

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto e Regolazione Pubblica dell'Economia

L'affidamento dei servizi pubblici

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Giuliano Fonderico

CANDIDATO

Giuseppe Antonio Tamburrano

Matr. 128403

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Alessandro Botto

Sommario

Introduzione

CAPITOLO PRIMO

La nozione di servizio pubblico e la sua evoluzione normativa europea e nazionale. Il tentativo di armonizzazione

1. La difficile individuazione della nozione di servizio pubblico
2. La disciplina europea e nazionale in materia di servizi pubblici: profili generali
 - 2.1. Direttiva Europea 23/2014 (direttiva Concessioni)
 - 2.2. Direttiva Europea 24/2014 (procedure concorsuali)
 - 2.3. Direttiva Europea 25/2014 (servizi speciali)
 - 2.4. Codice degli Appalti d.lgs. 50/2016

CAPITOLO SECONDO

Le procedure di affidamento nei settori ordinari

1. Procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture: l'evidenza pubblica
2. Le procedure di aggiudicazione: procedure aperte, procedure ristrette, procedure negoziate, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione, affidamento diretto
 - 3.1. Il procedimento di evidenza pubblica: la delibera a contrarre
 - 3.2. Il problema della qualificazione giuridica del bando di gara
 - 3.3. I criteri di aggiudicazione
 - 3.4. L'aggiudicazione: il problema della natura negoziale o amministrativa dell'atto
 - 3.5. La stipulazione del contratto

CAPITOLO TERZO

Le procedure di affidamento nei settori speciali

1. Le procedure di affidamento nel settore del gas
2. Le procedure di affidamento nel settore dell'elettricità

- 3.1. La disciplina nazionale dei servizi idrici
- 3.2. Il referendum del 2011
- 3.3. Continuità e discontinuità rispetto al passato e modalità di gestione dopo il referendum abrogativo

CAPITOLO QUARTO

Trasporto pubblico locale

1. La definizione di "trasporto pubblico locale"
2. La dimensione sociale del trasporto di servizio pubblico locale: l'emergere di un diritto alla mobilità
 - 3.1. Il Regolamento n. 1191/69 in materia di obblighi di servizio
 - 3.2. Il Regolamento n. 1893/91 in tema di contratti di servizio; 3.3. Il Regolamento n. 1370/07 in materia di modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico
4. Il quadro normativo in materia di trasporto pubblico locale: la *ratio* ed il contenuto del d.lgs. n. 422/1997
5. I principi portanti della novella legislativa: a) gli obblighi di servizio; b) i contratti di servizio; c) la separazione delle funzioni; d) la questione dell'affidamento
6. L'Autorità di regolazione dei trasporti
7. La liberalizzazione (non del tutto attuata) del settore dei trasporti pubblici locali

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

Introduzione

La tematica del servizio pubblico è di straordinaria attualità: probabilmente non esiste settore del diritto che abbia subito più modifiche legislative nel corso degli ultimi anni. Oggetto dell'indagine è la procedura di affidamento dei servizi pubblici, nei settori ordinari ed in quelli speciali, con particolare riguardo al settore dei trasporti.

La tesi è frutto di una ricerca continua in biblioteca, come dimostra la corposa bibliografia. Indispensabile è stata poi la consultazione delle banche dati, che hanno permesso di inserire i contributi dottrinali e giurisprudenziali più recenti.

L'elaborato è suddiviso in quattro capitoli. Il primo capitolo ha carattere introduttivo, in quanto esamina la nozione di servizio pubblico e la sua evoluzione normativa europea e nazionale, dalla quale si evince il tentativo di armonizzazione messo in atto soprattutto dal diritto europeo.

Il secondo capitolo, invece, analizza le procedure di affidamento nei settori ordinari, attraverso una disamina dettagliata di tutto il procedimento di evidenza pubblica. Va segnalato, infatti, che l'affidamento dei servizi pubblici è frutto di un procedimento connotato dalla massima trasparenza, indispensabile per garantire un utilizzo corretto delle risorse pubbliche, e soprattutto finalizzato ad evitare l'insediarsi di fenomeni corruttivi che le cronache degli ultimi tempi hanno segnalato come sempre più diffusi.

