposizioni normative riferibili al raggiungimento del regime di “concorrenza”, si v. A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Riv. it. di Antitrust*, n. 2/2014, 43 ss.

223 Si v. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, Camera dei deputati, 20 giugno 2018, in www.autorita-transporti.it, 14.

L'ART, infatti, non risulta strutturata per settori, ma per funzioni (accesso alle infrastrutture, regolazione dei servizi e garanzia dei diritti degli dei passeggeri ed utenti), garantendo l'intermodalità non solo tra i diversi segmenti del settore dei trasporti, ma anche nella loro regolazione²²⁴.

Si osservi in proposito che la legge istitutiva prevede sia competenze di carattere orizzontale, ossia di carattere generale, riguardanti tutti i settori (art. 37, co. 2, lett. a-f ed l, d.l. n. 201/2011), sia competenze di carattere verticale²²⁵, ovvero assegnate all'Autorità in ragione della specifica natura delle singole industrie o mercati rilevanti, del relativo livello di liberalizzazione ed apertura alla concorrenza e della eventuale decentralizzazione delle gestioni (art. 37, co. 2, lett. g-i ed m, d.l. n. 201/2011)²²⁶.

I principali compiti affidati all'Autorità, indicati al comma 2 dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011 e ss.mm.ii., consistono nel: a) garantire l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi, nonché condizioni di accesso eque e non discriminatorie (comma 2, lett. a); b) definire i criteri per la fissazione delle tariffe, canoni, pedaggi²²⁷ e controllarne la corretta

224 L. Vecere, R. Palumbo, *Autorità dei trasporti, privatizzazioni e liberalizzazioni, normativa di indirizzo e regolamentare comunitaria in materia di trasporto e l'esperienza di alcune realtà europee*, in *Riv. giur. circolazione*, 2012, n. 2, in www.rivistagiuridica.aci.it, segnalano l'innovatività e la lungimiranza della scelta del legislatore italiano di optare in favore di un modello multisettoriale di Autorità, in grado di ingenerare potenziali effetti positivi in termini di risparmio di spesa, sviluppo di professionalità e supporto efficace agli orientamenti di politica industriale. La stessa Autorità ritiene che: “*il modello organizzativo prescelto consente di ricondurre le caratteristiche di tali industrie [per le quali sono previste competenze di carattere verticale] alla categoria delle variabili e di esaminare, di volta in volta, come esse operino in relazione a principi, criteri e strumenti di regolazione di natura orizzontale quali, ad esempio, e rispettivamente, la non-discriminatorietà dell'accesso ai mercati, la determinazione delle tariffe sulla base di costi pertinenti ed efficienti e l'applicazione di regole di separazione contabile. Il settore dei trasporti viene in tal modo affrontato nella sua complessità e articolazione ed è possibile svolgere approfondimenti comparativi sotto diversi profili di natura economica, tecnica o giuridica*”, si v. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, cit., 14.

225 G. Mele, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, in *Riv. it. di Antitrust*, n. 2/2014, 79 ss., ricostruisce in senso critico la “commistione” di compiti di natura orizzontale e verticale. Secondo l'A., infatti, i puntuali richiami esposti all'art. 37, co. 2 del d.l. n. 201/2011 avrebbero soltanto carattere esemplificativo delle problematiche considerate “sensibili” da parte del legislatore, senza che la loro specificazione possa considerarsi una limitazione alle competenze regolatorie. “*Se così non fosse, resterebbero escluse dalla competenza regolatoria alcuni profili fondamentali, compromettendone l'efficienza complessiva*”.

226 L'impianto originario delle funzioni previste dalla legge istitutiva dell'Autorità è stato più volte modificato con integrazione delle competenze già conferite all'ART ed innesti di funzioni aggiuntive relative all'ambito ferroviario, dei trasporti pubblici locali e della tutela dei diritti dei passeggeri. Per una ricostruzione delle fonti normative che compongono lo Statuto dell'ART, si v. ART, *Quarto rapporto annuale*, Camera dei deputati, 12 luglio 2017, Parte II, Attività e procedimenti, Tabella 5, in www.autorita-transporti.it, 27. Per una ricognizione delle competenze dell'ART si v. Del. ART n. 75/2017 del 31 maggio 2017, il cui allegato A è inserito nel sopra richiamato Quarto rapporto annuale al Parlamento (28 ss.).

227 Come specificato nell'ambito del medesimo art. 37, co. 2, lett. b), d.l. n. 201/2011, l'ART si limita a definire la “cornice regolatoria”, ovvero i criteri entro i quali “i soggetti competenti” sono chiamati ad esercitare le loro funzioni di determinazione delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi. Cfr. in merito Corte Cost., 15/3/2013, sent. n. 41, di cui *infra*.

applicazione; c) stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi; d) definire il contenuto minimo degli specifici diritti anche di natura risarcitoria degli utenti; e) definire gli schemi dei bandi di gara ed i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.

Il comma 2 del medesimo articolo 37, poi, prosegue specificando i compiti generali nei vari settori di trasporto (ferroviario regionale, autostradale, aeroportuale, infrastrutturale ferroviario, servizio taxi).

Siffatta specificazione, di carattere “verticale”, riguardante i singoli settori, si pone a riprova della difficoltà di introdurre i principi della concorrenza in egual misura in tutti i comparti del mercato dei trasporti²²⁸.

III. Le funzioni ed i poteri dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

Il perseguimento dei suddetti compiti avviene tramite l'esercizio di funzioni normative a contenuto economico ed amministrativo, di funzioni amministrative in senso proprio (ed in particolare di controllo e di vigilanza) e di funzioni paragiurisdizionali ed ausiliarie, definite sia in termini generali, sia in termini più puntuali, ovvero con riferimento a specifici settori²²⁹, da parte dell'art. 37 d.l. n. 201/2011.

In termini generali, per quanto riguarda le funzioni normative, esse attengono principalmente alla definizione degli accessi (che devono essere equi e non discriminatori²³⁰), dei corrispettivi²³¹, della qualità dei servizi²³², dei diritti degli utenti²³³ e degli atti di gara²³⁴.

Con riferimento alle funzioni amministrative, alcune sono strettamente connesse a quelle di contenuto economico, come la definizione – sentito il Ministero delle Infrastrutture e le regioni e gli enti locali interessati – degli ambiti del servizio pubblico, tratte e le modalità di finanziamento; altre,

228 Come si avrà modo di affrontare, le maggiori difficoltà si incontrano in particolare nel settore del trasporto pubblico locale. Si v. in merito, Pezzoli, *L'introduzione della concorrenza in un mercato regolamentato: la riforma del trasporto pubblico locale*, in *Concorrenza e mercato*, 1999, 331 ss.

229 Per una sintetica e completa ricostruzione delle funzioni, poteri, prerogative e ambiti operativi dell'Autorità di regolazione dei trasporti, si v. F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, cit., 90 ss., il quale individua tre gruppi principali: “a) poteri e funzioni di normazione regolamentare; b) poteri e funzioni di controllo, di verifica e paragiurisdizionali; c) poteri e funzioni di indirizzo politico”.

230 Art. 37, co. 2, lett. a), d.l. n. 201/2011.

231 Art. 37, co. 2, lett. b), d.l. n. 201/2011.

232 Art. 37, co. 2, lett. d), d.l. n. 201/2011.

233 Art. 37, co. 2, lett. e), d.l. n. 201/2011.

234 Art. 37, co. 2, lett. f), d.l. n. 201/2011.

invece, più ampie, afferiscono al controllo ed alla vigilanza²³⁵.

In generale l'ART verifica la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri di determinazione delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi²³⁶ e valuta anche la congruenza con la regolazione economica delle disposizioni tecniche e di sicurezza poste dalle amministrazioni²³⁷.

L'ART, poi, è competente a promuovere sistemi di risoluzione delle controversie insorte tra vettori ed utenti ed a sanzionare eventuali inadempimenti degli operatori che non abbiano trovato composizione in sede conciliativa²³⁸.

235 Per un approfondimento in materia di vigilanza pubblica sulle attività economiche si v. S. Amorosino, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino 2008, 21 ss. L'A. precisa la distinzione tra vigilanza, che investe l'intera attività del vigilato, dai controlli che invece sono più puntuali, interessando atti o fasi di particolari attività/processi produttivi/prodotti ecc. La distinzione, poi, viene affermata anche tra la stessa regolazione e l'attività di vigilanza: secondo l'A. la sottrazione al Governo del controllo ed anche della vigilanza sulle attività economiche ad alto tasso di complicazione tecnica, con contestuale affidamento a poteri neutrali, quali le autorità amministrative indipendenti, l'affermarsi di una concezione politico-economica secondo la quale è più efficace che certe attività non siano più svolte da strutture pubbliche, l'espansione della sussidiarietà orizzontale e la "privatizzazione del diritto amministrativo" – ovvero, la prevalenza della sostanza (interessi pubblici) sulla forma (l'utilizzo di strumenti di diritto privato) –, fattori dai quali è derivata necessariamente l'esternalizzazione/liberalizzazione delle attività economiche, "non può comportare una totale rinuncia dei pubblici poteri a tutelare gli interessi pubblici inerenti ad esse". Vale, infatti, "il criterio generale per il quale negli ordinamenti più evoluti, fondati sulla regolazione dei mercati aperti e non sull'amministrazione dirigista di mercati chiusi, la vigilanza è strettamente limitata alla verifica della corrispondenza dell'attività vigilata ai parametri ed ai vincoli che sono stati posti in sede di normazione primaria, secondaria e terziaria (precetti operativi e norme tecniche), o che – alternativamente o complementariamente – sono contenuti nelle convenzioni accessive alle concessioni di affidamento di beni o nei contratti di programma relativi alla gestione dei servizi". Dello stesso avviso anche M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., 16 ss., che, tra le cause del ricorso all'istituto delle Autorità indipendenti ricorda come "il tramonto del modello d'intervento pubblico dirigistico nell'economia, ha portato sovente allo smantellamento di posizioni di monopolio godute da taluni soggetti pubblici nella gestione di particolari attività, con la conseguente necessità di introdurre forme di tutela in favore degli operatori del mercato e degli utenti; forme che necessariamente sono correlate, ma opposte", individuate nell'istituzione delle Autorità indipendenti. Per un approfondimento circa le ragioni della proliferazione delle Autorità si v. il medesimo A., 15 ss.

236 Art. 37, co. 2, lett. c), d.l. n. 201/2011.

237 Art. 37, co. 4, d.l. n. 201/2011.

238 Con riferimento alla natura paragiurisdizionale delle sole funzioni attribuite all'ART si v. S. Loiacono, P. Occhiuzzi, *L'Autorità di Regolazione dei Trasporti*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, (a cura di) F. Bassan, Torino, 2015, 69 ss. Le modalità di esercizio dei poteri delle autorità amministrative indipendenti che cumulano funzioni istruttorie e decisore – contrastanti con il requisito della terzietà –, nonché le difficoltà di inquadrare un tale tipo di autorità nell'assetto costituzionale, che impone un divieto esplicito di creare giudici speciali (art. 102 Cost.), inducono a considerare il carattere paragiurisdizionale soltanto come un modo di esercizio delle funzioni, che restano sostanzialmente amministrative. A sostegno di tale impostazione appare rilevante fare un confronto tra la disciplina contenuta all'art. 37, co. 3, lett. g) ed h) del d.l. n. 201/2011 e quanto previsto dall'art. 2, co. 12, lett. m) e co. 20, lett. e) e 24 della l. n. 481/1995: la prima disposizione, a differenza delle seconde, per un verso, non prevede tra le funzioni ed i compiti quelli di tipo "paragiurisdizionale" (ad eccezione di quello relativo al settore ferroviario), per altro verso, non include tra i poteri quello di adottare specifici provvedimenti nell'ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato e, per altro verso ancora, non prevede l'adozione di un apposito regolamento governativo per l'esperimento di procedure di conciliazione o arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio. In senso contrario, ovvero a sostegno della teoria sulla natura paragiurisdizionale delle autorità amministrative indipendenti sono state invocate tre caratteristiche essenziali: a) l'indipendenza, da distinguersi rispetto all'imparzialità, quale requisito della generalità delle pubbliche amministrazioni; b) le funzioni di c.d. aggiudicazione, in cui l'attività dell'Autorità sarebbe assimilabile a quella del giudice, dato che questa si occupa di

Per quanto attiene alle funzioni ausiliarie l'ART coadiuva le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico²³⁹ e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante adozione di pareri che può rendere pubblici²⁴⁰; inoltre, la stessa Autorità può segnalare al Parlamento ed al Governo norme che possono contribuire al migliore funzionamento dei trasporti o che, al contrario, siano di ostacolo al corretto funzionamento del settore²⁴¹.

Viene inoltre previsto anche lo svolgimento di attività consultiva al Governo, nelle materie di competenza, per la definizione, il recepimento e l'attuazione della normativa dell'Unione Europea, oltre ad un potere di segnalazione delle specifiche lacune normative che incidono nel settore

qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità/illiceità; c) la natura del procedimento in cui operano le Autorità, caratterizzato da un forte carattere para-giurisdizionale, in cui si lascia ampio spazio al contraddittorio. Anche la giurisprudenza si è interrogata sul plesso costituzionale di appartenenza delle Autorità indipendenti: si v. Cass. Civ., 20/5/2002, sent. n. 7341, che perviene alla conclusione circa la natura "amministrativa" delle Autorità, in considerazione del fatto che la sola assunzione di funzioni neutrali non comporta di per sé la trasformazione della loro natura in giurisdizionale. Per approfondimenti in merito si v. E.L. Camilli, M. Clarich, *I poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, (a cura di) M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati*, cit.; A. Riviezzo, *Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali*, appunti di teoria generale, Napoli, 2013, 170; M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, cit., 40 ss.; M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, (a cura di) S. Cassese, C. Franchini, ..., G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, GdA, 2012, 234. Si v. anche N. Longobardi, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 117 ss., il quale, oltre a enucleare tre significati o aspetti significativi che assume l'indipendenza delle autorità – in senso formale, come separazione; in senso sostanziale, come non dipendenza da manifestazioni di volontà altrui nello svolgimento dell'attività; in senso organizzativo e finanziario, come libertà da condizionamenti di vario tipo – riconosce l'affermazione di un nuovo modello di azione e di organizzazione, frutto della credibilità e della funzionalità che vengono richieste alle autorità di regolazione, in ragione dell'affermarsi dell'Unione Europea e della globalizzazione dei mercati, modello che può definirsi regolativo-giustiziale. "In esso la funzione istituzionale di regolazione assegnata all'autorità è intesa in senso ampio, ovvero occorre che la legge conferisca all'autorità un mandato pieno con riguardo al settore affidatole, che siano attribuiti poteri sufficienti oltre ad essere garantita l'indipendenza dell'autorità sia dal Governo che dai soggetti regolati".

239 Per approfondimenti in merito alla *optimal size* dei *capital-intensive services*, per i quali ci si rende conto che la dimensione dell'ente territoriale non necessariamente coincide con l'ottimale organizzazione dei servizi o con le caratteristiche fisiche e geografiche, dovendosi prevedere dunque forme di aggregazione tra enti locali per la gestione associata (ove la *optimal size* sia più estesa rispetto alla ripartizione territoriale dell'ente), oppure a meccanismi di affidamento in lotti distinti (dove la *optimal size* sia più ridotta), si v. W.E. Oates, *Fiscal federalism*, New York, 1972; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 319. Con riferimento alla multiforme geografia degli ATO nelle varie aree del Paese: in molti casi, accanto all'ATO di dimensione regionale, valido soprattutto ai fini della programmazione, sono stati istituiti diversi *sub-ATO*, di dimensioni molto più contenute, per l'effettiva organizzazione e gestione di servizi, cfr. Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*. Si v. anche M. Passalacqua, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in www.federalismi.it, 13 gennaio 2016, 1/2016, riporta le due finalità degli ATO: "per un verso, corrispondono ad ambiti territoriali in grado di rappresentare bacini ottimali di utenza, e dall'altro, per essere tali, contemporaneamente rispondono anche all'efficienza ed alla riduzione dei costi (economicità), insita nel relativo sistema tariffario, a favore dell'utente finale; in altre parole, l'obiettivo della costituzione dell'ambito è ottimizzare il rapporto tra costi e risultati".

240 Art. 37, co. 3, lett.a), d.l. n. 201/2011.

241 Art. 2, co. 12, lett. i) l. n. 481/1995.

dalla stessa regolato²⁴².

Il potere di *advocacy*, poi, viene esercitato anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche e degli enti strumentali per la verifica preventiva della congruenza dei rispettivi atti con la regolazione in materia di trasporto.

A seguito del decreto c.d. Cresci Italia (d.lgs. n. 1/2012), è stata poi attribuita all'Autorità la legittimazione a ricorrere al TAR Lazio per la tutela del diritto di mobilità degli utenti, contro gli atti generali e particolari adottati dagli enti locali in ordine alla gestione del servizio taxi²⁴³.

Per garantire lo svolgimento delle suddette funzioni, in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione, il Legislatore ha conferito all'Autorità di regolazione dei trasporti i seguenti poteri: di *moral suasion* o di *advocacy*²⁴⁴ della concorrenza; di ispezione e di indagine; sanzionatori ed ordinatori; regolamentari e decisori (art. 37, co. 3, lett. a) - m) d.l. n. 201/2011).

L'ampia gamma di poteri attribuiti all'Autorità si ispira a quelli previsti dalla l. n. 481/1995, ma anche a quelli – molto incisivi – della legislazione *antitrust*²⁴⁵.

In particolare, l'Autorità può sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti nell'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante l'adozione di pareri che può rendere pubblici.

All'Autorità sono poi attribuiti poteri di regolazione: ad esempio, può determinare i criteri per la redazione della contabilità delle imprese

242 Art. 2 l. n. 481/1995.

243 Art. 37, co. 2, lett. n), d.l. n. 201/2011. La norma ha una finalità monitoria, essendo finalizzata ad incentivare la pubblica amministrazione che emette l'atto a porre una particolare attenzione all'analisi di impatto della regolazione. La legittimazione ad agire dell'ART dovrebbe costituire una *extrema ratio*, dovendosi privilegiare, piuttosto, modalità preventive di tutela della libertà di concorrenza nell'ottiva di una leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni, cfr. TAR Lazio, 15 marzo 2013, sent. n. 2720. Proprio in tale logica deve leggersi il combinato disposto dell'art. 37, co. 2 lett. n) e lett. m), con cui si precisa che “*Comuni e Regioni, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono, previa acquisizione di preventivo parere da parte dell'Autorità, ad adeguare il servizio dei taxi ...*”.

244 A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2/2014, 52 e 53, individua sottotraccia anche poteri di indirizzo politico. L'A. si riferisce “*all'advocacy perseguita attraverso i pareri (comma 3, lett. a); le proposte di sanzioni alle amministrazioni competenti (lett. c); segnalazioni e pareri alle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, quando trasmettono le delibere che 'possono avere un impatto sulla concorrenza, sulle tariffe e sull'accesso alle infrastrutture' (comma 4)*”.

245 Legge 10 ottobre 1990, n. 287, artt. 12 ss.

regolate e può, nell'esercizio di poteri prescrittivi, imporre la separazione contabile e societaria delle imprese verticalmente integrate se necessario per garantire la concorrenza²⁴⁶.

L'Autorità può richiedere informazioni ed esibizioni di documenti, svolgere ispezioni e controllare libri contabili. A fondamento di tale attività deve comunque esserci un sospetto di una possibile violazione alla regolazione negli ambiti di propria competenza.

Qualora siano poste in essere condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti sottoposti alla regolazione, l'Autorità può esercitare inoltre poteri inibitori e conformativi, rendendo ad esempio obbligatori gli impegni proposti dalle imprese per chiudere le contestazioni avanzate.

In caso di necessità ed urgenza, in circostanze straordinarie può anche adottare misure di natura cautelare, al fine di salvaguardare la concorrenza. Infine, all'Autorità è conferito anche il potere sanzionatorio: nei casi di inosservanza dei criteri per la formazione e l'aggiornamento di tariffe, canoni, pedaggi e prezzi amministrati, oppure in caso di inottemperanza agli impegni, l'Autorità può irrogare sanzioni amministrative. Può applicare inoltre sanzioni pecuniarie quando le “*imprese interessate*” (art. 37, co. 3, lett. i), d.l. n. 201/2011) forniscono informazioni inesatte o incomplete.

L'Autorità, inoltre, può esercitare poteri sanzionatori “di proposta” per l'esercizio di poteri di autotutela da parte dell'amministrazione competente, proponendo “*la sospensione, la decadenza, o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico, dei contratti di programma e di ogni altro atto assimilabile comunque denominato, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento*” (art. 37, co. 3, lett. c), d.l. n. 201/2011)²⁴⁷.

246 Per approfondimenti in merito alla misura di separazione contabile e societaria ex art. 2, co. 12, lett. f), l. n. 481/1995, si v. H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469 ss.

247 In merito agli aspetti di problematicità riconducibili all'esercizio di poteri sanzionatori da parte dell'ART, si v. A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *GdA* 6/2012, 594 ss., il quale rileva come in primo luogo possa considerarsi problematico definire l'ampiezza del potere di proposta in ordine all'adozione di provvedimenti di autotutela ove vengano in interesse ipotesi disciplinate dalla normativa settoriale. L'esercizio di poteri sanzionatori di proposta da parte dell'ART dovrebbe, secondo l'A., essere circoscritto ai casi rilevanti rispetto alle attività istituzionali dell'Autorità, nonostante la formulazione generica dell'art. 37, co. 3, lett. c), d.l. n. 201/2011. In secondo luogo, il medesimo A. rileva la difficoltà di coordinamento di previsioni diverse, in parte contenute

L'esercizio del potere sanzionatorio e di quello regolamentare è assistito da precise regole procedurali²⁴⁸ (previste dalla legge 27 marzo 2012, n. 27, dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 e dai regolamenti emanati in attuazione dell'art. 2, co. 24 della sopra menzionata l. n. 481/1995), ispirate ai principi generali del contraddittorio, della trasparenza e della partecipazione. Principi propri del procedimento amministrativo, la cui disciplina generale, contenuta come noto nella l. n. 241/1990, trova applicazione soltanto in via residuale²⁴⁹.

La riconducibilità della Autorità di regolazione dei trasporti alla categoria delle amministrazioni dello Stato, infatti, non impedisce di evincerne le specificità, non solo di carattere procedurale, riguardanti l'esercizio della propria attività, ma anche di tipo strutturale-organizzativo.

IV. La composizione e l'organizzazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

L'Autorità di regolazione dei trasporti si caratterizza, anche in ragione del proprio carattere multisettoriale, per una particolare ed elevata qualificazione tecnica dei componenti.

I suoi membri, infatti, sono scelti tra persone di “*indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nei settori in*

all'interno dell'art. 37 d.l. n. 201/2011, in parte con riguardo a specifici settori ed attività, tali da rendere incerto il fondamento stesso del potere sanzionatorio.

248 In particolare, con riferimento all'Autorità di regolazione dei trasporti si v. il *Regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità*, all. A alla Del. ART, 22 luglio 2015, n. 57. Con riferimento alla discrezionalità dell'Autorità nell'adozione dei regolamenti di disciplina dei propri procedimenti, si v. A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., 597 ss., il quale individua comunque un nucleo minimo di principi da rispettare, in parte indicati dalla stessa l. n. 481/1995, quali i principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio (sia orale che scritto) e della verbalizzazione; in parte desumibili da consolidati orientamenti giurisprudenziali, quali quelli della partecipazione e della motivazione rispetto agli atti a contenuto generale (cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 2 marzo 2010, n. 1215).

249 Per un approfondimento circa la specialità della disciplina procedurale delle autorità indipendenti rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo, si v. M. Di Benedetto, *Istruttoria amministrativa*, 2012, in *www.treccani.it*. Si v. anche R. Garofoli, *Procedimento, accesso ed autorità indipendenti*, in F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003. Il tema del rapporto tra la l. n. 241/1990 ed i procedimenti condotti dalle Autorità amministrative indipendenti è stato ampiamente affrontato anche dai giudici, si v. Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2007, sent. n. 5085, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con riferimento all'impossibilità di invocare, in un sistema puntualmente scandito da apposite norme procedurali come quello davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990. Si v. anche TAR Lazio, sez. I, 4 dicembre 2007, sent. n. 12457 e n. 12460, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nell'ambito delle quali viene richiamato il consolidato orientamento secondo cui i procedimenti antitrust sono compiutamente disciplinati dalla legge n. 287/1990 e dal relativo Regolamento di procedura, e “*tali fonti prevalgono sulla disciplina generale del procedimento sia per la loro specialità sia per la circostanza che le esigenze partecipative ad esso sottese sono adeguatamente considerate nella normativa di settore*” (si v. *ex multis* anche TAR Lazio, sez. I, 10 luglio 2007, sent. n. 6230, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

*cui opera l'Autorità*²⁵⁰.

L'Autorità è organo collegiale, conformemente a quanto previsto dal modello disciplinato dalla legge n. 481/1995, alle cui disposizioni l'art. 37 opera espresso rinvio, con riguardo a *status*, incompatibilità successive, relative sanzioni in caso di inosservanza e procedure di nomina (art. 37, co. 1bis, d.l. n. 201/2011).

Il potere decisorio è esercitato dal Consiglio, composto di tre membri scelti nel rispetto dell'equilibrio di genere²⁵¹, che durano in carica sette anni, con mandato non rinnovabile.

L'organo collegiale è composto dal Presidente e da due componenti nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente e con il parere favorevole di almeno due terzi dei componenti delle competenti commissioni parlamentari.

I componenti del Consiglio sono soggetti ad un regime di incompatibilità in base al quale non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza o essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati. Viene altresì esclusa la possibilità di ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici, nonché di avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza²⁵².

250 La formulazione di cui all'art. 37, co. 1ter, d.l. n. 201/2011 sembrerebbe richiedere per l'Autorità di regolazione dei trasporti requisiti più stringenti rispetto alle disposizioni contenute nell'art. 2, co. 8, l. n. 481/1995, che prevede la nomina di persone “dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore”. Con riferimento alla pianta organica del personale di ruolo dell'Autorità, l'art. 37, co. 6, lett. b-bis, d.l. n. 201/2011, la determinava in 80 unità e ne disciplinava il reclutamento, prevedendo, in sede di prima attuazione, una apposita selezione nell'ambito del personale dipendente da pubbliche amministrazioni, per una quota non superiore al cinquanta per cento, e comunque nei limiti delle risorse disponibili. Il personale così selezionato in fase di avvio veniva posto in posizione di comando presso l'Autorità, con oneri a carico dell'Amministrazione di provenienza, e, una volta entrato a regime il sistema di autofinanziamento, è stato immesso nei ruoli dell'Autorità nella qualifica assunta in sede di selezione. Oggi la pianta organica del personale, pari a 90 unità nel 2018 (così ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, in www.autorita-trasporti.it), è stata ampliata, dopo il d.l. n. 109/2018 (c.d. d.l. Genova), a 120 unità a tempo indeterminato, come per le altre Autorità di regolazione di servizi pubblici, a cui si aggiungono – nel rispetto di quanto previsto dalla legge – alcuni esperti e collaboratori a tempo indeterminato (così ART, *Sesto rapporto annuale al Parlamento*, 25 giugno 2019, in www.autorita-trasporti.it). Si v. con riferimento alla pianta organica del personale la delibera ART, 4 dicembre 2014, n. 82, in www.autorita-trasporti.it.

251 Trattasi di un aspetto innovativo rispetto a quanto previsto dalla l. n. 481/1995, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*.

252 Art. 37, co. 1ter, d.l. n. 201/2011. Il regime di assoluta incompatibilità viene posto dalla legislazione per assicurare al massimo l'indipendenza, oltre che per la dedizione all'ufficio e la non revocabilità degli incarichi. Con riguardo al requisito dell'indipendenza, si v. R. De Nictolis, *I protocolli tra autorità amministrative indipendenti e giurisdizione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it. Dal punto di vista organizzativo le Autorità amministrative indipendenti sono indipendenti dal Governo e da altre amministrazioni, ovvero non

Il Consiglio nomina un Segretario generale, capo della struttura – articolata in Uffici che risultano funzionalmente dipendenti dalla Presidenza (Uffici di Segreteria del Consiglio, Affari istituzionali ed internazionali e Comunicazione e stampa) e dal Segretario generale (Affari generali, amministrazione e personale, Affari legali e contenzioso, Affari economici, *Information and communication technology*, Accesso alle infrastrutture, Servizi e mercati retail, Diritti degli utenti e Vigilanza e sanzioni)²⁵³ –, che sovrintende al funzionamento dei servizi e degli Uffici e ne risponde al Presidente.

Alla struttura sono demandate le funzioni istruttorie.

L'Autorità di regolazione dei trasporti ha inoltre costituito un proprio *Advisory board*, composto da nove membri, scelti tra professori universitari ed esperti di formazione giuridica, economica ed ingegneristica, con funzioni consultive.

Il *board*, pur non essendo coinvolto nella trattazione delle specifiche questioni oggetto di decisione del Consiglio, ha il compito di elaborare analisi e studi sulle questioni strategiche e metodologiche che l'Autorità deve affrontare²⁵⁴.

L'Autorità, inoltre, è dotata di un collegio dei revisori, di un garante etico e di un nucleo di valutazione, quali organismi di controllo e di garanzia.

V. L'autonomia contabile e finanziaria dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

In stretta aderenza rispetto a quanto previsto per le Autorità amministrative

sono soggette a direttive o controlli di alcun genere, ma obbediscono soltanto alla Legge, per approfondimenti si v. M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., 10 e 57 e ss. L'A. specifica che “*l'indipendenza non costituisce una mera etichetta formale, spettante a tali Autorità, ma rappresenta un elemento da valutare in concreto sulla base delle norme istitutive e dell'attività svolta. L'indipendenza di cui devono godere le Autorità in esame è ben diversa dall'autonomia che l'ordinamento riconosce a molteplici soggetti pubblici. Il principio di autonomia assume rilievo in relazione ai soggetti in rapporto tra loro, anche di equiordinazione, mentre l'indipendenza presuppone l'assenza di un tale rapporto e l'attribuzione di funzioni da svolgere senza condizionamento*”. L'indipendenza si presenta sia sotto un profilo strutturale – concretandosi nella netta separazione tra le autorità amministrative, gli organi di indirizzo politico ed i soggetti regolati –, sia sotto un profilo funzionale, che si manifesta appunto nella possibilità di operare con una piena autonomia di giudizio e di valutazione, senza condizionamenti da parte del governo o dei soggetti regolati. Sugli elementi sintomatici dell'indipendenza si v. inoltre F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 68 ss.

253 Cfr. *Regolamento di organizzazione e funzionamento ART*, 23 maggio 2016, in www.autorita-trasporti.it.

254 Oltre al *board* è prevista la figura del Consigliere giuridico che collabora direttamente con il Consiglio; rende pareri su ogni questione o affare, anche di carattere istruttorio, che gli sia sottoposto dal Consiglio ed esercita ogni altra attribuzione conferitagli dal Consiglio, cfr. art. 12 del *Regolamento di organizzazione e funzionamento ART*, cit.

indipendenti, l'Autorità di regolazione dei trasporti, oltre ad essere dotata di autonomia organizzativa, gode anche di autonomia finanziaria e contabile.

L'art. 37, co. 6 del d.l. n. 201/2011 prevedeva che per il 2012 gli oneri derivanti dall'istituzione e dal funzionamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti fossero coperti dall'erario statale nel limite massimo di cinque milioni di Euro.

A regime, invece, il finanziamento dell'Autorità di regolazione sarebbe stato a totale carico degli operatori dei vari settori, con il controllo da parte dell'esecutivo.

L'Autorità è interamente finanziata – esaurita la fase del contributo *una tantum* anticipato dall'AGCM – con il contributo delle imprese del settore²⁵⁵, determinato su base annuale, nella misura non superiore all'uno per mille del fatturato riferibile all'ultimo esercizio di impresa, definita previa approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze (cfr. art. 16, co. 1, lett. *a-ter*), d.l. n. 109/2018).

La misura attuale del contributo, fissata nello 0,6 per mille del fatturato (risultante dall'ultimo bilancio approvato al 26 gennaio 2018), e le sue modalità di versamento sono state determinate all'esito di un procedimento comprensivo di una fase di consultazione pubblica, concluso con la Delibera ART del 15 dicembre 2017, n. 145²⁵⁶.

255 Un primo aspetto problematico ha riguardato l'individuazione dei soggetti sottoposti al contributo. Tale individuazione, infatti, presuppone la risoluzione da parte dell'Autorità del tema relativo alla definizione degli ambiti di intervento. Come precisato da G. Mele, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, cit., 83 ss., “una prima verifica “sul campo” del perimetro regolatorio dell'ART [...] è rappresentata dalla Delibera ART n. 10/2014, del 23 gennaio 2014 (“Determinazione in prima attuazione del contributo dovuto per l'anno 2014”) approvata con DPCM 2 febbraio 2014”. L'A. evidenzia il limite della indicazione di carattere “censuario” di selezione dei contribuenti regolati, derivante dall'utilizzo dei codici ATECO per la selezione delle imprese assoggettate al contributo: siffatta metodologia, infatti, parrebbe frutto di un'urgenza organizzativa e di funzionalità dell'autorità, a discapito di una necessaria ed imprescindibile attività di motivata ed approfondita analisi delle attività regolate “*nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori*” rientranti nella competenza dell'ART. A siffatto limite ha cercato di porre rimedio la Delibera ART n. 78/2014, con cui si è provveduto all'individuazione dei soggetti sottoposti all'obbligo contributivo di cui all'art. 37, co. 6, lett. b), d.l. n. 201/2011, facendo riferimento non solo alla classificazione ATECO, ma anche all'attività effettivamente svolta dalle imprese, verificata tramite l'utilizzo di visure camerali e banche dati e di approfondimenti specifici avvenuti durante incontri con le associazioni di categoria. Si è inoltre previsto che il versamento del contributo consentisse alle imprese stesse, salvo verifica dell'Autorità, di escludere dal fatturato rilevante a fini contributivi determinate attività. Per una specificazione delle suddette voci di ricavo, si v. da ultimo il *Quarto Rapporto Annuale* dell'ART, 12 luglio 2017, in www.autorita-trasporti.it, 80 ss.

256 Del. ART, 15 dicembre 2017, n. 145, *Misura e modalità di versamento del contributo dovuto all'Autorità di regolazione dei trasporti per l'anno 2018*, in www.autorita-trasporti.it.

La materia dell'autofinanziamento delle autorità indipendenti è stata oggetto di di numerosi ricorsi²⁵⁷, da ultimo si ricorda la sentenza n. 69/2017 con la quale la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Piemonte (ordinanza n. 30/2016²⁵⁸) in ordine ad alcune disposizioni della legge istitutiva dell'ART, con cui si attribuisce all'Autorità un potere di imporre una prestazione patrimoniale senza individuarne puntualmente i presupposti.

I limiti adeguati ad arginare l'eventuale eccessiva discrezionalità del potere impositivo dell'Autorità sono stati individuati dalla Corte nei vincoli procedurali²⁵⁹, nella natura partecipativa dei procedimenti dell'Autorità e nel fatto che l'entità del contributo non risulta rimessa ad una determinazione unilaterale, essendo correlata alle esigenze operative dell'Autorità risultante dai bilanci preventivi e dai rendiconti della gestione.

Oltretutto, la Corte rileva che la base imponibile nel fatturato può essere individuata in base a criteri tecnici di carattere economico e contabile e che la platea dei soggetti obbligati risulta essere quella degli operatori in concreto assoggettati all'attività dell'Autorità²⁶⁰.

257 Cfr. *ex multis* Cons. St., sent. 17 febbraio 2015, n. 815. Per approfondimenti con riferimento alla definizione del perimetro dei soggetti tenuti al versamento del contributo, si v. L. Di Donato, *Il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Amministrazione in Cammino*, 25 maggio 2015, in www.amministrazioneincammino.luiss.it. Le imprese che originariamente hanno presentato ricorso esercitavano prevalentemente attività nell'ambito della logistica, dell'autotrasporto di merci, della spedizione e del trasporto espresso, della gestione di terminal portuali, di handling aeroportuale. Successivamente, hanno proposto impugnazione anche imprese (o loro associazioni) che svolgono altre attività nel settore dei trasporti, vettori aerei, autotrasporto passeggeri, trasporto passeggeri via mare, trasporto merci via mare, concessionari autostradali, interporti. Tutti i ricorrenti sostenevano di non appartenere alla categoria dei "gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati" e di non dovere, dunque, versare il contributo.

258 TAR Piemonte, ord. 17 dicembre 2015, n. 30, ha sollevato questione di legittimità costituzionale per contrasto dell'art. 37 d.l. n. 201/2011 con gli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost. In particolare, è stata censurata l'ampia ed indiscriminata platea dei soggetti tenuti al versamento del contributo.

259 Le idonee garanzie procedurali sono rappresentate sia dalla prevista approvazione da parte del Presidente del Consiglio e del Ministro dell'economia e delle finanze, sia dalla prevista e praticata procedura partecipativa che precede la fissazione del prelievo, la quale «può considerarsi il portato, giuridicamente doveroso ... di quella declinazione procedurale del principio di legalità, che è ritenuta dalla giurisprudenza amministrativa tipica delle autorità indipendenti ... e rappresenta un utile, ancorché parziale, complemento delle garanzie sostanziali richieste dall'art. 23 Cost.», così Delibera ART, 31 maggio 2017, n. 75, *Contributo al finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti. Ricognizione delle competenze dell'Autorità e degli ambiti interessati dalle attività poste in essere*, in www.autorita-trasporti.it.

260 Cfr. Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 69, in www.cortecostituzionale.it, nell'ambito della quale si prevede che l'eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici. In questa logica, assumono rilievo la previsione di determinati "elementi o moduli procedurali" che consentano la collaborazione di più enti o organi (specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, con Delibera ART n. 75 del 31 maggio 2017, l'Autorità ha ritenuto di svolgere una ricognizione delle attività da essa concretamente svolte, in modo da giungere ad una conforme perimetrazione dei soggetti tenuti alla contribuzione²⁶¹.

La Delibera ART n. 145/2017 ha individuato tra le imprese soggette al versamento del contributo quelle che svolgono le seguenti attività:

- a) gestione di infrastrutture di trasporto (ferroviarie, portuali, aeroportuali e autostradali);
- b) gestione di centri di movimentazioni merci (interporti);
- c) servizi di trasporto passeggeri e/o merci, nazionale, regionale e locale, connotati da oneri di servizio pubblico, con ogni modalità effettuato;
- d) servizio taxi;
- e) servizi di trasporto ferroviario di passeggeri e/o merci;
- f) servizi di trasporto aereo di passeggeri e/o merci;
- g) servizi di trasporto di passeggeri e/o merci via mare e per vie navigabili interne;
- h) servizi di trasporto di passeggeri su strada;
- i) servizi di trasporto di merci su strada connessi con porti, scali ferroviari merci, aeroporti, interporti;
- j) servizi accessori alla gestione di infrastrutture di trasporto;
- k) servizi accessori al trasporto ferroviario, su strada, aereo, via mare e per vie navigabili interne di passeggeri e/o merci;
- l) servizi logistici e accessori ai settori dei trasporti;
- m) servizi di movimentazione merci relativi al trasporto ferroviario, su strada, marittimo, costiero e per vie navigabili interne.

Nonostante tale definita perimetrazione, oltre a quanto statuito dalla stessa Corte Costituzionale, la questione relativa alla corretta definizione dei

criteri tecnici, anche di ordine economico) o anche la partecipazione delle categorie interessate. La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto, vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. Per un approfondimento in ordine alla natura tributaria del contributo al funzionamento delle Amministrazioni indipendenti si v. G. Andreani, G. Ferrara, *Problematiche costituzionali e di diritto europeo sui contributi alle Amministrazioni indipendenti*, in *Fisco*, 2017, n. 38, 3727.

²⁶¹ Cfr. Delibera ART, 31 maggio 2017, n. 75, *Contributo al finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti. Ricognizione delle competenze dell'Autorità e degli ambiti interessati dalle attività poste in essere*, cit., nell'ambito della quale, al fine di assicurare concreta applicazione della pronuncia della Corte Costituzionale n. 69/2017, è stato dato mandato agli Uffici di procedere alla eventuale revisione, d'ufficio o a fronte di specifica istanza, delle posizioni dei soggetti individuati quali tenuti al versamento del contributo per gli effetti delle delibere n. 10/2014, n. 78/2014, n. 94/2015 e n. 139/2016, e di provvedere ad ogni conseguente adempimento.

soggetti regolati risulta ancora critica e meritevole di una revisione della normativa vigente, come riconosciuto dalla stessa Autorità di regolazione in occasione della sesta audizione avanti al Parlamento (svoltasi a giugno del 2019).

Il TAR Piemonte, infatti, non ha mancato, in alcune pronunce, di accogliere parte dei ricorsi presentati da categorie di soggetti che l'Autorità avrebbe ritenuto, sin dalle prime delibere in materia, di far rientrare nel perimetro contributivo²⁶².

Le questioni poste dal giudice amministrativo riguardano, da un lato la necessità di considerare come tenuti all'obbligo di versamento del contributo solo quei soggetti che siano già stati assoggettati all'esercizio delle funzioni regolatorie dell'ART, legando la loro individuazione ad un dato concreto²⁶³; dall'altro, la necessità di distinguere fra i destinatari della regolazione ed i beneficiari della stessa.

Solo questi ultimi, infatti, secondo il TAR Piemonte, sarebbero tenuti al versamento del contributo.

Si attendono, dunque, evoluzioni della disciplina, al fine di risolvere le suddette perplessità che tuttora caratterizzano il quadro regolatorio.

262 In merito alla criticità dei pronunciamenti del giudice amministrativo di primo grado, in grado di determinare *“un'evidente perdurante incertezza sulle risorse necessarie all'Autorità pr l'esercizio delle proprie funzioni istituzionali nonché per la programmazione delle aree di intervento regolatorio, incidendo così, inevitabilmente, sulla salvaguardia dell'indipendenza del regolatore”*, si v. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento, cit.*, 85 ss.

263 Il Tribunale Amministrativo, uniformandosi alla citata decisione della Corte Costituzionale n. 69/2017, ha ritenuto soggetti al pagamento del contributo in questione soltanto coloro che svolgono attività nei confronti delle quali l'ART ha concretamente esercitato le proprie funzioni regolatorie istituzionali (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 8/3/2018, nn. 287 e 288, in www.giustizia-amministrativa.it). Si segnala il recente ricorso promosso, nell'aprile 2019, da Confartigianato Trasporti assieme ad altre associazioni del settore contro la Delibera n. 141/2018 e la Determina n. 21/2019 dell'ART e il DPCM del 17 Gennaio 2019 perché si ritiene illegittima ed ingiustificata la richiesta di pagamento alle imprese di autotrasporto del contributo per il funzionamento dell'Autorità dei Trasporti.

7. L'interazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti con le altre autorità ed enti operanti nel settore dei trasporti: le imprescindibili esigenze di coordinamento.

I. Profili introduttivi; II. L'ART e le amministrazioni statali non indipendenti: il MIT, il CIPE, l'ENAC e le Autorità di Sistema portuale; III. L'ART e le amministrazioni locali: il rapporto con le Regioni e le Autorità d'ambito ottimali (ATO); IV. L'ART e le autorità indipendenti: il rapporto con l'AGCM. Individuazione delle macro-aree di intervento: l'attività di tutela e promozione della concorrenza; V. Segue. L'ART e l'AGCM: l'attività di tutela della concorrenza; VI. L'ART e l'AGCM: la seconda macro-area. La tutela del consumatore/passeggero: focus in materia di tutela dei diritti dei passeggeri via autobus (Reg. UE n. 181/2011); VII. Segue. Il divieto di pratiche commerciali scorrette; VIII. L'ART e l'AGCM: le clausole vessatorie; IX. L'ART e l'AGCM: i diritti dei consumatori; X. La composizione del rapporto ART-AGCM: considerazioni conclusive; XI. La vigilanza sui contratti pubblici: l'intreccio di competenze tra ART ed ANAC.

I. Profili introduttivi.

Il sistema dei trasporti, forse proprio in virtù della sua complessità ed importanza, risulta soggetto ad una sorta di policentrismo normativo ed amministrativo.

In particolare, permangono accanto alle competenze attribuite all'ART, quelle di altre amministrazioni indipendenti e non, presenti a livello nazionale, così determinandosi una situazione caratterizzata dal sovrapporsi di competenze²⁶⁴.

La norma istitutiva dell'Autorità di regolazione dei trasporti, rubricata “*Liberalizzazione nel settore dei trasporti*”, prevede che: «*Restano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente*

264 Si v. M. D'Alberti, C. Iacolucci, *Rapporti tra l'ART e le amministrazioni non indipendenti*, in ART, *Rapporto dell'Advisory Board 2015, Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*, in www.autorita-trasporti.it, 46 ss.

articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati; in particolare, restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti»²⁶⁵.

Restano inoltre ferme le competenze del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'Economia e delle Finanze nonché del CIPE (Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica) in materia di approvazione di atti di programma nonché di atti convenzionali, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica (art. 37, co. 6^{ter}, d.l. 201/2011).

Sono fatte salve anche le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, divenuta Struttura di vigilanza sulle concessioni autostradali, ora Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali, la quale esercitava le ampie funzioni di cui all'art. 36 del d.l. n. 98/2011, letter b) ed f), che oggi parrebbero assorbite dalla nuova ANSFISA, Agenzia nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie e delle Infrastrutture Stradali ed Autostradali, istituita ai sensi dell'art. 12 del d.l. n. 109/2018, convertito con modificazioni con legge n. 130/2018 (c.d. decreto Genova), i cui schemi di Regolamento e Statuto sono stati trasmessi al Consiglio di Stato, per il proprio parere.

Nonostante dunque il carattere “globalizzato multisettoriale” dell'ART²⁶⁶, questa non risulta essere l'unica autorità competente nel settore dei trasporti, dovendo necessariamente interagire con altri Enti ed Autorità.

La regolazione economica, infatti, è diretta a promuovere il buon funzionamento dei mercati, tenuto conto anche del quadro di politiche industriali e sociali, cosicchè le autorità di regolazione devono interfacciarsi con una vasta messe di attori: dai governi, a cui sono affidati più ampi compiti “regolatori” e di indirizzo, alle autorità di garanzia e vigilanza, alle autorità di regolazione di altri settori, agli organismi

265 Cfr. art. 37, co. 4, d.l. n. 201/2011, come modificato dalla legge n. 27/2012.

266 Si v. S. Loiacono, P. Occhiuzzi, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Torino, 2015, 63 ss.

comunitari²⁶⁷.

Si tratta di soggetti che operano nel settore con varie attribuzioni, di carattere orizzontale-generale (come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; l'Autorità nazionale anticorruzione), verticale (come l'ENAC) o di *governance* industriale (come gli enti locali e gli enti di governo dei bacini, a cui è demandata l'individuazione del sistema di gestione ed erogazione del servizio e di scelta dei modelli industriali e tecnologici).

Siffatta interazione non risulta priva di problematiche e difficoltà di coordinamento, che si cercheranno di approfondire nell'ambito del presente capitolo, con il tentativo di fornire una prospettiva di “composizione” dei rapporti, ove questi non siano già stati decodificati dal legislatore o dal giudice, prendendo in considerazione i principi che devono necessariamente presiedere il corretto svolgimento dei rapporti tra le pubbliche amministrazioni, al fine di verificare come ciò possa incidere sul ruolo e sull'attività dell'ART.

II. L'ART e le amministrazioni statali non indipendenti: il MIT, il CIPE, l'ENAC e le Autorità di Sistema portuale.

La normativa sulle competenze è caratterizzata da un'elevata complessità. Basta semplicemente soffermarsi sul numero di attribuzioni del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (art. 42 del d.lgs. n. 300/1999,) del CIPE (con particolare riferimento al programma delle infrastrutture strategiche della c.d. legge obiettivo, cfr. l. n. 443/2001), dell'ENAC (Codice della Navigazione, R.D. 327/1942 e ss.mm.ii.) e delle Autorità di Sistema Portuali (D.lgs. n. 169/2016 e ss.mm.ii.) per accorgersi che il quadro decisionale dell'ART sembra decisamente assottigliarsi, salvo che non si accolga una interpretazione restrittiva della clausola di salvaguardia imposta nell'*incipit* del quarto comma dell'art. 37 della legge istitutiva dell'ART.

Autorevole dottrina ha infatti individuato nell'art. 2, co. 14 della l. n.

²⁶⁷ Si v. ART, *Rapporto dell'Advisory board 2015, Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*, in www.autorita-trasporti.it, *Introduzione*, 3.

481/1995, istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, un criterio interpretativo idoneo a districare il complesso quadro attuale, attraverso il riconoscimento in capo al Governo ed agli altri enti competenti in materia di trasporti di tutti i poteri e le funzioni di indirizzo generali, dovendosi invece demandare tutte le altre funzioni non di indirizzo in capo alle autorità indipendenti²⁶⁸.

Nonostante il contrasto con quanto previsto dalla lettera dell'art. 37, co. 4 del d.l. n. 201/2011, con cui si prevede comunque che “*restano ferme [anche] le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione*”, questo appare effettivamente l'unico criterio, conforme anche alla stessa *ratio* istitutiva delle autorità amministrative indipendenti, idoneo a comporre efficacemente la *governance* multilivello che caratterizza la materia dei trasporti.

Il quadro delle competenze attribuito al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), nelle aree della programmazione, del finanziamento, della realizzazione e gestione delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, di navigazione e trasporto marittimo, di vigilanza sui porti, sul demanio marittimo, sulla sicurezza della navigazione e del trasporto nelle acque interne, di programmazione, previa intesa con le regioni interessate, del sistema idroviario padano-veneto, di aviazione civile e trasporto aereo, di trasporto terrestre, di circolazione dei veicoli e sicurezza dei trasporti terrestri, di sicurezza e regolazione tecnica, di pianificazione delle reti, della logistica e dei nodi infrastrutturali di interesse nazionale, di realizzazione delle opere corrispondenti e valutazione dei relativi interventi, nonché delle funzioni e dei compiti di monitoraggio, controllo e vigilanza nelle aree di cui al comma 1 dell'art. 42 del d.lgs. n. 300/1999 devono dunque esser lette secondo il suddetto canone interpretativo.

Demandandosi al MIT, nelle suddette aree, soltanto funzioni di indirizzo, oltre a quelle “diverse”, non specificamente attribuite dall'art. 37 d.l. n. 201/2011 all'Autorità di regolazione dei trasporti.