Il terzo capitolo esamina le procedure di affidamento in settori speciali, ed in particolare in quello dell'elettricità, del gas e in quello dei servizi idrici. Si tratta di settori che, in ragione delle loro peculiarità (si pensi, ad esempio, ai servizi idrici, nei quali assume rilevanza il diritto fondamentale all'acqua), necessitano di norme *ad hoc*. Allo stesso modo, però, sono anche settori in cui le resistenze verso un tentativo di armonizzazione sono molto più forti, a causa di diritti acquisiti nel tempo e di abitudini consolidate.

Il quarto ed ultimo capitolo, infine, è dedicato al settore dei trasporti. Anche in questo caso il tentativo di liberalizzazione del settore risulta essere non del tutto attuato. Inoltre, si tratta di un settore in cui sono comparsi, negli ultimi anni, nuovi attori legati alla *sharing economy* che hanno messo in crisi il trasporto tradizionale,

in un contesto in cui gioca un ruolo chiave il diritto alla mobilità, che ha assunto una rilevanza sociale.

Capitolo I

La nozione di servizio pubblico e la sua evoluzione normativa europea e nazionale. Il tentativo di armonizzazione

Sommario: 1. La difficile individuazione della nozione di servizio pubblico; 2. La disciplina europea e nazionale in materia di servizi pubblici: profili generali; 2.1. Direttiva Europea 23/2014 (direttiva Concessioni); 2.2. Direttiva Europea 24/2014 (procedure concorsuali); 2.3. Direttiva Europea 25/2014 (servizi speciali); 2.4. Codice degli Appalti d.lgs. 50/2016

1. La difficile individuazione della nozione di servizio pubblico

La nozione di "servizio pubblico" è sempre stata considerata tradizionalmente molto complessa. In proposito, va segnalato che esiste un dato costante che caratterizza ogni trattazione sui servizi pubblici, ossia la ricerca, talvolta ossessiva, di una definizione di servizio pubblico che possa essere considerata onnicomprensiva, in grado cioè di ricomprendere tutte le diverse e numerose sfaccettature del fenomeno¹.

L'operazione di definizione, tuttavia, non ha un carattere meramente classificatorio ed astratto, acquisendo anche una rilevanza astratta: definire cosa si intende per servizio pubblico, infatti, è una operazione preliminare necessaria per interpretare la normativa in materia, sia quella europea che quella nazionale, anche in considerazione del fatto che, sovente, in particolare quella nazionale, questa risulta essere carente di una definizione della nozione di servizio pubblico, data quasi per scontato.

La dottrina, nel corso degli anni, dinanzi ad una siffatta (e forse intenzionale) assenza di intervento definitorio del legislatore comunitario, ha proposto tesi diverse, riassumibili però nella dicotomia fra concezione soggettiva e concezione

¹ Sulla nozione di servizio pubblico, nella copiosa produzione scientifica, si v., tra gli altri, CAPOTOSTI, *Modelli normativi della concessione radiotelevisiva: il problema del servizio pubblico*, in BARILE, CHELI, ZACCARIA (a cura di), *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Bologna, 1980, p. 83 ss.; BIANCHI, *Libertà di espressione radiotelevisiva e servizio pubblico*, Torino, 2012, p. 5 ss.

oggettiva del servizio pubblico². È a tale macrodistinzione, pertanto, che dovrà farsi riferimento, seppure in maniera sintetica, cercando di descriverne il percorso evolutivo fino ad arrivare a quelle che, attualmente, sono le posizioni su cui sembra essersi assestata la dottrina.

Per quanto concerne la concezione soggettiva³, essa viene elaborata intorno alla prima metà del secolo scorso. Fu questo periodo il terreno in cui maturò la c.d. teoria nominalistica, primigenia espressione della ricostruzione in chiave soggettiva del servizio pubblico. In considerazione di tale principio, dovevano essere considerati pubblici solo ed esclusivamente quei servizi che venivano offerti direttamente dallo Stato oppure dagli altri enti pubblici minori, o quanto meno quei servizi di cui essi assumevano la titolarità.

In altri termini, secondo la concezione soggettiva deve essere considerato pubblico solo ed esclusivamente quel servizio o quell'attività che può essere ricondotta direttamente allo Stato o agli altri enti pubblici. Tale riconduzione deve essere formale e non sostanziale, essendo necessario un provvedimento legislativo o amministrativo che ne attribuisca formalmente la titolarità ad un ente di tipo pubblico⁴.

Tale concezione, evidentemente, era eccessivamente restrittiva, e si mostrava del tutto incapace di cogliere la dinamicità del fenomeno, e la sua progressiva evoluzione a seguito dei mutamenti non solo normativi, ma anche di tipo istituzionale, che investivano la società⁵.

Nonostante non fossero mancate critiche a tale teoria, le conclusioni raggiunte «divennero ben presto così salde da far sì che la dottrina non avvertisse più alcun disagio anche di fronte a fenomeni che sin da allora sembravano apertamente contraddire la concezione stessa»⁶.

² A tal proposito si v. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 10 ss.; CAIA, *I servizi pubblici*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo II*, Bologna, 2005, p. 146 ss.

³ Questa impostazione ha radici risalenti: cfr., in tal senso, tra gli altri, già DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato Orlando VI*, Milano, 1923, p. 398 ss. Si v. anche ZANOBINI, *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 236 ss.

⁴ Cfr. sul punto SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 506 ss.

⁵ Cfr. CAPPELLA, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo: l'evoluzione del dibattito su missione, impresa e programmazione*, Roma, 2001, p. 65 ss.

⁶ POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., p. 138 ss.

Individuare il carattere pubblico di un servizio facendo leva solo ed esclusivamente sulla titolarità formale dello stesso non sembrava essere la soluzione più adeguata, in quanto, se per un verso si tendeva a restringere eccessivamente l'area dei servizi pubblici, con tutte le conseguenze del caso (che si apprezzeranno meglio nel momento in cui sarà esaminata la normativa che li riguarda), per altro verso tendeva anche ad innalzare il rischio che attività che di pubblico avevano ben poco potessero essere considerate tali per il semplice fatto che venivano esercitate da un ente pubblico.

La concezione soggettiva, poi, appariva del tutto inappagante ed insoddisfacente perché non permetteva, *ex ante*, di ricostruire le caratteristiche del servizio pubblico, per il semplice fatto che veniva considerato tale solo a seguito dell'assunzione, con provvedimento amministrativo o legislativo, da parte dell'ente pubblico.

Non era dunque possibile individuare *ex ante* le caratteristiche del servizio pubblico, precludendo, di fatto, la possibilità di pervenire ad una nozione unitaria del servizio pubblico, frustrando qualunque tentativo di interpretazione da parte della dottrina⁷.

Nel corso degli anni, dunque, la dottrina progressivamente cercò individuare soluzioni più appaganti, individuando, a priori, le caratteristiche principali dell'istituto. Il primo elemento che assume rilevanza, in tal senso, è il fatto che il servizio, essendo pubblico, deve essere diretto a garantire benefici alla collettività nel suo complesso, piuttosto che ai singoli. Il servizio, dunque, può essere considerato pubblico anzitutto nel momento in cui è diretto a soddisfare i bisogni della collettività, la cui cura rientra nel campo di attività della pubblica amministrazione⁸.

L'amministrazione, dunque, è tenuta a realizzare tali interessi, avvalendosi dei servizi pubblici. Il servizio, inteso in questi termini, è pubblico perché rientra tra i compiti dell'amministrazione che, pertanto, successivamente procede alla sua assunzione.

⁷ CAPPELLA, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo: l'evoluzione del dibattito su missione, impresa e programmazione*, cit., p. 68 ss.