Lo stesso dovrebbe valere per le competenze governative attribuite al CIPE, i cui compiti di approvazione dei singoli progetti e di assegnazione

268 Si v. M. D'Alberti, C. Iacolucci, *Rapporti tra l'ART e le amministrazioni non indipendenti*, in ART, *Rapporto dell'Advisory Board 2015, Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*, in www.autorita-trasporti.it, 48 ss.

delle risorse finanziarie, nonché le competenze relative ai piani di investimento e convenzioni dei principali concessionari pubblici e privati, consentono al Governo di continuare, per il suo tramite, ad avere un'ingerenza molto forte nel sistema dei trasporti nel suo complesso, incidendo sulla gestione delle infrastrutture esistenti e su quelle ancora in fase programmatica.

Un'analogia interferenza governativa indiretta si verifica ove si guardi alle competenze attribuite all'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), sottoposto alla vigilanza ed al controllo del MIT.

Il settore aeroportuale è quello che presenta le maggiori problematiche di coordinamento, mantenendosi in capo all'ENAC un ampio fascio di competenze che necessariamente si sovrappongono con quelle dell'ART²⁶⁹.

Il Codice della navigazione, infatti, attribuisce all'ENAC il ruolo di unica autorità di regolazione tecnica, di certificazione, di vigilanza e di controllo nel settore dell'aviazione civile in Italia ed attribuisce ad essa la titolarità di competenze in materia di controllo della sicurezza e della qualità dei servizi, di vigilanza sull'attuazione della normativa del settore, di regolazione e di tutela dell'ambiente. Alla stessa, inoltre, vengono attribuiti compiti idonei a favorire il processo di liberalizzazione e la corretta apertura alla concorrenza, in aperto conflitto dunque con le finalità pro-concorrenziali e di regolazione specificamente attribuite all'ART in modo trasversale.

La natura peculiare dell'ENAC ed il settore specifico in cui la stessa interviene possono sollevare un interrogativo circa l'applicabilità del criterio generale interpretativo rinvenibile all'art. 2, co. 14 della l. n. 481/1995, che vedrebbe prevalere in capo ad essa i soli compiti di indirizzo.

In tale caso, infatti, si potrebbe discutere dell'applicabilità del principio della specialità, con conseguenze sicuramente negative in termini di omogeneità di disciplina.

Per tale ragione, si auspica da tempo un intervento legislativo

269 Per approfondimenti in merito si v. S. Perugini, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, cit., 125 ss.

chiarificatore, in grado di districare l'intricato quadro normativo, reso ancora più complesso dal *drafting* legislativo che caratterizza la normativa in materia²⁷⁰.

Un breve cenno, poi, merita anche l'interferenza dell'ART con l'Autorità di Sistema Portuale (AdSP).

Istituita con legge n. 84/1994, l'Autorità portuale, ha conosciuto una riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina con la c.d. riforma Madia, che ha portato all'approvazione del d.lgs. n. 169/2016, oggetto di ulteriore modifica con d.lgs. n. 232/2017.

Il d.lgs. n. 169/2016 ha ridotto le precedenti autorità portuali da 23 a 16, cambiando la loro denominazione in Autorità di sistema portuale (AdSP).

Le funzioni delle Autorità di sistema portuale, che possono interferire con l'attività dell'ART, sono rimaste sostanzialmente analoghe, e riguardano l'attività di pianificazione territoriale dell'ambito portuale, quella di indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali e delle altre attività esercitate nei porti, la manutenzione ordinaria e straordinaria delle parti comuni nell'ambito portuale, l'affidamento ed il controllo delle attività dirette alla fornitura di servizi di interesse generale, anche non strettamente connessi alle operazioni portuali ed infine l'amministrazione delle aree e dei beni del demanio marittimo compresi nell'ambito della circoscrizione territoriale.

Anche in questo caso possono valere le medesime considerazioni espresse con riguardo all'ENAC, in termini di specialità, considerato il settore specifico in cui le AdSP intervengono, anche se in merito, a chiarire il rapporto in termini di continenza, è intervenuto lo stesso Consiglio di Stato che, nell'ambito del parere n. 2199/2017 del 24 ottobre 2017 sul citato decreto legislativo n.169/2016, ha ritenuto di *“confermare pienamente il rapporto tra AdSP e Autorità di regolazione dei trasporti che, tra le altre cose, ha consentito (e dovrà continuare a consentire) a quest’ultima Autorità di intraprendere utilmente sia iniziative regolatorie sia accertamenti sulle condizioni di accesso alle infrastrutture e ai servizi, in corretta attuazione della sua missione istituzionale che si radica, per il*

270 In senso contrario, si v. P. Di Palma, il quale auspica che le responsabilità del trasporto aereo vengano ricollocate sull'ENAC, per approfondimenti si v. Id., *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione: le concessioni aeroportuali*, in *Rass. Avv. Stato*, n. 3 del 2005, 295.

*settore dei trasporti, nella matrice generale delle Autorità indipendenti di regolazione di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*²⁷¹.

III. L'ART e le amministrazioni locali: il rapporto con le Regioni e le Autorità d'ambito ottimali (ATO).

Con riferimento all'interferenza dell'ART con le altre autorità dotate di competenze amministrative di *governance* territoriale del sistema di gestione ed erogazione dei servizi di trasporto pubblico locale, il rapporto è stato definito dalla giurisprudenza in termini di contenenza.

Senza soffermarsi sulla relazione tra l'ART e le Province²⁷², dato che le loro competenze sono essenzialmente riconducibili a funzioni di mera pianificazione e gestione e non di regolazione, la necessità di giungere ad un quadro normativo chiaro sul riparto di competenze si è presentato soprattutto con riferimento alle Regioni, alle quali, come noto, è attribuita una competenza legislativa ed amministrativa in materia di trasporto pubblico locale di carattere residuale, ai sensi dell'art. 117, co. 4 della Costituzione.

La Corte Costituzionale, pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Veneto, ha dichiarato la piena legittimità costituzionale del d.l. n. 201/2011 (cfr. sent. n. 41/2013)²⁷³,

271 Si v. a titolo esemplificativo ART, Delibera n. 57/2018, *Conclusione procedimento avviato con delibera n. 40/2017. Approvazione di "Metodologie e criteri per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture portuali. Prime misure di regolazione"*, in www.autorita-trasporti.it.

272 Province come enti di area vasta, enti di secondo livello cui spetta anche la funzione di pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, ai sensi della l. n. 56/2014. Per un quadro completo degli assetti istituzionali, si considerino anche le funzioni svolte dalle Città metropolitane, che hanno la funzione fondamentale di organizzazione dei servizi di interesse generale di ambito metropolitano, inclusi quelli a rete di rilevanza economica (art. 1, co. 44, l. 56/2014).

273 Cfr. Corte Cost., sent. n. 41/2013, secondo la Regione Veneto, la normativa impugnata, disegnando i confini della regolazione in materia di trasporti, avrebbe affidato all'Autorità una serie di compiti in contrasto con il riparto di potestà legislative e amministrative tra Stato e Regioni. Secondo la ricorrente, risulterebbe lesivo della competenza ad essa attribuita sui trasporti pubblici locali il conferimento all'ART del potere di definire i criteri per la fissazione delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi, nonché il conferimento del potere di stabilire, con particolare riferimento al settore autostradale, per le nuove concessioni, sistemi tariffari di pedaggi basati sulla individuazione di un prezzo massimo inferiore rispetto a quello praticato in un monopolio non regolato (c.d. *price cap*). Per un commento alla sentenza si v. C. Di Seri, *L'Autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*, in *GdA*, VIII-IX, 2013, 835. In particolare, l'A. mette in evidenza un importante corollario affermato dalla stessa Corte, in base al quale il principio di leale collaborazione "*attiene ai rapporti tra Governo, o Ministeri, e Regioni e non riguarda, invece, le Autorità indipendenti, tra cui rientra anche quella istituita dal decreto legge impugnato, chiamate ad operare in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*"; si v. anche A. Cardone, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi "automatismi" a danno dell'autonomia?* (nota a Corte Cost., sent., 41 del 2013), in www.forumcostituzionale.it; Si v. anche F. Benelli, *Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del*

nella parte in cui si attribuiscono competenze all'ART in materia di trasporto pubblico locale.

In particolare, secondo quanto affermato dalla Corte, l'ART si colloca nel sistema di regolazione indipendente dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. n. 481/1995, dunque, risulta specificamente deputata a realizzare un mercato concorrenziale nei servizi di trasporto²⁷⁴.

Le disposizioni impugnate dalla Regione Veneto, pur avendo attinenza con la materia del trasporto pubblico locale, di competenza delle Regioni, afferiscono principalmente alla materia trasversale della tutela della concorrenza che, come noto, appartiene alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi di quanto previsto dall'art. 117, co. 2, lett. e) della Costituzione.

Proprio nella funzione istituzionale dell'ART, volta alla liberalizzazione dei servizi di mobilità in tutti i comparti del trasporto, e nella potenzialità espansiva della materia della concorrenza, tale da intersecare qualsiasi potestà regionale, sono stati individuati i crismi di legittimità dell'art. 37 d.l. n. 201/2011.

Oltretutto, la stessa Corte ha riconosciuto come la disciplina istitutiva dell'ART possa riconoscersi legittima per l'adozione del principio di tutela della concorrenza in modo proporzionale, adeguato e congruo rispetto agli obiettivi ed alle finalità perseguite.

Ad avviso della Consulta le funzioni conferite all'ART, “*non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano*” (cfr. Corte Cost., sent. n. 41/2013, cit.).

Si ribadisce una posizione già espressa dalla Corte con una precedente

principio di leale collaborazione, in *Le Regioni*, 2012, 623 ss., in commento a Corte Cost., n. 35/2012. Siffatta impostazione si fonda su una lettura “integralista” del carattere di indipendenza e neutralità delle *authorities*, che esclude a priori qualsiasi tipo o forma di collaborazione, salvo la partecipazione procedimentale. Siffatta impostazione sconta tuttavia un difetto, infatti prescinde dall'osservanza del canone della leale collaborazione a danno del principio dell'autonomia territoriale costituzionalmente garantito, che non può essere garantito nemmeno dagli istituti della partecipazione procedimentale.

274 Compito ritenuto estremamente difficile dalla stessa Corte Costituzionale, che fa notare come il settore dei trasporti presenti una forte resistenza all'ingresso degli operatori privati, a causa di alcune peculiarità, già evidenziate nell'ambito dei precedenti capitoli, ben riassunte dalla stessa Suprema Corte nella presenza di elevati costi, nella necessità di assicurare il servizio anche in tratte non remunerative e nella consolidata presenza di soggetti pubblici, tanto nella gestione delle reti, quanto nell'offerta dei servizi, come elementi in grado di consolidare posizioni dominanti a discapito della tutela e della promozione della concorrenza, funzionale alla effettiva liberalizzazione del settore.

pronuncia, secondo cui “*il legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale*” (cfr. Corte Cost., sent. n. 200/2012).

L'ART, dunque, detta una cornice di regolazione economica all'interno della quale il Governo, le Regioni e gli enti locali possono sviluppare le loro politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito²⁷⁵.

Quella che ne discende, dunque, è una relazione di continenza, funzionale a rimuovere quegli ostacoli alla libera concorrenza che hanno caratterizzato per anni il trasporto pubblico locale.

Siffatta ripartizione, operando in termini generali, incontra tuttavia un inconveniente dal punto di vista concreto.

Non risolve infatti definitivamente le problematiche specifiche di attribuzione che possono presentarsi nella realtà fattuale, tanto che la stessa Autorità, già nel 2013, aveva sollevato la questione, con richiesta di chiarimenti al Parlamento, in merito alle c.d. aree grigie, per evitare “*il rischio che la articolazione delle attribuzioni tra più soggetti [...] dia luogo a sovrapposizioni di funzioni o crei, di fatto, distorsioni dei principi enunciati*” nella pronuncia costituzionale sopra richiamata²⁷⁶.

Sul punto, al fine di chiarire l'assetto normativo riferibile alle situazioni “dubbe”, si è ipotizzata l'opportunità di stabilire forme di partecipazione qualificata da parte delle Regioni, *i.e.* forme di audizioni dedicate a

275 L'ART, nell'esercizio delle proprie funzioni di regolazione, ha esclusivamente il compito di stabilire i criteri ed i parametri, senza sostituirsi alle amministrazioni per la definizione della disciplina di dettaglio. Senza alcuna interferenza, dunque, sui contenuti e sugli scopi. Resta dunque impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati; così come per le gare, l'ART non si sostituisce alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle gare e delle concessioni; così come per i criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici, restano ferme le competenze delle amministrazioni locali su ogni decisione in ordine alla loro composizione o alle modalità di scelta dei suoi componenti. Trattandosi di competenze afferenti alla materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza regionale. In merito si v. ART, Delibera n. 49/2015, *Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento*, in www.autorita-trasporti.it, di cui *infra*.

276 In questi termini si è espresso il Presidente dell'Autorità nel corso dell'audizione dell'8 ottobre 2013, *Audizione informale del Collegio dell'Autorità dinanzi alle Commissioni riunite del Senato della Repubblica (VIII) e della Camera dei Deputati (IX)*, in www.astrid-online.it.

carattere sia periodico, sia puntuale, in relazione a specifici provvedimenti; oppure ancora c'è chi ha pensato di istituire agenzie regionali, in grado di garantire esigenze di decentramento sul territorio di alcune funzioni dell'autorità indipendente, garantendosi così il rispetto del principio di sussidiarietà verticale²⁷⁷.

D'altra parte, nella maggior parte dei Paesi europei la competenza è in mano alle Regioni, che risultano responsabilizzate rispetto ai cittadini nella definizione delle politiche più efficaci ed efficienti in materia di trasporto pubblico locale.

La logica dell'avvicinamento delle competenze agli enti territoriali prossimi ai cittadini non deve tuttavia andare a detrimento delle esigenze di integrazione territoriale e di recupero di produttività ed efficienza a fini tariffari, che devono interessare il servizio di trasporto pubblico locale.

Il tentativo di perseguire tali scopi si è realizzato attraverso la creazione degli ambiti territoriali ottimali, generalmente di dimensione non inferiore a quella provinciale, a cui vengono attribuite le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica (ivi compreso il trasporto pubblico locale), di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e del relativo controllo (art. 3bis, co. 1bis, d.l. n. 138/2011).

Gli ATO per un verso corrispondono ad ambiti territoriali in grado di rappresentare bacini ottimali d'utenza, e dall'altro, per essere tali, rispondono contemporaneamente anche all'efficienza ed alla riduzione dei costi (economicità), insita nel relativo sistema tariffario, a favore dell'utente²⁷⁸.

277 Siffatta ipotesi ha trovato una sua esplicitazione con i CO.RE.COM, ovvero i Comitati regionali per le comunicazioni, che rappresentano un esempio di decentramento regionale dell'AGCOM. Per approfondimenti in merito all'attività dei CO.RE.COM. si v. il sito dell'autorità www.agcom.it.

278 Per approfondimenti in merito si v. M. Passalacqua, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, cit., 5 ss. ed in particolare 18, che sintetizza l'obiettivo della creazione degli ATO nella funzione di ottimizzare il rapporto tra costi e risultati. La stessa A. rileva inoltre come non sia possibile sostenere una effettiva corrispondenza tra la regolazione amministrativa in ambiti ottimali e la sua qualificazione come strumento volto alla tutela della concorrenza, risultando preferibile ritenere che: “*la regolazione dell'ambito non concerne la concorrenza in senso proprio, trattandosi piuttosto di una regolazione economica avente ad oggetto la conformazione di attività verso l'efficienza, ottenuta tramite economie di scala, cioè attraverso la promozione di processi produttivi connotati da costi medi di produzione resi più bassi grazie alla dilatazione dell'estensione territoriale dell'erogazione*”. Occorre poi tenere distinti gli ambiti di gestione operativa dei servizi dai bacini di programmazione: siffatta distinzione è stata spesso trascurata dalle Regioni nell'attuazione dell'art. 3bis del d.l. n. 138/2011. Ciò ha determinato inevitabilmente l'emergere di alcune criticità, derivanti dal fatto che

Costituendo gli stessi la modalità consueta e generale di organizzazione e di gestione del servizio di trasporto pubblico locale, diventa inevitabile considerare la loro relazione con l'Autorità di regolazione dei trasporti. Con una facilitazione nella decodificazione del loro rapporto con l'Autorità, data dal fatto che agli stessi partecipano obbligatoriamente gli enti locali, ai sensi di quanto disposto dalla sopra menzionata disciplina. Per tale ragione, anche in tale caso, si potrebbe ipotizzare una relazione di continenza, che tuttavia non risulta in grado di risolvere le problematiche di carattere pratico che possono ravvisarsi caso per caso²⁷⁹.

Le stesse considerazioni possono valere anche per gli altri enti delegati all'esercizio di funzioni in materia di trasporto pubblico locale, partecipati anch'essi dagli enti locali, come le Agenzie locali per la mobilità, a cui generalmente viene affidato il compito di attuare le decisioni degli enti che li costituiscono (Province e Comuni) anche nei rapporti con le società di gestione dei servizi di trasporto pubblico locale²⁸⁰.

Premesso che i raccordi procedurali tra i vari livelli di governo risultano estremamente necessari per la corretta ed adeguata pianificazione dei

non si è superata la logica di pianificare i servizi basandosi sull'offerta storica e bypassando le logiche di economicità per confermare un'impostazione ancora legata ai confini amministrativi. Si v. AGCM, *IC47 Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 65.

279 Una esemplificazione del rapporto di continenza si rinviene nella stessa Nota di lettura contenuta nell'all. A, alla Del. n. 26 del 12 marzo 2015, contenente lo *Schema di atto di regolazione recante misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici*, in www.autorita-trasporti.it, nell'ambito della quale si precisa che: "Resta ferma la facoltà di Regioni e Enti locali di introdurre norme più dettagliate o aggiuntive, purchè compatibili con le presenti misure".

280 Alcuni enti di governo esercitano le proprie competenze condividendo alcuni compiti con altri organismi (consorzi, comitati, conferenze permanenti, osservatori), talvolta demandandone alcuni direttamente agli enti locali. Il ricorso alle Agenzie per la mobilità è frequente, ma varia molto l'ampiezza dei compiti ad esse assegnati, che a volte sono gestionali o esecutivi; in alcuni casi l'Agenzia svolge la funzione di stazione appaltante, meno frequente, invece, si occupa della fase della programmazione. In alcune Regioni ha funzioni di supporto tecnico. A titolo esemplificativo si riporta la soluzione individuata dalla Regione Emilia-Romagna, che ha deciso di articolare il servizio di trasporto pubblico locale autofiloviario (TPL) su nove bacini provinciali coincidenti di fatto con le province della Regione, e riguardanti sia il servizio bus in ambito urbano nelle città principali, sia il servizio in ambito extraurbano. In tutti i bacini provinciali dell'Emilia-Romagna operano le Agenzie locali per la mobilità. Si segnala in merito la legge regionale n. 10/2008 che, nel tentativo di razionalizzare il sistema organizzativo tramite uno snellimento delle Agenzie, allo scopo di semplificare i processi decisionali, ha portato alla costituzione di nuovi soggetti che gestiscono il servizio in Regione, per approfondimenti si v. www.mobilita.regione.emilia-romagna.it. Di particolare interesse, in quanto siglato al fine di rendere perseguibili gli obiettivi di mobilità sostenibile ed integrata, idonei a consentire lo sviluppo civile, economico e la coesione sociale nel territorio dell'Emilia Romagna è il *Patto per il trasporto pubblico regionale e locale in Emilia-Romagna per il triennio 2018-2020*, concluso tra la Regione, le Province in essa ricomprese, la Città metropolitana di Bologna, alcuni principali Comuni, le Agenzie locali per la mobilità, alcune Associazioni degli Enti locali, le società di gestione dei servizi di trasporto pubblico, alcune associazioni di imprese, alcune confederazioni sindacali, alcuni sindacati dei trasporti regionali ed il Comitato degli Utenti del servizio ferroviario regionale, disponibile sul sito www.mobilita.regione.emilia-romagna.it.

servizi di trasporto pubblico locale, anche con riferimento a questi soggetti dovrebbero ipotizzarsi forme di partecipazione e di consultazione dedicate e/o a carattere periodico, al fine di definire in via preventiva un quadro regolatorio coerente ed uniforme, in grado di trovare un'applicazione concreta priva di incertezze ed attenta alle peculiarità proprie di ogni singolo territorio.

Anche in questo caso, dunque, non si potrà prescindere da un raccordo tra i vari soggetti improntato ai principi di trasparenza, partecipazione e confronto argomentativo anche sotto il profilo economico-operativo.

IV. L'ART e le autorità indipendenti: il rapporto con l'AGCM. Individuazione delle macro-aree di intervento: l'attività di tutela e promozione della concorrenza.

Uno dei rapporti più complessi riguarda, come già anticipato, l'interferenza tra l'Autorità di regolazione dei trasporti e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Rispetto alle autorità di vigilanza e garanzia, l'esigenza di tenere conto di diversi obiettivi di politica pubblica (concorrenza, competitività, sviluppo sostenibile, aspetti sociali), nel breve/lungo periodo da parte di un'autorità di regolazione, si pone in modo inevitabilmente più complesso.

Per tale ragione, occorre fin da subito adottare una prospettiva di tipo sistematico, in grado di evidenziare quali siano le principali aree di interferenza tra le due autorità, così da poter individuare, se possibile, le modalità idonee ad assicurare il buon funzionamento del sistema evitando duplicazioni di interventi e contrasti.

L'interferenza risulta di immediata evidenza anche solo ove si guardi alle dichiarazioni esplicite della disciplina istitutiva dell'ART, che la vedrebbe collocata, appunto, sotto al capo “*concorrenza*”²⁸¹.

Il rapporto ART-AGCM risulta riconducibile a due macro-aree di intervento.

La prima attinente all'attività di promozione e tutela della concorrenza ed

281 Come già ricordato, l'ART, pur presentando compiti relativi alla concorrenza, è titolare, essenzialmente, di compiti propri del potere di regolazione, che non si esauriscono in mere declamazioni, ma sono specificati ed assistiti da un apparato sanzionatorio. Sulla tecnica legislativa “per declamazioni”, si v. N. Irti, *La solitudine del giurista*, in *Il salvagente della forma*, Bari, 2007.

è riconducibile al già affrontato tema della complessa relazione tra regolazione e concorrenza; la seconda, riguardante invece l'attività in materia di tutela del passeggero e/o consumatore, risulta riferibile a tre principali nodi problematici, (i) il tema delle pratiche commerciali scorrette, (ii) la rilevanza delle clausole vessatorie e (iii) il tema dei c.d. *consumer rights* nei contratti di trasporto²⁸².

Con riferimento alla prima macro-area, basti qui osservare, come già anticipato, che le differenti finalità, i diversi strumenti, nonché il diverso momento di intervento delle due autorità basterebbero ad impedire una sovrapposizione tra regolazione e garanzia della concorrenza.

Mentre l'AGCM si servirebbe di nozioni economiche per eliminare le barriere all'ingresso del mercato dei trasporti, intervenendo con un approccio caso per caso a verificare *ex post* l'eventuale illiceità di comportamenti che possano generare effetti anticoncorrenziali; diversamente, invece, l'ART, si servirebbe di strumenti che tengono conto non solo dei precetti economici, ma anche di condizionamenti di origine sociale e politica non solo per eliminare le barriere all'ingresso del mercato dei trasporti, ma anche per determinare la qualità, i prezzi ed i modi di erogazione dei servizi di trasporto, privilegiando un'azione sistematica ed omogenea, di intervento *ex ante*, per la definizione di un quadro di regole generali nell'ottica di favorire una concorrenza per il mercato.

Sulla scorta di ciò può affermarsi, come verificatosi nell'ambito della giurisprudenza europea e nazionale²⁸³, che le due autorità siano destinate ad operare in modo complementare.

Tuttavia, come ben noto, la realtà concreta rende talvolta difficile una precisa demarcazione tra le due funzioni.

Per tale ragione, il rapporto di complementarità tra l'ART e l'AGCM, necessita di un confronto dialettico preventivo e costante, nel rispetto delle reciproche attribuzioni, così da prevenire sovrapposizioni contrastanti l'una con l'altra.

282 Si v. S. Perugini, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, cit., 95 ss.

283 Cfr. *ex multis* CGUE, 14 ottobre 2010, causa C-280/08, *Deutsche Telekom c. Commissione*, in cui viene ribadito che le norme previste dall'Unione in materia di concorrenza “*completano [...] per effetto di un esercizio di controllo ex post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione ex ante dei mercati*”. Cfr. Cons. St., 10 marzo 2006, n. 1271, in www.giustizia-amministrativa.it.

Uno dei principali ambiti di sovrapposizione di competenze si verifica, in particolare, in relazione al divieto dell'abuso di posizione dominante che, insieme al divieto di intese restrittive della concorrenza ed al sistema di controllo preventivo delle concentrazioni, costituisce il fulcro del diritto *antitrust* nazionale, il cui *public enforcement* risulta affidato all'AGCM²⁸⁴. La sovrapposizione con le competenze dell'ART mostra tuttavia una non piena coincidenza: la regolazione, infatti, a differenza della disciplina *antitrust*, mira – come anticipato – non solo a “tutelare”, ma anche a “promuovere” la concorrenza.

Per tale ragione, i confini di intervento dell'ART sono potenzialmente più ampi di quelli dell'applicazione delle regole *antitrust*: comparando ad esempio la disciplina dell'abuso della posizione dominante (sia essa di carattere escludente o di sfruttamento²⁸⁵) e la regolazione degli obblighi di accesso si è notato che quest'ultima può andare ben oltre la tutela del processo concorrenziale, per promuovere attivamente la concorrenza in un mercato liberalizzato.

All'ART, infatti, sono stati affidati i compiti di: a) intervenire sulle

284 Le disposizioni che vietano le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante sono anche direttamente applicabili, senza l'intervento di un'autorità amministrativa, nelle controversie tra privati davanti a giudici nazionali, c.d. *private enforcement*. I casi di intervento dell'AGCM nel settore dei trasporti sulla base del divieto di abuso di posizione dominante sono stati numerosi, a volte chiaramente in funzione di supplenza a fronte di un'adeguata regolazione, in particolare con riferimento alle condizioni di accesso alle infrastrutture. Meno frequente, invece, è stato l'intervento dell'AGCM non riferito alle fattispecie riguardanti l'applicazione di prezzi eccessivamente gravosi. Le giustificazioni a tale mancato intervento sono rinvenute nel fatto che il diretto controllo dei prezzi e delle condizioni commerciali non può essere il compito prevalente della politica di concorrenza, pertanto, risulterebbe eccessivamente gravoso, per un'autorità che non sia di regolazione, intervenire per porre rimedio a prezzi “eccessivi”, così G. Bruzzone, *Rapporti tra l'ART e altre autorità indipendenti di vigilanza e garanzia*, in ART, *Rapporto dell'Advisory board 2015, Istituzioni e regolamento dei trasporti: temi di riflessione*, cit., 51.

285 La disciplina *antitrust* vieta alle imprese che detengono una posizione dominante, sia i comportamenti che escludono abusivamente i concorrenti dal mercato, c.d. abusi escludenti, sia lo sfruttamento del potere di mercato tramite l'applicazione di prezzi o di altre condizioni ingiustificatamente gravosi, c.d. abusi di sfruttamento. Si definisce poi posizione dominante quella che consegue ad una impresa che detiene un elevato e durevole potere di mercato. I criteri per determinare quando il comportamento di un'impresa dominante è abusivo sono stati progressivamente delineati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel tentativo di assicurare una sufficiente prevedibilità nell'applicazione di una disciplina basata su nozioni generali ed astratte, quali ad esempio il divieto di comportamento abusivo, la limitazione della produzione a danno dei consumatori, l'applicazione di condizioni diverse a prestazioni equivalenti tale da determinare un ingiustificato svantaggio concorrenziale. Si considerano escludenti i comportamenti che ostacolano una concorrenza effettiva precludendo il mercato ai concorrenti, producendo un effettivo e dimostrabile danno concorrenziale. Un esempio di condotta abusiva escludente si verifica ad esempio nel rifiuto da parte dell'impresa in posizione dominante di concedere l'accesso ad una infrastruttura che risulta indispensabile per operare nel mercato in cui il concorrente compete con l'impresa dominante, senza che vengano fornite giustificazioni oggettive al rifiuto di contrarre, eliminando così la possibilità di una concorrenza effettiva nel mercato. Si configura poi come abuso di sfruttamento il c.d. *margin squeeze*, ossia la condotta dell'impresa dominante che aumenta il prezzo di accesso ad un input o che riduce il prezzo della propria offerta nel mercato a valle rendendo non profittevole per un'impresa altrettanto efficiente permanere nel mercato.

condizioni di accesso alle infrastrutture, incentivando la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per gli utenti (art. 37, co. 2, lett. a), h), i), d.l. n. 201/2011); b) dettare criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e, se necessario per garantire la concorrenza imporre la separazione contabile e societaria (art. 37, co. 3, lett. b) d.l. n. 201/2011); c) definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza, i criteri per la fissazione delle tariffe da parte dei soggetti competenti, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per gli utenti.

Siffatti poteri di regolazione proconcorrenziale devono comunque essere esercitati nel rispetto di specifici criteri, *in primis* quello di proporzionalità, oltre ai criteri guida della concorrenza, dell'efficienza produttiva delle gestioni, del contenimento dei costi per gli utenti e dell'equilibrio economico delle imprese regolate.

In ragione di ciò, risulta chiaro come, seppure nei suddetti limiti alla discrezionalità tecnica, l'ART possa svolgere un ruolo non solo complementare, ma anche di azione preventiva, in materia di accesso alle infrastrutture, trasparenza e controllo delle condizioni economiche applicate dalle imprese, rispetto all'applicazione del diritto *antitrust*, che invece dovrebbe essere considerato come soluzione di ultima istanza²⁸⁶.

In tale modo, infatti, si eviterebbero contrasti e duplicazioni di interventi, idonei ad generare inefficienze ed incertezza giuridica.

Senza escludere dunque un intervento da parte di ciascuna autorità, nell'esercizio dei poteri ad ognuna assegnati dall'ordinamento, risulta auspicabile, al fine di assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa, un coordinamento delle azioni.

Nel tentativo di approntare un'azione sinergica e coerente tra le due autorità è stato stipulato un protocollo d'intesa in base al quale, con riferimento ai procedimenti di *enforcement*, l'*antitrust* chiede il parere dell'ART, così come quest'ultima, si premura di richiedere a sua volta, nei propri procedimenti, un parere all'AGCM, avviando anche indagini di tipo

286 Si v. in merito N. Petit, *The proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: a Source of Jurisdictional Confusion?*, 2004, in www.coleurope.eu.

congiunto, così da condividere i patrimoni informativi, le competenze proprie dei componenti di entrambe le autorità e le conseguenti analisi e proposte di intervento.

Il protocollo stipulato nell'agosto 2014 tra ART e AGCM²⁸⁷, con cui si richiama il principio di leale collaborazione, prevede infatti espressamente quanto segue.

Lo scambio di informazioni su ipotesi di possibile interesse istituzionale dell'Autorità destinataria; la possibilità per l'AGCM di rendere pareri ed effettuare segnalazioni rispetto all'attività dell'Autorità di regolazione e viceversa; il coordinamento degli interventi; le indagini conoscitive su specifici problemi; la possibilità di svolgere congiuntamente indagini che possono essere utilizzate anche per valutare quali siano le modalità più appropriate per porre rimedio alle eventuali criticità e quale sia l'autorità più idonea ad intervenire.

Tale modo di procedere è stato efficacemente configurato sotto la categoria di “regolazione geneticamente modificata”, ovvero quella forma di ibridazione della regolazione che, al fine di contemperare le esigenze di tutela della concorrenza con quelle di regolazione, sfrutta gli strumenti di entrambe le discipline²⁸⁸, prevenendo eventuali sovrapposizioni e contribuendo alla migliore formulazione di indirizzi generali di *policy* per il settore dei trasporti²⁸⁹.

Naturalmente, l'efficacia di siffatte prassi potrà essere valutata solo a posteriori, dopo anni di relazione costante e condivisa tra le due autorità.

Trattasi di un'operazione che non può dunque svolgersi allo stato attuale, anche in ragione della relativamente recente attivazione da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti che, pur potendo godere delle esperienze e dei meccanismi già “testati” da parte delle altre autorità

287 Cfr. Protocollo d'intesa tra l'Autorità di regolazione dei trasporti e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 27 agosto 2014, in www.agcm.it, nell'ambito del quale si riconosce che l'ART e l'AGCM esercitano funzioni tra loro complementari, in ciò perseguendo interessi convergenti nello sviluppo e mantenimento di adeguati livelli di concorrenza nei mercati e la tutela dei consumatori, e che la suddetta convergenza di interessi, pur nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza delle rispettive funzioni, determina l'opportunità di instaurare rapporti di cooperazione per coordinare e rendere più efficace e incisiva l'esecuzione dei rispettivi mandati istituzionali.

288 Per approfondimenti si rimanda al capitolo IV, nonché a F. Di Porto, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. ital. Dir. pubb. Comunitario*, 2006, 951 ss.

289 Si v. M. Giacchetti Fantini, *Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione*, in www.federalismi.it, 7 maggio 2014, n. 6/2014.

indipendenti, si trova ad operare in un settore peculiare e con un'estensione del perimetro di regolazione che non trova precedenti in Europa, se non nell'ambito di alcuni Stati membri (Finlandia, Belgio, Danimarca, Svezia), caratterizzati evidentemente da specificità non riscontrabili nell'ordinamento nazionale.

V. *Segue. L'ART e l'AGCM: l'attività di tutela della concorrenza.*

Meno complessa deve sicuramente considerarsi l'interferenza tra le due autorità laddove si considerino gli ambiti di intervento del diritto *antitrust* nazionale ed europeo non coperti dalla regolazione.

Ciò avviene per il controllo *ex post* delle intese tra operatori, sia per il controllo *ex ante* di operazioni di concentrazione, entrambi volti ad evitare forme di integrazione idonee ad ingenerare una significativa restrizione della concorrenza sul mercato.

In tali ipotesi il compito di tutela della concorrenza spetta soltanto all'AGCM, così come nei casi in cui l'operatore dominante ponga in essere accordi di esclusiva, sconti e condotte *tying e bundling*²⁹⁰.

Anche nell'esercizio del potere di *advocacy*, attribuito sia all'AGCM (artt. 21, 22 e 24 l. n. 287/1990), che all'ART, non sembrano verificarsi particolari problemi di sovrapposizione delle competenze, dato che, come autorevolmente rilevato, da un lato, i poteri di *advocacy* sono strettamente connessi agli interessi pubblici a cui è preposta la singola autorità, per cui nel caso dell'AGCM, questi sarebbero diretti alla semplice rimozione delle restrizioni ingiustificate della concorrenza, mentre nel caso dell'ART le osservazioni dovrebbero riguardare il modo migliore di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la tutela degli utenti; dall'altro lato, poi, i poteri di *advocacy*, per definizione, riguardano ambiti in cui il potere decisionale

290 Il *tying* o vendita abbinata si riferisce di solito a situazioni in cui i clienti che acquistano un prodotto (il prodotto principale) devono acquistare anche un altro prodotto dall'impresa dominante (il prodotto abbinato). La vendita abbinata può avvenire su base tecnica o contrattuale. Il *bundling* o vendita aggregata si riferisce solitamente al modo in cui i prodotti vengono offerti dall'impresa dominante e al modo in cui essa ne fissa il prezzo: i prodotti sono disponibili anche separatamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo aggregato. Per approfondimenti in merito, si v. C. Scognamiglio Pasini, *Economia industriale. Economia dei mercati imperfetti*, Roma, 2006. Si v. anche, M. D. Whinston, *Tying, foreclosure, and Exclusion*, in *The American Economic Review*, 837 ss.; B. Nalebuff, *Bundling as an Entry Barrier*, in *The Quarterly journal of economics*, Vol.119 (2004), 159 ss.

spetta ad un'altra istituzione, quindi, anche un duplice intervento di segnalazione da parte di due autorità distinte, sotto diversi profili, non potrebbe fare altro che arricchire il patrimonio informativo del soggetto a cui spetta la decisione²⁹¹.

VI. L'ART e l'AGCM: la seconda macro-area. La tutela del consumatore/passeggero: focus in materia di tutela dei diritti dei passeggeri via autobus (Reg. UE n. 181/2011).

Con riferimento alla seconda macro-area²⁹², i nodi problematici che emergono dall'interazione tra l'attività di *enforcement* svolta dall'ART e dall'AGCM sono, come in precedenza ricordato, principalmente tre.

Occorre innanzitutto premettere che la stessa Unione Europea si è preoccupata di fornire una disciplina relativa ai diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario (Reg. CE 1371/2007²⁹³), nel trasporto su autobus (Reg. UE n. 181/2011) e via mare (Reg. UE n. 1177/2010²⁹⁴).

L'ART è responsabile dell'accertamento delle violazioni delle disposizioni

291 Si v. G. Bruzzone, *Rapporti tra l'ART e altre autorità indipendenti di vigilanza e garanzia*, cit., 55. A mio avviso meno condivisibile è l'interrogativo sottoposto dalla medesima A., relativo all'opportunità dell'attribuzione, in capo all'ART, in analogia a quanto riconosciuto in capo all'AGCM, del potere di agire in giudizio, avanti al giudice amministrativo, contro atti amministrativi individuali o generali in violazione della normativa della tutela della concorrenza (ex art. 21bis l. n. 287/1990). Oggi l'ART può soltanto sollecitare l'AGCM ad intervenire in tal senso, potendo farsi promotrice di un'azione di legittimità solo ai sensi dell'art. 37, co. 2, lett. m e n d.l. n. 201/2011, avanti al TAR Lazio, per provvedimenti comunali relativo al servizio taxi. A mio avviso può considerarsi positiva tale differenziazione nell'attribuzione della legittimazione attiva, tale da evitare l'avverarsi di una dispendiosa e probabile duplicazione di giudizi. L'unico inconveniente di siffatta impostazione risiede probabilmente nel fatto che, mentre l'AGCM può agire nei confronti di atti dell'ART, non può accadere il contrario. Ciò può essere comunque ritenuta un'inevitabile conseguenza della natura generalista dell'autorità *antitrust*, impegnata a garantire la tutela della concorrenza in tutti i settori, dovendosi invece considerare la natura prettamente settoriale dell'autorità di regolazione dei trasporti.

292 Il riconoscimento dei diritti dei passeggeri nel solco della tutela europea dei diritti dei consumatori viene esplicitato nella comunicazione della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio, dal titolo *Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013*, COM (2007)99, in cui si afferma l'impegno a portare i consumatori al centro delle altre politiche europee, compresa quella dei trasporti. Si parla, infatti, di diritti di terza generazione, che hanno trovato un preciso riferimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cfr. art. 21 sulla non discriminazione; art. 26 sull'inserimento dei disabili; art. 38 sulla protezione dei consumatori. Il riconoscimento di tali diritti avviene anche a livello dei Trattati, si v. artt. 18 e 91 TFUE.

293 Il regolamento CE n. 1371/2007 prevede una serie di obblighi a carico delle imprese ferroviarie, dei gestori delle infrastrutture ferroviarie e dei venditori dei biglietti, che possono in estrema sintesi distinguersi in due gruppi di norme: da un lato, le disposizioni che prevedono obblighi informativi; dall'altro le disposizioni che prevedono obblighi di *facere*, si v. per approfondimenti in merito P. Occhiuzzi, *La tutela del passeggero*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, cit., 51 ss.

294 Il regolamento UE n. 1177/2010 relativo al trasporto via mare ripropone i diritti minimi dei passeggeri alla non discriminazione sulle condizioni di trasporto offerte dai vettori; all'assistenza per le persone con disabilità o a mobilità ridotta; a un'adeguata compensazione in caso di cancellazione o ritardo; a ottenere un quadro di informazioni minime; a ricorrere ad un sistema di reclami tempestivo ed efficiente, si v. per approfondimenti P. Occhiuzzi, *La tutela del passeggero*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, cit., 55 ss.

dei suddetti regolamenti e delle irrogazioni delle sanzioni previste rispettivamente in base ai d.lgs. n. 70/2014, n. 169/2014 e n. 129/2015²⁹⁵. In particolare, per quanto interessa ai fini della presente ricerca, il trasporto collettivo di persone con autobus è stato l'ultimo, dopo quello aereo, ferroviario e via mare, a ricevere uno specifico regolamento per i diritti dei passeggeri.

Con riferimento ai viaggiatori con autobus, si è preso atto della più forte vulnerabilità degli utenti che tipicamente si rivolgono a questo servizio, in quanto spesso appartenenti a categorie a basso reddito, oltre al panorama normativo tendenzialmente frastagliato a livello nazionale, demandato spesso ai soli impegni assunti su base volontaria da parte degli operatori di settore nei confronti dei propri clienti.

Il regolamento UE n. 181/2011 ha fatto proprie le esigenze di uniformazione della disciplina e prescrive in capo ai vettori ed agli enti di gestione delle autostazioni sia obblighi informativi (in caso di cancellazione o ritardo, cfr. art. 20), sia obblighi di *facere*, come la previsione di itinerari alternativi o di rimborso del prezzo (cfr. art. 19) in caso di cancellazione del servizio o di ritardo e la previsione di obblighi di risarcimento ed assistenza in caso di incidente (cfr. artt. 7 e 8).

Negli ultimi anni il mercato internazionale europeo del trasporto con autobus, infatti, è diventato protagonista di un'evoluzione: nel quadro dei trasporti di passeggeri su strada, oltre alla tradizionale offerta del trasporto pubblico locale su gomma, si è dato avvio, già con i regolamenti CEE n. 684/1992 e CE n. 12/1998, poi fusi nel regolamento CE n. 1073/2009, alla liberalizzazione del trasporto internazionale con autobus, che ha costituito la spinta per l'insorgere nel settore di fenomeni commerciali e sociali

295 La competenza affidata all'ART è dunque allo stato circoscritta al trasporto ferroviario, su autobus e via mare, restando di competenza dell'ENAC, ovvero dell'Ente nazionale per l'aviazione civile, la vigilanza sul rispetto del Reg. CE n. 261/2004, che disciplina i diritti dei passeggeri del trasporto aereo. Per un'analisi dell'andamento dei reclami e delle segnalazioni in ingresso per il trasporto con autobus, si v. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, in www.autorita-trasporti.it, 73 ss. Come emerge dai dati, è lo stesso ambito di applicazione della normativa europea a limitare la possibilità di un intervento dell'autorità in molte delle fattispecie segnalate, in quanto riguardanti servizi di trasporto di distanza inferiore ai 250 km. Altre significative limitazioni sono dovute all'assenza, in relazione a tale tipologia di trasporto, di ipotesi di indennizzo in caso di ritardo all'arrivo. Per un aggiornamento dei dati, si v. anche quanto riportato nell'ambito del *Sesto rapporto annuale al Parlamento*, 25 giugno 2019, con cui si conferma un *trend* di procedimenti sanzionatori esigui (nel periodo oggetto del sesto rapporto annuale: 2018-2019, risultano essere 3 i procedimenti sanzionatori avviati), per le ragioni anzidette.

nuovi, di apertura del mercato e di suo riordino²⁹⁶.

L'ampliamento e la ristrutturazione dell'offerta di trasporto via autobus ed una sua innovazione, con l'impiego di mezzi sempre più efficienti, a basso impatto ambientale e ricchi di servizi a bordo, con l'affermarsi anche di nuove strategie commerciali e di *marketing*, che hanno portato ad un abbassamento dei prezzi, lasciano presagire un incremento importante del flusso internazionale di passeggeri ed una maggiore attrattività di questo mezzo di trasporto, con conseguente incidenza sulle altre modalità e tipologie di trasporto²⁹⁷.

Il regolamento n. 181/2011, nel codificare i diritti dei passeggeri che viaggiano su autobus, ha cercato di tenere in considerazione il suddetto contesto, al fine di evitare situazioni di esigibilità troppo importanti per le piccole e medie imprese normalmente operanti nel settore, che comporterebbero una diminuzione della tutela dei diritti del passeggero.

Il regolamento n. 181/2011 opera una distinzione tra servizi a lunga percorrenza (tratte pari o superiori a 250 km) e servizi a breve percorrenza (inferiori a 250 km).

Analoga distinzione caratterizza i poteri di vigilanza e sanzionatori attribuiti all'ART dal d.lgs. n. 164/2014²⁹⁸.

296 Il riferimento è chiaramente rivolto al fenomeno FlixBus, che si configura come una piattaforma di gestione dei viaggi internazionali e nazionali a lungo raggio in autobus e funge da catalizzatore delle imprese di trasporto locali, garantendo peraltro tariffe molto competitive che hanno introdotto per la prima volta nel mondo degli autobus la categoria low cost. Si v. in merito A. Capello, *La tutela dei passeggeri di autobus a cinque anni dall'entrata in vigore del Reg. UE n. 181/2011*, in *Dir. trasp.*, 2018, 413 ss., che paragona FlixBus all'Amazon dei trasporti di persone: una piattaforma di *e-commerce* che si avvale dei mezzi di imprese terze dello Stato in cui risiede definendo le tratte e i collegamenti, offrendo servizi di prenotazione on line e fissando lo standard qualitativo en di comfort dei mezzi.

297 Con una tendenza differente da quella evidenziata da Van de Velde, nel suo *Long distance coach services in Europe* (2009), secondo cui, mentre il settore ferroviario o quello aereo attraggono molta più attenzione mediatica o politica, i servizi autobus di lunga distanza tendono ad avere meno visibilità, per il minor peso delle loro infrastrutture e degli investimenti da esse richiesti. Con riferimento alla situazione del trasporto collettivo italiano nelle aree urbane, a parte il ruolo significativo della mobilità individuale, si segnala l'importanza dell'autobus che, con una quota del 65% (a fronte del 34% francese, del 36% tedesco e del 50% di media UE) mantiene un ruolo primario nella mobilità collettiva italiana. Il parco veicoli circolanti in Italia sconta poi un'età media più elevata rispetto agli altri Paesi, con rilevanti costi di manutenzione ed inefficienze di servizio ed ambientali, si v. A. Cappelli, C. Carminucci, P. Costa, I. Meloni, M. Ponti, C. Ricoszi, P. Spirito, *Cambiamenti nella struttura della domanda e dell'offerta*, in *Innovazioni tecnologiche e governo della mobilità*, Rapporto Sipotra, 2018, Ravenna, 2018, 92 ss.

298 Per approfondimenti circa l'applicazione del Regolamento a livello nazionale, si v. ART, *Relazione ai sensi dell'art. 29 del Regolamento (UE) n. 181/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus*, in www.autorita-trasporti.it. Le prime delibere emesse in Italia dall'ART, a fronte di reclami di passeggeri, vertono per la quasi totalità su violazioni degli articoli 25 e 27, ovvero con riguardo alle informazioni sui diritti dei passeggeri e sulla trasmissione dei reclami. Per quanto riguarda le modalità di gestione del reclamo il regolamento europeo non specifica alcun criterio. In Italia trova applicazione la norma uni 10600 sulla presentazione e gestione dei reclami rientranti nell'ambito di

Il regolamento si applica integralmente solo ai servizi regolari, la cui qualificazione deriva da percorso, frequenza e fermate determinati, la cui distanza è pari o superiore a 250 km.

Ai servizi che coprono distanze inferiori (art. 4, § 2; art. 9; art. 10 § 1; art. 16 §1, lett. b e § 2; artt. da 24 a 28), nonché ai servizi occasionali (capo I, capo II e art. 17 §3), invece, si applica un numero limitato di disposizioni²⁹⁹.

Sembra oltretutto da accogliere l'impostazione con cui si ritiene applicabile il regolamento anche ai servizi di trasporto di persone su strada interni, ossia svolti entro il confine degli Stati membri, purchè si mantenga la caratteristica precipua del regolamento, quale norma destinata ai collegamenti di media e lunga distanza (turistici *in primis* ed eventualmente interurbani).

Questo non solo per la struttura stessa della disciplina europea, ma anche per le esigenze di maggiore tutela che deriverebbero dai potenziali rischi risultanti dalla percorrenza di tratte di viaggio più estese³⁰⁰.

Dovendosi invece considerare esclusi dall'applicazione della disciplina europea i servizi di trasporto pubblico locale urbano, dato che questi continuano ad essere disciplinati dalle norme sul trasporto pubblico locale³⁰¹.

Siffatta esclusione, tuttavia, non impedisce l'applicazione di analoghe

applicazione della Carta della mobilità. Per approfondimenti sulla Carta della mobilità e le sue caratteristiche si v. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, Milano, 2007, 525. Si v. anche l'indagine conoscitiva avviata dall'ART con delibera n. 130/2016 dell'8 novembre 2016, avente ad oggetto l'analisi dei profili regolatori inerenti il segmento dei servizi di trasporto via autobus a media e a lunga distanza, in www.autorita-trasporti.it. Si v. anche a livello europeo la relazione della Commissione europea, *Relazione sull'applicazione del Regolamento (UE) n. 181/2011 relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004*, che ha evidenziato come fattori critici l'assenza di stazioni autobus adeguate nei vari Stati membri, una carenza infrastrutturale che rappresenta uno degli ostacoli più significativi allo sviluppo del trasporto con autobus e la mancanza nel regolamento di requisiti di accessibilità per autobus e stazioni. Con riferimento all'applicazione delle sanzioni ex d.lgs. n. 169/2014, si v. le *Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'autorità di regolazione dei trasporti*, adottate dall'ART con la delibera n. 49/2017, in www.autorita-trasporti.it.

299 In ogni caso, la Commissione europea ha chiarito che le disposizioni del regolamento si devono applicare anche ai passeggeri che utilizzano il servizio che copre 250 km o più per una distanza inferiore, quindi usufruendo di fermate intermedie, si v. COM(2016)619 final, *Relazione sull'applicazione del Regolamento (UE) n. 181/2011 relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004*, 12, nota 30.

300 Cfr. COM(2008) 817, § 2, *Ambito di applicazione*.

301 Di diverso avviso si v. A. Claroni, *La tutela del passeggero nel trasporto effettuato con autobus nell'ambito del reg. (UE) n. 181/2011 del 16 febbraio 2011*, in *Dir. trasp.*, 2011, 524, il quale rileva l'inadeguatezza delle disposizioni del regolamento relative al trasporto di disabili e persone a mobilità ridotta nell'uso quotidiano dell'autobus.

misure di tutela da inserire nei contratti di affidamento del servizio.

La stessa ART, allo scopo di sensibilizzare gli attori del settore al rispetto degli obblighi e dei diritti di cui al Regolamento (UE) 181/2011, ha proceduto, nell'esame dei singoli reclami ricevuti, spesso riguardanti ipotesi escluse dall'ambito di applicazione della normativa europea in ragione delle distanze coperte dai servizi di trasporto, a richiedere d'ufficio alle imprese operatrici dei riscontri sull'applicazione delle tutele previste dalla normativa europea in materia di informazioni sui diritti dei passeggeri e di trattamento di eventuali reclami.

Ciò ha consentito di riscontrare a valle un miglioramento dei sistemi di trattamento dei reclami e del contenuto delle condizioni generali di trasporto³⁰².

VII. Segue. Il divieto di pratiche commerciali scorrette.

L'AGCM risulta titolare di un'ampia serie di competenze in applicazione del Codice del consumo (pratiche commerciali scorrette; tutela amministrativa rispetto alle clausole vessatorie; diritti dei consumatori nei contratti): trattasi di un'autorità amministrativa con competenza orizzontale, a tutela dei consumatori sia nel nostro ordinamento, sia anche nei rapporti con le istituzioni europee.

Anche all'ART, tuttavia, sono stati attribuiti alcuni compiti specifici, limitatamente al settore dei trasporti, che possono essere ricondotti nella sfera della tutela del consumatore/passeggero.

In particolare, all'ART risulta attribuito il compito di indicare i criteri per la fissazione delle tariffe, di definire le condizioni minime di qualità dei servizi connotati da obblighi di servizio pubblico, di definire il contenuto minimo dei diritti (anche di natura risarcitoria), che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi.

Oltretutto, l'ART si occupa anche di valutare i reclami, le istanze e le segnalazioni presentate da utenti e consumatori, singoli e associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio soggetto a regolazione.

302 Cfr. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, cit., 75 ss.

L'ART, inoltre, si fa promotrice di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti ed utenti³⁰³. Chiarite le attribuzioni dell'ART, sembra opportuno prendere in esame le disposizioni della direttiva 2005/29/CE, che ha introdotto il divieto di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto³⁰⁴.

La slealtà delle pratiche commerciali si determina in base alla contrarietà alla diligenza professionale, nonché alla falsità o idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio, in relazione al prodotto.

L'articolazione delle pratiche commerciali sleali riguarda le pratiche ingannevoli e aggressive sulla base della loro valenza decettiva o estorsiva³⁰⁵.

La normativa europea ha un ambito di applicazione trasversale, in quanto investe tutte le pratiche commerciali sleali a prescindere dal settore economico nel quale il professionista si trova ad agire e dall'oggetto del contratto.

Trattasi dunque di una direttiva dal carattere orizzontale, ovvero che investe tutte le pratiche commerciali, in grado di disciplinare l'atto del consumo nel suo aspetto dinamico (“*prima, durante e dopo una operazione commerciale*”), recepita dal titolo III del Codice del consumo (d.lgs. n. 146/2007), agli articoli da 18 a 27, che hanno imposto il divieto di pratiche commerciali scorrette³⁰⁶ poste in essere da un professionista,

303 In merito si segnala la direttiva 2013/11/UE, recepita in Italia con il d.lgs. n. 130/2015, che fissa requisiti armonizzati di qualità per gli organismi e le procedure di ADR (*alternative dispute resolution*) volte alla risoluzione di controversie concernenti obbligazioni derivanti da contratti di vendita o di servizio tra professionisti e consumatori. Trattasi di un ambito in cui l'ART può attivarsi, essendo stato attribuito al potere delle autorità settoriali che istituiscono procedure di ADR il compito di gestione e vigilanza degli elenchi degli organismi ADR afferenti al loro settore.

304 Direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in Gazzetta ufficiale UE L 149 dell'11/6/2005, 0022-0039.

305 Per approfondimenti in merito si v. P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, il diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Milano, 2007.

306 Il termine “scorrette” è stato utilizzato al posto del termine “sleali” per evitare sovrapposizioni con la disciplina della concorrenza sleale prevista dal Codice civile e rimessa alla competenza del giudice ordinario.

contrarie alla diligenza professionale, nonché idonee a falsare il comportamento del consumatore medio.

Viene attribuito all'AGCM il potere di avviare, anche d'ufficio ed indipendentemente da una segnalazione della parte interessata, procedimenti di repressione delle pratiche commerciali scorrette (art. 27 d.lgs. n. 146/2007), attribuendo dunque all'*antitrust* un ruolo centrale in materia di tutela dei consumatori³⁰⁷.

E così, nel caso in cui le imprese che operano nel settore del trasporto ferroviario, su autobus o via mare, disattendano gli obblighi informativi imposti dai Regolamenti europei, le stesse potranno incorrere in una duplice violazione, sanzionata sia secondo le norme dei suddetti regolamenti da parte dell'ART, sia secondo le norme del codice del consumo da parte dell'AGCM.

Pur aumentando le tutele per il consumatore, quello che ne emerge è un quadro complicato, che impone all'interprete di valutare la relazione tra le due normative e tra le due azioni: sul punto sono stati differenti e molteplici gli interventi giurisprudenziali e dottrinali emersi³⁰⁸, tanto che il legislatore

307 Per approfondimenti in merito al ruolo centrale svolto dall'AGCM in materia di tutela del consumatore, con conseguente ampliamento dei poteri dell'Autorità in sede di istruttoria si v. L. Lorenzoni, *Il riparto di competenze tra autorità indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. It. Antitrust*, 1/2015, 83 ss. Oltretutto, per un'accurata disamina dei nuovi poteri dell'AGCM introdotti in materia di pratiche commerciali scorrette, si v. M. Siragusa, F. Caronna, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, 2010, in *www.agcm.it*. La direttiva aveva lasciato agli Stati membri un'ampia discrezionalità in relazione alla scelta dell'autorità a cui affidare i poteri di *enforcement*. La scelta di attribuire i poteri repressivi delle pratiche commerciali scorrette all'AGCM viene ritenuta conforme con l'idea di una complementarietà tra la disciplina della tutela della concorrenza e quella della tutela dei consumatori. Per le origini risalenti dell'attribuzione della duplice funzione di tutela dei consumatori e della concorrenza ad un'unica autorità si v. L. Lorenzoni, *Il riparto di competenze tra autorità indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 94 ss., che ricorda l'esempio della Federal Trade Commission (FTC) statunitense, istituita nel 1914, quale primo e più importante esempio di autorità indipendente a tutela della concorrenza, a cui viene attribuita la missione istituzionale di prevenire le pratiche commerciali anticoncorrenziali, ingannevoli o scorrette per i consumatori. Per approfondimento sulla storia dell'istituzione della FTC, si v. W. Stull Holt, *Federal trade commission – Its history, activities*, New York, 1922.

308 La giurisprudenza ha delineato nel tempo due modelli tra loro diametralmente opposti: in una prima fase, il rapporto tra le discipline è stato declinato in termini di parallelismo e complementarietà, prevedendosi, dunque, la comminazione di due distinte sanzioni (cfr. TAR Lazio, sent. 19 maggio 2010, n. 11321, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Siffatto orientamento è stato in un secondo momento modificato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze dell'11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 14, 15 e 16, con le quali si è sancita la prevalenza della disciplina settoriale, rispetto agli articoli 18 e ss. del codice del consumo, ove questa contenga norme complete ed esaustive sulla tutela del consumatore, in grado di coprire tutte le fattispecie di pratiche commerciali scorrette mediante il rinvio a clausole generali di correttezza e trasparenza, dovendosi considerare dunque residuale l'intervento dell'AGCM. Per approfondimenti in merito si v. P. Fusaro, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it.*, 2013, n. 7/2013; L. Torchia, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e disciplina di settore*, in *GdA*, 2012, n. 10, 953 ss.; A. Candido, *Il conflitto tra Antitrust e regolazione nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, 6, 1175 ss.; L. Lorenzoni, *Il riparto di competenze tra autorità indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali*

ha deciso di intervenire espressamente “componendo” la relazione tra le due normative, con l'introduzione, all'art. 27, co.1*bis* del codice del consumo³⁰⁹, della previsione della competenza esclusiva in capo all'AGCM di tutte le attività di *enforcement* rispetto alle condotte che danno luogo ad una pratica commerciale scorretta, comprese quelle che integrano al contempo la violazione di una norma di settore.

Conseguentemente, le situazioni che si possono verificare sulla scorta della nuova disciplina introdotta, sono principalmente tre.

Se la condotta viola il codice di consumo e la regolazione di settore, sussiste una competenza esclusiva dell'AGCM che dovrà richiedere il preventivo parere obbligatorio non vincolante all'ART.

Nell'applicazione da parte dell'AGCM della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, infatti, il rispetto della regolazione di settore può comunque rilevare ai fini della valutazione del rispetto della diligenza professionale.

La nuova norma, infatti, non intende arginare l'operato delle Autorità di settore, ma piuttosto assegnare loro un ruolo, di carattere consultivo, rispetto alla valutazione della pratica effettuata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che sarà l'unica a sanzionare l'operato del gestore colpevole di aver posto in essere una pratica commerciale scorretta.

Se la condotta viola solo la regolazione di settore, naturalmente, l'unica ad intervenire, invece, sarà l'ART.

scorrette, cit., 107 ss.

309 Cfr. art. 1, co. 6, d.lgs. n. 21/2014, ha integrato l'art. 27 d.lgs. 146/2007. Al fine di fronteggiare la procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea (n. 2013/2169), dopo una prima nota inviata nel novembre 2012 nella quale venivano espresse perplessità riguardo al corretto recepimento ed alla corretta applicazione della direttiva 2005/29/CE, ricevuta una formale lettera di costituzione in mora “*relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati*” il Governo ha introdotto una nuova disposizione ad hoc relativa alle pratiche commerciali scorrette. Contestualmente è stata prevista l'abrogazione dell'art. 23, co. 12*quinquiesdecies*, d.l. n. 95/2012 che, dopo le pronunce dell'A.P., aveva definito l'assetto delle competenze, stabilendo le competenze dell'AGCM ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette con la sola esclusione di quelle “poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente ad aspetti regolati”. L'art. 27, co. 1*bis*, cod. cons. così recita: «*Anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta*». Si v. anche S. Perugini, I “nuovi” strumenti di intervento dell'AGCM, in *Corr. Giur.*, 2014, 44 ss.

Potrebbe anche verificarsi il caso in cui ai sensi dell'art. 27, co. 1bis del cod. cons. (“*ferma restando la regolazione vigente*”) ed a quanto disposto dall'art. 19, co.3, cod. cons. (in base al quale, nella valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale, le regole settoriali, con riferimento ai soli specifici aspetti regolati, prevalgono sulla disciplina generale qualora si pongano in contrasto con essa e posseggano rango comunitario) una pratica commerciale scorretta sia ritenuta insussistente qualora la disciplina settoriale che ritiene ammissibile il comportamento posto in essere posseda rango comunitario e disciplini in modo più puntuale e specifico un dato aspetto della pratica.

Al fine di instaurare anche sotto questo profilo un rapporto collaborativo e dinamico tra le due autorità competenti è stato siglato, nel 2014, il sopra menzionato protocollo d'intesa, tra ART e AGCM, così da regolare i reciproci interventi in materia di tutela del consumatore.

Per valorizzare appieno il ruolo dei protocolli si ritiene auspicabile un impegno formale, da parte delle autorità, a rendere conto periodicamente dei risultati ottenuti attraverso il loro coordinamento, in termini di duplicazioni di intervento evitate e di risoluzione consensuale dei potenziali contrasti 310.

VIII. L'ART e l'AGCM: le clausole vessatorie.

Con riguardo alle clausole vessatorie inserite nei contratti tra professionisti e consumatori³¹¹, occorre fin da ora premettere che l'interazione tra l'ART e l'AGCM non si pone in termini di sovrapposizione, ma di vera e propria complementarietà e sequenzialità.

Posto che all'AGCM sono attribuiti solo poteri di controllo amministrativo, non assistiti da poteri inibitori, sanzionatori e cautelari.

La competenza alla repressione di eventuali clausole vessatorie inserite nei contratti di trasporto via mare, via autobus e ferroviari resterebbe di

310 Si v. G. Bruzzone, *Rapporti tra l'ART e le altre autorità indipendenti di vigilanza e garanzia*, cit., 57.

311 In generale sulla disciplina sostanziale delle clausole vessatorie e sulla tutela privatistica sia consentito il rimando a V. Roppo, G. Napolitano, *Clausole abusive (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1994; AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, Napoli, 1996; E. Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999; F. Caringella, G. De Marzo (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2007.

competenza esclusivamente dell'ART, che potrebbe servirsi della declaratoria di vessatorietà pronunciata dall'autorità *antitrust*, ai sensi di quanto disposto dall'art. 37bis, co. 1, 2 e 3 cod. consumo, per reprimere eventuali condotte sfuggite al suo controllo³¹².

Oltretutto, essendo espressamente sancito nell'ambito dei Regolamenti sui diritti dei passeggeri il divieto per le imprese di limitare o escludere gli obblighi nei confronti dei consumatori ivi stabiliti mediante l'introduzione di clausole derogatorie o restrittive del contratto di trasporto³¹³, ne discende che qualora le imprese inseriscano nel regolamento contrattuale del trasporto norme contrastanti con il suddetto indirizzo, queste risulterebbero nulle per violazione di norma imperativa, senza che dunque sia necessario accertarne la vessatorietà.

IX. L'ART e l'AGCM: i diritti dei consumatori.

La direttiva 2011/83/UE c.d. *consumer rights*³¹⁴ e le relative norme di recepimento contenute agli articoli 46 e seguenti del codice del consumatore³¹⁵ non trovano applicazione nei contratti di trasporto

312 La tutela di cui all'art. 37bis del codice del consumo si realizza mediante due diverse forme di controllo amministrativo: il primo tipo di intervento ha carattere dissuasivo, ovvero "successivo prescrittivo" (cfr. E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2012, 563 ss.) prevede che l'Autorità accerti *ex post* la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti di massa e standardizzati con i consumatori, previo parere da parte delle associazioni dei consumatori, le Camere di Commercio interessate o loro unioni (commi 1 e 2), senza che questo accertamento sia assistito da alcun potere di diffida, sanzionatorio o cautelare, con la conseguenza che, ove esercitato, non inciderebbe sulla validità delle clausole, producendo un effetto che secondo alcuni è stato definito di tipo esclusivamente divulgativo ed informativo, assolvendo ad una funzione di tipo reputazionale (si v. in merito A. Mirone, *Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37-bis cod.cons.*, in *AIDA*, 2012, 296); il secondo tipo di intervento ha carattere informativo, prevedendo un controllo *ex ante*, definito come "preventivo consultivo" (cfr. E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, *cit.*), in base al quale l'Autorità può pronunciarsi sull'interpello proposto dalle imprese in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori (comma 3).

313 Cfr. art. 6 Reg. UE n. 181/2011, rubricato *Esclusione di deroghe*, con cui si prevede che: «*Gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti dal presente regolamento non sono soggetti a limitazioni o deroghe, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive nel contratto di trasporto. I vettori possono offrire ai passeggeri condizioni contrattuali più favorevoli di quelle sancite dal presente regolamento*».

314 Per approfondimenti in merito alla direttiva 2011/83/UE si v. S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 1007; G. De Cristofaro, *La Direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in D'Angelo Roppo (a cura di), *Annuario del Contratto*, Torino, 2011, 35.

315 La direttiva sui diritti dei consumatori è stata recepita in Italia mediante la modifica del codice del consumatore al capo I ora intitolato "*Dei diritti dei consumatori nei contratti*", titolo III, rubricato "*Modalità contrattuali*" della parte III del codice, dedicata al "*Rapporto di consumo*". Per approfondimenti si v. S. Perugini, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giust. Civ. Com.*, 21 maggio 2014, 13; Id., *Il nuovo codice del consumo: novità definitorie, ambito di applicazione ed esclusioni*, *Speciale decreto consumatori*,

passenger ferroviario, via autobus e via mare, salvo alcune disposizione espresse, che non trovano equivalenti nell'ambito dei regolamenti europei di tutela dei passeggeri ferroviari, via autobus e via mare³¹⁶.

Trattasi, in particolare, degli obblighi informativi che riguardano il contratto di trasporto passeggeri concluso mediante mezzi elettronici, che incidono sulla fase del primo contatto sociale e/o precontrattuale, dovendo essere assolti “*direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine*” (art. 51, co. 2, d.lgs. 146/2007)³¹⁷; nonché degli obblighi in merito alle modalità di acquisizione del consenso del consumatore rispetto a servizi per i quali è richiesto un costo supplementare (artt. 62 e 65 d.lgs. n. 146/2007).

Risulta pertanto impossibile che in tale area si verifichino ipotesi di sovrapposizione di competenze tra l'AGCM e l'ART.

Ove queste si verificassero, tuttavia, dovrebbe farsi ricorso a quanto disposto dall'art. 46, co. 2, del codice del consumo, ossia a quella disposizione che considera recessiva la disciplina generale europea in materia di diritti dei consumatori (ex artt. 45 ss. cod. cons.) ove questa si ponga in conflitto con una disposizione di un atto dell'Unione che disciplina settori specifici.

Siffatta ipotesi risolutiva, tuttavia, potrebbe incorrere nelle medesime incertezze interpretative che hanno caratterizzato l'art. 19, co. 3 del codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette, contenente un'analoga formulazione.

Senza ripercorrere, infatti, il dibattito giurisprudenziale che si è incentrato intorno al termine “*conflict*” tra disciplina settoriale e disciplina generale (cfr. art. 3, co. 4 Dir. 2005/29/CE), potrebbero verificarsi, anche in tali ipotesi, dei contrasti interpretativi relativi all'applicazione del principio di specialità e del divieto del *ne bis in idem* nel caso in cui si dovesse procedere alla punizione della medesima condotta contraria alla tutela dei diritti dei consumatori disciplinata sia dai Regolamenti europei, che dalla

in *Il quot. giur.*, 13 maggio 2014.

316 Cfr. art. 47, lett. *m*), cod. cons., secondo il quale: «*le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non si applicano ai contratti di servizi di trasporto passeggeri, fatti salvi l'art. 51, comma 2, e gli articoli 62 e 65*».

317 Gli obblighi informativi richiesti dal Reg. n. 181/2011, per quanto qui interessa, riguardano infatti tutti i contratti, anche quelli diversi dai contratti a distanza e devono essere assolti a fronte di una richiesta del consumatore, prima del viaggio, oppure dopo che il contratto è stato concluso (come, ad esempio, le informazioni che devono essere contenute nel titolo di trasporto o quelle che devono essere veicolate durante il viaggio).

direttiva in esame.

X. La composizione del rapporto ART-AGCM: considerazioni conclusive.

Dall'analisi delle molteplici relazioni che possono intercorrere tra l'ART e l'AGCM sia nella macro-area riguardante la tutela e la promozione della concorrenza, sia nella macro-area relativa alla tutela del consumatore/passeggero, possono trarsi le seguenti conclusioni.

Innanzitutto, la lettura del rapporto non può prescindere dalla *ratio* sottesa alle discipline istitutive e che regolano l'azione delle due autorità, dovendosi in ogni caso individuare una soluzione interpretativa che risulti coerente con l'obiettivo primario, consistente nella necessità di assicurare una tutela piena della concorrenza, delle esigenze di regolazione e di tutela del consumatore/passeggero nel mercato interno.

Il perseguimento di tali obiettivi richiede inevitabilmente un quadro normativo certo, omogeneo e non frammentario, che sia in grado, attraverso una lettura volta al rispetto del canone della “complementarietà”, di colmare qualsiasi lacuna o contraddizione apparente di norme.

Per tale ragione, risulta a mio avviso più che condivisibile la soluzione adottata dall'AGCM e dell'ART, con cui si prevede un dialogo costante e collaborativo, attraverso l'adozione di protocolli d'intesa e l'avvio di indagini congiunte.

Trattasi infatti di una soluzione “a costo zero”, se non di carattere meramente organizzativo, in grado di assicurare al massimo grado l'obiettivo primario generale dell'AGCM e settoriale dell'ART.

Siffatta impostazione, tuttavia, sconta necessariamente un difetto, ovvero quello di rendere meno tempestiva l'azione delle due autorità, che, oltre a doversi confrontare con fattispecie piuttosto complesse, devono anche procedere in modo congiunto spesso con prassi e tempistiche non allineate. Per tale ragione, si rafforza quell'idea di convergenza delle competenze che prevederebbe se non l'istituzione di un unico ente con più competenze, almeno di un unico *corpus* normativo omogeneo per l'azione di entrambe le autorità competenti.

XI. La vigilanza sui contratti pubblici: l'intreccio di competenze tra ART ed ANAC.

Entrambe le autorità, ANAC e ART, esercitano compiti in materia di vigilanza sui contratti pubblici.

L'ANAC (inserire nota sull'istituzione dell'ANAC, in sostituzione dell'AVCP, approfondimenti sulla figura dell'ANAC)³¹⁸, soprattutto dopo il recepimento delle normative europee (Dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), ha conosciuto un rafforzamento delle competenze, prima attribuite all'AVCP, in materia di vigilanza, con riguardo all'osservanza dei principi di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 50/2016, anche rispetto alla fase di esecuzione della prestazione, nel perseguimento dell'obiettivo principale di promuovere l'efficienza, sostenere lo sviluppo delle *best practices* e facilitare lo scambio di informazioni tra le stazioni appaltanti, potendo servirsi di un'ampia serie di strumenti, di controllo, cautelari, di deterrenza e sanzionatori, di raccomandazione e di regolamentazione flessibile (cfr. linee guida).

Anche all'ART, poi, sono stati attribuiti specifici poteri in materia di contratti pubblici.

In particolare, l'autorità di regolazione è tenuta a definire gli schemi tipo dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati, nonché a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.

L'ART, poi, ha specifici poteri di verifica rispetto al contenuto dei bandi per il trasporto ferroviario regionale, deve definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o alla costruzione di autostrade e gli schemi di bandi di gara per le nuove concessioni autostradali.

Sussiste infine un potere dell'ART a proporre all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio, dei contratti di

318 Per approfondimenti si v. N. Longobardi, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Giustamm*, anno XV, giugno 2016, in www.giustamm.it; Id., *L'autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.igitalia.it; S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, n. 1/2017, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it.

programma e di ogni altro atto assimilabile, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento (c.d. potere sanzionatorio “di proposta”).

Proprio in ragione di tali compiti specifici, quella che può verificarsi, anche in questo ambito, è una sovrapposizione delle competenze tra le due autorità, che dovrebbe essere guidata dal principio di specialità.

Così come si è inteso di considerare “residuale” l'intervento dell'AGCM in materia di tutela della concorrenza, anche nel settore dei contratti pubblici si dovrebbe prediligere l'azione dell'autorità settoriale, soprattutto per ciò che concerne la predisposizione dei bandi tipo e degli schemi di convenzione.

In tali ipotesi, infatti, dovrebbe prevalere la conoscenza del settore e la competenza specifica settoriale-technica dell'autorità di regolazione rispetto alla competenza generalista dell'ANAC.

Diversamente, invece, potrebbe affermarsi con riguardo alle proposte di sospensione, decadenza e revoca degli atti di concessione, dovendosi in tali casi fare uso non solo delle competenze settoriali specifiche, ma anche della sensibilità propria dell'autorità preposta al controllo ed alla vigilanza dei contratti pubblici.

Per tale motivo, anche in questa area, si è promossa una modalità di azione coordinata e dialogante, che ha trovato la propria definizione nel protocollo d'intesa siglato a fine del 2014³¹⁹.

319 Cfr. Protocollo d'intesa tra l'Autorità di Regolazione dei Trasporti e l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in data 20 novembre 2014, in www.autorita-trasporti.it. In via esemplificativa, cfr. Delibera ANAC n. 925 del 7 settembre 2016, *Procedura di consultazione sullo schema di atto di regolazione recante “Definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento, ai sensi dell'art. 37, co. 3, lett. a), d.l. n. 201/2011 e dell'art. 37, co. 1, del d.l. n. 1/2012” - Richiesta di parere prot. n. 118638 del 5.8.2016*, in www.anticorruzione.it, pronunciata dall'autorità anticorruzione in esito alla richiesta di parere avanzata dall'ART ai sensi del Protocollo d'Intesa sopra citato.

8. Il trasporto pubblico locale: evoluzione normativa italiana ed europea. Il policentrismo normativo.

I. La definizione di trasporto pubblico locale come servizio pubblico: evoluzione della disciplina; II. La difficile apertura alla concorrenza: l'attuale assetto normativo in materia di trasporto pubblico locale ed alcune questioni interpretative; III. Segue. I tentativi di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali: il d.l. n. 50/2017.

I. La definizione di trasporto pubblico locale come servizio pubblico: evoluzione della disciplina.

Il settore del trasporto pubblico locale, quale comparto essenziale per la crescita e lo sviluppo di qualsiasi sistema economico, rientra nella più ampia categoria dei servizi pubblici essendo rivolto a garantire alla collettività, globalmente considerata, beni e servizi essenziali per ciascuno dei suoi membri³²⁰.

I servizi di trasporto pubblico locale appartengono infatti alla categoria dei SIEG (servizi di interesse economico generale) definiti come quella attività che la pubblica autorità ritiene necessarie per soddisfare specifiche contingenze, che possono mutare nel tempo e che costituiscono un asse portante del modello sociale europeo³²¹.

320 Cfr. *Secondo Rapporto Annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti*, Senato della Repubblica 15 luglio 2015, in www.autorita-trasporti.it, 72 e ss. nell'ambito del quale al trasporto pubblico locale e regionale viene riconosciuta una «fondamentale importanza per la vita economica, sociale e produttiva del Paese. La riduzione della congestione urbana provocata dal traffico automobilistico, la garanzia del diritto alla mobilità dei cittadini, la riduzione dei sinistri automobilistici e i conseguenti effetti positivi per l'economia, l'ambiente e, più in generale, lo sviluppo del Paese non possono prescindere da un buon livello di mobilità in ambito locale che può essere garantito potenziando e rendendo efficiente ed efficace il servizio di trasporto pubblico». Sul tema della nozione di servizio pubblico si v. per un quadro complessivo, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, 2588 ss.; G. Caia, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento della disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, (a cura di) E. Follieri, L. Iannotta, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 515 ss. Si v. anche A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 391, il quale delinea il trasporto pubblico locale come un servizio in cui l'ente locale richiede all'impresa di trasporti di fissare uniformemente il prezzo dei biglietti, indipendentemente dalle zone servite, e ad un livello molto inferiore a quello che eguaglia il costo marginale (totale), con ciò consentendo alla collettività tutta di usufruire del servizio di trasporto collettivo. L'eventuale conseguente disavanzo dell'impresa che gestisce il servizio è finanziato dall'ente locale medesimo con risorse che gli provengono dai contribuenti. Si v. anche Colacito, *Autolinee* (voce), in *Enc. Giur.*, IV, 1.

321 Con riferimento al perimetro fondamentale soggetto, derivante da un giudizio di valore e sostenuto da un punto di vista politico e sempre mutevole dei servizi pubblici e delle attività di interesse generale, si v. Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, cit., 50 ss.

Tuttavia, essi presentano alcune caratteristiche peculiari che impediscono di assimilarli in modo acritico a tale categoria.

Innanzitutto, rispetto agli altri SIEG il trasporto pubblico locale è l'unico che dispone di più beni sostituiti, rappresentati da altri servizi di mobilità pubblica collettiva (taxi, NCC, modalità innovative basate sull'utilizzo delle piattaforme digitali) e dal mezzo privato, che possono soddisfare, attraverso relazioni di sostituibilità intermodali, il medesimo fabbisogno.

Oltretutto, dato che la programmazione del trasporto pubblico locale nella sua componente di servizio universale è demandata alle Regioni, esso si caratterizza per una forte disomogeneità nel tipo di prestazione richiesta rispetto agli altri SIEG che generalmente conoscono una perimetrazione del servizio universale ad opera di autorità di regolazione centrali.

Non da ultimo, poi, rileva l'aspetto economico, riguardante le motivazioni poste a giustificazione dell'intervento pubblico.

Il trasporto pubblico locale, infatti, si presenta caratterizzato da un forte squilibrio economico strutturale, dovuto essenzialmente al mancato allineamento delle condizioni di fornitura (accessibilità e tariffazione) all'andamento commerciale dell'attività. Si tratta infatti di un servizio prioritariamente orientato a soddisfare le esigenze di mobilità dei cittadini e gli obiettivi di coesione territoriale, anche a scapito di significative diseconomie a carico dell'impresa di trasporto³²².

Contrariamente dunque a quanto accade per gli altri servizi a rete, nel settore del trasporto pubblico locale le ragioni dell'intervento pubblico non sono legate a fallimenti del mercato "tipici", quanto piuttosto ad esigenze di contenimento della spesa pubblica e di garanzia del diritto di mobilità agli utenti³²³.

Pur non perdendosi di vista la comune ontologia tra i trasporti pubblici

322 Si v. G. Corso, *La gestione dei servizi locali, fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 37; C. Ingratoci, *Il trasporto pubblico locale*, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, cit., 282 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 19, 53.

323 Con riguardo alla "fallacia" del *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni di ampliare al massimo il perimetro di servizio universale, inserendo nei contratti di servizio tutti i servizi possibili nel perseguimento delle finalità di contenimento della spesa pubblica e di garantire le esigenze di mobilità, si v. AGCM, IC47 *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in *www.agcm.it*, 71 ss., in cui si evidenzia come siffatto approccio abbia determinato rilevanti sperequazioni sia su base regionale che tra ceti sociali, dato che soprattutto nelle grandi città chi vive in periferia, non solo ha come unica alternativa il mezzo privato, ma si trova a sussidiare, partecipando alla fiscalità generale, i ceti più abbienti, che si muovono in centro dove sono più elevate la qualità e la densità delle reti di trasporto.

locali ed i servizi pubblici economici, risulta dunque inevitabile constatare come le peculiarità che caratterizzano in generale il mercato dei trasporti si siano riversate nel settore del trasporto pubblico locale, che per per anni ha conosciuto una dialettica di inclusione-esclusione nell'ambito della disciplina generale dei servizi pubblici economici³²⁴, determinando così l'impostazione di una «struttura a compartimenti stagni»³²⁵, in parte distinta ed autonoma rispetto a quella generale relativa agli altri servizi pubblici locali.

Il settore del trasporto pubblico locale, infatti, per espressa previsione dell'art. 113 d.lgs. n. 267/2000³²⁶, rimaneva sottratto dalla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Siffatta esclusione, abrogata dall'art. 23bis del d.l. n. 112/2008³²⁷, non ha comunque impedito di

324 M.A. Sandulli, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it.

325 M. Cammelli, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, Bologna, 2006, 81 ss.

326 Cfr. art. 1, co. 48, lett. a), l. n. 308/2004, che nel testo dell'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 ha inserito un nuovo comma *1bis*, secondo cui il settore del trasporto pubblico locale resta disciplinato dal solo d.lgs. n. 422/1997. L'estromissione del trasporto pubblico locale dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali deriva da un'evoluzione normativa "sofferta": diversi, infatti, sono stati gli interventi legislativi che ne prevedevano l'inclusione. In particolare, si v. l'art. 14 del d.l. n. 269/2003 (c.d. lodo Buttiglione), convertito nella l. n. 326/2003, ed ulteriormente modificato dall'art. 4 della l. n. 305/2005, che è andato a novellare completamente l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000. Il lodo Buttiglione, introducendo tre modalità alternative di gestione (a. tramite società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica; b. tramite società di capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato viene scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; c. tramite società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano), ha sostanzialmente limitato l'apertura alla concorrenza prevista dal decreto Burlando, poi confermata con la riforma del 2001 (art. 35 l. n. 448/2001) in materia di servizi pubblici locali. La restituzione agli enti locali di una più ampia possibilità di scelta tra i diversi moduli gestionali, di fatto, ha sostanzialmente offerto, nel mantenimento, in capo a soggetti controllati dagli enti locali, di ampi spazi di intervento nei mercati locali. Per il trasporto pubblico locale, infatti, si è passati da un'unica modalità fondata sulle gare ad evidenza pubblica, ad una gamma di tre sistemi, in cui il modello della società mista pubblico-privata e dell'affidamento *in house* hanno rappresentato un arretramento, facendo prevalere una logica protezionistica del mercato e del capitale locali. Plateali sono stati gli episodi di revoca delle gare già bandite, con conseguente sviluppo del contenzioso amministrativo, si v. in merito C. Cambini, *Le gare per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale in Italia, Il Rapporto*, Politecnico di Torino e Hermes, 2005, in www.hermesricerche.it. Successivamente all'introduzione del co. *1bis* nell'ambito dell'art. 113 d.lgs. n. 267/2000, si ricorda anche il d.d.l. n. 772/2006 (c.d. Lanzillotta), che, delegando al Governo il riordino dei servizi pubblici locali, prevedeva tra i principi ed i criteri direttivi a cui il legislatore delegato avrebbe dovuto fare riferimento, quello dell'armonizzazione della nuova disciplina con quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, tra i quali i trasporti. Per un approfondimento sul d.d.l. n. 772/2006, si v. S. Buzzoli, *Note sul DDL "Lanzillotta" sui servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it; C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, 141 ss. Nella dialettica tra inclusione-esclusione del trasporto pubblico locale nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici, non può farsi a meno di richiamare anche l'art. 23bis del d.l. n. 112/2008, di cui *infra*.

327 L'art. 23bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, introdotto con la l. di conversione n. 133 del 6 agosto 2008 ha abrogato parzialmente l'art. 113 del T.U.E.L., disciplinando l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in via ordinaria, mediante procedure

considerare il settore del trasporto pubblico locale come un comparto “a sè”, assoggettato al solo decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 (c.d. decreto Burlando)³²⁸, tuttora vigente, il quale si serve di due elementi – uno in positivo, l’altro in negativo – per definire il servizio stesso.

Secondo tale definizione il trasporto pubblico locale costituisce una *summa* dei sistemi di mobilità che compongono il mercato dei trasporti (ferroviario, autostradale, portuale, aeroportuale, marittimo, lagunare, fluviale e lacuale), i quali vengono resi in “*modo continuativo o periodico, con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell’ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale*”³²⁹ (elemento in positivo), dovendosi dagli stessi escludere tutti quei sistemi che, pur presentando una dimensione locale, rientrano tra i servizi classificati di interesse nazionale³³⁰ (elemento

competitive ad evidenza pubblica (comma 2) ed in deroga, nel rispetto della disciplina comunitaria, attraverso l’affidamento *in house* o a società mista. L’art. 23Bis disciplinava in modo onnicomprensivo i servizi pubblici locali di rilevanza economica e, prevalendo sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, si applicava anche al trasporto pubblico locale, con l’esclusione dei servizi di trasporto ferroviario regionale. Siffatto regime è stato oggetto di modifica con l’art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che ha esplicitato le fattispecie dell’affidamento *in house* e della società mista. Successivamente, nel 2011 il d.P.R. n. 113/2011, conseguente al *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno, ha posto nel nulla la disciplina contenuta nell’art. 23bis del d.l. n. 112/2008 (ed il regolamento di attuazione d.P.R. n. 168/2010). Successivamente, l’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, si preoccupava di adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare. Il suddetto art. 4, poi, è stato oggetto di abrogazione a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale con sent. n. 199/2012. Venuto meno il tentativo di definire una disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, all’interno della quale regolare anche il TPL, questo è tornato ad avere una sua specifica regolamentazione caratterizzata essenzialmente dal combinato disposto del d.lgs. n. 422/1997 e del recepimento del regolamento (CE)1370/2007. Si v. *infra*, per l’esame delle ulteriori disposizioni integrative del quadro normativo di riferimento. Per approfondimenti si v. J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 2, 155.

328 Sul d.lgs. n. 422/1997, si v. N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, 2265 ss. Prima del c.d. decreto Burlando i principali riferimenti per il settore del TPL traevano origine da leggi precedenti la seconda guerra mondiale, fra cui, il t.u. n. 1447 del 1912 ed il r.d. n. 2578 del 1925. Il primo passo per la riforma del settore si ebbe con il d.P.R. 5/1972, che trasferì alle Regioni le funzioni amministrative in materia di tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale, in precedenza rientranti nella normativa statale.

329 Cfr. art. 1, co. 2, d.lgs. n. 422/1997. Sul carattere di servizio pubblico dei trasporti di linea si v. in dottrina, M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1977, 197.

330 Cfr. art. 3 d.lgs. n. 422/1997, che indica tra i servizi classificati di interesse nazionale i servizi di trasporto aereo e marittimo che non si svolgono esclusivamente nell’ambito di una regione; i servizi di trasporto automobilistico a carattere internazionale e le linee interregionali che collegano più di due regioni; i servizi di trasporto ferroviario internazionale e nazionale di percorrenza medio-lunga caratterizzati da elevati *standards* qualitativi, definiti con decreto ministeriale; i servizi di collegamento via mare tra terminali ferroviari; i servizi di trasporto merci pericolose, nocive e inquinanti. Ovvero, tutte quelle attività che, anche svolgendosi in ambiti territoriali circoscritti, giustificano la conservazione di poteri statali per la particolare modalità del collegamento, per l’estensione delle linee o per la delicatezza degli interessi in gioco, di cui si vuole mantenere una valutazione unitaria. Il d.lgs. n. 422/1997 dava attuazione al Reg. CEE n. 1191/1969, il quale forniva una definizione degli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico, intesi come “gli obblighi che l’impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni”, comprendenti gli obblighi di esercizio, di trasporto e tariffario. Per approfondimenti si v. A.

in negativo).

Quando in Italia si parla di trasporto pubblico locale ci si riferisce essenzialmente al trasporto c.d. “su gomma” a servizio di bacini di traffico viaggiatori che normalmente non superano l'ambito provinciale o al massimo quello regionale³³¹.

Come anticipato, la disciplina normativa attualmente vigente, risalente al 1997 e parzialmente integrata dal successivo d.lgs. n. 400/1999³³² (nonché dalla successiva disciplina generale dei servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete, art. 3bis d.l. n. 138/2011³³³), ha avviato nel settore del trasporto pubblico locale un percorso di affermazione della “concorrenza per il mercato”³³⁴.

A seguito, infatti, del primo intervento riformatore del settore, risalente alla legge quadro n. 151 del 1981³³⁵ – il cui obiettivo principale di razionalizzazione della spesa pubblica attraverso la promozione della responsabilizzazione economica e gestionale delle aziende esercenti servizi di trasporto pubblico locale non è mai andato a buon fine³³⁶ –, il

Brown, *Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on C-410/04 ANAV v. Comune di Bari*, in *PPLR*, 2006, NA 217 ss.

331 In realtà, occorre precisare che il TPL comprende altre forme di trasporto locale, quali ad esempio le metropolitane o le tranvie (c.d. trasporto “su ferro”), ma dato che in Italia sono piuttosto rare, come quelle del trasporto “per via d'acqua”, proprie di specifiche aree geografiche (cfr. navigazione lagunare di Venezia).

332 D.lgs. 20 settembre 1999, n. 400, *Modifiche ed integrazioni al D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422, recante conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale*.

333 D.l. 13 agosto 2011, n. 138, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*.

334 In senso critico rispetto alla misura della “concorrenza per il mercato”, vista come concorrenza per il monopolio, ovvero come concorrenza parassitaria o fasulla, perché altro non sarebbe che un metodo artificiale per ovviare all'assenza di concorrenza all'interno del mercato, si v. F. Merusi, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 1 ss. Di diverso avviso coloro che hanno evidenziato come, in forza delle previsioni del decreto, il settore fosse stato liberalizzato, dato che gli operatori di mercato potevano porre in essere le attività corrispondenti al servizio di trasporto pubblico locale secondo la programmazione, si v. in merito M. Roli, A. Pericu, *Le forme di gestione del trasporto pubblico locale tra pubblico e privato: esperienze pratiche e impostazioni teoriche*, in *La città logistica*, a cura di E. Musso, C. Burlando e H. Ghiara, Bologna, 2006, 1 ss.

335 Sul regime anteriore al 1981, si precisa che il settore del TPL, come in generale quello dei servizi pubblici è stato disciplinato per oltre sessanta anni dal R.D. n. 2578/1925 *Testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province*, superato solo nel 1990 con l'entrata in vigore della l. n. 142/1990. Sul regime riguardante la l. 28 settembre 1939, n. 1822 *Disciplina degli autoservizi di linea (autolinee) per viaggiatori, bagagli e pacchi agricoli in regime di concessione all'industria privata*, si rinvia a U. Pototschnig, *Vicende e problemi delle concessioni in atto nella nuova organizzazione del trasporto pubblico*, in *Trasporti*, 1978; F. Ciullo, *Origini, sviluppo e trasformazione della concessione nel pubblico trasporto*, in *Trasporti*, 1978, 3, 22.

336 La norma prevedeva che le Regioni definissero un costo standardizzato del servizio con riferimento a criteri e parametri di rigorosa ed efficiente gestione, distinto per categorie e modi di trasporto e tenuto conto, attraverso analisi comparate, della qualità del servizio offerto e delle condizioni ambientali in cui esso viene svolto. La devoluzione al livello regionale della responsabilità di programmazione e finanziamento di tutti i servizi di trasporto pubblico locale si prefiggeva l'obiettivo di risolvere ed evitare il perpetuarsi della situazione di dissesto finanziario che caratterizzava larga parte delle imprese, pubbliche e private, esercenti servizi di trasporto pubblico

legislatore nazionale è intervenuto con un secondo intervento di riforma organica dell'organizzazione e gestione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale di linea, avveratosi con l'approvazione del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 (c.d. decreto Burlando)³³⁷, che ha rappresentato il primo tentativo di individuare una disciplina organica del settore, innovando profondamente i criteri per l'organizzazione dei servizi di TPL, con l'intento di introdurre logiche imprenditoriali e di efficienza nella gestione dei servizi, a partire da alcuni principi cardine ispirati al principio di separazione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione dei servizi. I pilastri della riforma, rappresentati dal principio dell'introduzione della gara per la selezione dell'operatore titolare della gestione del servizio di trasporto e dall'individuazione del "contratto di servizio"³³⁸ come

locale. L'attuazione della legge non consentì di pervenire all'obiettivo prefissato, principalmente per due ordini di ragioni: da un lato, in fase di elaborazione delle leggi regionali di attuazione della normativa nazionale, il concetto di "costo standard" non fu correttamente recepito (dato che vennero considerati perlopiù i costi preesistenti, rilevati da dati di contabilità e bilancio, piuttosto che i costi derivanti da una gestione rigorosa ed efficiente); dall'altro la quota maggioritaria dei servizi continuò ad essere svolta da aziende controllate dagli enti pubblici oppure affidata a privati in assenza di meccanismi concorrenziali, risultando così del tutto assenti meccanismi incentivanti l'efficienza e la qualità, si v. in merito A. Boitani, F. Ramella, con la collaborazione di G. Di Foggia, *Competizione e aggregazioni nel TPL*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2017, in www.anav.it. Con riferimento poi all'approfondimento dei meccanismi di finanziamento previsti dalla l. n. 151/1981 – in base alla quale sono le Regioni a stabilire le tariffe minime dei servizi urbani ed extraurbani in misura idonea a coprire i costi prefissati a livello statale, attingendo al Fondo Nazionale dei Trasporti nella misura decisa a livello ministeriale (Fondo poi eliminato con la l. n. 549/1995) –, si v. anche C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., 71 ss. Alle problematiche economico-finanziarie del settore si è associata poi una disciplina speciale dei rapporti di lavoro, discendente dal R.D. n. 148/1931 Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro con quelle sul trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tramvie e linee di navigazione interna in regime di concessione, per approfondimenti si v. T. Treu, M. Tiraboschi, *Modernizzazione del quadro legale in materia di disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito del trasporto pubblico locale*, in *Hermes Working Paper*, n. 4, 2002.

337

Sulla riforma del 1997, in attuazione della legge delega n. 59/1997, si v. in generale N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, (a cura di) S. Cassese, vol. II, Milano, 2000. Si v. anche L. Cicli, *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *GdA*, 1998, 3, 289; A. Claroni, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in *Il diritto del mercato del trasporto*, S. Zunarelli, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'Economia*, (diretto da) F. Galgano, Padova, 2008, 141 ss. L'A. segnala come la principale novità introdotta dal corpus di norme rappresentato dalla l. n. 59/1997 e dal d.lgs. n. 422/1997, "sia stata rappresentata dalla separazione funzionale tra le attività di indirizzo, programmazione e controllo del trasporto pubblico locale, individuate come di competenza delle regioni e degli enti locali, e le attività di gestione del suddetto servizio pubblico, affidate solo previo esperimento di apposita gara ad evidenza pubblica a soggetti capaci di rispondere ai requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti dal d.lgs. n. 422/1997".

338

Per un approfondimento sul contratto di servizio, si v. A.R. Tassone, *Il contratto di servizio*, in *Dir. Trasp.*, 1998, 613; A. Claroni, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, cit., 168 ss. Per le tipologie di contratto di servizio che trovano applicazione al settore del trasporto pubblico locale, si vedano il contratto *gross cost* (dove l'unico rischio del soggetto affidatario è quello industriale, ovvero connesso alla eventualità che i costi di esercizio eccedano quelli previsti) ed il contratto *net cost* (dove l'affidatario, oltre al rischio industriale, sopporta anche quello commerciale, relativo al potenziale rischio che i ricavi tariffari siano inferiori rispetto a quelli preventivati). Per approfondimenti in merito si v. De Donatis, *Le procedure di gara nel trasporto pubblico locale*, in *La riforma del trasporto pubblico locale* (a cura di) A. Claroni, Bologna, 2004, 153 ss.

strumento di regolazione del servizio stesso, ruotano attorno al processo di graduale apertura del mercato del trasporto pubblico locale e poggiano su un modello di concorrenza regolata³³⁹.

Il d.lgs. n. 422/1997 e la successiva riforma operata con il d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400³⁴⁰, pur non arrivando a liberalizzare il comparto, hanno imposto la privatizzazione degli operatori di settore ed hanno avviato un vasto processo di concorrenza per il mercato attraverso principalmente due soluzioni: l'obbligo di trasformare le aziende speciali ed i consorzi in società di capitali ovvero in cooperative a responsabilità limitata (con poteri sostitutivi al Sindaco e al Presidente della Provincia in caso di inerzia degli organismi aziendali o consortili, cfr. art. 18, co. 3, d.lgs. n. 422/1997); l'obbligo di ricorrere a procedure concorsuali per l'affidamento del servizio alla scadenza di un dato periodo transitorio³⁴¹.

L'obiettivo sotteso a queste misure era quello di superare il regime di monopolio pubblico esistente³⁴², favorendo così l'affermazione di logiche

339 La concorrenza regolata si distingue dalla *deregulation* del TPL. Per un confronto tra i risultati ottenuti passando alla semplice *deregulation* oppure alla concorrenza regolata, si v. A. Boitani, C. Cambini, *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, in *Eco. Pol. Ind.*, 2004, 93. La contrapposizione tra "concorrenza nel mercato", ovvero l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese, e la "concorrenza per il mercato", ovvero l'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante gara, a seguito della quale l'operatore esercita il servizio in regime di monopolio legale – quali misure ascrivibili alla tutela della concorrenza, come riconosciuto dalla stessa Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 2007, 4447 ss. - risale agli anni Sessanta. Per approfondimenti si v. H. Demesetz, *Why regulate utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968, 55 ss.

340 Il d.lgs. n. 400/1999 venne adottato per porre rimedio alle carenze del c.d. decreto Burlando, che presentava nella sua versione originaria alcuni elementi di debolezza, frutto di scelte di compromesso, che di fatto risultavano frenare la liberalizzazione del settore. La gara è stata posta come unica modalità di affidamento del servizio, estesa anche ai servizi ferroviari, e sono stati stabiliti termini certi sia per il periodo transitorio, sia per il processo di trasformazione in società delle aziende e dei consorzi.

341 Cfr. TAR Campania, 4 febbraio 2004, n. 4233, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1146, secondo cui "la disciplina di cui al D.lgs. n. 422/1997 ed alla legge regionale n. 3 del 28.3.2002 [...] fissa in maniera inderogabile l'osservanza della regola della pubblica selezione, imponendo che la scelta dei soggetti affidatari avvenga in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi"; cfr. TAR Molise Campobasso, sez. I, 19 luglio 2006, n. 631, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con riferimento al periodo transitorio, si v. Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 80, in *GdA*, 11/2006, 1203 ss. Secondo la Corte, la disposizione di cui all'art. 18, co. 3Bis del d.lgs. n. 422/1997 risulterebbe riconducibile all'ambito della competenza legislativa esclusiva statale in tema di "tutela della concorrenza", di cui alla lett. e) del secondo comma dell'art. 117 Cost. Pertanto, il legislatore regionale non può pretendere di modificare, anche solo in parte, tale disposizione, formulata in forma inderogabile. Risultano pertanto illegittime tutte le disposizioni regionali contenenti un periodo transitorio di durata superiore a quello previsto dal D.lgs. n. 422/1997.