⁸ Cfr. LAMBERTI, *L'informazione radiotelevisiva tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1997, p. 16 ss.; TOSATO, *Pubblicità televisiva e norme comunitarie*, in *Cassazione internazionale*, 1997, p. 22 ss.

Si assiste, pertanto, ad una inversione logica rispetto alla concezione soggettiva: il servizio non diventa pubblico perché viene assunto dalla pubblica amministrazione ma viene assunto tra i compiti dell'amministrazione proprio in quanto pubblico, ossia finalizzato alla tutela ed alla soddisfazione dei bisogni della collettività nel suo complesso.

Il servizio pubblico, pertanto, è tale non perché viene gestito dall'amministrazione, ma perché è espressione della scelta della pubblica amministrazione di considerare come proprie determinate attività, in quanto funzionali alla tutela di interessi pubblici di cui la stessa amministrazione è ovviamente l'organo più rappresentativo⁹.

Detto altrimenti, il servizio pubblico può anche essere gestito da soggetti privati, purché «si inserisca istituzionalmente nel novero delle misure attuative dei compiti dell'amministrazione, sulla scorta di appositi strumenti organizzatori dettati dalla legge ovvero adottati dall'amministrazione pubblica in base ad essa»¹⁰.

Quindi, «affinché possa parlarsi di un servizio pubblico occorrono tre elementi: il primo, relativo alla imputabilità o titolarità del servizio alla pubblica amministrazione che assuma il servizio o alla quale esso sia assegnato dal legislatore come compito da curare; il secondo, costituito dalle finalità alle quali il servizio risponde, perché se esse sono pertinenti alla soddisfazione di esigenze della collettività, emerge una corrispondenza biunivoca con i compiti dell'amministrazione pubblica (posto il ruolo di essa nell'ordinamento); il terzo, infine, concernente la presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio, che assicuri specifiche modalità gestorie»¹¹.

Nel corso degli anni la dottrina, partendo da queste critiche, ha optato per una nozione sempre più oggettiva del servizio pubblico. In particolare, Pototschnig è stato il primo a valorizzare una teoria oggettiva di tale servizio, con l'obiettivo di riportare alla ribalta la tematica dei servizi pubblici che era stata collocata ai margini del diritto amministrativo

⁹ Cfr. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., p. 401.

¹⁰ CAIA, *I servizi pubblici locali nella dimensione della concorrenza*, in *Rapporto "L'attuazione del federalismo fiscale in Emilia-Romagna, Veneto e Puglia: le opinioni e le attese dei responsabili dei servizi finanziari degli enti locali"*, Bologna, 2012, p. 88 ss.

¹¹ SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 509.

Il merito di Pototschnig è quello di aver proposto una riflessione critica dell'impostazione tradizionale che aveva ormai da tempo fissato i principi principali in materia di servizi pubblici, soprattutto nell'ottica di renderla coerente con gli artt. 41 e 43 Cost., i quali sono stati considerati «per la loro stessa portata testuale tali da smentire definitivamente il principio nominalistico nella definizione dei servizi pubblici»¹².

In particolare, la formulazione dell'art. 43 Cost. condurrebbe a conclusioni tali «da far crollare d'un tratto tutta la concezione tradizionale dei servizi pubblici, in quanto smentisce quel principio nominalistico su cui si fonda la loro definizione corrente»¹³.

Come è noto, infatti, l'art. 43 Cost. prevede, in astratto, la possibilità di una riserva originaria o di un trasferimento di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, a patto che siano presenti finalità di utilità e di interesse di carattere generale.

Secondo questa ricostruzione, è ben possibile che esistano servizi pubblici gestiti direttamente e legittimamente da privati: è la stessa Costituzione a riconoscere tale possibilità, finendo con lo svilire la dimensione soggettiva, che non assume più alcuna rilevanza ai fini della precisa individuazione della natura pubblica o privata di un servizio. La Costituzione, in definitiva, ammette che un servizio pubblico sia svolto in nome proprio da organismi non di pubblica amministrazione e continui, ciò nonostante, a mantenere tale connotazione.