342 M. Cammelli, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit. 93 ss., ricorda come il trasporto pubblico locale, da sempre afflitto da cronici deficit di redditività, abbia per lunghissimo tempo annoverato tra i suoi caratteri principali una diffusa presenza pubblica nell'attività di erogazione, ciò nella convinzione che un diretto intervento pubblico nello svolgimento del servizio fosse imprescindibile per assicurare continuità ed accesso incondizionato da parte di tutti i cittadini. Ciò ha comportato inevitabilmente l'emergere di una situazione critica ed a tratti «stagnante», che per molto tempo ha tenuto lontana l'innovazione dal sistema del trasporto pubblico locale, oltre ad una pericolosa commistione di ruoli in capo agli enti locali di erogatori del servizio e regolatori dello stesso. Sull'esigenza di separare le funzioni di regolazione da quelle di gestione, si v.

competitive nei trasporti pubblici locali³⁴³, attraverso l'affermazione dei seguenti principi: il decentramento delle funzioni di programmazione, il finanziamento ed il controllo alle Regioni e da queste agli enti locali, restituendo così alle autonomie territoriali la totalità dei compiti relativi ai trasporti di interesse regionale e locale, con l'eccezione di poche, residue e tassative funzioni mantenute allo Stato³⁴⁴; l'introduzione di un principio

anche Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, segnalazione 26 febbraio 1998, AS125, *Trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it. L'ente locale nella contemporanea veste di regolatore e gestore, programmatore e finanziatore del servizio aveva infatti bloccato lo sviluppo del settore, anche per l'esistenza di imprese monopolistiche sostanzialmente interessate unicamente all'ottenimento di sussidi pubblici con cui finanziare la propria sopravvivenza. In senso contrario si v. Si v. G. D'Angelo, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, in Jus-online, n. 1/2016, il quale afferma che la misura di liberalizzazione perseguita dal legislatore del 1997 non era quella di superamento del monopolio, ma la ratio dell'intervento consisteva nell'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante procedure concorsuali. «Una volta individuato tramite procedure concorsuali, l'operatore economico esercita il servizio in regime di monopolio (da questo punto di vista non si può parlare di liberalizzazione in senso proprio)»

343 Le Regioni assumono un ruolo di programmazione che si sostanzia nella definizione degli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali e per i piani di bacino, nella redazione dei piani regionali dei trasporti, nella regolamentazione dei servizi minimi di tpl, mediante l'approvazione dei programmi triennali dei servizi di tpl, che individuino la rete e l'organizzazione dei servizi, l'integrazione modale e tariffaria, le risorse da destinare all'esercizio ed agli investimenti, le modalità di determinazione delle tariffe, le modalità di attuazione revisione dei contratti di servizio pubblico, il sistema di monitoraggio dei servizi, i criteri per la riduzione della congestione e dell'inquinamento ambientale (art. 14 del d.lgs. n. 422/1997). Per approfondimenti in merito si v. P. Alberti, *L'organizzazione del trasporto locale nell'ambito della riforma dei servizi pubblici*, in *Economia e diritto del terziario*, 2002, fasc. 2, 379. Cfr. art. 4, co. 4, lett. b), l. n. 59/1997: come noto, infatti, uno dei principi direttivi della legge delega c.d. prima legge Bassanini consisteva nel «definire le modalità per incentivare il superamento degli assetti monopolistici nella gestione dei servizi di trasporto urbano e extraurbano e per introdurre regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi». Emerge il concetto di *competition by franchise*, ovvero il modello di competizione per l'assegnazione di un contratto che conferisce l'esclusiva per lo svolgimento di una determinata attività all'interno di un ben delimitato ambito geografico. A sostegno di tale impostazione, come strumento più adeguato per recuperare efficienza nel mercato dei servizi di TPL si v. A. Boitani, C. Cambini, *To bid or not to bid, this is the question: the Italian experience in competitive tendering for local public services*, in *European Transports*, 2006, 41. Di diverso avviso, invece, è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, esprimendosi nella sopra richiamata segnalazione del 26 febbraio 1998, aveva manifestato il proprio favore all'introduzione di una concorrenza nel mercato dei trasporti pubblici locali, riconoscendo la possibilità che alcune linee fossero gestite in regime di autorizzazione. La stessa Autorità si esprimeva a favore della concorrenza per comparazione, per cui il d.lgs. n. 422/1997 andrebbe «modificato così da prevedere l'adozione di metodi di incentivazione basati sul periodico raffronto della performance del singolo operatore con quelle dei soggetti presenti in altri ambiti territoriali». Si v. in tal senso anche quanto affermato da M. Mazzamuto, *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 4-5, 2000, 572. Per una completa disamina della posizione dell'*Antitrust* sul decreto Burlando e sul regime del TPL, si v. C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., 114 ss.

344 M. Cammelli, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 85 ss., ricorda il primato, rispetto agli altri servizi, del settore dei trasporti pubblici locali nell'aver sperimentato concretamente gli effetti del federalismo amministrativo attraverso l'innovativo riparto delle competenze delineato dal d.lgs. n. 422/1997. Il medesimo A. valuta tale innovazione come «radicale, perché ha segnato la fine dell'omogeneità fino a quel momento imposta tra situazioni locali spesso lontanissime tra loro, e perciò bisognose di soluzioni diversificate in base alle distinte realtà di riferimento». In particolare, sul modello ordinamentale del federalismo amministrativo si v. A. Pajno, *L'attuazione del federalismo amministrativo*, in *Le Regioni*, 4, 2001, 668 ss.; F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, 1, 2001, 1162. In merito alla "svolta epocale" segnata dal principio introdotto dall'art. 18 d.lgs. n. 422/1997 nel nostro ordinamento, si v. A. De Girolamo, *La gara unica per la gestione del TPL nella Regione Toscana*, in *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. Passalacqua, Torino, 2015, 377. Per un approfondimento in merito al quadro normativo delle competenze in materia di trasporto pubblico locale, ovvero alla riforma costituzionale operata con l. n. 3/2001, si v. A. Claroni, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, cit., 143 ss.; cfr. Cons. St., parere 27 marzo 2002, secondo cui, in base al

graduale di copertura dei costi del servizio tramite tariffa; la separazione tra il soggetto pubblico che programma e controlla ed il soggetto privato che eroga il servizio³⁴⁵; la selezione di quest'ultimo attraverso una procedura di gara³⁴⁶.

La gradualità nell'applicazione di questi principi si è trasformata, nel tempo, in incertezza sulla direzione del cambiamento verso logiche competitive, anche in ragione del diffuso e ripetuto affermarsi di regimi transitori³⁴⁷, soprattutto per quanto riguarda il ricorso alla gara per la

“nuovo art. 117 Cost. introdotto dalla L. Costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 [...] il trasporto pubblico locale deve ora considerarsi materia di competenza regionale”. Si v. anche Corte Cost., sent. n. 222/2005, con cui la Consulta chiarifica innanzitutto che la materia del tpl rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 della Cost., “come reso evidente anche dal fatto che, ancor prima della riforma del titolo V della Cost., il d.lgs. del 19 novembre 1997, n. 422 aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni ed agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati”. In dottrina si v. A. Zito, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 387 ss.; G. Sciullo, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7-8/2004; C. Buzzacchi, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 3/2006.

345 Risulta connessa al subentro di nuove imprese per l'esercizio del servizio di trasporto la problematica relativa al trattamento del personale dipendente, ovvero del trasferimento del personale dei pubblici servizi di trasporto urbano dalle società uscenti a quelle subentranti. Il d.lgs. n. 422/1997 prevede, infatti, che le Regioni e gli Enti locali siano tenuti ad individuare le modalità di trasferimento del personale dipendente dal precedente gestore all'impresa subentrante nelle disposizioni previste dall'art. 26, all. A, r.d. 8 gennaio 1931, n. 148, che rappresenta la disciplina speciale relativa al rapporto di lavoro della categoria degli autoferrotranvieri, in base al quale “*in caso di cessione di linee ad altra azienda, o fusione di aziende, devono essere osservate le disposizioni stabilite dall'autorità governativa all'atto dell'approvazione della cessione o della fusione per il passaggio del personale di ruolo alla nuova azienda, mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e assicurando i diritti acquisiti*”. Il legislatore del 1997, infatti, ha optato per l'applicazione del principio volto a garantire una sostanziale indifferenza dei rapporti di lavoro rispetto alle vicende dell'azienda o di suoi rami, a tutela del lavoratore, nel rispetto degli artt. 35 e 36 Cost., nonché dell'art. 3 della dir. CEE n. 23/2001.

346 Si v. C. Bentivogli, R. Cullino, D. M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 20, 2008, in www.bancaditalia.it.

347 Si v. il parere dell'AGCM, AS125, *cit.*, reso con riferimento all'originaria previsione dell'art. 18 d.lgs. n. 422/1997, nell'ambito del quale viene fortemente criticata, in quanto ritenuta non giustificata, la previsione di una fase interinale di durata quinquennale. Sulla natura patologica del continuo procrastinarsi del termine finale del periodo transitorio, si v. A. Cabianca, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un “centro di gravità”, tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *Giustamm.it*, 4, 2010, 9. L'A. propone una articolata ricostruzione delle disposizioni che hanno comportato il differimento della scadenza del periodo transitorio, cfr. in particolare la nota 24. In merito al termine finale del periodo transitorio si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, con sentenza n. 80 del 3 marzo 2006, in www.cortecostituzionale.it, relativa al riparto di competenze legislative regionali e statali in materia di trasporto pubblico, alla luce della riforma del titolo V, parte II della Costituzione. In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali della Liguria (art. 2, l.r. Liguria 17/2003), del Veneto (art. 3, co. 1, l.r. Veneto n. 30/2004 ed art. 25 l.r. Veneto n. 8/2005) e della Calabria (art. 1, co. 11, lett. b) ed f) della l.r. Calabria n. 36/2004) nelle parti in cui contenevano proroghe al periodo transitorio definito dalla legge statale, trattandosi di disposizioni da ricondurre nell'ambito della competenza esclusiva statale in tema di tutela della concorrenza. Per un commento della sentenza si v. L. IERA, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 1203 ss. Per un approfondimento sul valore trasversale della tutela della concorrenza ex art. 117 Cost., si v. *ex multis* S.S. SCOCA, *La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*, in *Giur. It.*, 2013, n. 12. Si v. anche N. Rangone, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in *Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di*

selezione del gestore: la normativa di settore e quella generale dei servizi pubblici locali, infatti, è stata più volte rivista e l'obbligo di gara è stato ripetutamente posposto³⁴⁸.

II. La difficile apertura alla concorrenza: l'attuale assetto normativo in materia di trasporto pubblico locale ed alcune questioni interpretative.

I primi timidi tentativi di adozione di procedure competitive per l'assegnazione dei trasporti pubblici locali hanno preso avvio, nella maggior parte delle Regioni italiane, soltanto nella seconda metà degli anni 2000³⁴⁹, ovvero dopo l'entrata in vigore del Regolamento comunitario n. 1370/2007/CE relativo ai servizi pubblici di passeggeri su strada e per ferrovia³⁵⁰

finanza pubblica, (a cura di) M. Passalacqua, Torino, 2015, 122, riconosce che: “la regolazione nazionale ha più volte consentito il rinvio della concorrenza “per” il mercato (ivi consistente nell'attribuzione della concessione di servizio), non arginata da una disciplina comunitaria che consente l'affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico”.

348 Cfr. art. 61 legge 23 luglio 2009, n. 99, prevede che al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e concorrenza nel settore del tpl regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafi 2,4,5 e 6, e all'art. 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) 1370/2007. In tale modo, di fatto, si attenua notevolmente la portata “rivoluzionaria” dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997, con cui si fissava l'obbligo di gara. Per approfondimenti si v. A. De Girolamo, *La gara unica per la gestione del TPL nella Regione Toscana*, in *Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. Passalacqua, Torino, 2015, 375 ss., evidenzia la forte incertezza normativa che ha da sempre caratterizzato il trasporto pubblico locale, incidendo anche marginalmente sul sistema organizzativo che ha conosciuto, in attesa di regole successive di chiarimento, una situazione di stallo operativo. Secondo l'A., infatti, gli interventi normativi che si sono via via succeduti hanno costituito un ostacolo allo sviluppo del TPL, portando gli italiani a preferire di gran lunga l'utilizzo dei mezzi privati per gli spostamenti urbani.

349 Per un'analisi delle procedure competitive attuate in Italia nei primi anni 2000, sia per il settore ferroviario che per quello della gomma, si v. A. Boitani, F. Ramella, con la collaborazione di G. Di Foggia, *Competizione e aggregazioni nel TPL*, cit., 11 ss.. Gli Autori evidenziano alcuni elementi comuni delle prime gare, quali: la coincidenza tra l'ente responsabile dell'affidamento ed il proprietario di uno dei partecipanti alla gara; l'effettuazione di appalti unitari per l'intero ambito di competenza – quello provinciale per il trasporto su gomma extraurbano e l'intera città capoluogo o area metropolitana per quello urbano –; la scelta di una modalità di valutazione che conferisce un peso minimo alla offerta economica ed una durata del contratto molto estesa, oltre all'obbligo per il concorrente di disporre o di procurarsi in tempi ristretti dei veicoli/materiale rotabile per l'esecuzione dei servizi. Siffatte caratteristiche hanno portato, nella maggior parte dei casi alla conferma degli *incumbent* nella gestione dei servizi con miglioramenti di efficienza marginali. Si v. anche C. Bentivogli, R. Cullino, D.M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *Quaderni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 20, 2008. Per approfondimenti in merito alla situazione del comparto, che risulterebbe ancora caratterizzato da una mancata conformazione al quadro regolamentare applicabile, si v. AGCM, provv. n. 24697, Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale del 10 dicembre 2013, in *www.agcm.it*. Sempre con riferimento alla grave situazione di fatto in cui si trova il servizio di trasporto pubblico locale, si v. A. Boitani, *I trasporti del nostro scontento*, Bologna, 2012. Per approfondimenti in merito al “corto-circuito politico” che avrebbe determinato la situazione critica di inefficienza, alti costi e scarsa fruizione del servizio di trasporto pubblico locale si v. L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, n. 1/2015, 138 ss.

350 La disciplina antecedente al Reg. (CE) 1370/2007 era contenuta nel Reg. (CEE) n. 1191/1969, che forniva una definizione degli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico, comprendenti gli obblighi di esercizio, di

Il Regolamento n. 1370/2007 riveste notevole rilievo posto che, al sopravvenire del vuoto legislativo derivante dall'abrogazione per via referendaria delle norme relative alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali introdotte con l'art. 23bis del d.l. n. 112/2008, è divenuto l'unica disciplina normativa di riferimento³⁵¹, insieme al successivo già menzionato art. 3bis del d.l. n. 138/2011 (in materia di ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica) ed all'art. 48 del d.l. n. 50/2017 (recante misure urgenti per la promozione della concorrenza e la lotta all'evasione tariffaria nel trasporto pubblico locale)³⁵².

trasporto e tariffario. Per approfondimenti in merito alla situazione antecedente al 1969 si v. A. Brown, *Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on C-410/04 ANAV v. Comune di Bari*, in *PPLR*, 2006, NA 217 ss. Si v. poi il Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, in *www.eur-lex.europa.eu*. Con riferimento all'oggetto della disciplina comunitaria, si v. A. Cabianca, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *Giustamm.it*, 4, 2010, 49 e ss., il quale con riferimento ai confini dell'intervento normativo comunitario precisa che "i servizi di trasporto di interesse economico generale" devono essere «individuati come quei servizi che non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale, per cui gli Stati devono intervenire per la loro produzione attraverso l'imposizione di obblighi di servizio, a fronte dei quali sono attribuiti agli operatori diritti di esclusiva e/o compensazioni finanziarie, da concedere tramite lo strumento del contratto di servizio». In merito al Reg. 1370/2007 come fonte superprimaria del settore, che integra le norme in materia di appalti pubblici, si v. C. Tessarolo, *La disciplina comunitaria del trasporto pubblico di passeggeri*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2008. Si precisa, inoltre, che il Regolamento (CE) 1370/2007 opera anche una fondamentale distinzione tra concessioni e appalti di servizio: infatti, solo i contratti di concessione sono regolati dalle disposizioni del Regolamento. Per un approfondimento sulla diversa configurazione contrattuale del contratto di servizio, come appalto o concessione, si v. C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e Taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., 83 ss. Nello specifico, per l'applicazione dei criteri di distinzione tra contratti pubblici di appalto e contratti pubblici di concessione al settore del trasporto pubblico locale, si v. C. Cavalieri, *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei cd. settori speciali ex esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2007. Si v. anche la Comunicazione della Commissione europea sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, n. 2014/C 92/01 del 29 aprile 2014, che ha precisato che, mentre l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico in materia di trasporto di passeggeri con autobus e tram è disciplinata unicamente dalle direttive sugli appalti pubblici, l'aggiudicazione delle concessioni di servizio per servizi pubblici di trasporto passeggeri (sia autobus e tram che ferrovia e metropolitana) è sempre disciplinata unicamente dal regolamento (CE) 1370/2007.

351 Regolamento comunitario CE n. 1370/2007 che trova integrale applicazione in Italia per effetto del recepimento realizzato con l'art. 61 della l. n. 99/2009, con cui si dispone che: «al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafi 2,4,5, e 6, e all'art. 8, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007». Il regolamento ha ad oggetto i servizi nazionali ed internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su strada e su rotaia, ad eccezione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico (art. 1).

352 Cfr. anche art. 1, co. 556, l. n. 147/2013 (legge di stabilità 2014) che è ulteriormente intervenuto sulle modalità di affidamento del servizio TPL attraverso una modifica dell'art. 18, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 422/1997, in base alla quale si prevede che le società, nonché le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al regolamento (CE) 1370/2007 e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019 – che rappresenta il termine del periodo transitorio inizialmente stabilito dal citato regolamento prima della piena operatività della disciplina dallo stesso dettata in materia di affidamenti – non possono

Non è stata infatti ancora emanata una disciplina aggiornata che fornisca organica attuazione al regolamento comunitario n. 1370/2007, che peraltro è stato novellato nel 2016, con l'approvazione del Regolamento 2016/2338/UE³⁵³, relativamente al solo mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri.

Oltretutto, la disciplina europea prevede anche un periodo di transizione per conformarsi agli obblighi da essa previsti, periodo che dovrebbe scadere il 3 dicembre del 2019, salvo l'obbligo degli Stati membri di conformarsi gradualmente alle disposizioni europee.

In base a quanto previsto dal Regolamento n. 1370/2007, la gara non costituisce l'unica modalità di aggiudicazione dei servizi, considerato che l'atto normativo comunitario riconosce chiaramente alla pubblica Autorità l'opzione tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio, anche se, in ogni caso, residua una preferenza per la gara³⁵⁴, a meno che non si

partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata.

353 Si v. Regolamento (UE) 2016/2338 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, che modifica il regolamento (CE) 1370/2007 relativamente all'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, in *www.eur-lex.europa.eu*. La principale novità del regolamento del 2016 riguarda la soppressione della norma che consente l'aggiudicazione diretta dei contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia a partire dal 3 dicembre 2023. Permangono, tuttavia, numerosi eccezioni, come nel caso di contratti di modesto valore o in presenza di un unico operatore interessato e nei casi in cui l'autorità competente ritenga preferibile l'aggiudicazione diretta in relazione alle "caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati", a condizione che sia garantito un miglioramento della qualità dei servizi e/o dell'efficienza in termini di costi rispetto al contratto di servizio pubblico aggiudicato in precedenza". In merito alla necessità di un intervento legislativo che si ponga come obiettivo quello di aggiornare le disposizioni vigenti in materia di trasporto pubblico locale, anche al fine di integrarle e coordinarle con le norme generali sui servizi pubblici locali ed altresì con le normative comunitarie, si v. G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *federalismi.it*, n. 20/2018, 3. Si v. anche M. Passalacqua, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. Passalacqua, Torino 2015, 35.

354 Il fatto che la gara costituisca la modalità ordinaria e privilegiata di aggiudicazione dei servizi si ricava dalla stessa disciplina comunitaria, dato che, se da una parte si consente agli Stati membri di vietare gli affidamenti diretti, dall'altra tale analoga facoltà non è stata prevista per il caso di gara. Con riferimento al tema della neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alla scelta degli Stati membri di ricorrere al mercato o all'autoproduzione, i contributi della dottrina sono vastissimi, si v. *ex multis* M. Libertini, *Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *www.federalismi.it*, 2011, n. 22. In particolare, per una lettura volta a contrastare le interpretazioni "semplicistiche" che hanno commentato il Regolamento (CE) n. 1370/2007 come in grado di determinare un libero affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico, si v. L. R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, *cit.*, 133 ss., che, in particolare, evidenzia come "ad essere fatti oggetto di affidamento sono i contratti corrispondenti agli obblighi di servizio pubblico cui viene accompagnato un contributo economico (stante che i servizi non sarebbero resi dall'operatore alle condizioni imposte)". "In questi termini, l'unica differenza rilevante rispetto al passato è che, in ragione del Reg. Ce. n. 1370/2007 il contenuto dell'obbligo di servizio pubblico non è predefinito ma assegnato all'autorità affidante, sia pure con la chiara indicazione del fine, vale a dire quello di garantire la prestazione senza discriminazione e in maniera continuativa". Con riferimento alla esternalizzazione dei servizi di interesse economico generale come scelta non necessaria per l'ordinamento comunitario: né in termini generali, né in termini di tutela della concorrenza, si v. F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità*

dimostri fondatamente che la rinuncia alla gara non autorizza indebite sovra-compensazioni o gestioni inefficienti, oppure che la rinuncia a perseguire l'interesse pubblico rappresentato dalla tutela della concorrenza sia indispensabile per perseguire meglio altri interessi pubblici di rilievo.

Non risulta tuttavia consentito affidare i contratti di servizio senza procedere ad alcuna selezione per quanto riguarda il TPL su gomma³⁵⁵ ove si tratti di contratti che assumono la forma di appalti di servizi, i quali sono aggiudicati secondo le procedure previste dalle direttive in materia di contratti pubblici (2004/17/CE e 2004/18/CE), oggi abrogate dalle nuove direttive europee sugli appalti e le concessioni (Dir. n. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), il cui ambito di applicazione, per espressa disposizione normativa (Regolamento n. 1370/2007 e Dir. n. 2014/25/UE), è significativamente circoscritto³⁵⁶.

Si consente, seppure nei limiti sopra indicati, la possibilità per le autorità competenti, con un vero e proprio ripensamento rispetto alla strada della liberalizzazione intrapresa con il decreto Burlando³⁵⁷, di fornire esse stesse

delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici), in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 723 ss.; R. Cavallo Perin, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, (a cura di) H. Bonura, M. Cassano, Torino, 2011, 119. Conferme normative di tale impostazione neutra si rinvergono non solo nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dalla interpretazione che ne è stata data dalla Corte di Giustizia (cfr. in particolare CGUE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro italiano*, 2005, IV, c. 134, con nota di R. Ursi, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*) e dalla Commissione (cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., § 2, p. 4, in www.eur-lex.europa.eu, nell'ambito della quale si esplicita che: «Le autorità pubbliche possono decidere di erogare esse stesse i servizi oppure di affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, che possono agire a scopo di lucro oppure no»), ma anche dalle ultime direttive europee su concessioni ed appalti, si v. in merito il considerando n. 5, l'art 2 Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e l'art. 4 Libertà di definire servizi di interesse economico generale, della direttiva concessioni n. 23/2014. Nello stesso senso la direttiva n. 24/2014, art. 1, co. 4, in materia di appalti. Si v. in merito D. Sorace, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento regionale e europeo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, (a cura di) E. Bruti Liberati, F. Donati, Torino, 2010, 11 ss. In senso parzialmente contrario, come neutralità dell'ordinamento comunitario riferibile ai soli servizi di interesse generale di carattere non economico, estranei al vincolo comunitario dei principi concorrenziali, si v. M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico Privato"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 1416 ss.

355 Cfr. art. 5, co. 1, Reg. CE n. 1370/2007.

356 Si v. M. Pani, C. Sanna, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, 21 luglio 2018, in www.lexitalia.it, evidenziano come sia importante la distinzione tra l'ambito applicativo del regolamento n. 1370/2007 e le direttive in materia di appalti 2014/24/UE e 2014/25/UE: "infatti, il primo regolamento trova applicazione nell'ipotesi che si operi ricorrendo al sistema della concessione pubblica e con applicazione del contratto di servizio, mentre le seconde meglio si attagliano all'ipotesi in cui l'amministrazione procedente dovesse decidere di ricorrere alla procedura dell'appalto per l'appunto prevista dalla direttiva 2014/24/UE".

357 R. Cangiano, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica... e ritorno*, in *Economia pubbl.*, 2005, 93. Con riferimento all'attenzione al bilanciamento tra

servizi di trasporto pubblico di passeggeri, di affidare direttamente il servizio ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale (o nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse) esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture – fattispecie riconducibili rispettivamente alla produzione in economia del servizio ed all'*in house providing* –, ovvero, in occasioni particolari, di affidare direttamente il servizio ad un soggetto terzo (nel caso di servizi ferroviari, per quelli sotto soglia e per quelli con provvedimento di emergenza)³⁵⁸.

Siffatta impostazione è stata confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, dopo che il *referendum* del 12 e 13 giugno 2011 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 hanno abrogato rispettivamente l'art. 23bis del d.l. n. 112/2008 e l'art. 4 del d.l. n. 138/2011³⁵⁹, creando non solo un “vuoto” legislativo colmato dalla disciplina comunitaria (Reg. CE 2007/1370), ma anche notevoli incertezze sulla vigenza di alcune disposizioni riferibili ai servizi pubblici locali (art. 61 l. n. 99/2009 e art. 4bis d.l. n. 78/2009).

Con specifico riferimento al trasporto pubblico locale, infatti, ci si è chiesti se il sistema monistico previsto dall'art. 18, co. 3bis del d.lgs. n. 422/1997, con cui si introduce l'obbligo “*trascorso il periodo transitorio, di affidamento di tutti i servizi tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lett. a)*”, sia integrabile da altre disposizioni – come l'art. 61 della l. n. 99/2009 (che richiama in modo espresso le disposizioni del regolamento che consentono l'autoproduzione), ovvero l'art. 4bis del d.l.

il principio della concorrenza ed il principio della democrazia regionale o locale, in base al quale, sul fondamento del principio di sussidiarietà le autorità competenti avrebbero dovuto poter optare per un «deliberato approccio non commerciale», ove avessero ritenuto più economico, sicuro ed efficace mantenere nelle loro mani i trasporti pubblici, si v. la Relazione 18 ottobre 2001 della Commissione per la politica regionale, i trasporti e il turismo, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna (COM(2000) 7 – C5-0326/2000 – 2000/0212(COD)) ed il relativo progetto di relazione 8 ottobre 2001 di E. Meijer, in www.europarl.europa.eu.

358 Cfr. art. 5 Reg. 2007/1370/CE, *Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*. Per l'approfondimento in merito a siffatte tipologie di assegnazione, si v. M. Nunziata, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. di Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 1, febbraio 2018, 183 ss.

359 Cfr. Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, sent. n. 762, in www.giustizia-amministrativa.it, in base alla quale «*stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario [...] è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello dell'in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*».

n. 78/2009 (che dispone che qualora le autorità competenti si avvalgano delle previsioni che consentono l'autoproduzione, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo³⁶⁰) –, ovvero costituisca quel veto posto dalla normativa nazionale che l'art. 5.2 del regolamento comunitario espressamente individua come limite all'autoproduzione del servizio.

Il richiamo è da farsi all'art. 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6 del Regolamento che, nel delineare le modalità di affidamento diverse dalla gara, stabilisce altresì il principio che esse sono esperibili “*a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*”³⁶¹.

Sul punto si sono registrate opinioni contrastanti, a favore o contro l'abrogazione implicita delle suddette disposizioni nazionali sopra richiamate³⁶².

Sul punto potrebbe prendersi a riferimento quanto riconosciuto dalla Corte dei Conti, nell'ambito di un differente settore (quello idrico), con riguardo alla possibile trasformazione di una società *in house* in azienda speciale: secondo la Corte, infatti, essendo venuto meno ogni divieto alla gestione diretta o mediante azienda speciale, ogni disposizione limitativa in tal senso dovrebbe considerarsi implicitamente abrogata³⁶³.

Così ragionando, si dovrebbe concludere per l'applicabilità dell'art. 61 della l. n. 99/2009 e per l'abrogazione, invece, dell'art. 4*bis* del d.l. n. 78/2009.

360 Sul parametro a cui riferire la percentuale del 10%, G. D'Angelo, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, cit., 17, esprime la propria perplessità: «non è chiaro se il 10% vada riferito alla quantità di produzione o al valore della stessa».

361 Il legislatore nazionale, infatti, potrebbe astrattamente ridefinire e restringere, per lo meno in via generale, l'utilizzo dell'affidamento *in house* per questa materia: siffatta possibilità è consentita soltanto al legislatore statale e non a quello regionale, considerato che la competenza legislativa esclusiva o residuale delle regioni in materia di trasporto pubblico locale, trova l'inderogabile limite della competenza esclusiva trasversale dello Stato in materia di tutela della concorrenza e del più generale interesse pubblico a garantire una corretta ed equilibrata mobilità su tutto il territorio nazionale.

362 A favore dell'intervenuta abrogazione A. Cabianca, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2012)*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 20, 7; in senso contrario, a favore della vigenza si v. C. Volpe, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *www.giustamm.it*, 2014, n. 3, § 9.

363 Corte dei Conti, sez. autonomie, delibera 21 gennaio 2014, n. 2, in Foro amministrativo-TAR, 2014, 345 ss., la quale si è espressa con riferimento alla vigenza dell'art. 35, co. 8 della l. n. 448/2001 che imponeva la trasformazione delle aziende speciali in società. Ricorda che una norma analoga, segnatamente l'art. 18, co. 3, d.lgs. n. 422/1997 era stata in precedenza introdotta nel settore del trasporto pubblico locale G. D'Angelo, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, cit., 18 e 19.

Trattasi a mio avviso di una conclusione non condivisibile: l'analisi della disciplina normativa, infatti, dovrebbe condurre ad esiti opposti.

L'eliminazione all'esito del *referendum* dell'art. 23bis del d.l. n. 112/2008, che aveva abrogato implicitamente l'art. 61 della l. n. 99/2009 – almeno secondo la dottrina maggioritaria³⁶⁴ –, non dovrebbe infatti far “rivivere” la disciplina considerata ad esso non conforme³⁶⁵: pertanto, mentre l'art. 61 della l. n. 99/2009 dovrebbe considerarsi non più applicabile, posto che i medesimi principi sono già ripresi dal regolamento comunitario vigente, che consente l'autoproduzione; non può dirsi lo stesso, invece, con riferimento all'art. 4bis del d.l. n. 78/2009 che, sposando una impostazione pro-concorrenziale, senza tuttavia escludere *in toto* l'autoproduzione, sembra conforme alla disciplina comunitaria e nazionale riferibile al settore del trasporto pubblico³⁶⁶.

Trattasi soltanto di un esempio dell'incertezza sulla vigenza di alcune disposizioni che caratterizza il settore, fomentata anche dalla caotica successione di leggi nel tempo in materia di servizio pubblico locale.

Un ulteriore aspetto, infatti, che ha ritardato lo sviluppo della competizione per l'affidamento dei servizi è stato sicuramente il fatto che al settore del trasporto pubblico locale è stata applicata, in modo peraltro discontinuo, anche la normativa generale sui servizi pubblici locali, caratterizzata da una forte instabilità.

III. Segue. I tentativi di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali: il d.l. n. 50/2017.

364 Si v. M.A. Sandulli, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *www.federalismi.it*, 2010, 13, 12; L. Bertonazzi, *Il trasporto pubblico locale nell'art. 23bis del d.l. n. 112/2008*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, (a cura di) R. Villata, Torino, 2011, 536.

365 Tale impostazione troverebbe conferma nel principio di diritto affermato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza di ammissibilità del *referendum* popolare del giugno 2011, in base al quale la lacuna normativa dovrebbe essere colmata con l'applicabilità immediata “*nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica*”, così Corte Cost., 26 gennaio 2011, ord. n. 24.

366 L'art. 4bis del d.l. n. 78/2009 è stato ritenuto applicabile dall'AGCM nel caso di affidamento ad ATAC (cfr. Parere AGCM, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 287/1990, relativo all'affidamento in house ad ATAC s.p.a. del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma nell'ambito della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, 9 novembre 2017, in *www.agcm.it* e da alcuni grandi Comuni che hanno proceduto all'affidamento del servizio, nel rispetto della percentuale del 10%. Nello stesso senso si v. il documento pubblicato dalla IX Commissione trasporti al termine dell'indagine conoscitiva avviata nel giugno 2013. L'art. 4bis stabilisce che l'eventuale aggiudicazione in house deve essere accompagnata dalla contestuale messa a gara di almeno il 10% dei servizi oggetto di aggiudicazione. La società *in house* affidataria in via diretta, inoltre, non potrà partecipare a procedure di evidenza pubblica al di fuori del territorio in cui opera ai sensi del regolamento europeo.

Non può farsi a meno di considerare, infatti, che prima dell'attuale d.l. n. 50 del 24 aprile 2017³⁶⁷, la l. n. 124 del 7 agosto 2015, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” (c.d. Riforma Madia), aveva tentato di risolvere siffatta situazione, proponendosi di dare alla materia dei servizi pubblici locali una disciplina finalmente compiuta ed organica.

La legge, infatti, conteneva quattordici deleghe legislative, tra le quali si prevedeva – per quanto qui di interesse – il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (artt. 16 e 19 l. n. 124/2015).

Siffatta delega si è tradotta nell'adozione di uno schema di decreto legislativo denominato Testo Unico sui Servizi Pubblici Locali (TUSPL)³⁶⁸, che dedicava una serie di articoli al settore del trasporto pubblico locale e la cui adozione definitiva è stata di fatto preclusa da una sentenza della Corte Costituzionale del novembre 2016³⁶⁹.

Ha invece trovato attuazione la delega contenuta all'art. 18 del l. n. 124/2015, che ha portato all'attuazione del d.lgs. n. 175/2016, ovvero il Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica (TUSPP), che ha

367 D.l. 24 aprile 2017, n. 50, *Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*.

368 Cfr. parere del Consiglio di Stato del 3 maggio 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché il parere della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, del 12 maggio 2016, in www.regioni.it. Quanto alla struttura dello schema di decreto legislativo, questo sviluppava i principi ed i criteri direttivi della legge di delega in 38 articoli, suddivisi in 7 titoli. Ai servizi disciplinati da normative di settore, come il trasporto pubblico locale, il testo unico si sarebbe applicato limitatamente alle disposizioni relative alle modalità di affidamento – previste dall'art. 7 del TUSPL, che ammetteva le diverse forme consentite dalla disciplina comunitaria, ovvero l'affidamento con procedura ad evidenza pubblica, quello a società mista (la gara a doppio oggetto) e *in house providing*, attribuendo ad esse pari dignità –, nonché alle disposizioni modificative ed espressamente abrogative della disciplina preesistente. Si segnalano, in particolare, gli articoli dedicati proprio alla materia del TPL che perseguono finalità estranee ad una riforma organica della materia dei servizi pubblici, ed in particolare: l'art. 14, relativo ai bacini ed ai livelli adeguati dei servizi di trasporto regionale e locale; l'art. 17, che apportava modifiche alle competenze dell'ART in materia di trasporto pubblico regionale e locale; l'art. 22 sugli obblighi contrattuali e disposizioni per l'innovazione del trasporto pubblico locale; l'art. 23 che apportava modifiche ai criteri di riparto del Fondo per il concorso finanziario dello Stato al trasporto pubblico locale; l'art. 26 per il contrasto all'evasione tariffaria; l'art. 27 in materia di tutela dell'utenza e l'art. 35 in tema di pianificazione e finanziamento della mobilità urbana sostenibile. Per un'analisi delle disposizioni di rilievo in materia di trasporto contenute nel TUSPL, si v. AGCM, IC47: Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, in www.agcm.it, 67 ss.

369 Cfr. Corte Cost., sent. n. 251/2016, in www.cortecostituzionale.it. La Corte, intervenuta su ricorso della Regione Veneto, ha giudicato incostituzionali alcuni articoli della Riforma Madia che prevedevano la semplice acquisizione della Conferenza Stato-Regioni e non una vera e propria intesa per l'approvazione dei quattro decreti attuativi. Il Governo ha lasciato scadere, a seguito della suddetta sentenza, i termini della delega per l'approvazione di alcuni decreti delegati, tra i quali appunto quello sui servizi pubblici locali. Per un approfondimento si v. E. Balboni, *Sulla riorganizzazione della p.a. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione ... e "l'intendenza seguirà"*, in www.forumcostituzionale.it, 10.1.2017; R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 3, 2017.

introdotto alcune novità degne di rilievo anche per il trasporto pubblico locale, in tema di fallibilità delle società pubbliche (art. 14) e di maggiore controllo sulla loro gestione (art. 6; art. 21), così stimolando le amministrazioni a ricorrere a procedure di selezione competitiva per l'affidamento dei servizi di TPL, non potendo continuare a sfruttare lo strumento societario per eludere vincoli finanziari a discapito dell'efficienza del servizio reso.

Molte delle disposizioni sul trasporto pubblico locale contenute nel sopra menzionato TUSPL sono state riprese dal d.l. n. 50/2017, *Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*, che prevede la “concorrenza per il mercato” per tutti i servizi di trasporto locale e regionale, ivi compresi quelli ferroviari, abolendo ogni distinzione tra servizi minimi e servizi ulteriori³⁷⁰, tra diritti esclusivi e diritti speciali³⁷¹.

Viene inoltre previsto di affidare la promozione del metodo di gestione prescelto ad incentivi e disincentivi finanziari³⁷² – sopprimendo ogni

370 La definizione si ricava dal d.lgs. n. 422/1997 che circoscrive la concorrenza “per il mercato” ai servizi c.d. programmati, ossia ai servizi minimi ed a quelli aggiuntivi. I servizi minimi sono definiti dall’art. 16, co. 1 del d.lgs. n. 422/1997 come quelli qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, i cui costi sono a carico del bilancio delle regioni e la cui estensione è definita dalle regioni stesse d’intesa con gli enti locali. I servizi aggiuntivi, poi, sono definiti dal comma 3 del medesimo articolo, come quei servizi che gli enti locali possono istituire d’intesa con la regione che ne verifica la compatibilità di rete, in aggiunta a quelli minimi, con oneri a carico degli enti che li hanno istituiti. Al di fuori di questi servizi programmati, che costituiscono il nucleo forte del servizio pubblico, ovvero quell’insieme imprescindibile di prestazioni che, rispondendo ad esigenze essenziali di mobilità dell’utenza, evocano immediatamente il concetto di servizio universale di derivazione comunitaria – così si v. M. Cammelli, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 89 e 90 – si pongono poi ulteriori tipologie di servizi di trasporto pubblico locale nei quali la concorrenza nel mercato può liberamente esplicarsi, ovvero i servizi c.d. autorizzati, al di fuori dell’ambito di applicazione del d.lgs. n. 422/1997. Siffatti servizi, pur mantenendo le caratteristiche proprie dei servizi pubblici, si distinguono da quelli programmati in quanto: non sono sottoposti al regime amministrativo dell’esclusiva e non ricevono finanziamenti da parte della pubblica amministrazione. Per un approfondimento in merito alla suddetta distinzione si v. M. Mazzamuto, in *Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, (a cura di) A. Brancasi, Bologna, 2003, 225 ss.

371 Per una definizione di “diritto esclusivo”, si v. quanto disposto dall’art. 2, lett. f) del TUSPL che definiva il diritto esclusivo come il diritto concesso da un’autorità competente mediante una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica, compatibile con i trattati europei ed avente l’effetto di riservare ad un unico operatore economico l’esercizio di un’attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività. Con riferimento alla definizione di “diritto speciale”, si v. sempre quanto disposto dal decaduto TUSPL, che aveva il pregio, per la prima volta, di definire tali concetti, nell’ambito di una disciplina a carattere generale. In base a quanto disposto dall’art. 2, lett. g), diritto speciale è il diritto concesso da un’autorità competente mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica compatibile con i trattati europei ed avente l’effetto di riservare a due o più operatori economici l’esercizio di un’attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività.

372 Quanto all’incentivazione degli affidamenti tramite gara si v. art. 27, co. 2, lett. d) del d.l. n. 50/2017, con cui si prevede la riduzione in ciascun anno delle risorse del Fondo da trasferire alle Regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre

riferimento diretto alle modalità di affidamento ed all'obbligo di motivare le scelte al riguardo – e per quanto riguarda bacini e lotti si introducono: un complesso meccanismo di ripartizione del Fondo nazionale³⁷³ basato sul superamento della spesa storica per passare progressivamente ai costi *standard* e poi ai fabbisogni *standard*³⁷⁴ (a); il superamento della soglia del 35% di quota dei costi operativi da coprire con i ricavi da traffico, per arrivare a soglie articolate declinate per Regioni (sulla base di un D.M. delle Infrastrutture e dei Trasporti) (b); la previsione di costituire società pubbliche o miste³⁷⁵ per la allocazione e la gestione dei beni immobili

dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'ART. Si segnala, tuttavia, che in modo non del tutto coerente, il d.l. n. 50/2017 prevede anche alcune eccezioni al meccanismo di penalizzazione per le Regioni che non optano per la gara: “*La riduzione non si applica ai contratti di servizio affidati alla data del 30 settembre 2017 in conformità alle disposizioni di cui al regolamento (CE) 1370/2007, sino alla loro scadenza, nonché per i servizi ferroviari regionali nel caso di avvenuta pubblicazione alla medesima data ai sensi dell'art. 7, comma 2 del regolamento (CE) 1370/2007*”. Stesse tutele, poi, sono previste per la riduzione del *quantum* del finanziamento alle singole Regioni, dato che: “*in ogni caso, al fine di garantire una ragionevole certezza delle risorse finanziarie disponibili, il riparto derivante dall'attuazione delle lettere da a) a d) non può determinare per ciascuna Regione una riduzione annua maggiore del cinque per cento rispetto alla quota attribuita nell'anno precedente*” (cfr. art. 27, co. 2, lett e del d.l. n. 50/2017).

373 Con riferimento al Fondo per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, nelle regioni a statuto ordinario, si ricorda che questo è stato istituito dalla legge n. 228/2012 (art. 1, co. 301). A partire dal 2018, come detto, il Fondo TPL è disciplinato dalle norme del d.l. n. 50/2017, che ha modificato sia il criterio di finanziamento del Fondo, in attesa del riordino del sistema della fiscalità regionale, sia i criteri per il riparto. In particolare, l'art. 27 (commi 1-8) del d.l. n. 50/2017 ha rideterminato la consistenza del Fondo fissandola per legge. La legge di bilancio per il 2018 (l. n. 205/2017) ha successivamente previsto due modifiche all'entità del Fondo. Lo stanziamento del Fondo nel Bilancio triennale 2019-2021 ammonta pertanto a 4.876,554 milioni di euro per il 2019 ed a 4.875,554 milioni di euro per il 2020 ed a 4.874,554 milioni di euro per il 2021. Per un approfondimento in merito al conto economico consolidato delle Amministrazioni pubbliche e della spesa pubblica per i trasporti, si v. il Conto Nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, MIT, Ufficio di statistica, Anni 2017-2018, in www.mit.gov.it, 40.

374 Con riferimento alla legittimità dell'intervento statale per il finanziamento del settore, si v. Corte Cost. n. 273/2013, riguardante sotto diversi aspetti il Fondo per il finanziamento del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, nelle regioni a statuto ordinario. Con riferimento a tale Fondo la Corte ha ritenuto che non si tratti di un fondo a destinazione vincolata in quanto la sua finalità è quella di assicurare in via generale il concorso finanziario dello Stato al trasporto pubblico locale senza vincolare il legislatore regionale ad uno specifico impiego delle risorse stanziare in tale settore materiale, ascrivibile alla potestà legislativa regionale. Il Giudice delle leggi ha in particolare sottolineato come sia prima che dopo la riforma del Titolo V lo Stato abbia comunque garantito costantemente il finanziamento del TPL “ritenendo imprescindibile la finalità di assicurare livelli di omogeneità nella fruizione del servizio sull'intero territorio, anche mediante l'istituzione di appositi fondi a destinazione vincolata”. La Corte Costituzionale aveva già indiato come l'intervento dello Stato limitativo della competenza residuale delle Regioni fosse ammissibile qualora esso rispondesse all'esigenza di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti tutelati dalla Costituzione stessa (cfr. Corte Cost., sent. n. 232/2011). La legittimità dell'intervento statale per il finanziamento del settore deriverebbe, secondo la Corte, dalla perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost., a causa della mancata individuazione dei costi standard (si v. anche Corte Cost., sent. n. 121/2010), nonché da imperiose necessità sociali, indotte anche dalla grave crisi economica nazionale ed internazionale.

375 In merito può essere significativo segnalare l'esperienza britannica delle *Rolling Stock Leasing Companies* (ROSCO) britanniche, ovvero operatori di mercato necessari nei sistemi ferroviari pienamente liberalizzati, i quali sono in grado di ridurre l'effetto di una delle barriere all'entrata del settore ferroviario, che come evidenziato è rappresentato dalla disponibilità del materiale rotabile per un eventuale “nuovo entrante”, che tramite l'esistenza delle ROSCO ha la possibilità di procurarsi i treni eventualmente tramite sistemi di noleggio (*leasing*). Per approfondimenti in merito all'utilizzo delle ROSCO in Italia, si v. G. Ferrante, *Il partenariato pubblico privato e*

essenziali e dei beni strumentali al servizio ferroviario di interesse regionale.

La tematica relativa alle modalità di affidamento appare comunque di rinnovato interesse in considerazione della rimessione da parte del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia UE della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale in presenza di una norma nazionale che fisserebbe la regola generale della gara pubblica (cfr. Cons. St., ordinanza 16 luglio 2018, n. 4303)³⁷⁶.

L'ordinanza di rimessione, pur sollevando il dubbio circa la corretta interpretazione della normativa europea nella parte in cui è stabilita la possibilità a livello domestico di escludere la facoltà di affidamento diretto dei contratti di servizio servizio pubblico in materia di TPL per le ipotesi marginali (c.d. *de minimis*) ivi previste, qualora ciò “*sia vietato dalla legislazione nazionale*”, come disposto dall'art. 5, paragrafo 4 del Regolamento, in realtà assume particolare rilievo anche con riferimento all'impostazione generale del divieto di affidamento diretto, con riguardo a quanto disposto dall'art. 5, paragrafo 2 del Regolamento, relativo in generale tutti i servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri³⁷⁷.

il finanziamento in project financing delle infrastrutture ferroviarie, in www.sr-m.it. Anche la bozza del TUSPL introduceva nella normativa italiana l'idea di ricorrere a società terze analoghe ai ROSCO britannici o a quelle svedesi, la cui introduzione, secondo quanto riconosciuto dalla stessa AGCM, potrebbe avere un impatto molto positivo per la concorrenza, soprattutto per ciò che concerne il materiale rotabile ferroviario. Siffatta previsione, mai attuata, faceva il paio con la l. n. 208/2015, co. 866, che prevede l'istituzione di un fondo specializzato per l'acquisto di materiale rotabile per il trasporto pubblico locale e regionale, stanziando anche 740 milioni di euro addizionali fino al 2022, rinviando per i dettagli ad un apposito decreto attuativo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, si v. in merito AGCM, *IC47 Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 116.

³⁷⁶ Analoga questione, seppure per un ambito specifico, differente rispetto al generale tema del trasporto pubblico, era stata posta sempre dal Consiglio di Stato per la verifica di compatibilità col diritto europeo di una normativa regionale ligure (l.r. Liguria n. 41/2006), nella parte in cui disponeva che il servizio di trasporto sanitario dovesse essere affidato senza gara ed in via prioritaria ad associazioni di volontariato sulla base di rimborsi non forfettari e determinati alla stregua delle sole spese in concreto sostenute, cfr. Corte di giustizia, 28 gennaio 2016, C-50/14. Per approfondimenti in merito si v. F. Sanchini, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 4 maggio 2016, n. 9/2016.

³⁷⁷ Cfr. art. 5, co. 2, Regolamento 2007/1370/UE: «*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi [...]*». Cfr. anche art. 5, co. 4, del medesimo Regolamento: «*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico: a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore*

Il massimo organo della giustizia amministrativa, infatti, sottopone alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione: se si possa ritenere operante il suddetto divieto soltanto in ragione della previsione operante nella legislazione nazionale della regola generale della gara per l'affidamento del contratto di servizio di TPL (*ex art. 18, co. 2, d.lgs. 422/1997*), ovvero se sia necessario un divieto espresso e riferito proprio a quelle fattispecie per cui il diritto europeo consente l'affidamento diretto. È noto come l'ordinamento nazionale sia propenso a restringere le ipotesi di ammissibilità dell'affidamento *in house*: oltre, infatti, ai requisiti previsti dalla disciplina nazionale in materia di contratti pubblici aggiudicati in via diretta (cfr. art. 5 d.lgs. n. 50/2016) che costituisce norma generale in funzione residuale e di chiusura rispetto al Regolamento 1370/2007³⁷⁸, si

a 1 000 000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7 500 000 EUR; oppure b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500 000 chilometri l'anno. Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 600 000 chilometri l'anno».

378 Il regolamento europeo stabilisce le condizioni in base alle quali è possibile l'affidamento diretto: le autorità singole o che operano congiuntamente a livello locale possono procedere alla stipulazione del contratto in materia di trasporto pubblico locale su gomma nei confronti di un soggetto giuridico di natura pubblica sul quale l'autorità locale deve essere in grado di poter esercitare un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi. Nel caso in cui l'autorità locale sia plurisoggettiva, ovvero composta da un numero molteplice di soggetti pubblici – come ad esempio un gruppo di enti locali consorziati in autorità di bacino o enti locali che operano in un ambito coincidente con il territorio di un'area vasta quale la Provincia o la città metropolitana – il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi può essere esercitato dall'intero gruppo congiuntamente, oppure da alcune componenti, oppure ancora da almeno uno dei soggetti pubblici aderenti. Intendendosi soddisfatto il requisito del controllo analogo attraverso la valutazione: 1) del livello di rappresentanza all'interno degli organi di amministrazione, di direzione e di vigilanza; 2) con riguardo alle relative disposizioni nello statuto; 3) dell'assetto proprietario; 4) dell'influenza e del controllo sulle decisioni strategiche e sulle decisioni di gestione. Importante segnalare che, rispetto alla disciplina generale contenuta nella direttiva 2014/23/UE, il regolamento non richiede che in caso di autorità plurisoggettiva il controllo congiunto sia formalmente esercitato da tutte congiuntamente le autorità pubbliche partecipanti. Siffatta specificità, applicabile in via prevalente rispetto al modello generale previsto nelle direttive del 2014, troverebbe la propria ratio nel fatto che: “in presenza di più enti locali che operano congiuntamente deve ritenersi che il loro ambito di potestà riguardi il perimetro territoriale di più comuni”. Pertanto, come affermato da M. Pani, C. Sanna, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, cit., 4 ss., “in questo contesto di riferimento possono rinvenirsi diverse tipologie di servizi di trasporto, sia extraurbani che urbani, ed è ben possibile, come prevede la normativa statale, che l'affidamento possa avvenire per lotti differenti. Sul punto si noti che se uno di tali lotti riguarda, ad esempio, il servizio di trasporto urbano di un dato comune è plausibile che possa essere individuata una società controllata dal medesimo comune di riferimento, che opera esclusivamente in tale contesto territoriale e che risulta per l'effetto sottoposta al controllo analogo di quel dato comune e non anche di quelli che fanno parte del bacino di riferimento più complessivamente considerato”. I medesimi AA., individuano poi un limite derivante da tale possibilità, ovvero quella derivante dal fatto che l'affidamento per il servizio urbano del suddetto comune non potrebbe invece avvenire nei confronti di una società partecipata dai comuni che fanno parte del bacino, ma non dal comune interessato dall'affidamento del servizio urbano, “ciò in quanto lo stesso regolamento precisa che l'affidamento deve fare riferimento ad un soggetto che opera all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale (pur con eventuali linee in uscita o altri elementi secondari

devono considerare anche gli obblighi motivazionali che devono sorreggere siffatta scelta di affidamento.

Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, infatti, le stazioni appaltanti devono effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* «avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche» (art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016)³⁷⁹.

Così anche per quanto riguarda l'obbligo motivazionale previsto per la costituzione ed il mantenimento di una società partecipata *in house*, disposto dall'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016³⁸⁰.

di tali attività che si inseriscono nel territorio di autorità competenti limitrofe e vicine a livello locale)».

379 La procedura di affidamento diretto è soggetta, secondo quanto emerge dalla disciplina del codice dei contratti pubblici, alla verifica della sussistenza di diversi requisiti che hanno un rilievo sia in termini formali e di trasparenza, che in termini sostanziali di garanzia del beneficio di tale scelta rispetto a quella di ricorrere al mercato. Con riferimento alla trasparenza, infatti, si prevede la pubblicazione di tutti gli atti relativi all'affidamento diretto di con cessioni, nel formato aperto dell'*open data*. Siffatto meccanismo risulta concepito per garantire la massima conoscibilità e pubblicità delle suddette attività, nonché per assicurare la possibilità di controllo non solo da parte delle imprese direttamente interessate, ma anche in generale da parte dei cittadini, secondo i principi fatti propri dal d.lgs. n. 33/2013 e ss.mm.ii. Con riferimento, poi, all'aspetto sostanziale, che si intende tutelare tramite la previsione di un articolato obbligo motivazionale, si ricorda che il codice dei contratti pubblici richiede che alla base della decisione di procedere tramite affidamento diretto vi sia una ponderazione basata su vari elementi, quali: la congruità economica dell'offerta di gestione a mezzo della società *in house*, in relazione all'oggetto ed al valore della prestazione; la convenienza e l'opportunità derivante dai benefici per la collettività che emergerebbero in ragione della forma di gestione prescelta. I benefici devono rivestire non solo carattere economico, ma devono riguardare anche il raggiungimento più agevole degli obiettivi di universalità, socialità e qualità del servizio, come ricordato dal Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, sent. n. 5732, in www.giustizia-amministrativa.it. La motivazione, pur appartenendo all'ambito discrezionale, risulta soggetta al sindacato del giudice amministrativo nei limiti della manifesta arbitrarietà, illogicità ed irragionevolezza delle scelte effettuate: la scelta adottata, infatti, è sindacabile dal giudice che può valutare la bontà della stima dei costi previsti in una gara inizialmente bandita rispetto alla successiva decisione di affidamento *in house*; se non esistono questi dati viene invece esaminata la logicità ed esaustività della decisione adottata (cfr. TAR Lombardia, sez. II, 17 maggio 2016, sent. n. 690, in www.giustizia-amministrativa.it).

380 Cfr. art. 5, co. 1, d.lgs. 175/2016: «A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa». Il testo unico, infatti, impone che il mantenimento in vita della società *in house* sia condizionato dal fatto che i servizi dalla stessa espletati debbano assicurare un profilo di maggiore economicità, efficienza ed efficacia di quelli offerti dal mercato per tutta la durata

Seppure le limitazioni all'uso dell'affidamento *in house*, nonostante la potestà legislativa residuale regionale in materia di trasporto pubblico locale, possono provenire solo da fonte statale, deve comunque evidenziarsi che un'influenza indiretta, in termini di limitazione all'affidamento *in house*, si potrebbe determinare tramite la possibilità riconosciuta agli enti regionali di definire i bacini di mobilità³⁸¹.

Le Regioni, ai sensi di quanto disposto dall'art. 48 del d.l. n. 50/2017, determinano i bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale nonché i relativi enti di governo³⁸².

del contratto. Per maggiori approfondimenti in merito alle società *in house* disciplinate nel testo unico sulle società partecipate, si v. A. Maltoni, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. e App.*, 2017, 1, 7. Con riferimento alla motivazione analitica rafforzata di cui all'art. 5, co. 1 del d.lgs. n. 175/2016, si v. anche D.L. Scordino, *La provvista finanziaria delle società in house. Il particolare problema delle emissioni di obbligazioni*, in Atti del convegno “*Le società a totale o parziale partecipazione pubblica alla luce della normativa dei DD.LLgs. 175/2016 e 100/2017, regole del diritto civile e loro compatibilità con norme e principi del diritto amministrativo*”, Cagliari, 22 settembre 2017. Secondo l'A. la motivazione di valutazione costi-benefici verrebbe ad assumere contenuti simili a quelli di un *business plan* secondo un percorso assimilabile a quello oggi richiesto dalla Banca d'Italia per l'accREDITAMENTO delle nuove società finanziarie.

381 Si v. in tale senso M. Pani, C. Sanna, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, cit., 7 ss., i quali evidenziano che nel caso in cui la Regione individui un unico bacino di mobilità, coincidente con il territorio di tutta la Regione, per cui si prevede l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma con unico lotto, risulterebbe difficile procedere con un affidamento *in house*, a meno che non si decida di procedere alla creazione di un nuovo soggetto *in house* che raggruppi tutti i principali operatori regionali. Si tratta di ciò che è accaduto nella Regione Friuli Venezia Giulia, che pure ha proceduto ad una gara pubblica, su un unico lotto regionale, a cui ha partecipato questo nuovo operatore regionale che ha raggruppato molti soggetti prima operanti a livello locale.

382 Le ipotesi che si possono verificare riguardano il caso di: 1) definizione di un unico bacino regionale; 2) definizione di più bacini di mobilità regionale; 3) mancata definizione di bacini di mobilità regionale. In tale ultimo caso, in scadenza dei contratti di servizio in corso di esecuzione, si dovrà comunque procedere alle nuove tipologie di affidamento in base alla legislazione vigente, dovendosi operare sull'ambito territoriale precedentemente definito dai contratti in scadenza. Cfr. art. 48, commi 1, 2 e 3, d.l. n. 50/2017: «1. I bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale e i relativi enti di governo, sono determinati dalle regioni, sentite le città metropolitane, gli altri enti di area vasta e i comuni capoluogo di Provincia, nell'ambito della pianificazione del trasporto pubblico regionale e locale, sulla base di analisi della domanda che tengano conto delle caratteristiche socio-economiche, demografiche e comportamentali dell'utenza potenziale, della struttura orografica, del livello di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento. La definizione dei bacini di mobilità rileva anche ai fini della pianificazione e del finanziamento degli interventi della mobilità urbana sostenibile. 2. I bacini di cui al comma 1 comprendono un'utenza minima di 350.000 abitanti ovvero inferiore solo se coincidenti con il territorio di enti di area vasta o di città metropolitane. Agli enti di governo dei bacini possono essere conferite in uso le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti pubblici associati. In tal caso gli enti di governo costituiscono società interamente possedute dagli enti conferenti, che possono affidare anche la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali. Al capitale di tali società non è ammessa la partecipazione, neanche parziale o indiretta, di soggetti privati. 3. La regione o la provincia autonoma determina i bacini di mobilità in base alla quantificazione o alla stima della domanda di trasporto pubblico locale e regionale, riferita a tutte le modalità di trasporto che intende soddisfare, che è eseguita con l'impiego di matrici origine/destinazione per l'individuazione della rete intermodale dei servizi di trasporto pubblico, di linea e no, nonché delle fonti informative di cui dispone l'Osservatorio istituito dall'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Gli operatori già attivi nel bacino sono tenuti a fornire le informazioni e i dati rilevanti in relazione ai servizi effettuati entro e non oltre sessanta giorni dalla richiesta di regioni ed enti locali, che adottano adeguate garanzie di tutela e riservatezza dei dati commerciali sensibili. Le Regioni hanno la facoltà di far salvi i bacini determinati anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ove coerenti con i criteri di cui al presente articolo». Trattasi di una disciplina speciale in tema di ambiti ottimali. La disciplina generale trova

In base al vigente riparto di competenze, infatti, spettano alle Regioni le funzioni di indirizzo, pianificazione, programmazione, finanziamento e regolazione, inclusa l'individuazione dei livelli minimi di servizio, per quei servizi di TPL che richiedono un esercizio unitario a livello regionale (c.d. “centralismo regionale” previsto dal decreto c.d. Burlando e poi ulteriormente rafforzato con la riforma nel 2001 del Titolo V della Costituzione).

Compito delle Regioni è la predisposizione dei Piani regionali di trasporto (PRT), che prendono in considerazione la programmazione anche locale, effettuata dalle Province e dai Comuni, nel rispetto degli indirizzi regionali, che si occupano delle medesime competenze di programmazione per tutti gli altri servizi che risultano privi delle esigenze di unitarietà nel loro espletamento.

Siffatte competenze delle Province e dei Comuni sono esercitate nel rispetto dei principi di sussidiarietà, economicità, efficienza, responsabilità, unicità ed omogeneità dell'amministrazione ed avvengono nel rispetto di quanto indicato anche nei Piani di bacino, predisposti dalle Province e Città metropolitane.

La *governance* del settore risulta infatti ulteriormente complicata dalla presenza di un ulteriore livello di governo, quello degli ATO, a cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente con compiti di organizzazione dei servizi, scelta della forma di gestione, determinazione delle tariffe all'utenza (per quanto di competenza), affidamento della gestione e relativo controllo (art. 3bis, d.l. n. 138/2011).

Agli enti di governo degli ATO, infatti, spettano le funzioni di stazione appaltante, secondo il c.d. modello dell'agenzia, con cui si intenderebbe garantire la separazione tra livello politico, livello tecnico e livello operativo nella produzione dei servizi, necessaria per affrontare le numerose distorsioni derivanti dai “fallimenti del non mercato” associati all'accentramento dei tre livelli³⁸³.

La Regione nell'ambito della pianificazione del trasporto pubblico

invece fondamento nel D.lgs. n. 138/2011, art. 3bis, co. 1bis, in cui si stabilisce la regola che la scelta della forma di gestione e l'affidamento siano rimessi agli enti di governo in via esclusiva e unica.

383 Si v. K.J. Arrow, *Agency and the market*, in K.J. Arrow e M.D. Intriligator, (a cura di), *Handbook of mathematical economics*, North Holland, Amsterdam, 1986.

regionale e locale, sentite le città metropolitane, le Province ed eventuali altri enti di area vasta, determina i bacini di mobilità servendosi di una discrezionalità tecnica basata su vari elementi oggettivi, relativi all'analisi della domanda, quali: le caratteristiche socio-economiche, demografiche e comportamentali dell'utenza potenziale; la struttura orografica; il livello di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento. I bacini, inoltre, dovrebbero presentare una utenza minima di 350.000 abitanti, sebbene sia prevista la possibilità di una soglia di misura inferiore a condizione che nell'ambito territoriale di riferimento vi sia coincidenza con il territorio di enti di area vasta (Province, Unioni di Comuni, ecc.) o di Città metropolitane.

Normalmente gli enti affidanti articolano i bacini in più lotti, con l'obiettivo di garantire la massima partecipazione, salvo eccezioni motivate da economie di scala come disciplinate dall'Autorità di regolazione³⁸⁴.

Importanti compiti, infatti, vengono attribuiti all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), che, oltre ad avere l'onere di stabilire obblighi di separazione contabile tra le attività svolte in regime di servizio pubblico e le altre attività, ha il potere di intervenire nell'ambito delle procedure selettive per la scelta dell'affidatario dei servizi di TPL, con attività di regolazione relativa ai requisiti di idoneità economico-finanziaria per la partecipazione ed alla garanzia dell'accesso equo dell'affidatario ai beni immobili e strumentali indispensabili all'esercizio dei servizi³⁸⁵.

Si introduce poi esplicitamente l'obbligo della separazione tra la funzione di gestione e quella di regolazione, di indirizzo e di controllo dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, auspicandosi così il superamento del conflitto di interesse riguardante l'autorità competente per la procedura di

384 Cfr. art. 48, co. 4, d.l. n. 50/2017. La possibilità che il bacino sia articolato in più lotti trova conferma nell'art. 37 del d.l. n. 201/2011, modificato dal d.l. n. 50/2017, con cui si attribuisce all'ART la definizione dei criteri per la determinazione delle eccezioni al principio della minore estensione territoriale dei lotti di gara rispetto ai bacini di pianificazione.

385 Si prevede l'adozione di misure "relative all'acquisto, alla cessione, alla locazione o al comodato d'uso a carico dell'ente affidante, del gestore uscente e del gestore entrante, con specifiche disposizioni per i beni acquistati con finanziamento pubblico e per la determinazione nelle diverse fattispecie dei valori di mercato dei predetti beni", ovvero, per i soli servizi di trasporto pubblico ferroviario, si prevede la facoltà per l'ente affidante e per il gestore uscente di cedere la proprietà dei beni immobili essenziali e dei beni strumentali a soggetti societari specializzati.

gara, che sia al contempo anche proprietaria di uno dei concorrenti³⁸⁶.

Quello che emerge, dunque, è un quadro in cui permane una dicotomia: al decentramento delle funzioni decisionali e di programmazione si contrappone il mantenimento in capo allo Stato centrale della leva finanziaria e della tutela della concorrenza, quale ambito in progressiva espansione³⁸⁷, in virtù del legame tra le politiche di liberalizzazione e le implicazioni di finanza pubblica.

386 Cfr. art. 27, co. 12^{quater} d.l. n. 50/2017, che in tale evenienza prevede che “*l’ente affidante si avvale obbligatoriamente di altra stazione appaltante per lo svolgimento della procedura di affidamento*”. Una delle criticità emerse nell’apertura alla concorrenza dei servizi di trasporto, infatti, ha riguardato le ipotesi (frequenti) in cui le aziende di TPL sono di proprietà degli enti territoriali a cui le Regioni hanno trasferito parte delle funzioni di programmazione/organizzazione, poiché si è determinato in tali casi un serio problema di conflitto di interesse: da un lato, gli enti proprietari si sono spesso opposti all’avvio di procedure competitive, dall’altro le amministrazioni hanno operato in modo da ampliare al massimo il perimetro dei contratti affidati ai propri gestori, favorendo un aumento dei flussi di contribuzione pubblica, a prescindere da ogni considerazione sulla capacità effettiva dei servizi offerti di soddisfare le esigenze della domanda. Si v. in merito AGCM, IC47 *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 64.

387 Diverse, come già segnalato, sono le occasioni in cui la Corte Costituzionale si è trovata a dirimere conflitti di attribuzione di competenze nella materia dei servizi pubblici locali: nello specifico, con riferimento al TPL, ha chiarito che le modalità di affidamento dei servizi di TPL, la gestione delle gare e della disciplina transitoria rientrano nell’ambito materiale della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza legislativa statale (cfr. ex multis Corte Cost., sent. nn. 62 e 32/2012; n. 339, 320, 187, 123 del 2011; n. 325/2010). La materia dei trasporti, infatti, presenta diversi punti di contatto con discipline che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato, quali sicurezza e ordine pubblico, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio, tutela dell’ambiente e tutela della concorrenza (art. 117, co. 2 Cost.).

9. Il trasporto pubblico locale tra concorrenza e regolazione: la gara per l'affidamento del servizio.

I. Introduzione: il rapporto inversamente proporzionale tra l'apertura alla concorrenza ed il numero di fornitori; II. La gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico e le relative criticità; III. Segue. I possibili correttivi: la corretta perimetrazione dell'oggetto di affidamento, il contratto di affidamento, la durata della concessione e l'equilibrio economico-finanziario; IV. Segue. La durata della concessione e l'equilibrio economico-finanziario; V. La concorrenza nel mercato del trasporto pubblico locale: la fallacia del “test di compromissione” e gli obblighi di corretta programmazione

I. Introduzione: il rapporto inversamente proporzionale tra l'apertura alla concorrenza ed il numero di fornitori.

Come più volte posto in evidenza, nei servizi pubblici locali, tra i quali si annovera anche il trasporto pubblico locale, l'apertura alla concorrenza ha generalmente la funzione di favorire l'efficienza delle forniture.

Il settore del TPL, in ragione della natura decentrata dei servizi di trasporto, nonché della variazione della domanda durante l'arco della giornata e nel tempo, si presenta tuttavia come poco adatto ad essere organizzato con imprese in concorrenza tra loro all'interno dei diversi mercati in cui esse operano³⁸⁸.

L'obiettivo dell'apertura alla concorrenza, infatti, non si rinviene nella volontà di accrescere il numero dei fornitori, ma nel tentativo di individuare il fornitore più efficiente, ovvero quello in grado di produrre i servizi più a buon mercato e di qualità più elevata.

La concorrenza, dunque, attiene soprattutto agli accessi al mercato del

388 Si v. F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, 1-348, 83, secondo il quale: “questo dei trasporti è un settore particolarmente resistente ad un processo di integrale liberalizzazione, e ciò in ragione del particolare collegamento della mobilità con il territorio e dunque con i beni pubblici, e della natura di servizio pubblico del trasporto, diretto a garantire, in quanto tale i servizi oltre la marginalità del profitto”, per tale ragione, da un lato il legislatore ha liberalizzato i servizi mantenendo in mano pubblica la gestione delle infrastrutture; dall'altro ha previsto un regime concessorio, oltre ad un sistema di rilevanti sussidi statali, nel settore del trasporto pubblico locale.

trasporto pubblico locale, in presenza nella maggior parte dei casi di un unico fornitore, a cui dovrà rivolgersi il consumatore/utente³⁸⁹.

In tali termini si svolge, in una fase antecedente alla produzione del servizio, la c.d. concorrenza “per” il mercato, dove lo Stato rimane comunque responsabile, agli occhi della collettività, della qualità e dei prezzi del servizio considerato pubblico³⁹⁰.

Qualità e prezzi che, per evitare l'affermarsi di un monopolio a discapito del benessere dei consumatori e delle imprese, in contrasto con gli obiettivi della politica pubblica, devono costituire oggetto di una accurata definizione contrattuale (*ex ante*) e di uno specifico controllo (*ex post*), tale da consentire la comminazione di sanzioni e/o incentivi.

Siffatti passaggi costituiscono la sintesi della c.d. attività di regolazione, pro-concorrenziale e non solo, del comparto dei servizi di trasporto pubblico locale, attività che deve essere condotta con attenzione e con gli opportuni assetti, al fine di non condurre a risultati opposti rispetto alle attese.

II. La gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico e le relative criticità.

Il primo tema che si pone è quello della indizione della gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico.

Gara che, pur costituendo l'opzione preferibile, non costituisce un obbligo,

389 G.L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2014, 117 ss., evidenziano come l'apertura alla concorrenza dei mercati caratterizzati dal monopolio (sia esso naturale – servizi su ferro – o legale – servizio autobus), “*non comporta di per sé l'allargamento delle possibilità di scelta dei consumatori, né necessariamente la riduzione del potere di mercato delle imprese*”. A differenza di molti ambiti di mercato nei quali pubblico e privato possono coesistere in un regime di concorrenza, nel trasporto pubblico locale, nel caso dei monopoli sopra evidenziati, qualsiasi sia il regime proprietario, l'acquirente si trova a dover fronteggiare sempre un solo venditore. La preferenza è per la produzione privata, dato che le imprese pubbliche sarebbero meno incentivate a perseguire l'efficienza e più propense ad adottare strategie di ispirazione politica, trascurando i vincoli di bilancio e non perseguendo obiettivi di profittabilità. Tuttavia, la scelta della privatizzazione, secondo gli A. costituisce una scelta di compromesso “*non convinta*”: “*innanzitutto, impianti, macchinari e reti spesso è opportuno che restino pubblici per ridurre le barriere all'ingresso nelle gare successive, l'eventuale privatizzazione riguarda solo la gestione, creando non pochi conflitti gestionali e opacità nei criteri di responsabilità*”. Inoltre, “*si tratta di una privatizzazione a tempo*” ed “*è spesso solo formale, riguardando solo gli aspetti societari, ma non influenzando gli assetti proprietari che rimangono pubblici senza perciò cambiamenti sostanziali rispetto ai comportamenti e alle strategie di impresa*”. Nel c.d. decreto Burlando la misura perseguita dal legislatore, infatti, non era il superamento del monopolio, ma l'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante procedure concorsuali.

390 Si v. L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamenti dei trasporti pubblici locali*, in *Munus* 1/2015, 138 ss., con riferimento allo scarso interesse, da parte del Comune, in merito alla cattiva qualità del servizio reso, rispetto alla possibile perdita di consenso che deriverebbe dalle politiche occupazionali e di riorganizzazione che si imporrebbero al fine di spezzare la relazione tra inefficienza, alti costi e scarsa fruizione dei servizi.

se non (ed in parte, come si è detto) per il solo TPL su gomma.

La scelta di fondo espressa nell'art. 5.2 del regolamento CE n. 1370/2007 ha assunto infatti una portata generale, in attesa di una disciplina generale di riordino in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale³⁹¹, costituendo l'esternalizzazione dei suddetti servizi soltanto una possibilità e non una scelta imposta dall'ordinamento comunitario³⁹². Possibilità che deve essere oggetto di specifico vaglio tecnico-economico da parte dell'ente affidante, dovendosi procedere, ai sensi di quanto previsto dall'art. 34, co. 20 del d.l. n. 179/2012³⁹³, a dare conto in una specifica relazione tecnico-economica *“delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta”*, in modo da dimostrare l'adeguatezza e la preferibilità della forma di gestione scelta rispetto alle altre soluzioni organizzative astrattamente possibili contemplate dall'ordinamento³⁹⁴.

Si è già avuto modo di evidenziare come le gare bandite ed aggiudicate abbiano dato fin dalla loro prima introduzione (risalente per lo più al 2007) dei risultati ampiamente deludenti: *“dove non sono andate deserte, gli incumbents hanno vinto dappertutto ... [anche perchè la] base d'asta prevede sussidi troppo bassi, che soltanto i vecchi incumbents possono accettare, fiduciosi che l'azionista pagatore non li lascerà in ogni caso fallire”*³⁹⁵.

391 Si v. G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in www.federalismi.it, 20/2018, 3, segnala come sia necessario un *“intervento legislativo che si ponga come obiettivo quello di aggiornare le disposizioni vigenti in tema di trasporto pubblico locale, anche al fine di integrarle e coordinarle con le norme generali sui servizi pubblici locali, ed altresì con le normative comunitarie”*, in particolare Reg. Cen. 1370/2007 e ss.mm.ii. Sul tema in generale si v. E. Castorina, *Lezioni di diritto comparato dei servizi pubblici*, Napoli, 2017.

392 In merito alla libera scelta degli Stati membri di ricorrere al mercato o all'autoproduzione si v. M. Libertini, *Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in www.federalismi.it, 2011, n. 22; S. Del Gatto, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *GdA*, 2014, 495.

393 Cfr. d.l. n. 179/2012, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

394 Cfr. Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in www.giustizia-amministrativa.it, precisa che è necessario che una determinata forma di gestione, piuttosto che un'altra, debba conseguire ad una valutazione comparativa dei costi e benefici così come prevedibilmente derivanti dall'una o dall'altra soluzione ipotizzabile

395 A. Boitani, *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 198 ss.; Idem, *I trasporti del nostro scontento*, Bologna, 2012. Si v. M. Ponti, *I trasporti pubblici locali, cronaca di una morte annunciata*, in *Il Mulino*, 2014, 39, evidenzia come nel corso del 2010 sono state effettuate un centinaio di gare per l'affidamento delle concessioni, il 99% delle quali vinte dalle aziende pubbliche già operanti (*incumbents*). Alcuni studi, oltretutto, hanno evidenziato una tendenza in Europa al c.d. insourcing di servizi pubblici già privatizzati, c.d. effetto pendolo, si v. H. Wollmann, G. Marcou, *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary*, in H. Wollmann, G. Marcou, *The provision of public services in Europe. Between State, Local*

Siffatto risultato è da ricondurre ad alcuni fattori, che risultano impliciti al settore e che necessitano di un costante lavoro di riforma, al fine di essere eliminati o quantomeno modulati in funzione pro-concorrenziale.

Innanzitutto, sussiste una inevitabile asimmetria informativa tra chi già opera sul mercato e chi invece vuole entrarvi, oltretutto spesso i regolati sono per la gran parte aziende possedute dalle amministrazioni locali³⁹⁶, che perseguono, anche se non esplicitamente, obiettivi di favore nei confronti degli *stakeholder* (aumentare il numero di occupati, aumentare le retribuzioni dei dipendenti, ecc.), contribuendo a creare disavanzi di gestione crescenti³⁹⁷, derivanti soprattutto dalla definizione di tariffe inferiori ai costi minimi di produzione, che riducono notevolmente l'incentivo alla partecipazione alle gare.

Siffatti disavanzi di gestione non trovano una giustificazione nella natura del servizio di trasporto, che non è un bene pubblico, quanto piuttosto

Government and Market, 2010, Cheltenham, 240 ss. La stessa AGCM, nel 2013, ovvero sedici anni dopo il decreto Burlando, osservava che le gestioni del trasporto pubblico locale erano ancora caratterizzate, nella maggior parte delle Regioni, da una mancata conformazione al quadro regolamentare applicabile e spesso connotate da diffuse irregolarità in relazione: i) all'organizzazione dei servizi; ii) alle modalità di affidamento degli stessi, che in molti casi di società pubbliche di gestione non rispettano i requisiti dell'in house, o in altri casi si sostanziano in affidamenti diretti a terzi senza gara, spesso inoltre oggetto di ripetute proroghe; iii) alla mancata trasparenza dei contratti; iv) all'efficienza e regolazione dei rapporti contrattuali; v) alla sovrapposizione di attività in monopolio e in concorrenza in capo ai soggetti affidatari, e, infine, vi) alle modalità di determinazione delle compensazioni concesse a fronte dell'assolvimento degli oneri di servizio pubblico che non appaiono rispettare criteri di orientamento ai costi efficienti. Lo stesso Reg. CE n. 1370/2007 e gli studi economici disponibili hanno messo in evidenza la corrispondenza tra alti costi di produzione dei servizi, loro bassa qualità e scarsa utilizzazione da parte degli utenti con la circostanza che la loro assegnazione avvenga senza gara a società partecipate dagli enti locali. Si v. L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, cit., il quale parla di “corto-circuito politico”, che si verificherebbe in quanto “le società incaricate dell'insieme dei servizi pubblici di trasporto in sede locale appaiono irrimediabilmente in perdita per ragione del fatto che mostrano un eccesso di personale (accadendo ciò perchè esse sono vittime di politiche occupazionali, quando non clientelari che non hanno relazione con la qualità del servizio da prestare), ovvero sono amministrate in modo inefficiente. Ne consegue che il ceto politico locale [...] mostra un significativo interesse alla conservazione della situazione in essere, lasciando che le società si indebitino sempre di più per creare vantaggi estranei alla realizzazione del servizio, senza che l'indebitamento si consolidi con quello del Comune”.

396 Il riferimento è ai c.d. fenomeni di “cattura del regolatore” e “cattura del regolato”, derivanti soprattutto dalla coincidenza tra l'ente proprietario delle imprese partecipanti alla gara e l'ente che indice la gara pubblica di selezione del fornitore del servizio. Si è già messo in evidenza come la normativa nazionale, pur promuovendo la concorrenza per il mercato, ha manifestato nel tempo cedimenti fatali alle pressioni delle aziende e degli enti proprietari. Oltre al continuo rimandare nell'applicazione della disciplina, si è consentito ai Comuni che bandiscono la gara di partecipare alla stessa con l'azienda da loro controllata. Si è poi ventilata l'ipotesi di escludere dalla partecipazione anche concorrenti di paesi europei con argomentazioni di mancata reciprocità. Oltretutto, è stato messo a punto un sistema complesso di “servizi minimi” che le amministrazioni sono tenute a garantire, indipendentemente dai costi e dalla domanda reale, privilegiando il lato dell'offerta a discapito dell'efficienza gestionale e della qualità del servizio a beneficio dell'utenza e dei contribuenti.

397 I disavanzi di gestione crescenti sarebbero resi possibili anche dalla forte contribuzione pubblica che riguarda il mercato dei TPL, si v. quanto emerso dalla indagine conoscitiva dell'AGCM IC47: *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, conclusasi nel 2016, dalla quale emerge che: “il tasso di copertura dei costi da parte dei ricavi tariffari risulta molto basso in Italia: in media circa il 30% dei costi, se si guarda solo al TPL su gomma; il 38% considerando tutte le modalità di trasporto”, in www.agcm.it.

nell'esistenza di asserite esternalità ambientali e ragioni sociali, che, attraverso la previsione di un costo ridotto del biglietto, avrebbero l'effetto di incentivare i cittadini all'utilizzo del trasporto pubblico locale, con conseguente diminuzione del traffico (e conseguenti minori emissioni) ed agevolazione alla realizzazione del diritto di mobilità per le fasce della popolazione a reddito più basso³⁹⁸.

Tra i principali fattori che influiscono maggiormente sulla decisione delle amministrazioni di bandire o meno le gare vengono infatti in considerazione: la natura dei vincoli finanziari a cui gli enti sono assoggettati, il grado di trasparenza delle decisioni delle amministrazioni ed i timori di carattere “sociale” riguardanti i possibili risvolti occupazionali derivanti dallo svolgimento di procedure di selezione, in grado di sovvertire lo stato occupazionale esistente³⁹⁹.

La prevalenza nel sistema italiano di un modello di finanza derivata, per cui è lo Stato, soggetto distinto da quello che pianifica e affida i servizi, ad affidare la maggior parte delle risorse, ha impedito l'instaurarsi di un forte rapporto direttamente proporzionale tra risorse pubbliche impiegate ed i risultati ottenuti, potendo gli enti confidare comunque su un trasferimento di fondi, indipendentemente dall'efficienza dei servizi resi.

Siffatta condizione è stata anche resa possibile dall'opacità dei processi decisionali sottesi all'operato delle amministrazioni nel momento in cui

398 In senso critico rispetto alle motivazioni poste a fondamento della riduzione delle tariffe, si v. G.L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, cit., 124 ss., i quali rilevano che la strategia inerente all'abbassamento delle tariffe in realtà si presenta poco efficiente, in quanto è meglio internalizzare le esternalità direttamente che non tentare di eliminarle attraverso le elasticità incrociate; oltre ad essere poco efficace, perchè l'elasticità incrociata alle tariffe del trasporto pubblico locale da parte di chi usa l'automobile, a causa dell'elevato valore del tempo nelle società industriali, è bassa. Oltretutto, ad essere favorite non sarebbero le fasce della popolazione più povere, ma quelle più ricche, dato che le aree di gran lunga meglio servite dal trasporto pubblico sarebbero i centri storici a discapito delle zone periferiche (caratterizzate dall'esilità delle “*linee di desiderio*”), normalmente abitate da ceti operai. I medesimi A. ricordano anche l'effetto “*Mohring*” in base al quale sussidiando un servizio di trasporto pubblico locale se ne aumenterebbe l'utenza, il che comporta necessariamente un aumento del numero delle corse. Per approfondimenti in merito si v. H. Mohring, *Optimization and scale economies in urban bus transportation*, in *American economic review*, 1972, 591 ss.

399 Un aspetto critico delle gare espletate è stato individuato nella previsione di clausole sociali eccessivamente ampie: per tale ragione il Regolamento sul bando tipo dell'ART specifica alcune misure inerenti il trasferimento del personale dal gestore uscente a quello entrante (cfr. del. ART 49/2015, all. A, Misura 8, in *www.autorita-trasporti.it*. Si v. da ultimo la del. ART. 154/2019, all. A, Misura 21, relativa alla disciplina del trasferimento di personale, in *www.autorita-trasporti.it*). Anche l'AGCM è intervenuta in merito, sottolineando come sia essenziale che la clausola sociale non sia troppo estesa, quanto piuttosto definita in modo tale che eventuali limiti e restrizioni siano compatibili con l'organizzazione dell'impresa subentrante. L'esigenza di mantenimento dei livelli occupazionali deve infatti trovare un giusto temperamento con gli obiettivi di risparmio di spesa pubblica e con il rispetto della libertà di organizzazione del lavoro dell'impresa. Cfr. AGCM, Parere AS1260 reso al Comune di Fiumicino (RM) – *Gara per l'affidamento dei servizi di rete TPL integrati con i servizi di trasporto scolastico*, in Boll. 7/2016, in *www.agcm.it*.

decidono se ricorrere o meno alla gara.

Nonostante le indicazioni provenienti anche dall'ordinamento comunitario in merito al rispetto dei principi di trasparenza, economia ed efficacia per ciò che riguarda le decisioni di affidamento *in house* è spesso prevalso un atteggiamento poco propenso ad una dichiarazione esplicita delle valutazioni comparative tra i benefici dell'affidamento diretto e quello tramite gara.

Ciò anche in ragione del mai esplicitamente dichiarato timore del “prezzo sociale” troppo elevato che potrebbe essere richiesto in caso di cambio di gestione del servizio a seguito di una selezione ad evidenza pubblica.

A fronte della vittoria di un nuovo operatore il gestore *incumbent*, infatti, si troverebbe costretto a cessare interamente la propria attività, con inevitabili e costose conseguenze sulla forza lavoro, soprattutto in un settore, come quello del trasporto pubblico locale, che si può definire senza dubbio *labour intensive*.

La realtà di fatto, dunque, pone l'osservatore dinnanzi ad una resistenza all'applicazione di disposizioni che introducono meccanismi concorrenziali (a favore di scelte politiche di natura clientelare o che utilizzano le aziende di gestione di servizio pubblico come ammortizzatori sociali) e ad un sistema che produce una corrispondenza tra inefficienza del servizio, suo scarso utilizzo e conservazione delle gestioni in essere⁴⁰⁰. L'obiettivo della gara si pone dunque nell'individuazione dell'impresa più efficiente a cui affidare il servizio, così da abbattere i costi, con un vantaggio per gli utenti ed i contribuenti.

L'ordinamento, infatti, impone che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati, “*deve rispondere ai principi di economicità ed efficienza*” (art. 18, co. 1, d.lgs. n. 422/1997).

Nel solco di un'efficace politica della concorrenza che dovrebbe, in linea di principio, produrre le seguenti conseguenze nel mercato: prezzi inferiori, incremento della produzione, maggiore varietà e qualità dei prodotti, miglioramento dei servizi, maggiore innovazione e soprattutto

400 Si v. L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, *Munus*, n. 1/2015, 130 ss.

una maggiore libertà di scelta per il consumatore⁴⁰¹.

III. Segue. I possibili correttivi: la corretta perimetrazione dell'oggetto di affidamento, il contratto di affidamento.

Al fine di rendere possibile siffatta evenienza occorre che si integrino alcuni elementi dell'architettura della gara indispensabili per una sua corretta esplicazione.

Si pone innanzitutto una questione definitoria, riguardante l'estensione della nozione di servizio pubblico, ovvero la perimetrazione dell'oggetto dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale.

La normativa di settore prevede per il trasporto pubblico locale una liberalizzazione fondata su due pilastri: quello dell'affidamento del diritto a gestire il servizio in regime d'esclusiva tramite procedure ad evidenza pubblica (nucleo forte del servizio pubblico); quello del regime autorizzatorio, senza oneri a carico della pubblica autorità.

Senza potersi dilungare in questa sede sul tema generale della nozione di servizio pubblico locale, sulla quale si confrontano impostazioni concettuali diametralmente opposte⁴⁰², un nodo cruciale consiste nella individuazione del modo più appropriato per selezionare i servizi da offrire in concorrenza “nel” mercato, togliendoli dal novero dei servizi programmati.

In tal modo, si collegherebbe l'affidamento soltanto a quei segmenti di servizio per i quali ci si trova di fronte ad un fallimento del mercato, ovvero a quelle ipotesi in cui nessun operatore di mercato assumerebbe alle

401 Si v. G.A. Bermann, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa*, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, cit., 28 ss.

402 Ad essere oggetto di confronto sono le impostazioni soggettiviste (si v. per approfondimenti, G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987), per le quali il servizio potrà dirsi pubblico solo in quanto imputabile all'amministrazione; oggettiviste (si v. U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964), per le quali l'aggettivo consegue alla natura dell'attività di servizio, indipendentemente dalla natura soggettiva del titolare; scettiche, le quali dubitano della stessa esistenza di una nozione di servizio pubblico. Per approfondimenti, L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, 1/2015, 141; Id., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001. Per approfondimenti, si v. N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999. Per approfondimenti in merito alla nozione di servizio pubblico, si v. anche Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, cit., 60 ss. L'A. ricostruisce la nozione di “servizio di interesse economico generale”, nonché la nozione di “servizio universale” di derivazione comunitaria. Molteplici sono i contributi dottrinari in materia. Si v. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

condizioni tariffarie imposte lo svolgimento del servizio se non vi fosse il concorso di provvidenze pubbliche.

Siffatta impostazione si distingue nettamente dalla visione che intenderebbe identificare l'oggetto dell'affidamento come riferibile all'intera offerta dei servizi di trasporto pubblico locale per un dato ambito territoriale omogeneo, identificando il servizio pubblico locale come un'attività unitaria, oggetto di una riserva monopolistica all'ente pubblico a fronte di una concessione unitaria⁴⁰³.

Ciò avrebbe il pregio di consentire con maggiore efficacia il superamento della situazione di inefficienza sopra evidenziata.

Secondo questo schema, in base al quale ad essere posta in gara sarebbe esattamente una singola porzione omogenea del trasporto pubblico locale oggetto di finanziamento pubblico, i vantaggi risulterebbero molteplici.

Sarebbe infatti assicurata la trasparenza dei costi di ciascun servizio, tratta e segmento dell'attività, impedendosi una confusione dei costi sulla molteplicità dei servizi e l'utilizzo improprio del contributo pubblico per ragioni estranee al servizio stesso, superando progressivamente anche il sistema di finanziamento costruito sulla base della spesa storica⁴⁰⁴.

Oltretutto, il diretto collegamento dell'affidamento con la singola prestazione oggetto di provvidenza pubblica a compensazione degli oneri di servizio pubblico, consentirebbe di introdurre un “processo virtuoso

403 In senso critico con riferimento a siffatta prospettiva, in quanto non sarebbe sorretta dalla riserva in capo all'ente pubblico dell'attività nel suo complesso ex art. 43 Cost., con sottrazione della possibilità di prestazione del servizio all'iniziativa privata, si v. sempre L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, cit., 136 ss. Si v. in merito anche Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, cit., 49 ss., il quale, dopo aver ricordato la natura innanzitutto di carattere politico della nozione di servizio pubblico, in base alla quale “*servizio pubblico significa semplicemente una verità fondamentale, ossia che le differenti attività del campo sociale, in un determinato momento e in una data società, non vengono percepite con la stessa importanza. Al contrario, esse vengono gerarchizzate*”, secondo parametri contingenti e che si evolvono con i tempi ed a seconda dei differenti sistemi sociali, che coesistono o si succedono, critica fortemente l'identificazione del servizio pubblico con il monopolio. Siffatta identificazione, infatti, secondo l'A. corrisponde “*sempre meno alla realtà*”, in considerazione della privatizzazione dei servizi pubblici, delle riforme di decentramento e di trasferimento delle competenze dallo Stato alle collettività locali, nonché in ragione dell'apertura alla logica della concorrenza.

404 Si deve siffatta ricostruzione a L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, cit., 135 ss., il quale riconosce come siffatta impostazione appartiene “*più al fatto che al diritto*”, prestandosi maggiore attenzione alla patologia dell'applicazione delle norme, rispetto alla loro esegesi. “*Tuttavia, sembra che – almeno in questo caso – vi sia una coincidenza tra migliore interpretazione giuridica del dato normativo ed applicazione preferibile in relazione alla situazione di fatto [...] giacchè l'oggetto della gara per l'assegnazione dei singoli segmenti di servizio oggetto di incentivazione consente di delimitare il perimetro dei vantaggi assegnati alle imprese, di correlarli puntualmente alle diseconomie imposte dagli obblighi di servizio pubblico e di vedere il confronto concorrenziale anche su questi segmenti; ne verrebbe scardinato il sistema che ha condotto alla pessima situazione di fatto in essere*”.

circolare”, nel senso che, pur mantenendosi un'assoluta discrezionalità in capo alle amministrazioni nel decidere il perimetro del servizio oggetto dell'affidamento, seppure nei limiti del rispetto dei principi e dei criteri dell'ordinamento comunitario⁴⁰⁵, si verificherebbe una maggiore apertura alle ipotesi di concorrenza nel mercato.

La corretta delimitazione dei servizi che presentano o una domanda iper-debole e che riguardano linee meno profittevoli (che dunque gravano maggiormente sui gestori e di conseguenza sui fondi a titolo di corrispettivo) ovvero dei servizi su cui insiste una domanda ad alta intensità presentandosi poco idonei ad una concorrenza per il mercato avrebbe così la funzione di aumentare gli spazi per togliere dal perimetro dei contratti programmati tutti quei servizi che non sono idonei ad essere oggetto di gara, determinando un effetto netto sul peso dei contributi, che può essere neutro, se non addirittura positivo⁴⁰⁶.

Siffatta operazione può essere definita come di “deregolazione”, o meglio “ri-regolazione”, con cui si intenderebbe ridurre o eliminare i vincoli imposti a livello governativo sulla condotta degli operatori economici, riformulandoli ed introducendo strumenti in grado di operare controlli governativi sul settore privato più flessibili.

Risultano dunque estremamente rilevanti a tal fine gli aspetti di carattere programmatico.

In particolare, diventa prioritario svolgere un'analisi sui fabbisogni di mobilità.

405 Il riferimento si può rivolgere alla giurisprudenza del TAR Campania riguardante i collegamenti marittimi nel Golfo di Napoli: il giudice ha annullato gli atti della Regione che ridefinivano i servizi minimi (soggetti ad OSP) e quelli residuali (autorizzati ed esercitabili in regime di concorrenza nel mercato) e bandivano una gara, poiché “*gli stati membri possono imporre obblighi di servizio pubblico e concludere contratti di servizio pubblico solo se hanno appurato per ognuna delle rotte in questione che i servizi di trasporto regolare risulterebbero inadeguati qualora la loro fornitura fosse lasciata alle sole forze di mercato*”. Il giudice in tale caso ha qualificato le condotte dell'amministrazione regionale campana ascrivibili all'errore manifesto. Le amministrazioni, infatti, mantengono un dovere di verifica – nonostante l'abrogazione dell'art. 4 d.l. n. 138/2011, a seguito della sent. Corte Cost. n. 199/2012 – circa la possibilità di offrire servizi a condizioni commerciali togliendoli dal novero dei servizi programmati e contribuiti.

406 Cfr. AGCM, Indagine conoscitiva IC47: *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in www.agcm.it, 14 e 143 e ss. In particolare, l'AGCM richiama l'esempio del modello organizzativo del Regno Unito (con eccezione della città di Londra) per il tpl su gomma: siffatto sistema si caratterizza per l'assenza di una pianificazione ex ante del perimetro dei servizi sottoposti ad OSP, dato che è il mercato a decidere quali servizi siano effettuabili in concorrenza, demandando invece ad un sistema di gara (con eventuale sussidio), soltanto quelli per cui non si manifesta alcuna offerta di mercato (c.d. “fallimento sperimentato del mercato”). L'AGCM evidenzia come gli effetti di tale modello organizzatorio non siano completamente soddisfacenti, tanto che l'autorità di concorrenza britannica ha deciso di valutare ulteriori e differenti soluzioni, anche di carattere intermedio, per lo sviluppo della concorrenza nel mercato (c.d. contratti di *overlapping* o *parallel franchise*).

In questo modo, si potrebbero individuare quei servizi che risulterebbe più conveniente (sia dal punto di vista economico, che da quello sociale) offrire a condizioni concorrenziali, tenendo in considerazione i rapporti di sostituzione intramodali (bus su bus) ed intermodali (bus su treno; bus su servizi commerciali/servizi non di linea)⁴⁰⁷.

Oltre alle questioni inerenti alla corretta perimetrazione dei servizi minimi, che risulta particolarmente complessa in ragione delle peculiarità dei servizi di trasporto pubblico locale ai quali non risultano applicabili le buone pratiche adottate per gli altri servizi a rete, si impongono alcune considerazioni in merito alla corretta delimitazione dei bacini di programmazione.

Occorre infatti stabilire quale sia il livello territoriale da considerare per l'esercizio delle funzioni di indirizzo, programmazione e pianificazione, in quanto esso deve essere espressione di esigenze trasportistiche omogenee che devono essere valutate in modo unitario.

Non risulta infatti corretto fare coincidere, in modo aprioristico, i bacini di programmazione con i lotti di affidamento e con l'area geografica corrispondente a quella in cui si esercitano le competenze degli enti territoriali⁴⁰⁸.

Identificare l'estensione dei bacini sulla base dei confini amministrativi comporta infatti notevoli criticità⁴⁰⁹, poiché esistono situazioni in cui la

407 Con riferimento alla necessità di apertura, da parte delle amministrazioni, nel considerare tra i servizi intermodali anche soluzioni di mobilità esterne all'usuale perimetro del trasporto pubblico locale, come i servizi commerciali offerti dall'operatore ferroviario NTV consistenti nel collegamento tramite bus di una serie di centri della Pianura Padana situati in varie Regioni con la nuova stazione AV Parma/Reggio Emilia Mediopadana, ovvero i servizi taxi e NCC, o ancora, i servizi innovativi di sharing economy, cfr. AGCM, *IC47 Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, cit., 145 ss.

408 In merito, si vedano le proposte dell'AGCM e dell'ART, che auspicano un accentramento delle competenze. In particolare, ad avviso dell'AGCM risulta indispensabile una semplificazione della governance multivello che sovrintende alla gestione del settore del TPL: occorrerebbe, infatti, un accentramento delle competenze al più alto livello possibile (dunque almeno regionale nell'attuale quadro di riferimento) anche al fine di allontanare e depotenziare i conflitti di interesse, che in genere si trovano a livello provinciale e comunale, tra ente locale e società di gestione, cfr. AGCM, *IC47 Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in *www.agcm.it*, 147; si v. anche ART, Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità, 21 maggio 2015, con cui si auspicava di rimettere alle Regioni l'individuazione dei bacini ottimali di gestione dei servizi di taxi e NCC in ragione della natura economica, culturale e turistica dei territori, nonché delle funzioni amministrative inerenti la fissazione del relativo fabbisogno numerico di autovetture, ampliando così l'ambito di gestione dei servizi di ambito comunale.

409 Si v. in merito quanto evidenziato dall'AGCM, *IC47 Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, in *www.agcm.it*, 110 ss., che, nell'osservare alcune delle gare svolte in Italia, nell'ambito delle quali è stato svolto un ruolo di *advocacy* da parte della stessa Autorità, ha posto in evidenza come in tutti i casi l'oggetto della gara fosse rappresentato dall'affidamento del servizio con riferimento all'intero bacino regionale e, con la sola eccezione della Campania, non fosse prevista alcuna divisione in lotti. Secondo l'autorità siffatta

domanda esprime esigenze di mobilità che coinvolgono più enti locali o anche più Regioni.

Oltretutto, se la programmazione fosse ispirata a logiche anche industriali ed economiche, i servizi di trasporto pubblico locale non dovrebbero più porsi come tipologie contrapposte o estranee alle altre modalità di trasporto pubblico non di linea, ma come servizi finalizzati alla soddisfazione del medesimo bisogno, in una prospettiva di integrazione.

Ciò consentirebbe alle amministrazioni di prendere in considerazione anche i rapporti di sostituzione intermodali oltre a bacini di programmazione più ampi che siano in grado di tenere conto anche della interconnessione degli scambi tra Regioni limitrofe, oltre che delle economie di scala nella promozione di una mobilità pubblica di più ampio respiro.

Con una particolare attenzione, a non limitare la concorrenza attraverso la previsione di requisiti di partecipazione, sorti dall'esigenza di predisporre gestioni integrate, in particolare quelle ferro/gomma, che avrebbero un impatto potenzialmente negativo in termini concorrenziali *“poiché sono pochissimi gli operatori in grado di fornire entrambi i servizi ed in genere si tratta degli incumbent nel trasporto ferroviario”*⁴¹⁰.

Oltre ai bacini di programmazione⁴¹¹ rileva anche la corretta estensione

impostazione costituisce una criticità in grado di determinare esiti non tanto diversi da quelli a cui si perverrebbe ove si adottassero modalità non competitive di affidamento, con il rischio “che la gara finisca per confermare, senza effettivi risparmi di costo, le gestioni degli operatori *incumbent*”, senza la possibilità, in queste circostanze, di attivare i meccanismi che penalizzano le amministrazioni che non ricorrono alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica (cfr. pag. 107). Il tema della dimensione dei lotti è stato affrontato sempre dalla stessa AGCM anche nell'ambito del parere reso all'ART sullo schema di Regolamento per il bando tipo: in tale sede l'Autorità aveva voluto sottolineare che *“gli obiettivi di miglioramento delle condizioni concorrenziali nelle gare del TPL, perseguiti dall'atto di regolazione, rischiano di essere vanificati poiché il provvedimento non affronta il tema della dimensione dei lotti di gara ed in particolare le criticità concorrenziali connesse con lo svolgimento di gare a lotto unico, soprattutto laddove il lotto è particolarmente ampio poiché coincidente con l'intero bacino regionale”*. AS1197 Schema di atto di regolazione in materia di gare del trasporto pubblico locale del 22 aprile 2015 in *Boll. n. 21/2015*.

410 Cfr. AGCM, IC47 *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, cit., 62 ss. Siffatta impostazione è stata richiamata anche a livello giurisprudenziale, da diverse sentenze del TAR Piemonte. In particolare, merita un richiamo la sentenza TAR Piemonte, 8 gennaio 2019, n. 30, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui si richiama un proprio precedente giurisprudenziale secondo il quale: *“La soluzione di abbinamento necessario ferro-gomma appare ampiamente discutibile alla luce delle stesse valutazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato espresse nell' “Indagine conoscitiva IC47, condizioni concorrenziali nel mercato del trasporto pubblico locale, del 1° giugno 2016”*; in tale documento è stato posto in evidenza come sia controversa la possibilità di raggiungere economie di scopo in relazione all'integrazione tra tipologie diverse di servizio (es. ferro-gomma)”. Cfr. sentenza TAR Piemonte, sent. n. 219/2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si conferma la portata certamente restrittiva della concorrenza, in grado di penalizzare le piccole e medie imprese, della scelta di abbinare i servizi ferro e gomma.

411 Per la definizione di bacino di programmazione, cfr. Glossario, all. A, Del. ART n. 49/2015, in *www.autorita-*

della dimensione dei lotti di gara⁴¹².

Le esperienze di gara finora avveratesi, anche a livello internazionale, hanno infatti evidenziato come la dimensione del lotto unico, normalmente di estensione regionale, sia in grado di incidere negativamente sui risparmi di costo possibili⁴¹³ e sulla possibile apertura alla concorrenza⁴¹⁴.

Anche se la scelta del bacino unico e del lotto unico conducono quasi naturalmente al conseguentemente affidamento con procedura ad evidenza pubblica, questo non preclude che a partecipare e ad aggiudicare l'affidamento sia solo l'*incumbent*.

Ove si decidesse di ricorrere al lotto unico, dunque, si dovrebbe adottare una adeguata motivazione, con cui si evidenzino le ragioni poste a fondamento della deroga ai principi di parità di trattamento e non

trasporti.it secondo il quale, per bacino di programmazione si intende: «livello territoriale, di norma regionale, per l'esercizio delle funzioni di indirizzo, pianificazione, programmazione; costituisce il punto di riferimento della governance dei servizi».

412 Per la definizione di bacino o lotto di gara, cfr. Glossario, all. A, Del. ART n. 49/2015, in *www.autorita-trasporti.it* secondo il quale, per bacino o lotto di gara si intende: «ambito geografico che ottimizza il numero di partecipanti ai fini della contendibilità della gara, garantendo l'efficienza e l'efficacia del servizio in relazione alla sussistenza di economie di scala, di densità e di complementarità o di ampiezza».

413 Sul rapporto tra numero di partecipanti alle gare e costi operativi si v. lo studio condotto sulle gare svoltesi a Londra, nel periodo dal 2003 al 2006, che dimostra come la procedura di gara sia in grado di ridurre il prezzo a base d'asta quando il numero di partecipanti sia superiore a 2, con una minimizzazione del prezzo quando i partecipanti aumentino a 5, cfr. M. Amaral, S. Saussier, A. Yvrandebillon, *Does competition for the field improve cost efficiency? Evidence from the London Bus tendering model*, CNI Working paper, 2006-14. In merito si v. il caso verificatosi nella Regione Toscana, che ha individuato un unico bacino ottimale direttamente con l'art. 84 della l.r. n. 65/2010, con il quale si è prevista l'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma con unico lotto, salvo eccezioni per singoli servizi in area a domanda debole. La gestione degli affidamenti avviene in base ad una convenzione tra la Regione, le Province ed i Comuni, con la creazione di un ufficio unico per lo svolgimento delle funzioni amministrative. In tale ipotesi la Regione Toscana ha deciso di procedere con affidamento con gara, l'affidamento in house, infatti, avrebbe comportato delle problematiche pratico-applicative e gestionali connesse con la struttura del lotto unico in rapporto alle molteplici aziende preesistenti. Per un approfondimento sul lotto unico in Toscana, si v. P. Lattarulo, M. Massaro, L. Piccini, *Competizione per il mercato e concentrazione industriale nei servizi di trasporto pubblico locale: l'esperienza Toscana*, 2016, in *www.sipotra.it*. Esperienza diversa, invece, quella della Regione Lombardia, che con la legge regionale n. 6/2012 ha previsto la tripartizione del territorio regionale in più bacini corrispondenti al territorio delle province esistenti e della città metropolitana di Milano, che possono anche aggregarsi tra di loro. La gestione in questo caso viene sempre affidata all'associazione degli enti locali comunali e di area vasta del territorio di riferimento con una differenza rispetto alla Regione Toscana, derivante dall'esistenza di più bacini di mobilità, che possono declinarsi ulteriormente in diversi lotti (anche per singoli Comuni). In tali ipotesi sembra agevole ipotizzare soluzioni differenziate relative alla modalità di affidamento prescelta: consentendosi l'affidamento in house in alcuni lotti e la gara pubblica in altri (*i.e.*: per il trasporto extraurbano), in modo tale da rispettare la percentuale di riserva dell'affidamento con gara (il 10% previsto dall'art. 4bis del d.l. n. 78/2009) e da limitare l'effetto di disincentivo finanziario posto dalla norma statale di cui all'art. 27, co. 2, lett. d) del d.l. n. 50/2017.

414 La decisione di bandire gare regionali a lotto unico rinviene la propria motivazione in logiche di natura politica, nonostante il tentativo delle amministrazioni di motivare siffatta determinazione con esigenze di razionalizzazione della gestione dei servizi di tpl attraverso una riduzione del numero dei contratti, così da ridurre i costi di transazione ed aumentare l'efficienza grazie allo sfruttamento di rendimenti di scala crescenti. Sull'inconsistenza di siffatte argomentazioni, si v. quanto affermato dall'AGCM, IC47, *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, cit., 118 ss., con cui si riportano le risultanze degli studi empirici e le esperienze internazionali che mettono fortemente in dubbio l'esistenza di economie di scala nel settore del tpl, soprattutto con riguardo al trasporto su gomma.

discriminazione, posto in che in tale modo si verificherebbe una riduzione significativa del numero di partecipanti alle gare.

Una soluzione a siffatte criticità dovrebbe rinvenirsi in una programmazione efficiente delle gare ed in un dimensionamento ristretto dei lotti, così da far emergere effettive economie di scala (o di scopo) nel corso dello svolgimento della procedura di gara, garantendosi un effettivo livellamento del terreno di gioco.

La normativa, infatti, è tutta a favore di lotti aggregevoli dalle piccole medie imprese (PMI) e caratterizzata dal principio “*apply or explain*” per il quale le deroghe alla formazione dei lotti richiedono esplicito chiarimento⁴¹⁵, demandandosi all’Autorità di Regolazione dei Trasporti di individuare specifiche eccezioni rispetto alla composizione dei lotti ordinariamente disegnata dal legislatore⁴¹⁶.

Siffatta soluzione dovrebbe essere integrata anche dalla previsione di misure dirette ad esternalizzare la gestione delle infrastrutture, ovvero dirette a consentire a soggetti terzi di gestire e mettere a disposizione, a condizioni di mercato ed a chiunque ne faccia richiesta, le infrastrutture necessarie allo svolgimento del servizio (materiale rotabile, depositi).

I partecipanti alle gare potrebbero così esprimere offerte differenti in funzione dell'esperienza maturata, della capacità finanziaria e di elementi che riguardano il merito e non indebiti vantaggi preesistenti (asimmetrie informative, disponibilità del materiale rotabile o di depositi, ecc.).

Il rischio, altrimenti, sarebbe ancora una volta quello di promuovere gare per cui soltanto l'*incumbent* risulterebbe in possesso dei requisiti di partecipazione.

Rilevanti poi sono anche gli aspetti di carattere economico che riguardano l'oggetto dell'affidamento.

Il nuovo entrante deve conoscere i costi di produzione del servizio, così da evitare la c.d. “*maledizione del vincitore*”, che si realizza in presenza di forti asimmetrie informative sulla redditività e sui costi del servizio qualora un potenziale entrante si aggiudicasse una gara sovrastimando i margini del profitto e sottostimando i relativi costi⁴¹⁷.

415 Cfr. art. 48, d.l. n. 50/2017.

416 Cfr. ART, del. n. 48/2017, in www.autorita-trasporti.it.

417 Si v. G.L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale, cit.*,

In merito risultano valide anche alcune considerazioni sulla tipologia dei contratti posti in essere.

I contratti di affidamento *gross cost*, che non richiedono il possesso di importanti informazioni per predisporre gli atti di gara e pongono in capo al gestore solo il rischio industriale demandando il rischio commerciale in capo all'ente pubblico, risultano infatti preferibili soltanto in una prima fase di apertura del servizio alla concorrenza.

Superata tale fase risultano generalmente preferibili i contratti di affidamento *net cost*, con cui si attribuiscono sia il rischio industriale che i rischi commerciali in capo al gestore, con evidenti vantaggi in termini di finanza pubblica e di responsabilizzazione dei soggetti partecipanti alle gare, garantendosi così una maggiore probabilità di individuazione e selezione di quelli tra loro più efficienti⁴¹⁸.

Il contratto di servizio *net cost*, infatti, richiede in capo all'impresa affidataria una solida struttura imprenditoriale, idonea ad arginare i rischi a cui essa soggiace: per tale ragione si ritiene opportuno disciplinare in sede contrattuale l'esercizio delle competenze in merito alla determinazione delle tariffe, garantendo una qualche autonomia al riguardo in capo allo stesso gestore del servizio.

Autonomia comunque circoscritta ad oscillazioni tra valori limite preventivamente stabiliti dalle regioni e dagli enti locali, ed ora anche dall'autorità di regolazione dei trasporti⁴¹⁹ (cfr. principio del c.d. *price*

123 ss.

418 Per un attento approfondimento delle due tipologie maggiormente rappresentative del contratto *gross cost* e del contratto *net cost*, che si differenziano in relazione a due parametri essenziali, ovvero il rischio industriale – connesso alla eventualità che i costi di esercizio eccedano i costi previsti – ed il rischio commerciale – relativo al potenziale rischio che i ricavi tariffari siano inferiori rispetto a quelli preventivati –, si v. S. De Donatis, *Le procedure di gara nel trasporto pubblico locale*, in *La riforma del trasporto pubblico locale* (a cura di A. Claroni), Bologna, 2004, 153 e 154. Parte della dottrina individua poi una terza tipologia contrattuale, quella rappresentata dal c.d. *management contract*, di derivazione francese. In tali ipotesi il rischio industriale e quello commerciale sono a carico dell'ente affidante. Il gestore, in tali ipotesi, riceve una remunerazione che è in generale indipendente dal risultato raggiunto. Si v. Boitani, Cambini, *Il trasporto pubblico locale in Italia. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2002, 56. Sul punto si v. le considerazioni di A. Claroni, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, cit., 171, il quale non può fare a meno di rilevare come un contratto di servizio *gross cost* “*possa, potenzialmente, spingere il soggetto affidatario a porre in essere una politica gestionale rivolta ad un mero contenimento dei costi di esercizio, senza tuttavia stimolarlo ad un miglioramento del servizio tale da potere comportare, conseguentemente, un accrescimento dei ricavi da traffico*”. Per tale ragione, nella prassi è emersa anche la figura del contratto di servizio *gross cost* incentivante, con cui, al normale regime contrattuale del *gross cost* si associa una serie di clausole (c.d. *bonus/malus*) strettamente connesse ai ricavi da traffico.

419 Cfr. art. 37, co. 2, lett. g): nel settore autostradale, l'ART definisce i criteri per la fissazione delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi e stabilisce per le nuove concessioni (è escluso l'intervento sui rapporti in essere) i sistemi dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*.

cap)⁴²⁰.

IV. Segue. La durata della concessione e l'equilibrio economico-finanziario.

Oltre alle tipologie dei contratti di servizio, merita un'adeguata considerazione, ai fini della corretta individuazione delle aree di intervento della regolazione, anche la durata dell'affidamento.

Per assicurare l'equilibrio economico-finanziario assume infatti notevole importanza la durata della concessione, che deve essere proporzionata ai tempi di recupero degli investimenti, sia quelli originariamente previsti sia quelli definiti in corso di concessione.

Siffatta regola è stabilita dalla direttiva europea 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 che, pur non applicandosi al settore del trasporto pubblico, reca principi generali in materia di servizi pubblici, utili anche per la corretta individuazione del periodo di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale⁴²¹.

Si è osservato che più breve è il periodo, maggiori sono le probabilità che la concorrenza “per” il mercato dia risultati simili alla concorrenza “nel” mercato e produca effetti benefici per gli utenti: più bassi sono infatti i costi irrecuperabili, più facile è il ricambio tra un concessionario ed il successivo.

Per imporre poi che la *performance* sia sempre elevata e che la brevità dell'affidamento non provochi l'assenza di investimenti, occorre che le gare introducano un sistema di incentivi continuamente affinati e verificati, sia attraverso la loro previsione tra i metodi di selezione, sia durante la vita del contratto (come la previsione di clausole contrattuali deterrenti di

420 Cfr. art. 2, l. n. 481/1995, in base al quale il *price cap* viene inteso come limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale. Si tratta di un metodo di regolazione dei prezzi dei servizi pubblici che simula il mercato, costituendo una tecnica di controllo dei prezzi. Il regolatore stabilisce, infatti, il massimo a cui un insieme di prezzi è autorizzato a crescere per un certo numero di anni e nel rispetto di questo vincolo aggregato l'impresa è libera di fissare i prezzi e le tariffe che desidera. Si stabiliscono ex ante i costi attesi (ossia programmati) ammissibili riferiti ad un certo momento iniziale (es. la data di sottoscrizione del contratto), nonché, al solito, il tasso di remunerazione del capitale e si stabilisce ex ante anche la dinamica dei costi suddetti, a cui è legata la dinamica degli introiti. Rispetto al sistema del cost of service, ulteriore esempio di strumento di regolazione del prezzo nella pratica, il meccanismo del *proce cap* si caratterizza per la possibilità di una negoziazione di una precisa dinamica delle voci di costo ammissibili. Nei contesti in cui sussiste un certo grado di asimmetria informativa tra regolato e regolatore, quest'ultimo è costretto ad introdurre nel sistema di controllo un meccanismo di incentivi che induca l'impresa a rivelare le proprie caratteristiche. Per approfondimenti in merito si v. R. Fazioli, *Dalla proprietà alle regole*, Milano, 1995; M. Mazzarino, *Trasporti e regolazione*, cit., 68 ss.

421 Cfr. art. 168, co. 2 d.lgs. n. 50/2016.

rescissione unilaterale anticipata del contratto), ma anche con riguardo a possibili profitti che il concessionario potrebbe ottenere da contratti successivi ed eventuali con il concedente (come la previsione di ipotesi di prolungamento del contratto con l'aggiudicatario di una procedura competitiva che abbia garantito *performance* elevate, se la qualità viene rilevata attraverso sondaggi di *customer satisfaction*)⁴²².

Siffatta impostazione si introduce nel solco della regolazione attenta al c.d. problema degli incentivi, per cui si presta attenzione ad imporre una regolazione improntata a favorire lo sviluppo della concorrenza attraverso l'eliminazione degli aspetti regolatori inutilmente onerosi e dei disincentivi economici⁴²³.

Oltre alla durata della concessione ed all'esatto monitoraggio dell'equilibrio economico-finanziario della gestione, con cui si tiene presente anche la qualità del servizio reso, costituisce ulteriore elemento per garantire l'economicità e l'efficienza delle gestioni l'esatta determinazione delle tariffe corrisposte dagli utenti del servizio pubblico. Le tariffe, secondo la specifica regolazione dei servizi pubblici di trasporto, che rinvia al principio generalissimo consolidato nella l. n. 481/1995 della integrale copertura dei costi⁴²⁴, devono essere determinate “*tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori*” (art. 37, co. 2, lett. b), d.l. n. 201/2011).

All'esito di un articolato itinerario normativo, riferibile all'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, agli artt. 1 e 2, commi 17 e 18, della legge 14 novembre 1995, n. 481, all'art. 117 del decreto legislativo 18 agosto

422 Si v. G.L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, cit., 134 ss., per le indicazioni di *policy* inerenti alla progettazione delle gare per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale.

423 La regolazione, infatti, può essere onerosa per la sua forma, ovvero indebitamente complessa, ambigua, incoerente o scarsamente accessibile; oppure per la sua sostanza. La regolazione potrebbe infatti imporre costi opportunità e di ottemperanza che superano il bene pubblico che si consegue o imporre maggiori costi opportunità e di ottemperanza rispetto a quelli che si potrebbero avere con una regolazione alternativa meno drastica. Per approfondimenti sulle dinamiche degli incentivi si v. M. Armstrong, S. Cowan, J. Vickers, *Regulatory reform: Economic analysis and British experience*, Cambridge, 1994, 132 ss.

424 Cfr. art. 1, co. 1, l. n. 481/1995, con cui si stabilisce che deve sussistere “*un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti ... Il sistema tariffario deve ... armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse*”.

2000, n. 267 ed all'art. 165 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, appare oramai sedimentata nell'ordinamento amministrativo una chiara direttrice regolativa: le tariffe dei servizi di interesse economico generale devono assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione, quale che sia la metodologia concretamente applicata (nell'ottica marginalistica, la tariffa ottimale è quella che consente di realizzare l'eguaglianza tra prezzo unitario e costo marginale; il metodo integralista fissa invece la tariffa al livello del costo medio).

La strumentalità del sistema tariffario rispetto al conseguimento degli obiettivi di carattere economico-industriale impone l'integrale copertura dei costi di produzione del servizio, ivi compresi quelli di indiretta imputazione e quelli generali: quali ammortamenti, costi finanziari della raccolta e del servizio al debito, costi generali di *governance*, nonché per l'appunto i costi figurativi di remunerazione del capitale investito.

La determinazione delle modalità di copertura dei costi di produzione dei pubblici servizi costituisce uno degli aspetti di maggiore impatto sul piano della garanzia degli equilibri gestionali dell'impresa erogatrice: se non viene remunerata adeguatamente la funzione svolta dall'unità economica, il servizio non è in grado di offrire alcuna garanzia di continuità e di sviluppo nel tempo.

Il costo medio ponderato del capitale permette, a questi fini, di discriminare tra un rendimento atteso accettabile di un investimento e tra un rendimento atteso inaccettabile.

Si tratta ovviamente di una regola generale che ammette eccezioni in caso di servizi privi di mercati di riferimento e di rilevanza industriale (ovvero caratterizzati da anomalia strutturali e funzionali che non consentono efficienza allocativa), ovvero di interessi sociali ritenuti prevalenti dal legislatore⁴²⁵.

A presidio di tali aspetti si pone l'autorità di regolazione dei trasporti (ART), con il compito di svolgere funzioni di regolazione finalizzate a garantire la concorrenza tra gli operatori del settore, l'efficienza produttiva delle gestioni, il contenimento delle tariffe, nonché la qualità delle prestazioni rese agli utenti.

425 Cfr. Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2019, sent. n. 6108, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tuttavia, sembra fin da ora possibile sostenere, che, al fine di garantire l'efficienza e l'economicità della gestione, non basti la semplice regolazione, ma occorra anche una disciplina sostanziale chiara e definita sulle gestioni del servizio pubblico.

Oltretutto, a dover mutare dovrebbe essere lo stesso strumento di gestione del servizio, non più ravvisabile nella sola concessione: l'efficientamento della gestione dei servizi non può passare soltanto attraverso un sistema concessorio dell'intera gamma dei servizi di trasporto pubblico.

Siffatta impostazione, infatti, normalmente determina una indesiderata situazione di monopolio.

Risulterebbe invece auspicabile, anticipando già le conclusioni della presente indagine, una progressiva liberalizzazione delle attività di erogazione di alcuni tra i servizi che, in considerazione delle realtà territoriali in cui operano, se lasciati alla libera iniziativa economica risulterebbero comunque in grado di garantire il soddisfacimento delle esigenze degli utenti⁴²⁶.

Solo in tal modo, infatti, si consentirebbe una apertura ad un sistema di concorrenza “nel” mercato, fondata su un sistema autorizzatorio, che consentirebbe l'espletamento del servizio ad una pluralità di operatori in concorrenza tra loro.

Questo sarebbe il mercato in senso proprio, ovviamente un mercato regolato da un lato dall'ART, per quanto riguarda i profili tariffari e di qualità dei servizi, dall'altro dall'AGCM, per ciò che concerne gli aspetti della tutela della concorrenza, secondo un sistema di integrazione complementare tra le due autorità⁴²⁷.

V. La concorrenza nel mercato del trasporto pubblico locale: la fallacia del “test di compromissione” e gli obblighi di corretta programmazione.

Si è già detto come l'intera offerta dei servizi di trasporto pubblico locale per un dato ambito territoriale omogeneo non sia configurabile come un monopolio naturale, sia perchè non esiste alcuna riserva dell'attività nel

426 Si v. G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, cit., 9 ss.

427 Così G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, cit., 10.

suo complesso a vantaggio dell'ente locale assunta nelle forme necessariamente previste dall'art. 43 Cost.⁴²⁸, sia in quanto la funzione di produzione non presenta soverchie economie di scala, di densità e di scopo tali da non consentire la concorrenza nel mercato.

Non sono di ostacolo a tale modalità organizzativa anche le esigenze di perseguimento di benefici sociali e di contenimento della spesa pubblica, dato che queste possono essere perseguite togliendo dal perimetro dei contratti di servizio non solo i servizi più remunerativi, ma anche quelli importanti sotto il profilo sociale che registrano un tasso di copertura dei costi con ricavi da biglietto molto basso.

Nonostante la presenza di una situazione che, sia dal punto di vista normativo che da quello fattuale-economico, consentirebbe la fornitura di servizi di trasporto a mercato, secondo un regime autorizzatorio, permangono tuttavia ancora resistenze all'affermazione della concorrenza “nel” mercato.

Ciò in ragione di motivazioni di carattere prettamente politico.

Nell'apertura alla concorrenza “nel” mercato, infatti, sono individuati possibili rischi di “compromissione” dei servizi onerati, che potrebbero conoscere una inferiore redditività e dunque una necessaria integrazione nella contribuzione pubblica in ragione della introduzione di servizi commerciali.

Il quadro normativo nazionale previsto dal d.lgs. n. 422/1997, che riserva il modello della concorrenza “per” il mercato ai soli servizi (minimi) programmati di trasporto pubblico locale finanziati dalla pubblica amministrazione, lascia alla potestà regionale la facoltà di organizzare i servizi commerciali ulteriori rispetto a quelli programmati.

Soltanto una normativa, di livello statale, si occupa dei servizi commerciali su gomma, che non sono servizi di trasporto pubblico locale, riguardanti i trasporti effettuati su strada che si svolgono in modo continuativo o periodico su un percorso che collega più di due regioni (d.lgs. n. 285/2005⁴²⁹).

428 Si v. L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, cit., 135 ss.

429 Cfr. art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 285/2005 con cui si definiscono i servizi automobilistici interregionali di competenza statale, indicati come «servizi di linea», qualificabili come quei servizi di trasporto di persone effettuati su strada mediante autobus, ad offerta indifferenziata, che si svolgono in modo continuativo o periodico su un percorso che collega più di due regioni, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera c), del decreto legislativo

Per quanto riguarda tutti gli altri servizi di trasporto pubblico locale su gomma, che per le loro caratteristiche potrebbero essere offerti in regime di concorrenza “nel” mercato, sono le singole Regioni ad individuare le possibili ipotesi di autorizzazione, in assenza di una normativa di carattere nazionale unitaria che fissi in modo omogeneo i requisiti ed i parametri oggettivi per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio del servizio commerciale.

Siffatta differenziazione territoriale, a cui si accompagna anche una scarsa dimestichezza da parte delle Regioni, risulta essere (insieme alle motivazioni di carattere politico), la principale causa della difficile affermazione della concorrenza “nel” mercato nel comparto dei trasporti pubblici locali su gomma.

L'esperienza, infatti, ha evidenziato che nella maggior parte delle norme regionali approvate in materia, si siano verificate ipotesi di incrocio tra sussidi del trasporto pubblico locale e dei servizi autorizzati, idonee ad ingenerare comportamenti fortemente anticoncorrenziali.

Oltretutto, il rilascio dell'autorizzazione è stato spesso subordinato ad una verifica, priva di parametri oggettivi, dell'assenza di effetti pregiudizievoli per la sostenibilità economica dei contratti in essere di servizio del trasporto pubblico locale.

In tale modo intendendosi prevenire pratiche di c.d. “*cream skimming*” da parte dell'operatore non soggetto ad obbligo di servizio pubblico ritenute in grado di produrre effetti negativi sull'equilibrio economico dei contratti sottoscritti, con conseguente aumento dell'importo della contribuzione pubblica per compensare le perdite di ricavo dell'*incumbent* e consentire il pareggio dei conti.

Le analogie dei servizi a media e lunga distanza in regime di libera

19 novembre 1997, n. 422, ed aventi itinerari, orari, frequenze e prezzi prestabiliti, nonché i servizi integrativi di cui al regio decreto-legge 21 dicembre 1931, n. 1575, convertito dalla legge 24 marzo 1932, n. 386, aventi le predette caratteristiche. Trattasi dunque di servizi che presentano forti analogie con i servizi di trasporto pubblico locale, che spesso sono forniti dagli stessi operatori. Sullo schema di decreto n. 285/2005, il MIT aveva richiesto all'autorità di regolazione il rilascio di un parere, che ha portato all'avvio di un'indagine conoscitiva, con delibera ART n. 130 dell'8 novembre 2016, avente ad oggetto l'analisi dei profili regolatori inerenti il segmento dei servizi di trasporto via autobus a media e lunga distanza. L'indagine conoscitiva si è posta l'obiettivo di approfondire la conoscenza dell'assetto del comparto dei servizi di trasporto via autobus a media e lunga percorrenza (di seguito MLP), la sua evoluzione ed i riflessi che lo stesso ha sulle altre modalità e tipologie di trasporto. Per approfondimenti in merito all'indagine ed al parere reso dall'ART sullo schema di decreto, si v. ART, *Quarto rapporto annuale al Parlamento*, 12 luglio 2017, in www.autorita-trasporti.it, 62 ss.

concorrenza con il servizio di trasporto pubblico locale, rinvenibili anche nel fatto di essere spesso gestiti dal medesimo operatore, possono invece costituire uno “spunto” per l'apertura alla concorrenza del settore.

L'indagine conoscitiva svolta dall'autorità di regolazione riguardante i profili regolatori inerenti il segmento dei suddetti servizi di trasporto via autobus di media e lunga percorrenza ha infatti rilevato l'importanza del settore, potendo soddisfare, anche sotto il profilo sociale e della coesione territoriale, anche una parte dei segmenti di utenza del servizio pubblico, c.d. *price sensitive* (giovani e studenti), a condizioni di prezzo abbordabili, consentendo all'ente titolare del servizio di ridefinire, secondo le logiche anzidette, il perimetro del contratto di servizio pubblico affidato, risparmiando nel contempo risorse finanziarie a parità di tutela di esigenze pubbliche.

Pertanto, le criticità che si pongono come ostacoli al perseguimento degli obiettivi di promozione della concorrenza troverebbero una loro soluzione ove venisse garantita una adeguata programmazione dei servizi, in grado di fornire una corretta perimetrazione dei servizi soggetti ad obbligo di servizio pubblico, nonché la previsione di un eventuale equo canone di accesso (ovvero di una compensazione) a carico del nuovo entrante nel settore, come contributo al servizio universale svolto dal soggetto sottoposto ad obbligo di servizio pubblico.

A ciò si aggiungono poi le problematiche relative alla creazione di una vera e propria interconnessione tra le stazioni: tema sul quale l'autorità di regolazione è intervenuta con atto di regolazione dell'accesso alle autostazioni (del. ART n. 56/2018 del 30 maggio 2018).

10. I fronti su cui si muove l'Autorità di regolazione dei trasporti nel settore del trasporto pubblico locale: analisi dell'attività dell'ART attraverso i suoi atti.

I. La regolazione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e su strada: le misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni contenute nella delibera n. 49/2015; II. Lo stato degli affidamenti del servizio ferroviario regionale: l'atto di segnalazione congiunta ART, AGCM, ANAC del 25 ottobre 2017; III. Il procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento: la delibera n. 48/2017; IV. I significativi mutamenti del panorama legislativo e le esigenze di revisione delle misure di regolazione: la delibera ART n. 143/2018; V. Sulla natura vincolante degli atti di regolazione dell'ART: i casi di violazione delle Misure; VI. La regolazione dell'accesso alle infrastrutture: l'accesso alle autostazioni e la delibera ART n. 56/2018; VII. L'esercizio del potere ispettivo e del potere sanzionatorio: il regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità, il regolamento per lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse e le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'ART. Le delibere nn. 57/2015, 5/2014, 49/2017 ed 11/2017.

I. La regolazione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e su strada: le misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni contenute nella delibera n. 49/2015.

Al fine di comprendere effettivamente il ruolo svolto dall'Autorità di regolazione nel comparto del trasporto pubblico locale, risulta imprescindibile ripercorrere i principali atti dell'autorità, facendo riferimento ai molteplici fronti su cui la stessa si muove, in particolare con riferimento all'attività di regolazione del servizio di trasporto pubblico, all'attività sanzionatoria, di *advocacy*, di rendicontazione e di tutela della qualità dei servizi e degli utenti.

Con riferimento al primo profilo, ovvero quello riguardante l'attività di regolazione per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri, a venire in rilievo è la delibera n. 49/2015.

Siffatta delibera, con cui si approvano gli allegati A e B, che ne costituiscono parte integrante e sostanziale e che recano le misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri e per la fissazione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, è stata adottata a conclusione del procedimento avviato con la delibera n. 46/2014, che, secondo i meccanismi della regolazione c.d. “collaborativa”, aveva avviato il procedimento per l'adozione di misure regolatorie, mettendo in consultazione (con la delibera 26/2015) lo schema di atto di regolazione poi approvato⁴³⁰.

Le misure predisposte dall'ART hanno la funzione di fornire agli enti affidanti i criteri per le attività da svolgere per gli affidamenti dei servizi di trasporto pubblico locale successivi alla loro entrata in vigore.

Esse, secondo le stesse parole dell'autorità, costituiscono pertanto la “cornice di regolazione” all'interno della quale i predetti enti territoriali esercitano le competenze attribuite dalla Costituzione in materia, così come sancito dalla stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 41/2013⁴³¹.

Si tratta di un *corpus* di norme speciali, sia rispetto alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, concernenti gli appalti di servizi, sia rispetto alla direttiva 2014/23/UE, sulle concessioni di servizi, con cui si detta una disciplina uniforme di aspetti regolatori delle procedure di gara bandite dai competenti enti territoriali per l'affidamento in esclusiva del servizio di trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia, disciplinato dal d.lgs. n. 422/1997 e dal Regolamento (CE) 1370/2007.

Rimane invece nell'ambito della discrezionalità degli enti territoriali la scelta di estendere anche agli altri modi di trasporto del trasporto pubblico

430 Diverse sono state le osservazioni formulate, i pareri resi ed i contributi acquisiti, in particolare, ad essersi espressi sono stati: la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, l'Associazione Nazionale Comuni Italiani (cfr. all. B, del. 49/2015, in www.autorita-trasporti.it); l'AGCM con parere reso in data 4 maggio 2015, prot. ART 2008/2015 e l'ANAC, con parere reso in data 7 maggio 2015, prot. ART 2091/2015.

431 Cfr. Introduzione, all. B alla del. ART n. 49/2015, in www.autorita-trasporti.it.

locale (non solo, dunque, su strada e per ferrovia) i principi dettati dalle citate misure, in quanto compatibili e nel rispetto della normativa settoriale di riferimento.

L'atto di regolazione, contenuto nell'allegato A e diviso in tre titoli, individua misure volte ad evitare condizioni discriminatorie o capaci di impedire l'accesso al mercato in occasione delle gare, dedicando anche alcune misure ai contratti di servizio aggiudicati senza ricorso alla gara (i.e.: *in house providing*⁴³²)⁴³³.

Innanzitutto l'autorità si è preoccupata di definire quali siano i beni strumentali, essenziali, indispensabili e commerciali per l'effettuazione del servizio (Misura 1), fissando alcune regole per la loro assegnazione da parte dell'ente affidante (Misura 3).

Vengono inoltre previste azioni per favorire l'ingresso di nuovi operatori (Misure 4, 5 e 6), disponendosi con riguardo ai tempi necessari per l'acquisto del materiale rotabile (Misura 7) e con riferimento alla clausole sul trasferimento del personale (Misura 8).

Al fine di aprire alla concorrenza il settore, si prevede una specifica procedura di consultazione *ad hoc* tra l'ente affidante ed i soggetti portatori di interesse, da avviare prima o in concomitanza con la pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 7 del Regolamento (CE) 1370/2007 e da concludere entro sessanta giorni, o comunque in tempo utile per la pubblicazione del bando di gara.

Siffatta procedura, disposta dal punto 6, della Misura 2, ha l'obiettivo di accertare la natura dei vari beni strumentali ed il conseguente regime di trasferimento, applicando i criteri individuati dall'ART, nonché di identificare il perimetro del personale da trasferire al gestore subentrante.

Di tale consultazione, che non deve falsare la concorrenza, né comportare una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza, l'ente appaltante deve dare conto attraverso una relazione da allegare ai documenti di gara⁴³⁴.

432 Cfr. in via esemplificativa Misure 13 e 14, all. A alla Del. n. 49/2015.

433 Per la consultazione integrale dell'atto di regolazione cfr. Del. 49/2015, all. A, in www.autorita-trasporti.it.

434 Cfr. AGCM, IC47 Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, 114, in www.agcm.it, valuta molto positivamente la misura di cui al n. 2, paragrafo 6 del Regolamento, riconoscendola come uno “strumento potenzialmente molto importante ai fini dell'apertura concorrenziale del settore, visto che le notevoli differenze riscontrate nelle varie realtà locali impediscono di trovare soluzioni 'generalizzate' a tali

Si stabilisce un set minimo di informazioni da mettere a disposizione dei partecipanti alla gara, nonché una condizione aggravata per l'eventuale inserimento, tra le condizioni di partecipazione alla gara, di requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente prescritti (Misure 9 e 10).

Il Regolamento si occupa anche, nell'ambito del primo titolo, relativo al Bando di gara, dei criteri per la redazione del Piano economico-finanziario, prevedendo anche alcune forme di incentivazione dell'efficienza nel caso di affidamenti con procedure non competitive.

Il secondo titolo del Regolamento, poi, si occupa precisamente dello schema delle convenzioni, ovvero del contenuto minimo del contratto di servizio, che definisce il rapporto tra l'autorità affidante ed il gestore del servizio, la sua durata e l'eventuale proroga.

Particolare attenzione, poi, è dedicata alla disciplina delle modifiche contrattuali (Misura 20): i documenti contrattuali, infatti, devono indicare tramite apposite clausole chiare, precise ed inequivocabili, i presupposti e le modalità necessarie per predisporre eventuali modifiche, che siano comunque «*tali da non alterare la natura generale e l'equilibrio economico del contratto*».

Infine, l'ultima parte del Regolamento si occupa di fissare alcuni criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, così da consentire la trasparenza e prevenire eventuali conflitti di interesse.

L'allegato B, anch'esso approvato con delibera n. 49/2015, contiene una Relazione degli esiti dell'attività condotta in fase istruttoria e le valutazioni dell'Autorità poste a fondamento delle misure approvate nell'allegato A. Nello specifico, ogni misura introdotta viene motivata, con l'evidenziazione delle modifiche apportate al testo posto in consultazione in esito all'esame dei contributi pervenuti.

A seguito dell'emanazione del Regolamento, l'ART si è impegnata in un'attività di assistenza normativa, tecnico-economica e di *advocacy* verso gli Enti affidanti (Regioni e Comuni) nella fase di predisposizione ed

problematiche”. L'AGCM, pur esprimendo una valutazione sostanzialmente positiva delle misure regolatorie, dato che le stesse rappresenterebbero “*un notevole passo in avanti perchè d'ora in poi su alcuni specifici aspetti del disegno della procedura di gara esistono chiare e autorevoli indicazioni di best practice*”, non si esime dall'indicare gli aspetti di natura critica, su cui l'ART non è intervenuta e che richiederebbero una soluzione, quali: 1) la presenza di lotti unici di gara, anche di dimensioni molto ampie; 2) l'esistenza di ampi conflitti di interesse tra stazione appaltante e partecipanti alla gara.

individuazione delle regole dei bandi, nell'obiettivo di garantire condizioni di effettiva contendibilità alle procedure di gara.

L'attività di interlocuzione istituzionale circa gli affidamenti dei servizi in esclusiva si è estesa altresì ad altri attori attivi nella filiera organizzativa dei trasporti pubblici locali quali le Agenzie per la mobilità. Tali soggetti, infatti, nell'ambito dei processi di riorganizzazione e ristrutturazione del settore del trasporto pubblico locale e regionale indotti dal d.lgs. n. 422/97, si sono progressivamente affermati come organismi intermedi tra l'ente pubblico (regionale o locale) incaricato della programmazione del servizio e il soggetto gestore dello stesso⁴³⁵.

L'Autorità ha partecipato anche tramite propri rappresentanti alle riunioni dell'Osservatorio nazionale sulle politiche del trasporto pubblico locale ed alle attività del relativo Gruppo di lavoro, con particolare attenzione alle problematiche connesse alla gestione della piattaforma informativa contenente i dati trasportistici ed economico-finanziari dei servizi di trasporto pubblico locale acquisiti dalle imprese e dagli enti committenti titolari di contratti di servizio.

La banca dati, articolata a livello territoriale e finalizzata al monitoraggio dell'andamento del settore ed al calcolo degli indicatori necessari alla ripartizione del Fondo nazionale per il concorso dello Stato agli oneri di trasporto pubblico locale tra le Regioni a statuto ordinario, riveste particolare rilievo per l'attività della stessa autorità, sia per l'attività di regolazione, che per l'attività istituzionale della stessa Autorità.

Nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1, co. 3 della delibera n. 49/2015 l'ART ha proceduto a monitorare, nel periodo di osservazione di 36 mesi,

435 Così riferisce la stessa ART, *Terzo rapporto annuale al Parlamento*, 14 giugno 2016, in www.autorita-transporti.it, 108 ss. Con riferimento al *Quarto rapporto annuale*, 12 luglio 2017, presentato dall'ART relativamente alla "Regolazione dei servizi di trasporto", il resoconto ha evidenziato le prime problematiche con riguardo al settore ferroviario e marittimo. In particolare, con riferimento al settore ferroviario, si sottolinea l'attività di supporto svolta dagli uffici dell'autorità anche nel caso di affidamenti diretti, in deroga ai principi generali dell'affidamento con gara, al fine di garantire comunque "che l'importo delle compensazioni risulti adeguato e miri a conseguire un servizio efficiente e di qualità", come peraltro già disposto dal Regolamento (CE) n. 1370/2007, al fine di evitare il rischio di sovracompensazioni. L'autorità, inoltre, ha inviato una comunicazione riguardante i criteri di definizione del perimetro di riferimento del servizio (considerando l'obbligo normativo di includere nel contratto di servizio pubblico solo relazioni che non raggiungano l'equilibrio economico), la struttura incentivante del contratto, la precisazione contrattuale dei diritti dei passeggeri e la specificazione contrattuale di dettaglio per l'applicazione delle nuove tecnologie di bigliettazione elettronica non solo alle Regioni ed alle Province autonome, ma anche al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in qualità di ente affidante dei servizi di trasporto ferroviari di passeggeri di interesse nazionale sottoposti ad obblighi di servizio pubblico, al fine di impedire una sovrapposizione con i servizi pubblici regionali e quelli a mercato.

l'applicazione delle misure regolatorie nell'ambito dei nuovi affidamenti (sia tramite gara, che diretti) ed i relativi contratti di servizio nel settore ferroviario ed in quello di trasporto su gomma.

Dall'esito di tale monitoraggio è emerso come nella maggior parte dei casi si sia deciso di procedere ad affidamento diretto: gli atti di regolazione dell'autorità hanno costituito un riferimento obbligato per lo sviluppo delle procedure di competenza da parte degli enti affidanti, senza tuttavia scalfire il predominante ricorso al meccanismo dell'affidamento senza gara⁴³⁶.

II. Lo stato degli affidamenti del servizio ferroviario regionale: l'atto di segnalazione congiunta ART, AGCM, ANAC del 25 ottobre 2017.

In ragione di ciò, la stessa ART, insieme all'AGCM e ad ANAC, si è fatta promotrice di una segnalazione congiunta alle Regioni, alla Conferenza Stato/Regioni, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed al Ministero dell'Economia e delle Finanze, in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, al fine di offrire uno stimolo per l'applicazione della disciplina normativa e di regolazione, in modo maggiormente conforme ai principi concorrenziali, specie laddove gli enti competenti ricevano manifestazioni di interesse da parte di soggetti diversi rispetto al potenziale affidatario diretto inizialmente prescelto⁴³⁷.

Pur esulando dalla specifica tematica del trasporto pubblico locale su gomma, su cui si incentra la presente ricerca, la segnalazione del 25 ottobre 2017, si dimostra particolarmente rilevante in quanto, non solo espressione del rapporto di collaborazione tra le autorità di regolazione e di garanzia, in particolare del rapporto tra l'ART e l'AGCM, finalizzato a rendere le procedure di affidamento orientate ai principi di economicità, efficacia e

436 In considerazione del numero molto elevato e frammentato delle aziende affidatarie nel settore del tpl su gomma, l'ART non è stata in grado di ricostruire, come invece verificatosi per il tpl ferroviario, un quadro riassuntivo degli affidamenti. Con riguardo agli affidamenti diretti avvenuti in costanza della Del. n. 49/2015, si v. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, 50 ss. Pare significativo riportare un dato: si è verificato un unico caso di ricorso alla procedura di affidamento con gara, precisamente nella Regione Autonoma della Valle d'Aosta.

437 Cfr. AGCM, ART, ANAC, *Segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017*, in www.agcm.it.

trasparenza, ma anche della natura anomala dell'atto congiunto adottato, in grado di sollevare perplessità di carattere generale, non necessariamente riferibili soltanto al settore specificamente considerato, ma al ruolo delle stesse autorità ed alla natura degli atti dalle stesse adottati.

In base a quanto affermato dalle tre autorità, la scelta di procedere con affidamento diretto o anche *in house*, pur essendo un'ipotesi prevista dalla normativa comunitaria, accanto a quella con gara⁴³⁸, deve essere presidiata da alcuni specifici obblighi di legge di natura informativa e motivazionale. Oltre alla disciplina prevista dal regolamento (CE) 1370/2007 (in particolare, si vedano i considerando nn. 29 e 30)⁴³⁹, infatti, devono essere presi in considerazione, secondo quanto affermato nella segnalazione, anche i principi generali in tema di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento posti a fondamento del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e ripresi dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici⁴⁴⁰. Ciò significa, secondo quanto indicato nella segnalazione, che, ove si proceda ad affidamento diretto o *in house*, la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione e, successivamente all'affidamento, delle informazioni relative all'avvenuta concessione così come la motivazione della scelta fatta, non esauriscano gli obblighi gravanti sugli enti affidanti.

I quali ultimi, dal punto di vista informativo, sarebbero tenuti, a fronte dell'eventuale richiesta da parte di un soggetto interessato a presentare un offerta, ad attivarsi per rendere accessibili e disponibili i dati e le informazioni relative alla configurazione del servizio ed al suo svolgimento nel passato, con preciso riferimento alle informazioni

438 Per cui si è già segnalato un *favor*, confermato anche nel Regolamento (UE) n. 2338/2016 del 14 dicembre 2016, con cui si modifica il Regolamento (CE) 1370/2007 relativamente all'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, il cui considerando n. 19 afferma che: «*i contratti di servizio pubblico inerenti ai servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri dovrebbero essere aggiudicati mediante una procedura di gara, ad eccezione dei casi previsti dal presente regolamento*».

439 Cfr. Regolamento (CE) n. 1370/2007, considerando nn. 29 e 30: «*Ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi; (30) I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti ad una maggiore trasparenza*».

440 Cfr. art. 4, d.lgs. n. 50/2016, rubricato *Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi*, il quale rappresenta una norma di applicazione generale, con cui si prevede che: «*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*».

contenute nei dati ed informazioni rese disponibili dall'ART nel suo atto di regolazione approvato con delibera n. 49/2015 per la predisposizione dei bandi di gara⁴⁴¹.

Dal punto di vista motivazionale, poi, ove a seguito della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione dovessero pervenire due o più manifestazioni di interesse, la segnalazione prevede un obbligo motivazionale rafforzato in capo all'ente affidante, con riguardo: non solo alle ragioni di maggiore garanzia degli obblighi di servizio pubblico in termini di efficacia ed efficienza del modello prescelto rispetto alla gara; ma anche del confronto competitivo e della primazia dell'offerta del soggetto aggiudicatario rispetto a quelle dei soggetti che hanno presentato una manifestazione d'interesse.

Considerato poi che non esiste un riferimento normativo con cui si disciplini la metodologia del confronto competitivo tra il soggetto affidatario ed i soggetti che hanno manifestato il loro interesse a partecipare alla procedura, la segnalazione propone alcune soluzioni derivanti dall'esame di *best practices* adottate da alcuni enti territoriali, quali la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo, disciplinati dagli artt. 62 e 64 del d.lgs. n. 50/2016⁴⁴².

Proprio tale intervento interpretativo da parte delle Autorità, con cui si cerca di colmare la suddetta lacuna normativa sembra far sorgere alcune

441 I dati e le informazioni relative alla configurazione del servizio devono essere rese con riferimento: “*ai livelli ed alla dinamica della domanda, ai beni strumentali per l'effettuazione del servizio, al materiale rotabile e personale direttamente allocato al servizio. Al riguardo possono essere considerati, nel loro grado di dettaglio, i dati e le informazioni di cui alla delibera ART n. 49/2015, da considerarsi già nella piena titolarità dei predetti enti, anche secondo opportune previsioni all'interno dei contratti di servizio. Laddove emergano esigenze di riservatezza rispetto a dati e informazioni commercialmente sensibili riferibili all'operatore storico, non già compresi nel citato Prospetto, l'ente affidante contempera tali esigenze con il diritto dei soggetti terzi potenzialmente interessati all'affidamento di accedere alle informazioni necessarie per presentare un'offerta alternativa, definendo le specifiche modalità di accesso ai dati disponibili, quali: condizioni di ammissione, gestione dei quesiti, modalità di acquisizione delle informazioni riservate, impegni e riservatezza, ecc.*” (così AGCM, ART, ANAC, Segnalazione congiunta, 25 ottobre 2017, cit., 8 ss). Per comodità espositiva si ricorda che i dati contenuti nel Prospetto reso disponibile dall'ART nell'ambito della delibera n. 49/2015, comprendono le seguenti categorie di informazioni: 1) corrispettivi, compensazioni e struttura tariffaria; 2) caratteristiche del bacino territoriale interessato (infrastrutturali, socio-demografiche, reddito, ecc.) e dei servizi programmati; 3) indicatori di performance e della qualità erogata dei servizi; 4) domanda effettiva di mobilità per modalità di trasporto (dati di frequentazione); 5) informazioni sulle reti, i beni immobili e il materiale rotabile utilizzato; 6) elenco del personale da trasferire al nuovo gestore.

442 La Segnalazione congiunta tra le procedure mutuabili per consentire un confronto competitivo richiama non solo la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo, ma anche la procedura di project financing, ritenuta comunque non compatibile con i criteri enunciati dall'art. 4 del Codice dei contratti pubblici: «*con l'attribuzione di un diritto di prelazione all'incumbent, pertanto, si violerebbero i principi di imparzialità e di parità di trattamento e si ridurrebbero gli incentivi dei nuovi entranti a predisporre un'offerta alternativa, in quanto essi sarebbero consapevoli del fatto che l'incumbent potrebbe avvantaggiarsene*».

questioni critiche in merito alla valenza da assegnare a tale forma di segnalazione, che sicuramente risulta atipica⁴⁴³.

L'AGCM fa riferimento a quanto stabilito dall'art. 22 della l. n. 287/1990, ovvero alla propria attività consultiva di espressione di pareri sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato; l'ANAC si è espressa in base a quanto disposto dall'art. 213, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 50/2016, che farebbe riferimento alle segnalazioni da rivolgersi Governo ed al Parlamento, in caso di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore, ed infine l'ART ha ritenuto di essere autorizzata ad esprimersi ai sensi dell'art. 2, co. 6 della l. n. 481/1995, con riferimento all'attività consultiva e di segnalazione al Governo.

Premesso che la segnalazione si rivolge principalmente agli enti affidanti, ovvero alle Regioni, l'effetto che si verifica è quello “normativo”⁴⁴⁴, al fine di superare la distorsione rappresentata dall'eccessiva estensione degli affidamenti diretti in luogo di quelli con gara nel trasporto ferroviario regionale.

Seppure l'obiettivo possa considerarsi condivisibile per le logiche sopra ricordate di apertura alla concorrenza e migliore definizione del perimetro di servizi per cui si richiede una concorrenza per il mercato, lo strumento utilizzato rischia di risultare pericoloso.

Innanzitutto, alla dicotomia contenuta nel Regolamento (CE) 1370/2007, ovvero affidamento diretto o con gara, si affiancherebbe una terza tipologia, di natura interpretativa, priva della possibilità di essere sottoposta ad un vaglio giurisprudenziale, provenendo da una fonte priva di rilevanza formalmente normativa nel sistema delle fonti.

Il riferimento è alla terza ipotesi di “valutazione comparativa tra l'offerta

443 Per approfondimenti in merito si rinvia al commento critico di L. Saltari, *Anomalie di una segnalazione “normativa”*, in *GdA*, 2/2018, 256 ss. L'A. riporta la vicenda “incubatrice” della Segnalazione congiunta, riguardante il caso *Arriva Italia Rail*. La vicenda si è sviluppata in Sardegna dove la Regione aveva pubblicato un avviso di pre-informazione alla fine del 2015. All'inizio del 2016 la società *Arriva Italia Rail* comunicava il proprio interesse per l'affidamento dei servizi ferroviari in questione insieme ad altri operatori, chiedendo che la Regione procedesse ad un confronto competitivo tra tutti gli interessati, oltre che di essere messa in condizione di parità informativa per redigere una proposta compiuta. In merito è intervenuta anche l'ART, sollecitando la Regione a procedere ad una comparazione. La Regione riteneva di avere già assolto a tutti i propri obblighi ed è intervenuta anche l'AGCM, sollecitando la Regione a rimuovere la violazione degli obblighi di trasparenza. La Regione ancora una volta si è dichiarata adempiente rispetto alla normativa vigente ribadendo di non dover procedere ad un confronto competitivo, avendo valutato adeguata l'offerta dell'incumbent. Pertanto, l'AGCM ha impugnato la delibera regionale avanti al TAR Sardegna e nelle more della decisione ha proceduto alla redazione congiunta della segnalazione.

444 Si v. L. Saltari, *Anomalie di una segnalazione “normativa”*, cit., 263 ss.

del destinatario dell'affidamento e quella di un eventuale interessato che ha presentato una manifestazione di interesse”, demandando così la scelta relativa alla modalità di affidamento prescelta non più alla sfera pubblica, ma a quella privata: posto che in presenza di manifestazioni di interesse, l'ente affidante sarebbe tenuto ad attuare la terza modalità di “valutazione comparativa”.

Siffatta tricotomia delle modalità di affidamento proviene da un'interpretazione del Regolamento da parte di autorità nazionali e dunque, ove recepita, produrrebbe effetti soltanto nell'ordinamento italiano, con conseguente applicazione differenziata ed il possibile verificarsi di condizioni di non reciprocità⁴⁴⁵.

Qualora infatti vi siano dubbi sull'applicazione di un Regolamento *self-executing*, sarebbe buona prassi al fine di evitare condizioni di disparità all'interno della stessa Unione, sollevare rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia, oppure rilevare la questione con un atto di *enforcement* o di *regulation* che sfoci in una misura sottoponibile al controllo giurisdizionale.

Di questi ed ulteriori aspetti si è probabilmente tenuto conto nell'ambito del quattordicesimo *meeting* del *Network* Europeo dei Regolatori del settore ferroviario svoltosi a Bruxelles il 28 e 29 novembre 2017, richiamato dalla stessa ART nella propria audizione al Parlamento al fine di evidenziare il riconoscimento ottenuto dalla propria attività, quale esempio di efficace collaborazione istituzionale tra Autorità di regolazione ed Autorità *antitrust*.

III. Il procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento: la delibera n. 48/2017.

Sempre nell'ambito della sopra richiamata del. n. 49/2015, l'ART riteneva opportuno avviare un procedimento per la definizione della metodologia

445 Si v. ancora L. Saltari, *Anomalie di una segnalazione “normativa”*, cit., 263 ss., il quale riporta l'ipotesi in cui “un'impresa che nel proprio Paese d'origine continua a beneficiare di affidamenti diretti potrebbe entrare nel mercato italiano dei servizi di trasporto ferroviario regionale senza che le imprese italiane possano fare altrettanto nello Stato membro dell'impresa nuova entrante”.

per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento, rilevante anche ai fini della determinazione e del dimensionamento dei lotti di gara, ai sensi dell'art. 37, co. 3, lett. a), del d.l. n. 201/2011⁴⁴⁶ e dell'art. 37, co. 1 del d.l. n. 1/2012⁴⁴⁷.

Siffatto procedimento ha trovato una prima formalizzazione nella delibera n. 83 del 21 luglio 2016, cui è seguita una fase di consultazione presso i soggetti interessati, i quali hanno portato osservazioni e considerazioni che hanno comportato una modifica del testo originariamente concepito, fino alla delibera n. 48/2017 denominata “*Atto di regolazione recante la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento, ai sensi dell'art. 37, co. 3, lett. a), d.l. n. 201/2011 e dell'art. 37, co. 1, d.l. n. 1/2012*”⁴⁴⁸, contenente misure integrative e complementari a quelle previste dalla precedente delibera n. 49/2015.

Le misure di regolazione contenute nel documento allegato alla delibera individuano le fasi del processo attraverso il quale il soggetto competente definisce l'Ambito, i relativi obblighi di servizio pubblico, i metodi più efficienti per il loro finanziamento ed i principi per una corretta

446 Cfr. art. 37, co. 2, lett. a), d.l. n. 201/2011: «L'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture ed in particolare provvede: a) a garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali, fatte salve le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all'articolo 36 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti».

447 Cfr. art. 37, co. 1, d.l. n. 1/2012, riferito specificamente al trasporto ferroviario: «L'autorità di cui all'articolo 36 nel settore del trasporto ferroviario definisce, sentiti il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le regioni e gli enti locali interessati, gli ambiti del servizio pubblico sulle tratte e le modalità di finanziamento. L'Autorità, dopo un congruo periodo di osservazione delle dinamiche dei processi di liberalizzazione, analizza l'efficienza dei diversi gradi di separazione tra l'impresa che gestisce l'infrastruttura e l'impresa ferroviaria, anche in relazione alle esperienze degli altri Stati membri dell'Unione europea e all'esigenza di tutelare l'utenza pendolare del servizio ferroviario regionale. In esito all'analisi, l'Autorità predisponde, entro e non oltre il 30 giugno 2013, una relazione da trasmettere al Governo e al Parlamento». Con Delibera n. 28-bis del 15 marzo 2016 è stata disposta la proroga del termine di conclusione di tale procedimento a seguito dell'adozione, in via preliminare, nella riunione del Consiglio dei ministri del 20 gennaio 2016, dello schema di decreto legislativo recante “Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale”, di cui agli articoli 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Infatti, il citato schema di decreto legislativo reca, agli articoli 14 e 23, specifiche disposizioni in materia, rispettivamente, di bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico locale e regionale e definizione dei lotti di gara ed individuazione dei livelli di servizio che presentano riflessi rilevanti per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità in materia di ambiti di servizio pubblico. Considerato gli effetti già esaminati della intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale previsti dalla sent. Corte Cost. n. 252/2016 del 25 novembre 2016, le misure regolatorie originariamente formulate sono state riviste.

448 Cfr. ART, del. n. 48 del 30/3/2017, in www.autorita-trasporti.it. Si v. inoltre quanto riportato *sub nota* precedente.

identificazione dei lotti da affidare.

Con riferimento al contesto delle attività regolatorie dell'Autorità, si evidenzia che il suddetto provvedimento rappresenta il completamento delle misure definite dalla citata delibera 49/2015, attraverso la proposta di una metodologia che precisa, in conformità al diritto dell'UE, presupposti e verifiche da effettuare per l'individuazione degli Ambiti e dei correlati "obblighi di servizio pubblico" (OSP), definendo le diverse modalità di copertura finanziaria, compresi i proventi tariffari.

Sia in questo provvedimento, sia in quello di cui alla delibera 49/2015, i servizi interessati sono quelli connotati da OSP.

Trattasi dunque di "servizi di interesse economico generale" (SIEG) che, secondo la nozione comunitaria, sono "*attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale, che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, continuità, parità di trattamento o accesso universale). Al fornitore incombe un OSP sulla base di un incarico e di un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti*" (Commissione europea, COM (2011) 900, F1)⁴⁴⁹.

I criteri di definizione predisposti dall'autorità sono orientati al soddisfacimento degli OSP e, in generale, delle esigenze essenziali di mobilità dei cittadini, con riferimento a un determinato territorio, attraverso modalità di finanziamento pubblico efficienti.

Come previsto dalla normativa, le funzioni ed i poteri dell'ART in materia di regolazione degli ambiti di servizio pubblico differiscono in relazione alla modalità di trasporto interessata: mentre, infatti, per i servizi di trasporto ferroviario, i criteri definiti dall'autorità si applicano ai fini della individuazione degli ambiti dei servizi locali e regionali e, nei servizi a media e lunga percorrenza, in presenza di relazioni deboli; lo stesso non può dirsi per quanto riguarda i settori di trasporto pubblico diversi da quello ferroviario, ovvero di trasporto su gomma, considerato che i principi descritti costituiscono soltanto un supporto metodologico messo a

449 Cfr. ART, *Relazione illustrativa* allegata alla del. n. 48/2017, in www.autorita-trasporti.it.

disposizione dall'autorità ai soggetti competenti, ai fini dell'individuazione degli ambiti e dei metodi più efficienti per finanziarli, con riferimento alle attività di programmazione successive all'entrata in vigore delle misure regolatorie in oggetto.

Prima di procedere ad una disamina delle metodologie individuate, l'autorità, anche alla luce del confronto con i vari *stakeholder* intervenuti nel processo di regolazione, ha preferito fornire una prima definizione dei concetti utilizzati ed una descrizione dei criteri metodologici.

In particolare, si è ritenuto di rilievo essenziale e propedeutico alla effettiva definizione delle singole misure, in modo del tutto opportuno, porre specifica attenzione alla nozione di “ambito di servizio pubblico”, evidenziandone le relative distinzioni e correlazioni con quelle di “bacino di mobilità” e di “lotto di affidamento”.

Sia consentito in termini sintetici riportarne la definizione, anche a chiarimento delle considerazioni svolte e da svolgersi.

Per “bacino” (di mobilità) si intende una specifica porzione di territorio, senza soluzione di continuità, in cui si determina una situazione di auto-contenimento dei flussi di mobilità, sulla base di procedure di analisi della domanda potenziale della popolazione interessata. La perimetrazione territoriale del Bacino avviene pertanto, da parte del soggetto competente, sulla base di una specifica “domanda” di mobilità, che in casi particolari potrà essere caratterizzata da significativa rarefazione e/o riduzione, consentendo di identificare (aree a) “domanda debole”.

Per “ambito” (di servizio pubblico) si intende uno specifico sistema composito di servizi di trasporto definito dal soggetto competente, funzionali a soddisfare gli OSP e, in generale, le esigenze essenziali di mobilità dei cittadini afferenti a uno specifico bacino; il sistema potrà essere composto da diverse modalità e tipologie di trasporto (e relativa remuneratività), anche senza compensazione diretta degli operatori. L'individuazione dell'Ambito avviene quindi, da parte del soggetto competente, sulla base di una specifica “offerta” di servizio, anche mediante la scelta di modalità e tipologie (di linea; non di linea) diverse, con l'obiettivo di ottimizzare l'efficienza, efficacia ed economicità delle soluzioni da adottare, garantendo da un lato la massimizzazione delle

condizioni di qualità, sicurezza e innovatività dei servizi interessati, e dall'altro la minimizzazione dei costi (anche in termini di compensazioni pubbliche) e delle esternalità negative, fermo restando l'obiettivo generale di soddisfacimento degli OSP individuati.

Per "lotto" (di affidamento) si intende una specifica rete di servizi di trasporto, delimitata dal soggetto competente su base geografica e/o modale, analizzando le condizioni di produzione dei servizi e di mercato, in relazione sia alla "dimensione ottima minima" di produzione del servizio, sia alla "contendibilità" del servizio sottoposto ad affidamento, al fine di massimizzare il numero di partecipanti alla procedura.

Il *work-flow* del procedimento disciplinato dall'atto di regolazione risulta distinguibile principalmente in tre fasi.

La prima fase, a sua volta distinta in due *step*, consiste: a) nella definizione della domanda potenziale di mobilità, ovvero nella determinazione del perimetro del bacino di mobilità rilevando l'entità delle effettive esigenze della popolazione mediante indagini/simulazioni riferite alla domanda potenziale, anche nei suoi aspetti socio-economici, comportamentali, demografici, integrata da eventuali indicatori di "domanda effettiva" (*i.e.*: dati di traffico; rilievi di frequentazione dei servizi esistenti; ...); b) nonché nella definizione della domanda debole, attraverso specifici criteri di carattere territoriale, temporale, e soggettivo/socio-economico, da utilizzare per individuare, all'interno del Bacino di mobilità in precedenza perimetrato, specifiche aree condizionate da significative situazioni di mobilità ridotta/rarefatta, che richiedono una qualche forma di intervento pubblico compensativa.

La seconda fase riguarda la scelta dei servizi di trasporto all'interno dell'ambito e l'individuazione degli OSP e della loro copertura finanziaria, con conseguente determinazione dei criteri per la definizione delle tariffe. Le misure definiscono i criteri fondamentali di orientamento per individuare le possibili configurazioni modali e le tipologie di servizio, idonee a raggiungere gli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità, con particolare attenzione ai livelli di integrazione tra le varie tipologie di servizio, così da predisporre una adeguata offerta di servizi all'interno del bacino precedentemente individuato, prendendo in considerazione anche

le tratte coperte da obbligo di servizio pubblico. L'autorità, infatti, completa il processo di determinazione dell'ambito, fornendo le modalità di individuazione degli OSP e di calcolo dei costi dei servizi, che possono essere coperti non solo dalle compensazioni, ma anche dalle tariffe, il cui processo di definizione viene disciplinato da misure che tengono in considerazione le possibili integrazioni tra più operatori e le agevolazioni e/o esenzioni previste per determinate categorie di utenti.

Infine, il procedimento disciplinato dall'autorità si preoccupa di definire i principi alla base del dimensionamento dell'oggetto degli affidamenti. Attraverso un'analisi del mercato e della determinazione della produzione ottima minima tale da massimizzare l'efficienza operativa dei gestori e la contendibilità del lotto. La metodologia è volta ad individuare un dimensionamento dei lotti di gara tali da consentire che i futuri gestori possano operare in condizioni di efficienza, anche grazie ad economie di scala e di densità, essendo stati scelti all'esito di un confronto realmente competitivo, in presenza di più contendenti per il medesimo lotto.

Ciò che si predilige nell'ambito della delibera in esame è un'impostazione attenta alla trasparenza sulle scelte effettuate: il soggetto competente, infatti, è tenuto ad illustrare e motivare le opzioni di finanziamento degli OSP ed i fattori di mercato considerati per il dimensionamento dei lotti da affidare in una apposita relazione da pubblicare sul sito web⁴⁵⁰.

L'attività di monitoraggio condotta sulle procedure di affidamento avviate a seguito della emissione della delibera ART 48/2017 ha consentito di rilevare, nel caso di alcune Regioni, negoziati in corso per l'affidamento del servizio di trasporto ferroviario regionale: trattasi di casi in cui, in ottemperanza a quanto previsto dalla delibera 48, indipendentemente dalla procedura di affidamento scelta, le Regioni dovranno predisporre la sopra richiamata relazione⁴⁵¹.

IV. I significativi mutamenti del panorama legislativo e le esigenze di revisione delle misure di regolazione: la delibera ART n. 143/2018 e la delibera ART n. 154/2019.

450 Ove si tratti poi di affidamento di servizi di trasporto ferroviario la relazione viene trasmessa all'autorità ART ai fini della acquisizione di un parere, prima della pubblicazione del bando di gara o dell'invio della lettera di invito o prima dell'affidamento diretto o *in house*.

451 Cfr. ART, Sesto rapporto annuale al Parlamento, 25 giugno 2019, in www.autorita-trasporti.it, 51.

Successivamente all'adozione della delibera n. 49/2015, nel panorama legislativo sono intervenuti significativi mutamenti, in parte già ricordati anche con l'esame della delibera n. 48/2017.

In particolare, il riferimento riguarda le evoluzioni normative intervenute sia a livello europeo che nazionale.

A livello europeo è stato adottato il già ricordato Regolamento (UE) n. 2338/2016, con cui si è modificato, seppure con esclusivo riferimento al servizio di trasporto passeggeri su ferrovia, il Regolamento (CE) n. 1370/2007⁴⁵²; a livello nazionale, poi, oltre alla mancata attuazione di quanto disposto nello schema di testo unico in materia di servizi pubblici adottato alla luce delle deleghe contenute nella c.d. riforma Madia, il riferimento è da farsi all'adozione del d.l. n. 50/2017 ed all'attuazione delle direttive europee in materia di contratti pubblici.

Il d.lgs. n. 50/2016 riveste rilievo, pur dovendosi considerare come una disciplina di carattere residuale, con riferimento agli aspetti di carattere definitorio: il quadro di riferimento per l'aggiudicazione dei servizi, infatti, è stato univocamente definito dal codice, che ha distinto tra i contratti di “appalto” e gli affidamenti in “concessione”, sulla base della traslazione del «rischio operativo legato alla gestione dei servizi»⁴⁵³ in capo al soggetto aggiudicatario.

Il d.l. n. 50/2017, come già ricordato, poi, ha ampliato la sfera di competenza dell'autorità di regolazione con l'attribuzione di nuove funzioni regolatorie riguardanti, in particolare, le procedure di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale, anche con modalità diversa dalla gara⁴⁵⁴.

452 Senza volersi soffermare in modo analitico sul contenuto del suddetto Regolamento del 2016, riguardante precipuamente il servizio di trasporto ferroviario, si riporta in via sintetica il suo contenuto. Mantenuto il principio generale dell'obbligo di gara per l'affidamento dei contratti di servizio pubblico, nel trasporto ferroviario è stata introdotta una diversa regolamentazione delle possibilità di deroga che consente agli enti affidanti di procedere all'affidamento diretto dei contratti stessi, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale. Fino al 2 dicembre del 2019 il regolamento prevede l'affidamento diretto per i servizi pubblici ferroviari secondo le regole attuali, per una durata massima di dieci anni prorogabile del 50% in presenza di investimenti dell'operatore.

453 Cfr. art. 3, co. 1, lett. vv) e zz), d.lgs. n. 50/2016.

454 Cfr. art. 48, co. 6, lett. b), d.l. n. 50/2017: «*b) al comma 2, lettera f), sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: ". Con riferimento al trasporto pubblico locale l'Autorità definisce anche gli schemi dei contratti di servizio per i servizi esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, nonché per quelli affidati direttamente. Sia per i bandi di gara che per i predetti contratti di servizio esercitati in house o affidati direttamente l'Autorità determina la tipologia di obiettivi di efficacia e di efficienza che il gestore deve rispettare, nonché gli obiettivi di equilibrio finanziario; per tutti i contratti di servizio prevede obblighi di separazione contabile tra le attività svolte in regime di servizio pubblico*

Siffatte modifiche del panorama legislativo, oltre al monitoraggio svolto dall'autorità sui nuovi affidamenti e sui contratti di servizio oggetto di servizio hanno dato impulso ad una revisione della delibera n. 49/2015.

In analogia a quanto accade in generale per gli atti amministrativi, che possono essere soggetti ad un procedimento di secondo grado di riesame con esito conservativo⁴⁵⁵, l'autorità ha dato avvio, con la delibera n. 129/2017⁴⁵⁶, al procedimento di revisione della più volte richiamata delibera n. 49/2015, procedimento la cui conclusione è stata prorogata al 30 novembre 2019, con la delibera ART n. 44/2019⁴⁵⁷.

Oltre al richiamo della disciplina generale concernente gli atti amministrativi, preme rilevare che al procedimento di revisione è stata applicata la metodologia di analisi di impatto della regolamentazione, approvata con delibera ART n. 136/2016 del 24 novembre 2016 e contenuta nel documento ad essa allegato (allegato A), recante i metodi di analisi di impatto che, ai sensi dell'articolo 12, della legge 29 luglio 2003, n. 229, l'Autorità intende seguire, in fase di prima attuazione, per l'emanazione degli atti di regolazione di competenza⁴⁵⁸.

La revisione della delibera si pone all'interno di un quadro regolatorio che coinvolge altre attività correlate alla materia degli affidamenti dei servizi di TPL, in relazione alle quali dovrà essere necessariamente garantito un coordinamento.

In particolare, occorrerà prestare attenzione a quanto già espresso nel sopra ricordato atto di segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017, nonché

e le altre attività». Il richiamo è da farsi anche all'art. 27 del d.l. n. 50/2017. In particolare, con riferimento all'art. 27, co. 2, lett. d), d.l. n. 50/2017, si prevedeva l'applicazione di una riduzione del Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale da trasferire alle regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultassero affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risultasse pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti adottate ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera f), del d.l. n. 201/2001, qualora bandite successivamente all'adozione delle predette delibere. Tale disposizione è stata successivamente modificata dal decreto-legge n. 23 ottobre 2018, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 dicembre 2018, n. 136 il quale ne ha rinviato l'applicazione al 2021, e ha chiarito che, in ogni caso, non si applica ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al Regolamento (CE) n. 1370/2007 ed alle disposizioni normative nazionali vigenti.

455 Si v. F. Caringella, *Diritto amministrativo*, Roma, 2012, 453 ss., con riferimento al procedimento di riforma, che consiste in una *“revisione del provvedimento che non ne comporta una totale eliminazione. Il potere di riforma spetta all'autorità che ha emanato l'atto e a quelle che sono legittimate ad una revisione integrale del provvedimento. Essa non ha efficacia retroattiva”*.

456 Cfr. ART, delibera n. 129 del 31 ottobre 2017, in www.autorita-trasporti.it.

457 Cfr. ART, delibera n. 44/2019 del 18 aprile 2019, in www.autorita-trasporti.it.

458 Cfr. ART, delibera n. 136 del 24 novembre 2016, in www.autorita-trasporti.it.

nell'atto n. 48/2017, complementare e strettamente connesso alla delibera n. 49 oggetto di revisione.

Oltretutto dovranno considerarsi gli atti nel frattempo emanati dall'autorità in materia di “*condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico*” (del. ART n. 16/2018), in materia di “*contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti dei servizi di trasporto per ferrovia connotati da oneri di servizio pubblico possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture ferroviarie*” (del. ART n. 106/2018), nonché in tema di “*metodologie e criteri per garantire l'efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto ferroviario regionale*” (del. ART. n. 120/2018)⁴⁵⁹.

Le misure proposte dall'ART negli annessi all'atto di regolazione in consultazione della delibera ART n. 143/2018⁴⁶⁰ sono ventotto e si applicano a tutte le fasi inerenti alle procedure di affidamento (con gara, affidamento diretto e/o *in house*), intendendo accompagnare gli enti affidanti (Regioni, Province, Città metropolitane, Agenzie di ambito o del TPL):

- a) nelle fasi propedeutiche all'avvio delle procedure, con riferimento alla definizione della disciplina dei beni strumentali, alle misure regolatorie finalizzate alla trasparenza, efficienza ed efficacia degli affidamenti, con la previsione dell'adozione da parte degli enti affidanti di una “matrice dei rischi” e di un “piano economico finanziario simulato” ed imputando a capo delle imprese affidatarie obblighi di contabilità regolatoria e separazione contabile;
- b) nella fase di affidamento dei servizi, nell'ambito della quale si deve garantire equa e non discriminatoria possibilità di partecipazione di tutti i soggetti interessati, dovendosi fornire un set minimo di informazioni a tutti i partecipanti, nonché requisiti da possedere e criteri di aggiudicazione compatibili con il principio della massima apertura alla partecipazione;
- c) nella fase esecutiva del contratto di servizio, con particolare riferimento alle attività di monitoraggio del servizio ed alla relativa rendicontazione, alla verifica periodica dell'equilibrio economico del contratto ed ai

459 Tutte disponibili in www.autorita-trasporti.it.

460 Cfr. ART, delibera n. 143 del 21 dicembre 2018, in www.autorita-trasporti.it.

meccanismi di incentivazione ed aggiornamento tariffario.

Gli strumenti predisposti dall'autorità, di carattere operativo possono sintetizzarsi nella previsione di schemi di contratto di servizi (distinti per modalità), finalizzati a garantire contenuti minimi di riferimento, di schemi di contabilità regolatoria per i servizi di trasporto su strada⁴⁶¹ adottati dalle imprese affidatarie, volti ad evitare situazioni di asimmetria informativa, nella previsione di un modello di matrice dei rischi che l'ente affidante è tenuto ad adottare nella fase propedeutica all'avvio delle procedure, negli schemi per la predisposizione del piano economico finanziario (sia per l'ente affidante, c.d. PEF simulato, che per il gestore, c.d. PEF di gara), nel set di informazioni che gli enti affidanti sono tenuti a rendere disponibili nelle varie fasi della procedura⁴⁶² e nei *key performance indicator* (KPI) che gli enti affidanti devono utilizzare per monitorare gli obiettivi di efficienza ed efficacia del contratto di servizio, al fine di garantire il progressivo miglioramento delle prestazioni⁴⁶³.

L'impianto generale del quadro regolatorio posto in consultazione è stato confermato con l'adozione della delibera ART n. 154/2019⁴⁶⁴, con cui sono state introdotte modifiche allo schema di atto di regolazione relative all'ambito di applicazione, alla messa a disposizione dei beni essenziali ed indispensabili, ai criteri di aggiornamento delle tariffe.

In particolare, con riferimento alla Misura 2, che riguarda la relazione con cui si garantiscono adeguate condizioni di trasparenza e che contiene la valutazione della legittimità delle scelte di affidamento effettuate, si

461 Con riferimento al trasporto ferroviario, l'autorità si era già preoccupata del tema nell'ambito della delibera ART n. 120/2018, in www.autorita-trasporti.it.

462 Trattasi del set di informazioni presenti nella delibera ART 49/2015 e richiamati nella segnalazione congiunta ART, AGCM e ANAC del 25 ottobre 2017, integralmente mutuati anche nell'ambito del nuovo atto di regolazione in fase di consultazione. Sulla rilevanza del set di informazioni minimo ai fini della apertura alla concorrenza, nonché a riprova della sinergia collaborativa tra ART ed AGCM si v. il recente intervento dell'AGCM, provvedimento n. 27635, A516 – Gara affidamento servizi TPL Bolzano, in www.agcm.it, Bollettino n. 17 del 29 aprile 2019, con cui l'AGCM, nell'ambito del procedimento avente ad oggetto la denuncia della Provincia di Bolzano, che lamentava che SAD s.p.a. (operatore di trasporto locale) non avesse trasmesso nei termini previsti le informazioni relative ad alcuni beni strumentali allo svolgimento del servizio di tpl ed al personale impiegato, necessarie per la predisposizione della documentazione di gara per il nuovo affidamento del servizio di trasporto extraurbano di passeggeri su gomma, ha concluso per qualificare il comportamento di SAD s.p.a. come un abuso di posizione dominante, consistente nel ritardo e nel rifiuto di fornire informazioni necessarie ai fini della realizzazione della procedura competitiva per il nuovo affidamento.

463 Per un ulteriore approfondimento degli strumenti previsti dalla delibera ART in sostituzione della delibera n. 49/2015, si v. il Box 4, contenuto nella Sesta relazione dell'ART al Parlamento: ART, Sesto rapporto annuale al Parlamento, 25 giugno 2019, in www.autorita-trasporti.it, 50.

464 Cfr. ART, delibera n. 154 del 28 novembre 2019, in www.autorita-trasporti.it

prevede che l’Autorità possa esprimere le proprie osservazioni al riguardo entro 45 giorni dalla ricezione. Sono state poi modificate le Misure 4, 9, 12, 14, 15, 17, 21 e 26, come risulta dall’Allegato A alla delibera.

V. Sulla natura vincolante degli atti di regolazione dell'ART: i casi di violazione delle Misure.

Alcune recenti pronunce del TAR Piemonte, in particolare le sentenze nn. 30 e 31 rese l'8 gennaio 2019⁴⁶⁵, riguardanti ricorsi depositati da operatori di trasporto passeggeri su gomma, denotano come gli enti affidanti siano chiamati al rispetto delle misure di regolazione poste dall'autorità di regolazione dei trasporti, a completamento e specificazione della disciplina vigente.

L’Autorità in alcuni casi distingue a seconda della modalità di trasporto la vincolatività o meno delle misure di regolazione.

Esempio diretto si rinviene in materia di definizione della metodologia per l’individuazione degli ambiti di servizio pubblico, come già anticipato (cfr. Del. ART n. 48/2017).

La vincolatività delle misure regolatorie adottate dall'ART, tuttavia, non sembra potersi paragonare a quella delle Linee guida ANAC c.d. vincolanti⁴⁶⁶, non ponendosi dunque alcuna questione in merito al loro corretto inquadramento giuridico nel sistema delle fonti⁴⁶⁷.

Al pari delle linee guida ANAC di carattere non vincolante, infatti, le misure di regolazione disposte dall'ART, in attuazione dell'art. 37 d.l. n. 201/2011, sembrano agevolmente riconducibili alla categoria degli atti amministrativi a contenuto generale⁴⁶⁸ sostanzialmente assimilabili alle

465 Entrambe reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

466 Il d.lgs. n. 50 del 2016, che, in forza della delega conferita dalla l. n. 11 del 2016, ha approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, destinato a sostituire il primo Codice della materia approvato con d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. (integrato e attuato dal dPR n. 207 del 2010), prevedeva tre diverse tipologie di linee guida: 1) approvate con decreto ministeriale su proposta dell’ANAC; 2) linee guida approvate dalla stessa ANAC con carattere vincolante; 3) linee guida approvate dall’ANAC senza carattere vincolante. Trattasi di strumenti di incerto e difficile inquadramento, con quanto ne consegue anche ai fini del regime giuridico applicabile. Si v. per approfondimenti in merito, le Relazioni di G. Greco, *La direttiva in materia di “concessioni”* e di G. Morbidelli, *Linee Guida dell’ANAC: comandi o consigli*, al 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015), in Atti, 2016; G.A. Giuffrè, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, 27 novembre 2017, n. 2/2017.

467 Cfr. Cons. St., parere n. 855/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

468 Con riferimento ai criteri di distinzione tra atti normativi e atti amministrativi a contenuto generale di carattere non normativo si v. A. M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro.it*, 1954, IV, 217 ss.; ma anche la giurisprudenza costituzionale, con le sentenze Corte cost. nn. 278/2010, 275/2011,

circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento⁴⁶⁹.

Siffatta qualificazione, risulta possibile dall'analisi delle misure, che presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, propri degli atti di regolazione, nonché dall'esame delle stesse pronunce del giudice amministrativo. Le sentenze sopra richiamate, infatti, operano un richiamo all'osservanza della Delibera n. 48/2019, ma ad essa affiancano naturalmente le disposizioni del codice dei contratti pubblici, che si ritengono violate⁴⁷⁰.

A differenza delle Linee guida vincolanti dell'ANAC – che in alcune occasioni sembrano essersi allontanate dal modello amministrativo tradizionale di cui all'art. 95 della Costituzione, acquisendo anche natura di indirizzo politico⁴⁷¹ – le misure disposte finora dall'autorità di regolazione sembrano derivare dall'utilizzo esclusivo di un potere di discrezionalità tecnica, al cui esercizio risultano estranee decisioni di carattere per così dire “finalistico”, ovvero in grado di orientare verso esiti

111/2012, 88/2014 e 141/2016, tutte reperibili in www.cortecostituzionale.it. Di diverso avviso, rispetto alla qualificazione di atti amministrativi generali di regolazione, si v. in particolare G. Morbidelli, *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 2016, 3, 273 ss., che riconduce anche le linee guida vincolanti adottate direttamente dall'ANAC alla categoria degli atti normativi.

469 Così F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 381 ss

470 Cfr. TAR Piemonte, sent. n. 30/2019, nella parte in cui statuisce che: “*In definitiva tanto la normativa che l'Autorità di regolazione competente per il settore valutano con particolare attenzione gli effetti anticoncorrenziali dell'aggregazione dei lotti, tanto più eterogenei, pur consentendo, per la necessaria flessibilità del servizio, che in seguito a specifiche attività istruttorie che misurino in termini concreti l'impatto anticoncorrenziale confrontandolo con i benefici attesi dalla soluzione prescelta si giustifichi il non allineamento ai parametri normativi*”. Parametri normativi che si rinvergono: nell'art. 4 e nell'art. 51 del codice, che disciplina la formazione dei lotti con esplicito favore per la suddivisione a vantaggio delle piccole e medie imprese e per la formazione di lotti omogenei, salvo specifica motivazione in senso contrario, e chiarisce che il proprio primo comma è applicabile “sia nei settori ordinari che nei settori speciali”, settori speciali nei quali figura appunto il servizio di trasporto (art. 10 d.lgs. n. 50/2016), esplicitando l'esigenza di tenere presente “l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti”; nel regolamento CE n. 1370/2007 relativo ai “ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia”, che al considerando n. 9 invita le autorità competenti “a tenere conto degli interessi delle piccole e medie imprese”; oltre che nell'art. 48 del d.l. n. 50/2017, convertito in l. n. 96/2017.

471 Il riferimento è da farsi a quelle numerose decisioni di ANAC in cui è rilevabile quantomeno un chiaro indirizzo (difficilmente non qualificabile come “politico”) volto ad ampliare la propria sfera di influenza. In particolare, nel settore degli appalti, ANAC ha assunto diverse decisioni volte ad ampliare la sfera di applicazione del regime vincolistico, sia sotto il profilo soggettivo, con riferimento alla individuazione della platea degli enti di diritto pubblico soggetti alle procedure di evidenza pubblica, sia sotto il profilo oggettivo, con riferimento alla sostanziale inclusione nel campo di applicazione delle predette procedure anche di settori esclusi dalle conferenti fonti europee (le direttive appalti). Per approfondimenti in merito si v. G. Colavitti, *Concorrenza, trasparenza e autonomie. Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico dell'economia*, Bari, 2018, 121 e ss. Per approfondimenti in merito ad ANAC, si v. F. Giuffrè, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.federalismi.it, n.25/2016; N. Longobardi, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, n.1/2017, p.15; ID., *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e Autorità atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Dir. e proc. amm.*, n.3/2016, p. 823

determinati (di carattere *lato sensu* politico) le scelte dei soggetti regolati. Non sembrano dunque porsi le medesime problematiche di “ammissibilità” dello strumento adottato, che hanno caratterizzato e tuttora caratterizzano (nonostante le novità apportate dal d.l. c.d. Sblocca cantieri⁴⁷²) il dibattito giurisprudenziale e dottrinale riguardante le linee guida c.d. vincolanti adottate dall'ANAC.

VI. La regolazione dell'accesso alle infrastrutture: l'accesso alle autostazioni e la delibera ART n. 56/2018.

Come anticipato all'inizio della presente ricerca, l'esame del settore può essere affrontato facendo riferimento a due prospettive, quella riguardante il servizio veicolare di trasporto, di cui ci siamo occupati finora, e quella infrastrutturale.

Particolare attenzione è stata dedicata dall'autorità di regolazione al tema della multimodalità dei trasporti, che necessariamente passa attraverso la disponibilità di infrastrutture tra loro dialoganti, così come specificato nell'ambito del Quinto rapporto annuale al Parlamento⁴⁷³.

È stato infatti riconosciuto, come, con riferimento al trasporto passeggeri, le autostazioni, al pari delle stazioni ferroviarie, costituiscano un *hub* di connessione modale e di accesso alle aree urbane.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene in altri Paesi europei, l'ART ha evidenziato come le autostazioni nazionali non costituiscano ancora un *network* diffuso sul territorio in misura proporzionale al numero di località raggiunte dai servizi di media e lunga percorrenza ed alla domanda. *“Anche ove presenti, spesso esse non hanno una localizzazione ottimale rispetto ai flussi di mobilità e alle esigenze di connessione con altre modalità e presentano criticità per quanto riguarda le condizioni di accesso in termini di ampiezza degli spazi, costi d'uso delle infrastrutture e delle biglietterie, sicurezza e servizi di assistenza, informazione e*

472 Cfr. art. 1, d.l. n. 32/2019, con cui si modifica l'art. 216, co. 27^{octies} del d.lgs. n. 50/2016, prevedendosi l'attuazione di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice, in sostituzione delle linee guida e dei decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, che rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico.

473 Cfr. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, in www.autorita-trasporti.it, 16 ss.

orientamento dei passeggeri”⁴⁷⁴. Rileva, in particolare, l'assenza di un adeguato impianto normativo a tutela dell'equità, della non discriminazione e della trasparenza nell'accesso alle autostazioni in presenza di un mercato europeo pienamente liberalizzato ai sensi del Regolamento (CE) 1073/2009 che fissa “*Norme comuni per l'accesso al mercato internazionale dei servizi di trasporto effettuati con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 561/2006*”.

A tale riguardo, l'autorità ha adottato specifiche misure di regolazione dell'accesso alle autostazioni configurandole come piattaforme fisiche di connessione tra servizi di trasporto via autobus e ferrovia e altre modalità di trasporto, come porti e aeroporti.

Trattasi di un ambito di regolazione che non è ancora stato oggetto di politiche pubbliche, ma che è stato riconosciuto dall'autorità come estremamente rilevante per i mercati interessati da concorrenza modale.

Manca, infatti, una normativa *ad hoc* in materia di accesso alle autostazioni, con conseguente frammentazione della regolazione a livello regionale/locale o mancanza totale di riferimenti.

È stato dunque individuato un nuovo ambito di regolazione, ai sensi di quanto previsto dall'art. 37, co. 2, lett. a) del d.l. n. 201/2011, che assegna all'ART, tra gli altri, il compito di garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture “*in relazione alla mobilità dei passeggeri ... in ambito nazionale, locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti*”.

All'esito di una indagine conoscitiva svolta dall'ART nei primi mesi del 2017, relativa ai profili regolatori inerenti il mercato dei servizi di trasporto via autobus a media e lunga distanza in regime di libera concorrenza⁴⁷⁵,

474 Cfr. ART, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, *cit.*, 17.

475 ART, *Relazione sugli esiti dell'indagine conoscitiva sull'analisi dei profili regolatori inerenti il mercato dei servizi di trasporto via autobus a media e a lunga distanza in regime di libera concorrenza*, in data 24 marzo 2017, in www.autorita-trasporti.it, posta in essere con l'obiettivo di comprendere meglio, anche attraverso procedure di consultazione, l'assetto del comparto dei servizi di trasporto via autobus a media e lunga distanza, la sua evoluzione e i riflessi che lo stesso ha sulle altre modalità e tipologie di trasporto, che rientrano nell'ambito dei settori di competenza dell'autorità. Siffatta indagine ha il pregio di ricostruire con chiarezza il regime nazionale dei servizi di trasporto passeggeri caratterizzato dalla presenza di servizi a mercato non contribuiti, tra i quali si collocano i servizi di trasporto con bus a media e lunga distanza di competenza statale; i servizi di tpl non OSP di competenza regionale e provinciale ed i servizi di noleggio e charter di competenza comunale. Con riguardo invece ai servizi soggetti a OSP, ovvero contribuiti, si annoverano i servizi ferroviari di interesse nazionale a media e lunga percorrenza, di competenza statale; i servizi ferroviari regionale ed i servizi tpl urbani, suburbani ed extraurbani di competenza regionale o provinciale.

nonché sulla base di alcune segnalazioni pervenute dal MIT e da parte di alcuni vettori interessati, l'ART ha potuto constatare alcune rilevanti situazioni di potenziale criticità di accesso ad alcune significative autostazioni nel territorio nazionale.

Pertanto, ha avviato un procedimento per la definizione di misure regolatorie per assicurare condizioni di accesso equo e non discriminatorio alle autostazioni, che soddisfino le esigenze di mobilità dei passeggeri attraverso la connessione intermodale e intramodale dei servizi (del. ART del 6 luglio 2017 n. 91).

Su un primo schema di atto di regolazione, come di consueto, è stata indetta una consultazione pubblica (con del. ART del 5 ottobre 2017, n. 121), con relativa audizione degli *stakeholders*. All'esito di questa prima consultazione si è aperta una seconda fase di consultazione pubblica sull'innovato schema di regolazione, con cui si erano recepite le osservazioni dei vari soggetti intervenuti nel procedimento di regolazione, che si è concluso con delibera ART del 30 maggio 2018, n. 56.

La delibera è composta di nove misure finalizzate a disciplinare le modalità di identificazione delle autostazioni interessate ed i soggetti tenuti all'applicazione dei criteri di regolazione individuati.

Trattasi di autostazioni in cui vi è connessione tra servizi automobilistici di trasporto a media-lunga percorrenza, o servizi autorizzati che interessano due regioni, e una o più modalità, ovvero tipologie di servizi di trasporto della stessa o di diversa natura, ubicate anche in corrispondenza di stazioni metropolitane, ferroviarie, di porti e aeroporti, ovvero trattasi di autostazioni individuate secondo diversi criteri da parte delle Regioni e delle Province autonome (Misura 1, punto 1, lettere a, b e c, dell'all. A alla delibera n. 56/2018).

Dal punto di vista soggettivo, poi, sono considerati soggetti all'applicazione delle misure di regolazione i gestori dell'autostazione, quali soggetti sia pubblici che privati che gestiscono l'autostazione e ne garantiscono l'accesso (cfr. *Definizioni* dell'atto di regolazione allegato alla del. ART. n. 56/2018).

Le misure disposte dall'autorità sono finalizzate a disciplinare anche il PIA, ovvero il prospetto informativo dell'autostazione che ciascun gestore

interessato deve predisporre al fine di garantire, nella massima trasparenza, condizioni di equità e non discriminazione di accesso all'autostazione⁴⁷⁶.

Così come ad essere disciplinate sono le informazioni che il gestore rende disponibili all'interno dell'autostazione, nonché le relative modalità di diffusione e di coinvolgimento dei vettori interessati, fatti salvi gli obblighi di informazione e comunicazione riconducibili in capo a ciascun vettore ai sensi del Regolamento (UE) n. 181/2011.

A differenza dell'atto di regolazione approvato con la delibera n. 49/2015, riguardante la redazione dei bandi e delle convenzioni per le gare di assegnazione in esclusiva dei trasporti, l'atto di regolazione oggetto di esame – perfezionando la propria attività di regolazione sulla base dell'esperienza nel frattempo acquisita – si è preoccupato di disciplinare anche le specifiche attività di monitoraggio e vigilanza da parte dell'autorità (cfr. Misura 8, dell'allegato A alla delibera n. 56/2018)⁴⁷⁷.

Sono state poste in essere o programmate specifiche azioni volte a rimuovere l'insorgere di situazioni inique o discriminatorie di accesso alle autostazioni interessate, con riferimento in particolare alle condizioni di utilizzo dell'infrastruttura da parte dei vettori ed alle misure regolatorie

476 Il Prospetto Informativo dell'Autostazione (PIA) è il documento di riferimento essenziale per la regolazione dell'accesso all'autostazione e per la definizione delle condizioni tecnico-economiche di utilizzo da parte dei vettori. La predisposizione del PIA da parte del gestore (pubblicato sul proprio sito *internet*), è finalizzata a garantire equità, non discriminazione e trasparenza in relazione alle modalità di accesso alla infrastruttura, in conformità con la vigente normativa, in quanto nell'ambito della consultazione pubblica sono emerse criticità nelle condizioni di accesso alle autostazioni che potrebbero determinare situazioni discriminatorie nei riguardi di alcuni vettori, tipologie di servizi, o categorie di utenti (anche persone a mobilità ridotta). Tale strumento è più complesso e richiede un'approfondita analisi riguardante l'ottemperanza, da parte dei singoli gestori delle autostazioni, alle varie misure imposte dall'Autorità, così ART, *Sesto rapporto annuale al Parlamento*, cit., 43.

477 Secondo quanto affermato dall'ART, nel Sesto rapporto annuale al Parlamento, l'attività di monitoraggio e vigilanza effettuata dall'Autorità in relazione ai *Set informativi* ed ai PIA, finalizzata alla verifica del grado di ottemperanza alle richiamate prescrizioni, ha consentito ad essa di poter pubblicare sul proprio sito *web* istituzionale i *set informativi* per le autostazioni di: Bologna, Napoli, Padova, Palermo, Perugia, Roma, Trento, Treviso, Milano – Lampugnano. Sulla base dell'attività di monitoraggio avviata, sono stati esaminati i primi PIA pervenuti e, in relazione alle singole misure, si è rilevata un minor livello di ottemperanza alle seguenti prescrizioni: in relazione ai criteri per l'utilizzo degli spazi, la possibilità per ciascun vettore di gestire e promuovere i propri servizi con spazi da dedicare all'assistenza/informazione alla clientela e alla vendita dei propri biglietti e/o ad altri servizi di natura commerciale, al fine di evitare la presenza di ingiustificate "barriere all'ingresso" a danno dei vettori interessati; relativamente alle condizioni economiche di accesso, il collegamento tra i corrispettivi per lo sfruttamento dei locali (accoglienza passeggeri, spazi informativi e pubblicitari, biglietterie e locali tecnici) e la garanzia che l'allocazione di tali spazi non sia discriminatoria tra i vettori e quali elementi vengano considerati per la definizione dei sistemi di tariffazione/locazione vigenti; in relazione alle condizioni di accessibilità fisica, la loro verifica periodica da parte del gestore; per quanto riguarda le condizioni di accessibilità commerciale, la presenza di criteri di non discriminazione e parità di trattamento per tutti i vettori e di modalità di vendita funzionali alle caratteristiche dell'autostazione per evitare l'insorgere di situazioni discriminanti; la disponibilità di informazioni al pubblico anche in lingua inglese e l'istituzione di uno specifico punto informativo (cfr. ART, *Sesto rapporto annuale al Parlamento*, cit., 42 ss.).

definite a beneficio dei passeggeri attraverso l'interlocuzione con i gestori delle autostazioni e l'eventuale svolgimento di specifiche attività ispettive.

VII. L'esercizio del potere ispettivo e del potere sanzionatorio: il regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità, il regolamento per lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse e le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'ART. Le delibere nn. 57/2015, 5/2014, 49/2017 ed 11/2017.

Come anticipato, i funzionari dell'ART, pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, possono svolgere ispezioni presso i soggetti regolati, mediante l'accesso agli impianti, ai mezzi di trasporto ed agli uffici, qualora vi siano fondati motivi di sospetto su possibili violazioni della regolazione.

Sotto questo profilo vengono in rilievo distinzioni di carattere propriamente organizzativo tra i diversi componenti dell'ART, dovendosi distinguere tra le funzioni autorizzative e programmatiche in materia ispettiva, esercitate dal Consiglio, e le funzioni di proposta e di svolgimento concreto delle ispezioni poste in essere dagli Uffici.

In particolare, poi, sotto questo ultimo profilo, non è escluso che l'autorità si possa avvalere dell'apporto collaborativo di altri organi dello Stato, anche secondo apposite convenzioni o protocolli d'intesa⁴⁷⁸.

Stante l'eterogeneità e la generalità della normativa vigente in materia di attività ispettive, al fine di apprestare adeguate garanzie di uniformità e tutela per i soggetti sottoposti ad ispezione, l'Autorità ha adottato un regolamento dedicato allo svolgimento delle suddette attività⁴⁷⁹.

In particolare, con riferimento ai profili garantistici, si richiede la specifica menzione delle previsioni relative ai presupposti legittimanti l'attività ispettiva ed i poteri accertativi degli ispettori, i quali possono procedere solo se appositamente incaricati e previa presentazione, al soggetto

478 Cfr. collaborazione con la guardia di Finanza, attivabile sulla base del Protocollo d'Intesa stipulato in data 18 marzo 2016, in www.autorita-trasporti.it.

479 La necessità di approntare uno specifico regolamento in tale materia è emersa anche in ragione dell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale ed interna, che riconoscono la diretta lesività dell'attività ispettiva svolta nei confronti delle imprese che ad essa sono sottoposte.

ispezionato, della documentazione indicante l'oggetto dell'accertamento. Si riconosce al destinatario dell'ispezione la facoltà di avvalersi dell'assistenza di un consulente di fiducia e si riconosce altresì il diritto di ricevere una copia del verbale ispettivo, in cui devono essere riportate le operazioni svolte, le dichiarazioni rese, i documenti e gli altri elementi acquisiti⁴⁸⁰.

Il Consiglio ha il potere di ordinare la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti regolati, inoltre può disporre opportune misure di ripristino e rendere obbligatori gli impegni eventualmente proposti dalle imprese per la rimozione degli illeciti, applicando, in caso di inottemperanza, una sanzione fino al dieci per cento del fatturato dell'impresa interessata, potendo anche adottare, misure temporanee di natura cautelare, ove ritenga che sussistano motivi di necessità ed urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti⁴⁸¹.

All'autorità di regolazione, infatti, sono attribuiti anche poteri sanzionatori⁴⁸², esercitati secondo i principi propri dell'attività amministrativa, tradotti all'interno di una disciplina procedurale avente carattere di specialità⁴⁸³, improntata alla piena conoscenza degli atti

480 Il materiale raccolto in sede ispettiva può essere utilizzato soltanto per lo scopo per il quale è stato richiesto ed è tutelato dal segreto d'ufficio ai sensi della normativa vigente, cfr. del. ART n. 11/2017.

481 Per approfondimenti in materia di misure cautelari adottate dalle autorità indipendenti si v. S. Stella, *Istruttoria, misure cautelari*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuali e concorrenza*, a cura di P. Marchetti, L.C. Ubetazzi, Padova, 2012, 2935 ss.

482 Cfr. art. 37, co. 3, lett. i), l) e m), d.l. n. 201/2011: «i) ferme restando le sanzioni previste dalla legge, da atti amministrativi e da clausole convenzionali, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata nei casi di inosservanza dei criteri per la formazione e l'aggiornamento di tariffe, canoni, pedaggi, diritti e prezzi sottoposti a controllo amministrativo, comunque denominati, di inosservanza dei criteri per la separazione contabile e per la disaggregazione dei costi e dei ricavi pertinenti alle attività di servizio pubblico e di violazione della disciplina relativa all'accesso alle reti e alle infrastrutture o delle condizioni imposte dalla stessa Autorità, nonché di inottemperanza agli ordini e alle misure disposti;

l) applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1 per cento del fatturato dell'impresa interessata qualora:

1) i destinatari di una richiesta della stessa Autorità forniscano informazioni inesatte, fuorvianti o incomplete, ovvero non forniscano le informazioni nel termine stabilito;

2) i destinatari di un'ispezione rifiutino di fornire ovvero presentino in modo incompleto i documenti aziendali, nonché rifiutino di fornire o forniscano in modo inesatto, fuorviante o incompleto i chiarimenti richiesti;

m) nel caso di inottemperanza agli impegni di cui alla lettera f) applica una sanzione fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata».

483 La giurisprudenza si è spesso pronunciata sul rapporto tra l n. 241/1990 ed i procedimenti condotti dalle autorità amministrative indipendenti. In particolare, si richiama quanto affermato dal TAR Lazio e poi confermato da consolidata giurisprudenza, con la sentenza n. 12457/2007, riguardante il procedimento sanzionatorio svolto dall'AGCM. Secondo la sezione I del TAR Lazio, i procedimenti *antitrust* sono compiutamente disciplinati dalla l n. 287/1990 e dal relativo regolamento di procedura, e “*tali fonti prevalgono sulla disciplina generale del procedimento sia per la loro specialità sia per la circostanza che le esigenze partecipative ad esso sottese sono*

istruttori da parte degli interessati, al contraddittorio ed alla verbalizzazione⁴⁸⁴.

Il procedimento sanzionatorio è ripartito in tre fasi principali: la fase pre-istruttoria, la fase istruttoria e quella decisoria.

La fase pre-istruttoria è diretta a verificare la sussistenza del fumus della violazione, idoneo a legittimare l'avvio del procedimento.

L'ART può agire d'ufficio o ricevere segnalazioni, denunce ecc., di fronte alle quali non ha l'obbligo di procedere, bensì di verificare la sussistenza dei presupposti per l'avvio del procedimento sanzionatorio.

Se presenti, prende avvio la fase istruttoria del procedimento, che potrebbe seguire anche una procedura semplificata, ove vi siano già in tale fase elementi probatori sufficientemente circoscritti ed idonei a fondare la decisione di accertamento dell'illecito, tali da rendere enucleabile, già nella comunicazione di avvio del procedimento, l'importo della sanzione alla quale potrebbe essere sottoposta l'impresa all'esito dell'istruttoria⁴⁸⁵.

La fase istruttoria è caratterizzata dalla trasparenza: i soggetti portatori d'interessi pubblici e privati e le associazioni rappresentative dei consumatori cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle supposte infrazioni o dal provvedimento dell'autorità, possono partecipare all'istruttoria.

Così come naturalmente le parti interessate direttamente dal procedimento, che possono presentare memorie scritte e documenti, nonché essere ascoltate.

adeguatamente considerate nella normativa di settore” (cos' anche TAR Lazio, sez. I, sent. n. 6230/2007 e Cons. St., sez. VI, sent. 1199/2009).

484 Cfr. Regolamento *Svolgimento dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità*, all. A alla del. Del Consiglio ART n. 57/2015 del 22 luglio 2015, in www.autorita-trasporti.it. Il procedimento è caratterizzato da un potere dell'autorità di supremazia e con penetranti poteri di indagine, a cui fa da contraltare una posizione di soggezione da parte dei privati, i cui poteri partecipativi sono comunque assicurati dalla legge. Le norme, infatti, prevedono puntuali garanzie procedurali e sono finalizzate ad assicurare “diritti di difesa” ai privati e non certo ad equiparare la condizione dell'amministrato a quella dell'amministrazione.

485 Cfr. art. 6 Regolamento, all. A del. n. 57/2015, in base al quale: «1. Il Consiglio, fatti salvi i diritti di contraddittorio e difesa, si riserva la facoltà, nel caso in cui gli elementi raccolti dagli Uffici sorreggano sufficientemente la fondatezza della contestazione, di determinare, già nella delibera di avvio del procedimento sanzionatorio, l'importo della sanzione che potrebbe essere irrogata all'esito del procedimento. In tal caso, contestualmente alla notifica della delibera di avvio, sono allegati i documenti su cui si basa la contestazione. 2. Nei casi di cui al comma 1, il destinatario del provvedimento finale può, entro trenta giorni dalla notifica della delibera di avvio del procedimento sanzionatorio, rinunciando alle ulteriori formalità del procedimento, effettuare il pagamento della sanzione in misura ridotta pari ad un terzo del valore di quella determinata nella delibera di avvio, fatti salvi i limiti di cui all'articolo 14. Il pagamento in misura ridotta estingue il procedimento sanzionatorio».

L'accesso agli atti ed ai procedimenti dell'ART è disciplinato da uno specifico regolamento⁴⁸⁶, con cui si presta particolare attenzione al tenore delle informazioni e dei documenti contenuti nel fascicolo istruttorio. Siffatta disciplina speciale deve necessariamente raccordarsi con la disciplina prevista nel d.lgs. n. 33/2013 e ss.mm.ii., ai sensi del quale, si considerano pubbliche amministrazioni, tenute all'applicazione del testo unico in materia di accesso e trasparenza, anche le autorità amministrative indipendenti (cfr. art. 2*bis*, co. 1, d.lgs. n. 33/2013).

L'istruttoria può concludersi non soltanto in via semplificata, ma anche in via negoziale, tramite l'adozione di una decisione con impegni (cfr. art. 37, lett. f), d.l. n. 201/2011). Siffatta previsione rappresenta una deroga all'ordinaria procedura di accertamento e svolge una funzione deflattiva, tale da consentire una chiusura anticipata del procedimento.

Naturalmente, non deve trattarsi di di una violazione grave della regolazione o di condotte già cessate.

Le proposte di soluzione in via negoziale, inoltre, devono pervenire entro il termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento di avvio dell'istruttoria. Proposta che viene valutata dall'autorità in termini di ammissibilità e non manifesta infondatezza. Se la valutazione ha esito positivo, l'autorità dispone la pubblicazione degli impegni sul proprio sito internet, al fine di consentire ai terzi interessati di presentare osservazioni scritte entro trenta giorni dalla pubblicazione (c.d. *market test*). Osservazioni a cui i privati interessati proponenti gli impegni possono controdedurre (cfr. art. 10 Regolamento ART in materia di procedimenti sanzionatori).

Raccolti tutti gli elementi, il responsabile del procedimento propone al Collegio dell'ART la comunicazione delle risultanze istruttorie nel caso ritenga sussistente la violazione e commina la sanzione, ovvero propone l'archiviazione del procedimento.

Il potere decisorio è di competenza del Consiglio che, prima di provvedere, sente le parti in audizione finale.

La decisione, che deve essere congruamente motivata, potrà essere di

486 Cfr. *Regolamento concernente l'accesso ai documenti amministrativi*, approvato con delibera del Consiglio n. 12/2014 del 6/7 febbraio 2014, in www.autorita-transporti.it.

compatibilità, quando la pratica adottata dai soggetti regolati non dia luogo ad infrazione, o di accertamento, con eventuale diffida a eliminare gli effetti dell'infrazione entro un dato termine, negli altri casi.

La diffida può essere accompagnata da sanzioni amministrative pecuniarie.

Ai fini della corretta quantificazione di esse, l'autorità ha adottato la delibera n. 49/2017, che costituisce l'esito della consultazione pubblica avviata con la delibera n. 134/2016, chiarendosi che all'autorità è comunque riconosciuta una facoltà di deroga, seppure congruamente motivata, rispetto agli orientamenti contenuti nelle suddette *guidelines*, adottate al fine di garantire coerenza, trasparenza ed obiettività nell'esercizio della potestà sanzionatoria.

Le linee guida scompongono il *quantum* della sanzione nell'importo base e nel relativo adeguamento (prese in considerazione le circostanze aggravanti e quelle attenuanti), ferma la necessità di tenere fermi i limiti edittali normativamente previsti.

I canoni di commisurazione astrattamente considerati prendono in considerazione la disciplina generale delle sanzioni amministrative, prevista dalla l. n. 689/1981 ed i criteri di quantificazione delle sanzioni relative alla violazione dei diritti dei passeggeri stabiliti dei decreti legislativi specifici riferiti ai trasporti ferroviario, su autobus e marittimo. Oltre dunque alle modalità generali di quantificazione delle sanzioni, restano ferme le specifiche discipline di settore.

In particolare, con riferimento ai diritti dei passeggeri nel trasporto autobus, sembra interessante osservare che nel settore autobus, nel periodo tra il 2014 ed il 31 maggio 2019 buona parte degli avvii di procedimenti sanzionatori si è conclusa con il pagamento dell'intera sanzione (50%), mentre il 42% si è concluso con il pagamento della stessa in misura ridotta ai sensi dell'art. 16 della l. n. 689/1981⁴⁸⁷.

487 Cfr. ART, *Sesto rapporto annuale al Parlamento*, 25 giugno 2019, cit., 79 ss., con cui si riportano le tipologie più frequenti di violazioni contestate: mancato rispetto degli obblighi di risposta ai reclami (art. 27, Reg. UE n. 181/2011), mancata tutela dei diritti del passeggero a fronte di cancellazione o ritardo alla partenza, alla scelta tra continuazione, reinstradamento e rimborso (art. 19 Reg. UE cit.), mancato rispetto dell'obbligo di informazione sulla situazione e sul nuovo orario di partenza previsto (art. 20 Reg. UE cit.).

Conclusioni

In tutti gli Stati europei e così anche in Italia, il settore dei trasporti è stato ed è tuttora un settore fortemente protetto da una consistente regolamentazione, dettata dalla necessità di garantire la mobilità individuale, dalla necessità di regolare situazioni di monopolio naturale e di proteggere un patrimonio tecnologico ritenuto tradizionalmente strategico per lo sviluppo e la sicurezza nazionale.

Siffatta regolamentazione ha innalzato nel tempo forti barriere all'entrata di nuovi operatori ed ha limitato drasticamente la concorrenza tra quelli presenti⁴⁸⁸. Ciò, in particolare, nel trasporto pubblico locale, ambito nel quale il regime di concessione e l'estesa pratica di autoproduzione da parte delle autorità locali hanno determinato una diffusa situazione di monopolio, aggravata anche dal fatto che le imprese sono storicamente fortemente sussidiate dalla collettività.

Oggi, sia in ambito europeo che nazionale, la riflessione si è evoluta: la politica dei trasporti, infatti, si colloca nel quadro di una politica comune dell'Unione che trova le sue radici nella comune cittadinanza europea e nel diritto di circolare liberamente nel territorio degli Stati membri.

I trasporti costituiscono infatti un presupposto per la creazione del mercato comune e per la realizzazione delle quattro libertà fondamentali della circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali: in ragione del substrato costituzionale rinvenibile nel diritto alla mobilità⁴⁸⁹ e nella libera esplicazione dell'iniziativa economica, essi costituiscono un ambito di estrema rilevanza per lo sviluppo economico e sociale, essendo diretti allo sviluppo del Paese, ma anche alla crescita dell'individuo.

488 Si v. in merito L. Senn, R. Zucchetti, *La regolazione nel settore dei trasporti nella prospettiva della rete europea*, in *L'industria*, XXI, n. 4, ottobre-dicembre 2000.

489 Le fondamenta costituzionali del diritto alla mobilità si rinvengono all'art. 16 Cost. che, come noto, stabilisce il diritto di circolare liberamente senza ingiustificate restrizioni che non derivino da ragioni di sicurezza e sanità. Siffatto diritto di libertà tipicamente "negativo", deve poi essere letto in combinato disposto con gli artt. 2, 3, 4, 32, 33, 34, 35 e 38 della Cost. Siffatta lettura sistematica del testo costituzionale consente di ricostruire il trasporto pubblico locale come uno strumento per realizzare la personalità dell'individuo nelle formazioni sociali, per neutralizzare le disparità economiche e per conferire uguali opportunità di lavoro e d'istruzione ai cittadini meno abbienti che non sempre possono sostenere il costo della mobilità privata per recarsi sul luogo di lavoro, per raggiungere gli istituti scolastici, oltre che per accedere ai servizi sociosanitari e culturali. Per approfondimenti in merito si v. G. Rinaldi Baccelli, *Per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico*, in *Riv. Dir. civ.*, 1991, II, 11; C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008; G. G. Carboni, *La mobilità nel diritto dell'Unione Europea*, in *DPCE*, 1/2016, 13 ss.

Ciò costituisce una conquista anche per la stessa Unione Europea che, agli albori della sua costituzione, considerava il settore dei trasporti esclusivamente in funzione della costituzione di un mercato comune (cfr. art. 70 Trattato CECA).

Il processo di integrazione europea, infatti, ha dedicato una specifica attenzione al settore dei trasporti, affermando la necessità di integrare i sistemi di trasporto nazionali (cfr. nascita della politica delle TEN-T, ovvero delle reti transeuropee di trasporto⁴⁹⁰), nonché la necessità di eliminare tutte quelle normative dirette a riservare una protezione particolare alle imprese nazionali o comunque già presenti in determinati segmenti del mercato, al fine di recuperare margini di efficienza mediante lo sviluppo di un ambito competitivo, ancora più auspicabile in un settore come quello del TPL, dove gran parte del costo viene socializzato e quindi posto in parte preponderante a carico delle amministrazioni pubbliche.

Quello che si è verificato, dunque, anche in ragione della creazione del mercato unico europeo, spinto anche dal fenomeno della globalizzazione, è stato un mutamento di prospettiva.

Il legislatore nazionale, seppure con un ritardo rispetto alla normativa europea, ha progressivamente avviato un processo di privatizzazione e liberalizzazione nel settore del trasporto, ed in particolare del trasporto pubblico locale, che – a partire dal d.lgs. n. 422/1997 – ha cominciato ad acquisire i connotati di un settore aperto alla concorrenza.

La concorrenza, infatti, diviene il paradigma dominante nelle politiche dei trasporti essendo considerata lo strumento principale per perseguire l'efficienza, la qualità e lo sviluppo dei sistemi di trasporto.

Concorrenza che assume i caratteri di una “concorrenza regolata” o “per” il mercato, nella quale la pubblica autorità attribuisce un diritto di esclusiva per un periodo determinato all'esito di una gara aperta e trasparente⁴⁹¹.

Il particolare collegamento della mobilità con il territorio e con i beni pubblici, nonché la natura del servizio pubblico del trasporto, diretto a garantire comunque i servizi anche oltre la marginalità del profitto in vista

490 Si v. per approfondimenti in merito G. Pizzanelli, *La politica dei trasporti tra coesione sociale e sostenibilità ambientale. Il caso delle reti transeuropee di trasporto TEN-T*, in C. Buzzacchi, *L'Europa a rete. Il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale*, Milano, 2011, 131 ss.

491 La gara, peraltro, costituisce, come già detto, soltanto una delle modalità di affidamento del servizio. Si rimanda, infatti, a quanto previsto dal Regolamento (CE) 1370/2007, art. 5, par. 2, 4, 5 e 6.

delle sopra menzionate esigenze di mobilità, hanno reso (e tuttora rendono) il settore dei trasporti particolarmente resistente ad un processo di integrale liberalizzazione.

Proprio all'esito della presente ricerca, infatti, si è potuto constatare il permanere di un regime che riconosce ancora la natura pubblica della gestione delle infrastrutture ed un sistema di licenze e concessioni nel settore del TPL, presidiate da un sistema di attribuzione tramite gara, poco incline all'apertura alla concorrenza "nel" mercato.

In questo contesto trovano significato i quesiti che si sono posti nella introduzione al presente lavoro e le risposte che si è cercato di offrire nel prosieguo della trattazione, nel tentativo di identificare gli elementi – reali o potenziali – posti alla base del rapporto tra concorrenza e regolazione nel settore del trasporto pubblico locale.

Il settore del TPL, infatti, si colloca in un contesto culturale, socio-economico e giuridico-istituzionale caratterizzato dalla presenza di concetti chiave – quali la libertà di prestazione di servizi, la liberalizzazione, la competitività, la concorrenza, la ripartizione delle competenze a più livelli, il diritto di mobilità – che influenzano fortemente gli assetti organizzativi di erogazione del servizio e che conoscono una modulazione dinamica e flessibile ad opera di una regolazione esercitata da un'autorità amministrativa indipendente appositamente costituita, l'ART.

Ci si è dunque chiesti: può la regolazione del trasporto pubblico locale coniugare efficacemente la finalità pro-concorrenziale con le altre finalità di carattere sociale?

Siffatta regolazione può agevolare una liberalizzazione del settore, consentendo, almeno in alcuni settori, di passare ad un sistema di concorrenza "nel" mercato?

A fronte dell'analisi e dell'approfondimento del contesto attuale e degli strumenti di *governance* a disposizione, che sembrano influenzarsi a vicenda, secondo un procedimento di "ibridazione", ad emergere è una possibile dicotomia di posizioni, tra loro antitetiche.

La prima, critica nei confronti della liberalizzazione "a tutti i costi"; la seconda, invece, critica della c.d. "frode delle etichette" che si celerebbe

dietro la qualificazione di intere attività economiche come servizio pubblico e propensa a promuovere sempre di più la concorrenza “nel” mercato attraverso una corretta perimetrazione del servizio di trasporto pubblico⁴⁹².

Posto che nell’ambito del presente lavoro, ad essere accolta, è la seconda posizione, non si può fare a meno di evidenziare come alcuni aspetti della prospettiva per così dire anti-concorrenziale meritino adeguata considerazione.

La circostanza che la persona in quanto tale sia direttamente coinvolta nella vicenda del trasporto ha portato infatti all’emersione di alcune critiche rispetto all’idoneità del mercato concorrenziale a realizzare l’efficienza dei trasporti ed a garantire il rispetto del viaggiatore in quanto persona, proponendo di sottoporre a verifica il dogma liberale secondo il quale l’ambiente competitivo risulterebbe essere davvero il luogo in grado di sollecitare adeguatamente i poteri economici a partecipare al processo di cambiamento ed evoluzione del trasporto.

Senza accogliere tale ultima impostazione, con cui si proporrebbe di sostituire le politiche di concorrenza e regolazione con una specifica politica alternativa dei trasporti, industriale ed istituzionale da cui deriverebbero nuove forme di proprietà condivisa delle aziende, delle infrastrutture e di partecipazione alla loro gestione, se ne condivide tuttavia lo spunto da cui prende origine.

Ovvero, l’impossibilità di individuare in modo agevole una nozione univoca di servizio di trasporto passeggeri di interesse pubblico.

La stessa disciplina europea, che è intervenuta nel settore, con il Regolamento (CE) 1370/2007, recante l’obiettivo di delimitare la sfera dell’intervento pubblico per garantire la fornitura dei servizi di trasporto passeggeri d’interesse economico generale che siano tra l’altro più sicuri, più numerosi e di migliore qualità, oltre che offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire, lo ha fatto servendosi di una definizione elastica e di natura

492 Si v. in tal senso A. Cabianca, *L’autotrasporto di linea tra servizio pubblico e libertà d’impresa*, cit., 765 ss., il quale ritiene che la ricostruzione del quadro ordinamentale del TPL non debba più essere soltanto quella che lo identifica come servizio pubblico, ma che sia necessario qualificarlo anche come “*libera attività d’impresa, che comincia ad avere una propria autonomia e sfera di tutela e che si esplica non solo nelle forme dell’autotrasporto di ‘linea’, ma anche in quelle del contiguo modo del noleggjo*”.

convenzionale di servizi di trasporto passeggeri di interesse economico generale.

L'istituto dei SIEG, infatti, ha una portata ampia e discrezionale che può delineare il limite esterno dell'intervento della pubblica autorità in un settore economico, ma non risulta comunque in grado di circoscrivere il nucleo essenziale dei servizi che i pubblici poteri sono tenuti ad assicurare⁴⁹³.

La non perfetta coincidenza dei piani definatori connaturata alla nozione di servizio di trasporto pubblico locale, oltre alla non perfetta coincidenza dei piani normativi, in ragione del policentrismo normativo che caratterizza il settore, costituiscono la causa della difficile delimitazione dell'intervento pubblico nell'economia e, dunque, della complessa composizione della suddetta dicotomia tra chi sostiene un approccio volto alla progressiva liberalizzazione del settore e chi invece, con una visione per così dire "collettivistica", imporrebbe un maggior ruolo dell'autorità pubblica nel settore.

In questo contesto si colloca la figura dell'Autorità di regolazione dei trasporti, il cui ruolo, può considerarsi duplice.

Da un lato, infatti, l'ART svolgerebbe il compito di controllare il corretto esercizio della discrezionalità delle regioni e degli enti locali nella definizione del contenuto sostanziale dei "servizi minimi" e dei "servizi aggiuntivi", consentendo una corretta perimetrazione della nozione di servizio pubblico e la conseguente corretta esplicazione del rapporto dialettico tra il diritto di esclusiva e la libertà d'impresa nel prestare il servizio.

Dall'altro, poi, la stessa Autorità risulterebbe promotrice sia di interventi perfettamente coerenti con gli obiettivi che la concorrenza persegue, sia di interventi in grado di attivare fattori di sviluppo che proprio la concorrenza trascura, nel rapporto necessariamente dinamico, non escludente e di

493 Sui servizi di interesse economico generale si v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in Tratt. Dir. amm. Eur., M. P. Chiti, G. Greco (a cura di), Milano, 2007; F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, 313 ss.; D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, 1 ss.; L.R. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi d'interesse economico generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2001, 479 ss.; M. Lottini, *Servizi d'interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2005, 5, 1351 ss.

“complementarietà” con le altre autorità competenti nel settore.

L’osservazione della realtà concreta, resa possibile da un approccio empirico, derivante dall’esame della corretta architettura della gara di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale e dagli atti posti in essere dall’ART, ha infatti consentito di rispondere ad un ulteriore quesito sotteso alla presente ricerca, riguardante il corretto esplicarsi del rapporto tra la relativamente recente ART e le altre autorità competenti nel settore.

Posto che uno dei rapporti che ha destato maggiori problematiche di coordinamento, in quanto riconducibile al complesso rapporto tra regolazione e concorrenza, è stato quello tra l’ART e l’AGCM nella macro-area della tutela e della promozione della concorrenza (a cui è demandata l’attività di entrambe le autorità), ciò che è emerso è che per evitare i c.d. fallimenti del mercato la politica della concorrenza e la regolazione dovrebbero continuare ad operare congiuntamente, secondo modelli omogenei, coordinati e complementari tra loro.

Mentre infatti le autorità della concorrenza possono sperare di affrontare molti dei fenomeni oggetto di interesse della regolazione economica – ingresso nel mercato, prezzo, qualità, scelta di mercato –, queste non possono invece direttamente affrontare (in genere, peraltro, non ci si attende che agiscano in tal senso) i problemi oggetto dell’attività della regolazione sociale, quali la protezione dei consumatori, dell’ambiente, della sicurezza e della salute sul lavoro (per citarne alcuni), demandati propriamente alle autorità di regolazione.

Nell’auspicio di una progressiva liberalizzazione delle attività di erogazione di alcuni tra i servizi che, in considerazione delle realtà territoriali in cui operano e delle caratteristiche intrinseche, se lasciati alla libera iniziativa economica risulterebbero comunque in grado di garantire il soddisfacimento delle esigenze degli utenti, il tentativo dunque è quello di affermare un sistema di regolazione improntato alla concorrenza “nel” mercato, fondata su un sistema autorizzatorio che consentirebbe l’espletamento del servizio ad una pluralità di operatori, in concorrenza tra loro.

In questo modo si realizzerebbe il mercato in senso proprio: un mercato regolato dall’ART per quanto riguarda i profili di qualità dei servizi e

tariffari; regolato dall'AGCM per ciò che concerne gli aspetti della tutela della concorrenza; regolato eventualmente dall'ANAC per ciò che riguarda gli aspetti di controllo e vigilanza sui contratti pubblici, secondo un sistema di integrazione complementare tra le autorità.

Si realizzerebbe così la perfetta ed oggi più che indispensabile migliore combinazione dei paradigmi propri non solo della concorrenza, ma anche della innovazione, della integrazione e della riduzione delle esternalità, che rivestono sempre maggiore rilievo, come ricordato agli inizi della presente trattazione.

Bibliografia

AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, Napoli, 1996

AA.VV. Società italiana di politica dei trasporti, *Innovazioni tecnologiche e governo della mobilità*, Rapporto 2018, Ravenna 2018

Albano G.L., Heimler A., Ponti M., *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2014, 117 ss.

Algostino A., *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 835 ss.

Amaral M., Saussier S., Yvrandebillon A., *Does competition for the field improve cost efficiency? Evidence from the London Bus tendering model*, CNI Working paper, 2006-14

Amato G., *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2017, 425 ss.

Amato G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999

Amato G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1997

Amato G., *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. riv. tr. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, 3 ss.

Amato G., *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, in *Temi e problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1996, 13, in www.agcm.it

Amorosino S., *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Giappichelli, Torino, 2008

Andreani G., Ferrara G., *Problematiche costituzionali e di diritto europeo sui contributi alle Amministrazioni indipendenti*, in *Fisco*, 2017, n. 38, 3727

Antonini A., *Il trasporto multimodale: regime normativo e responsabilità del vettore*, in *Dir. mar.*, 2009, 3.

Antonioli M., *Regolazione e mercato*, Milano, 2001

Argentati A., *Costi minimi nell'autotrasporto di merci e art. 41 Cost.: continuità o innovazione?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2018, 149 ss.

Argentati A., *Autorità antitrust e Corte Costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, *Mercato concorrenza regole*, 2015, 41 ss.

Armstrong M., Cowan S., Vickers J., *Regulatory reform: Economic analysis and British experience*, Cambridge, 1994, 132 ss.

Arrow K., *Economic welfare and the allocation of resources for inventions*, in R. Nelson (a cura di), *The rate and direction of inventive activity: economic and social factors*, Princeton, 1962

Baldwin R., *Better regulation: the search and the struggle*, in R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *The Oxford handbook on regulation*, Oxford, 2010.

Baudino, C. *Definizione del mercato rilevante ed applicazione del diritto comunitario antitrust: la comunicazione della Commissione*, in *Contr. impr. eur.*, 1998, 524 ss.

Bassan, F., *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'unione europea*, in

Riv. it. dir. pubb. Comun., 2003, 973 ss.

Bassan, F., *Concorrenza e regolazione nel Diritto comunitario comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002

Bassanini, *Le società a partecipazione pubblica fra Stato e mercato*, prefazione a ASTRID, *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, V. Cerulli Irelli, M. Libertini (a cura di), Milano, 2019

Becker G. S., *A theory of competition among pressure groups for political influence*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1983, 371 ss.

Benelli F., *Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2012, 623 ss.

Berstein M. H., *Regulating business by independent commission*, Princeton, 1995

Bertonazzi L., Villata R., *Servizi di interesse economico generale*, in Tratt. Dir. amm. Eur., M. P. Chiti, G. Greco (a cura di), Milano, 2007

Boitani A., *I trasporti del nostro scontento*, Bologna, 2012

Boitani A., *Costi e benefici di diversi modelli di regolazione*, in *An. giur. ec.*, 2002, vol. 1, 5 ss.

Boitani A., *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006

Boitani A., Cambini M., *Il trasporto pubblico locale in Italia. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2002, 56

Brons M., Kalantzis F., Vergano L., *Market functioning & Market integration in EU Network Industries – Telecommunications, Energy & Transport, Discussion paper* della Commissione Europea 111, September 2019, in www.ec.europa.eu

Brown A., *Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on C-410/04 ANAV v. Comune di Bari*, in PPLR, 2006, NA 217 ss.

Brunell R.M., *In regulators we trust: the Supreme Court's new approach to implied antitrust immunity*, in *Antitrust law journal*, 78, 2012, 279 ss.

Bruti Liberati E., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Riv. reg. dei mercati*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it

Bruti Liberati E., *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. dei mercati*, fasc. 2/2014, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it

Bruti Liberati, Donati F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010

Buchanan J.M., Tullock G., *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*, Michigan, 1962

Busti S., *Contratto di trasporto terrestre*, Milano, 2007

Buzzacchi C., *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 3/2006

Cabianca A., *L'autotrasporto di linea tra servizio pubblico e libertà d'impresa*, in *Il dir. dell'econ.*, vol. 28, n. 88 (3-2015), 765 ss.

Cabianca A., Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2012), 24 ottobre 2012, in *www.federalismi.it*, n. 20/2012

Caia G., Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale, in *www.federalismi.it*, 20/2018, 3

Caia G., I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento della disciplina comunitaria), in Scritti in ricordo di Francesco Pugliese, (a cura di) E. Follieri, L. Iannotta, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 515 ss.

Camilli E.L., Clarich M., I poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti, (a cura di) M. D'Alberti, A. Pajno, Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia, Bologna, Il Mulino, 2010

Candido A., Verso quale trasporto pubblico locale? Il diritto sociale alla mobilità, in *www.federalismi.it*, 30 novembre 2016

Candido A., Il conflitto tra *Antitrust* e regolazione nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria, in Riv. it. dir. pubb. com., 2012, 6, 1175 ss.

Capello A., La tutela dei passeggeri di autobus a cinque anni dall'entrata in vigore del Reg. UE n. 181/2011, in Dir. trasp., 2018, 413 ss.

Carabba M., Programmazione, in Dig. disc. pubb., vol. XII, 1997

Carabba M., Programmazione economica, in Enc. dir., vol. XXXVI, Milano, 1987

Carboni G.G., La mobilità nel diritto dell'Unione Europea, in DPCE, 1/2016, 13 ss.

Cardone A., Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi “automatismi” a danno dell'autonomia? (nota a Corte Cost., sent., 41 del 2013), in *www.forumcostituzionale.it*

Caretti P. (a cura di), Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti, Torino, 2005, XI ss., spec. XV

Caringella F., Il nuovo modello di autorità indipendente giurisdicente: l'autorità nazionale anticorruzione, in *Il sistema del diritto amministrativo. Le riforme amministrative*, Dike giuridica editrice, 2018

Caringella F., De Marzo G. (a cura di), I contratti dei consumatori, Torino, 2007.

Carullo, G., Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale, in *Foro amm. - CdS*, n. 10/2013, 2900 ss.

Cassese S., Dalle regole del gioco al gioco con le regole, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2002

Cassese S., Le reti come figura organizzativa della collaborazione, in *AA.VV., L'europa delle reti*, (a cura di) A. Predieri, M. Morisi, Torino, 2001, 43 ss.

Cassese S., Regolazione e concorrenza, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), Bologna, 2000

Cassese S., Chi ha paura delle autorità indipendenti, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 471

Cassese S., Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti, in *AA.VV., Il procedimento davanti alle Autorità*

indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999.

Cassese S., Stato e mercato dopo privatizzazioni e “deregulation”, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378 ss.

Cassetti, L. Alla ricerca di (improbabili) spazi regionali per scelte legislative pro-concorrenziali: appalti e differenziazioni territoriali, in Giurisprudenza costituzionale, 2014, 2911 ss.

Castorina E., Lezioni di diritto comparato dei servizi pubblici, Napoli, 2017

Chamon M., *EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the deep blue sea*, in *Common market law review*, 48, 2011, 1055 ss.

Chamon M., *Does the Meroni doctrine make sense?*, in *Maastricht journal of European and Competitive law*, 17(3), 2010, 281 ss

Cheli, E. L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze, Atti del convegno “Il sistema delle autorità indipendenti: problemi e prospettive”, organizzato da Nexus a Roma il 27 febbraio 2006, in www.astrid-online.it

Chiti M. P., La disciplina procedurale della regolazione, in Riv. trim. dir. dir. pubbl., 2004, 679.

Cicli L., La riforma del trasporto pubblico locale, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1998, 3, 289

Cintioli F., Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 381 ss

Cintioli F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007,

59 ss.

Citroni G., Lippi A., La politica di riforma dei servizi idrici. Istituzioni, processi e poste in gioco, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2006, 272

Cirillo G.P., Chieppa R., *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017

Clarich M., *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 162

Clarich M., Cartei G. (a cura di), *Il codice delle comunicazioni*, Milano, 2004

Clarich M., I procedimenti di regolazione, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999.

Clarich M., Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in *Dir. Amm.*, 1993, 90 ss.

Claroni A., La tutela del passeggero nel trasporto effettuato con autobus nell'ambito del reg. (UE) n. 181/2011 del 16 febbraio 2011, in *Dir. trasp.*, 2011, 524

Claroni A., La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia, in *Il diritto del mercato del trasporto*, S. Zunarelli, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'Economia*, (diretto da) F. Galgano, Padova, 2008, 141 ss.

Cocozza V., *La delegificazione*, Napoli, 2005

Colavitti G., Concorrenza, trasparenza e autonomie. Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico dell'economia, Bari, 2018

Congedo P., The “Regulatory Authority Dixit” defense in European competition law enforcement, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory studies*, 2014, 7(10)

Corso G., La gestione dei servizi locali, fra pubblico e privato, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 37

Corso G., Lo Stato come dispensatore di beni – Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti, in *Sociologia dir.*, 1990, fasc. 1, 109

Cucinotta, A., Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2017, 37 ss.

Cuniberti M., Autorità amministrative indipendenti e Costituzione, in *Riv. Dir. Cost.*, 2002, 3 ss.

D'Alberti, C. Iacolucci, Rapporti tra l'ART e le amministrazioni non indipendenti, in *ART, Rapporto dell'Advisory Board 2015, Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*, in *www.autorita-trasporti.it*, 46 ss.

D'Alberti M., Poteri regolatori tra pubblico e privato, in *Dir. amm.*, 2013

D'Alberti M., Concorrenza, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese, Milano, 2006, II, 1140 ss.

D'Alberti M., Procedimenti generali e singolari: problemi attuali e miglioramenti possibili, in *AA.VV., Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999.

D'Angelo G., La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra

incertezze delle regole e diritto europeo, in JUS-online n. 1/2016

Della Cananea G., *Atti amministrativi generali*, Padova, 2000

De Benedetto M., Martelli M., Rangone N., *La qualità delle regole*, Bologna, 2011

De Donatis, S., *Le procedure di gara nel trasporto pubblico locale*, in *La riforma del trasporto pubblico locale* (a cura di A. Claroni), Bologna, 2004, 153 e 154

De Girolamo A., *La gara unica per la gestione del TPL nella Regione Toscana*, in *Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. Passalacqua, Torino, 2015, 373 ss.

De Lucia L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002

De Lucia L., *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla l. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 65 ss.

De Nictolis R., *I protocolli tra autorità amministrative indipendenti e giurisdizione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it

Demesetz H., *Why regulate utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968

De Benedetto M., *Gli ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Amm. in Cammino*, 31 maggio 2017

De Cristofaro G., *La Direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”*:

ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali, in D'Angelo Roppo (a cura di), *Annuario del Contratto*, Torino, 2011, 35.

De Donatis, *Le procedure di gara nel trasporto pubblico locale*, in *La riforma del trasporto pubblico locale* (a cura di) A. Claroni, Bologna, 2004, 153 ss

De Vita M., *Regolamentazioni pubbliche: principi comunitari e disciplina italiana antitrust*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 4/1997, 707

Del Gatto S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *GdA*, 2014, 495

Del Viscovo M., *Economia dei trasporti*, Torino, 1990

Di Cosimo G., *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005

Di Donato L., *Il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Amministrazione in Cammino*, 25 maggio 2015, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

Di Donato L., *The regulatory quality in the European Union*, in www.amministrazioneincammino.it

Di Gaspare G., Bardusco A., Caia, G. *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Nuove leggi civili*, Padova, 1998

Di Palma P., *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione: le concessioni aeroportuali*, in *Rass. Avv. Stato*, n. 3 del 2005, 295

Di Porto F., Regolazione, principio di proporzionalità e scienze cognitive, in *federalismi.it*, 4/2018

Di Porto, F., La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza, in *Riv. ital. Dir. pubb. Comun.*, 2006, 947 ss.

Di Seri C., L'Autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali, in *GdA*, VIII-IX, 2013, 835.

Dugato M., I servizi pubblici locali, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, 2588 ss.

Elia L., La disciplina dell'economia: forme dell'intervento normativo, in *Regolazione e concorrenza*, G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), Bologna, 2000

Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010

Fazioli R., *Dalla proprietà alle regole*, Milano, 1995

Ferrante G., Il partenariato pubblico privato e il finanziamento in project financing delle infrastrutture ferroviarie, in *www.sr-m.it*.

Ferrara, R., La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico, in *Dir. Amm.*, 2/2017, 209 ss.

Ferrarese M.R., Immagini del mercato, in *Stato mer.*, 1992, 291 ss.

Ferrarese M. R., *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992

Floreat, M., Le origini americane della regolazione, in S. Valentini, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005, 117 ss.

Focault M., *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-76*, Paris, 1997, trad. it. Milano, 2009.

Franceschelli R., Il mercato in senso giuridico, in *Giur. comm.*, 1979, 501 ss.;

Frego Luppi S., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999

Frignani A., L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2/2014

Fusaro P., Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, in www.federalismi.it, 2013, n. 7/2013

Galletta D.U., Giavazzi M., Trasporti terrestri, in Chiti M.P., Greco G. (diretto da), Cartei G.F., Galletta D.U. (coordinato da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte speciale, tomo IV, sec. ed.*, Torino, 2007

Garofoli, R. Procedimento, accesso ed autorità indipendenti, in F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003

Gaudemet Y., *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 49 ss.

Gerber, *Law and Competition in Twentieth century Europe: protecting Prometheus*, Oxford, 2001

Giacchetti Fantini M., Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione, in www.federalismi.it, 7

maggio 2014, n. 6/2014

Giampieretti M., Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, in *Dir. e Soc.*, 2003, 439 ss.

Giani L., Attività amministrativa e regolazione di sistema, Torino, 2002, 157 ss.

Giannini M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995

Giannini M.S., Pianificazione, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983

Giuffrè F., Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in *www.federalismi.it*, n.25/2016

Giuffrè G.A., Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC, in *www.federalismi.it*, 27 novembre 2017, n. 2/2017

Grella, I., L'AIR nell'Autorità di regolazione dei trasporti, Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione, in *www.osservatorioair.it*, marzo 2014.

Guarini C.P., Contributo allo studio della regolazione “indipendente” del mercato, Bari, 2005

Harlow C., Rawlings R., *Law and Administration*, Cambridge, 2009.

Heikkilä S., *Mobility as a service – A proposal for action for the Public Administration. Case Helsinki*, in <https://aaltodoc.aalto.fi/handle/123456789/13133>

Iaione C., La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni, Napoli, 2008

Iannotta L., Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni, in *Dir. Amm.*, 1997

Ingratoci C., Il trasporto pubblico locale, in F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Torino, 2015, 282 ss.

Irti N., *La solitudine del giurista*, in *Il salvagente della forma*, Bari, 2007

Joskow P.L., Rose N.L., *The effects of economic regulation*, in R. Schmalensee, R.D. Willing, *Handbook of industrial organization*, vol. II, Elsevier Science Publishers B.V., 1989

Kahn A.E., *The economics of regulation. Principles and Institutions*, Cambridge, Massachusetts London, 1970

Kirchner C., *Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their realization and of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services*, in H. Ullrich, *The evolution of european competition law: whoseregulation, which competition?*, Cheltenham, 2006, 241 ss.

Kondo S., Liberalizzazione, regolazione e sviluppo: l'esperienza dell'OCSE, in Tesauro G., D'Alberti M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 189 ss.

La Spina A., Majone G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000

Lattarulo P., Massaro M., Piccini L., *Competizione per il mercato e concentrazione industriale nei servizi di trasporto pubblico locale: l'esperienza Toscana*, 2016, in www.sipotra.it

Lazzara P., *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir.*

Amm., 2/2018, 337 ss.

Leveque F., Shelanski H., *Antitrust and regulation in the EU and US. Legal and economic perspectives*, Cheltenham, 2009

Levine M. E., Florence J. L., *Regulatory capture, public interest and the Public agenda: toward a synthesis*, in *Journal of law and economics*, 1990, 185 ss.

Libertini M., La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 303 ss.

Libertini M., Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, in www.federalismi.it, 2011, n. 22

Libertini M., Concorrenza, voce in *Enc. del dir.*, Milano, 2010, 191 ss.

Libertini M., Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza, in *GdA*, 2002, 802 ss.

Libertini M., Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, in *GdA*, 2005, 195 ss

Libertini M., Il “private enforcement” e le sanzioni amministrative, in *Conc. e mercato*, 2007, 356 ss.

Longobardi N., L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici, in *Dir. e proc. amm.*, n.1/2017, p.15

Longobardi N., Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e Autorità

atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2016, p. 823

Longobardi N. (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, Torino, 2016

Lopilato V., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019

Lorenzoni L., *Il riparto di competenze tra autorità indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. It. Antitrust*, 1/2015, 83 ss.

Lottini M., *Servizi d'interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2005, 5, 1351 ss.

Luhmann N., *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977

Macioce F., *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, 1-348, 81

Magnifico L., *Stato, Regione o Autorità di regolazione alla guida del trasporto pubblico locale?*, in *Osservatorio AIC*, dicembre 2013

Majone, *The regulatory State and its legitimacy problems*, in *22 West European Politics*, 1999, 1

Majone G., *Regulating Europe*, London, 1996

Majone G., La Spina A., *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. scienze dell'amm.*, 1991

Makkai T., Braithwaite J., *In and out the revolving door: making sense of regulatory capture*, in R. Baldwin, C. Scott, C. Hood, *Regulation*, Oxford, 1998, 173 ss.

Maltoni A., Mattioli G., Le privatizzazioni, in Codice delle società a partecipazione pubblica, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2018, 568-625

Maltoni A., Le società *in house* nel T.U. sulle partecipate pubbliche, in Urb. e App., 2017, 1, 7

Maltoni A., voce Servizi pubblici locali, in Dizionario di diritto amministrativo, a cura di M. Clarich, G. Fonderico, Milano, 2007, Il sole 24 ore, pp. 701-710.

Manetti M., Poteri neutrali e Costituzione, Torino, 1994

Marino A., Agenzie e autorità di regolazione del trasporto nel diritto comunitario ed interno, vol. I, Agenzie europee di regolazione ed esecutive, Napoli, 2013

Marfioli L., Mobilità sostenibile e trasporto intermodale, in Giureta Riv. di Dir. dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol. XI, 2013, 19

Marzi G., Prosperetti L., Putzu E., La regolazione dei servizi infrastrutturali, Bologna, 2001, cap. II.

Marzona N., Il potere normativo delle autorità indipendenti, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), I garanti delle regole, Bologna, 1996, 87 ss.

Mazzamuto S., La nuova direttiva sui diritti del consumatore, in Europa dir. priv., 2011, 1007

Mazzarino, M., Trasporti e regolazione. Fondamenti economici ed aspetti applicativi per il ruolo moderno del soggetto pubblico nel settore dei trasporti, Milano, 2015

Meisel J., *Is Trinko a useful model for the European Union?*, in European

Competition Law Review, 34, 2013, 218 ss.

Mele G., Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2/2014, 69 ss

Merusi F., La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 1 ss.

Merusi F., Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale, in *Dir. amm.*, 2, 2010, 313 ss.

Merusi F., Il potere normativo delle autorità indipendenti, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, (a cura di) G. Gitti, Bologna, 2006, 44 ss.

Merusi F., Passaro M., *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003

Merusi F., *Le leggi del mercato*, Bologna 2002

Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000

Miele G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987

Milanesi M.L., Il mercato rilevante, in *Quad. fior. dir. comm.*, 4/1997

Minervini E., La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2012, 563 ss.

Minervini E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999

Minervini E., Rossi Carleo L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*,

il diritto comunitario e l'ordinamento italiano, Milano, 2007.

Minnecci U., Il trasporto multimodale: tra diritto vigente e prospettive de iure condendo, in *Dir. Trasporti*, 2016, 353-668, 353 ss.

Mirone A., Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37bis cod.cons., in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, 2012

Mohring H., *Optimization and scale economies in urban bus transportation*, in *American economic review*, 1972, 591 ss.

Monti G., *Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law*, in *Competition law review*, 2008, 4(2), 125

Monti M., Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 75 ss.

Morbidelli G., Linee guida ANAC: comandi o consigli?, in *Dir. Amm.*, 2016, 3, 273 ss.

Morbidelli G., Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti, in Predieri A. (a cura di), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 216 ss.

Morgan B., Yeung K., *An introduction to law and regulation: text and materials*, Cambridge, 2007

Mosco G.D., Nuzzo, A., *Law & Disorder. L'Italia sotto l'attacco delle regole*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 2

Musgrave R., *Public finance in theory and practice*, New York, 1984.

Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014

Napolitano G., M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 319.

Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005

Natalini A., Sarpi F., Vesperini G. (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Roma, 2014

Niccolai S., *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ETS, 1996, 198 ss.

Nicolosi C., *Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul "meccanismo di risoluzione unico"*, n. 3/2017, in www.federalismi.it

Niro R., *Il diritto di iniziativa economica privata, il diritto antitrust e la tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, L.F. Pace (a cura di), Napoli, 2013, 32 ss.

Nunziata M., *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. di Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 1, febbraio 2018, 183 ss.

Ogus A.I., *Introduction, in Regulation, economics, and the law*, A.I. Ogus (a cura di), Cheltenham-Northampton, 2001, IX

Ogus A.I., *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, 1994

Padula C., *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010

Paladin L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996

Pani M., Sanna C., La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, 21 luglio 2018, in *www.lexitalia.it*

Pappalardo, Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali, Torino, 2007

Parcu P.L., On the convergence of antitrust and regulation, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 321 ss.

Pasquino P., Le autorità non elettive nelle democrazie, in *Il Mulino*, n. 4, 2001, 599

Peltzman S., *Toward a more general theory of regulation*, in *Journal of law and economics*, 1976, 19, 211 ss.

Peltzman S., *The economic theory of regulation after a decade of deregulation*, in R. Baldwin, C. Scott, C. Hood, *Regulation*, Oxford, 1998, 93 ss.

Pericu A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001

Perfetti L.R., Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali, *Munus*, n. 1/2015, 129 ss.

Perfetti L.R., Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi d'interesse economico generale del 20 settembre 2000), in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2001, 479 ss

Perfetti L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001

Peritz, *Competition Policy in America: 1888-1992. History, Rhetoric, Law*, Oxford, 1996

Perugini S., I “nuovi” strumenti di intervento dell'AGCM, in *Corr. Giur.*, 2014, 44 ss.

Perugini S., Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni”, in *Giust. Civ. Com.*, 21 maggio 2014, 13

Perugini S., Il nuovo codice del consumo: novità definitorie, ambito di applicazione ed esclusioni, *Speciale decreto consumatori*, in *Il quot. giur.*, 13 maggio 2014.

Petit N., *The proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: a Source of Jurisdictional Confusion?*, 2004, in www.coleurope.eu.

Pierce R.J., *Seven way to deossify agency rulemaking*, in *Adm. Law Review*, 1995, 59 ss.

Piselli R., Uno sguardo alle agenzie decentrate attraverso il prisma della sussidiarietà, 19 maggio 2017, in www.amministrazioneincammino.it.

Pizzanelli G., La politica dei trasporti tra coesione sociale e sostenibilità ambientale. Il caso delle reti transeuropee di trasporto TEN-T, in C. Buzzacchi, *L'Europa a rete. Il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale*, Milano, 2011, 131 ss.

Ponti M., I trasporti pubblici locali, cronaca di una morte annunciata, in *Il Mulino*, 2014, 39.

Posner R., *Antitrust law*, Chicago, 2001

Posner R., *Theories of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, 1974, 335

Pototschnig U., *I servizi pubblici*, Padova, 1964

Predieri A., L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, ...

Prosperetti L., I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2002, 277 ss.

Puto M., Autorità Amministrative indipendenti, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento n. 3, vol. I, Torino, 2008.

Radaelli C. M. , Meuwese A. C., *Better regulation in the European Union. The political economy of impact assessment*, in K. Jacob (ed), *Evaluating Integrated impact Assessments (EVIA)*, Handbook, Springer, 2009, 2

Ramajoli M., Liberalizzazioni: una lettura giuridica, in *Il dir. dell'economia*, vol. 25, n. 79 (3-2012), 507-528

Rangone N., Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario, in *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, (a cura di) M. Passalacqua, Torino, 2015, 121 ss.

Rangone N., Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'AIR, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 675 ss.

Rangone N., I trasporti pubblici di linea, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 2265 ss.

Rangone N., Regolazione, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto*

pubblico, V, Milano, 2006, 5057 ss.

Rangone N., I servizi pubblici, Bologna, 1999

Rinaldi Baccelli G., Per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico, in Riv. Dir. civ., 1991, II, 11

Riviezzo A., Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale, Napoli, 2013

Roli M., Pericu A., Le forme di gestione del trasporto pubblico locale tra pubblico e privato: esperienze pratiche e impostazioni teoriche, in La città logistica, a cura di E. Musso, C. Burlando e H. Ghiara, Bologna, 2006, 1 ss.

Roppo V., Napolitano G., Clausole abusive (voce), in Enc. giur. Treccani, VI, Roma, 1994

Rusche T.M., *Regulation and competition*, in L.O. Blanco, B. Van Houtte (a cura di), *EU Regulation and competition law in the transport sector*, Oxford, 2017, 39 ss.

Salerno, *Neutral networks: the paradox of unbundling in the European regulation of energy and telecommunication*, in *European Competition Law Review*, 29, 2008, 471

Saltari L., Anomalie di una segnalazione “normativa”, in *GdA*, 2/2018, 256 ss.

Sanchini F., L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza, in *www.federalismi.it*, 4 maggio 2016, n. 9/2016

Sandulli, A.M., Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali, in www.federalismi.it, 30 giugno 2010

Sandulli A.M., Il procedimento, in Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, 1035 ss.

Sandulli A.M., Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, in Foro.it, 1954, IV

Sanino M., La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti, Milano, Cedam, 2019

Schettino A., La tutela effettiva della concorrenza nell'azione pubblica: il potenziamento dell'attività di advocacy, in *Dir. dell'Unione Europea*, 2014, 532, nota 50.

Scoca F.G., Attività amministrativa, voce in *Enc. dir., agg.*, Milano, 2005, 75 ss.

Scognamiglio Pasini C., *Economia industriale. Economia dei mercati imperfetti*, Roma, 2006

Scordino D.L., La provvista finanziaria delle società in house. Il particolare problema delle emissioni di obbligazioni, in Atti del convegno “Le società a totale o parziale partecipazione pubblica alla luce della normativa dei DD.LLgs. 175/2016 e 100/2017, regole del diritto civile e loro compatibilità con norme e principi del diritto amministrativo”, Cagliari, 22 settembre 2017

Sciullo G., Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta, in www.lexitalia.it, 7-8/2004

Senn L., Zucchetti R., La regolazione nel settore dei trasporti nella prospettiva della rete europea, in *L'industria*, XXI, n. 4, ottobre-dicembre 2000.

Simoncini M., La regolazione del rischio e il sistema degli standard, Napoli, 2010

Siragusa M., Caronna, F., Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust, 2010, in *www.agcm.it*

Sorace D., I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo, in *Dir. amm.*, 2, 2010, 1 ss.

Sorrentino, F. Le fonti del diritto amministrativo, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. 1, Padova, 2004

Stammati S., Tre questioni in tema di autorità amministrative indipendenti, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, 88 ss.

Stella S., Istruttoria, misure cautelari, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuali e concorrenza*, a cura di P. Marchetti, L.C. Ubertazzi, Padova, 2012, 2935 ss.

Stigler G., *Perfect competition, Historically Contemplated*, in *J. Pol. Econ.*, 65, 1, 1957, 6 ss.

Stigler G., *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1971, 3

Tassone A.R., Il contratto di servizio, in *Dir. Trasp.*, 1998

Tesauro G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, VI ed., 2010

Tonetti A., L'Autorità di regolazione dei trasporti, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6/2012

Tonoletti B., Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo, in *Dir. amm.*, 2015, 389 ss.

Torchia L., Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e disciplina di settore, in *GdA*, 2012, n. 10, 953 ss.

Torchia L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010

Torchia L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1999

Torchia L., Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 59 ss.

Valentini S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005

Varone S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004

Vecere L., Palumbo R., Autorità dei trasporti, privatizzazioni e liberalizzazioni, normativa di indirizzo e regolamentare comunitaria in materia di trasporto e l'esperienza di alcune realtà europee, in *Riv. giur. circolazione*, 2012, n. 2, in www.rivistagiuridica.aci.it

Vesperini G., *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993

Villata R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008

Weatherill S., *Better regulation*, Oxford, 2007

Wilson J.Q., *The politics of regulation*, New York, Basic Books, 1980, IX

Wollmann H., Marcou G., *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary*, in H. Wollmann, G. Marcou, *The provision of public services in Europe. Between State, Local Government and Market*, 2010, Cheltenham, 240 ss.

Zito A., Mercati (Regolazione dei), in Enc. dir., Annali, III, Milano, 2010

Zito A., I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione, in Dir. amm., 2, 2003, 387 ss.

Zito A., Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust, Torino, 1998

*A Udine, che mi ha insegnato il
vero significato della parola
coraggio.*

“...Si lamenta di continuo che ci manchino uomini pratici: di uomini politici, per esempio, ce ne sono molti, di generali, non meno; in fatto di amministratori vari, per quanti ve ne occorran, si può subito trovare quel che si vuole; mancano invece gli uomini pratici. Almeno, tutti si lagnano che non ce ne siano. Si dice perfino che su certe linee ferroviarie manchi un buon personale e che creare un’amministrazione appena appena discreta in una compagnia di navigazione sia assolutamente impossibile. Qua senti dire che, sopra una linea or ora inaugurata, dei carrozzoni si sono scontrati o rovesciati su un ponte; là scrivono che un treno per poco non ha svernato in aperta campagna: dopo poche ore di corsa, è rimasto bloccato per cinque giorni nella neve. Altrove, si racconta, molte migliaia di quintali di merce vanno a male, ferme in qualche posto per due o tre mesi, in attesa di inoltrare; altrove ancora, dicono (ma è quasi incredibile), un membro dell’amministrazione, cioè un certo sorvegliante, invece di inoltrare la merce, come gli chiedeva insistentemente l’impiegato di una ditta, amministrò a costui degli sgrugnoni, e spiegò poi il suo atto amministrativo dicendo che “si era scaldato un po’”. A quanto pare gli uffici pubblici dello Stato son tanti, che viene paura anche a pensarci; tutti sono stati funzionari, tutti sono funzionari, tutti hanno intenzione di essere funzionari: come dunque non si potrebbe, con un materiale simile, formare un’amministrazione decente in una qualche compagnia di navigazione?

A ciò si dà talvolta una risposta oltremodo semplice: tanto semplice, che quasi non si può credere a una siffatta spiegazione. È vero, si dice, da noi tutti sono stati o sono funzionari, e sono già duecento anni che questa faccenda si trascina, secondo il miglior modello tedesco, dai bisavoli ai bisnipoti, ma appunto i funzionari son la gente meno pratica, e si è arrivati al punto che l’astutezza e la mancanza di cognizioni pratiche si consideravano, ancora recentemente, fra i funzionari stessi, quasi come somma virtù e raccomandazione...”

F.M. Dostoevsky, *L’idiota*, Einaudi editore.