Ad integrare tale principio vi è poi l'art. 41¹⁴, comma 3, Cost., secondo cui la legge può indirizzare tanto l'attività pubblica quanto quella privata al conseguimento di fini sociali, determinando i programmi e i controlli opportuni. L'intervento pubblico, pertanto, al cospetto sia di attività private che di attività pubbliche non può trascendere il limite costituzionalmente definito dall'art. 41 comma 3 cost. Entrambe, di conseguenza, sono soggette alla medesima disciplina.

¹² POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., p. 144.

¹³ POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., p. 53.

¹⁴ Secondo cui «l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Il tramonto della concezione nominalistica, dunque, coincide con l'affermazione dei due principi essenziali della teoria oggettiva, secondo cui l'attività di impresa riferita ad un servizio pubblico non è necessariamente ascrivibile ad un soggetto pubblico e, pur rimanendo privata, rimane comunque assoggettata al medesimo tipo di disciplina previsto per l'attività economica pubblica.

In definitiva, a caratterizzare siffatta concezione non è tanto il soggetto cui è affidata l'attività che si concretizza nel servizio, quanto la sua funzionalizzazione alla immediata e istituzionale soddisfazione dei bisogni collettivi e, in quanto tale, sottoposta ad una disciplina che garantisca il rispetto dei canoni tradizionali di uguaglianza, parità di trattamento, continuità e trasparenza¹⁵.

Anche tale concezione, tuttavia, non era esente da critiche. Pur riconoscendosi il merito di aver contribuito, in modo determinante, a superare gli angusti limiti del principio nominalistico, questa tesi sembrava peccare, da un lato, per eccesso, non consentendo di distinguere fra una attività economica privata soggetta a programmi e controlli *ex art. 41 Cost.*, ed una attività gestita da soggetti (pubblici o privati) specificamente incaricati dall'amministrazione nel quadro di una specifica organizzazione, dall'altro, per difetto, in quanto, se rigidamente applicata, avrebbe rischiato di non ricomprendere a pieno la varietà del fenomeno dei servizi pubblici, con un risultato confliggente rispetto all'iniziale intento che ne aveva ispirato l'elaborazione.

Tuttavia, nonostante tutto, proprio la concezione oggettiva sembra essere quella che riscuote maggiore consensi in dottrina.

2. La disciplina europea e nazionale in materia di servizi pubblici: profili generali

Prima di analizzare la disciplina europea in materia di servizi pubblici, è necessario chiarire che i servizi pubblici, a livello europeo, sono noti con l'espressione "servizi di interesse generale". La dottrina ha segnalato che «attorno ai servizi di interesse generale si discute dalla nascita della Comunità europea. Sin dai suoi albori, infatti, si registra il braccio di ferro tra l'aspirazione tutta europea alla affermazione di

¹⁵ CAIA, *I servizi pubblici locali nella dimensione della concorrenza*, cit., p. 112 ss.

sistemi autenticamente concorrenziali e la volontà degli Stati membri a salvaguardare la potestà dello Stato nazionale di garantire ai propri cittadini servizi di qualità offerti a prezzi calmierati»¹⁶.

I servizi di interesse generale «designano attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico proprio perché considerate di interesse generale dalla autorità pubbliche. Sotto questa voce si ritrovano sia attività di servizio non economico (sistemi scolastici obbligatori, protezione sociale ma anche le funzioni inerenti alla potestà pubblica come la sicurezza, giustizia, la difesa ed altro) ma si ritrovano anche attività di servizio cosiddette di interesse economico generale»¹⁷.

All'interno dei servizi di interesse generale, poi, si collocano i servizi di interesse economico generale. I servizi di interesse economico generale, quindi, sono una specie del *genus* servizi di interesse generale; si tratta di servizi resi nell'ambito di un mercato concorrenziale dove, quindi, si trovano ad operare soggetti privati ma allo stesso tempo anche soggetti pubblici¹⁸.

In ambito comunitario il riferimento ai servizi di interesse economico generale è contenuto negli artt. 14 e 106 del TFUE. L'art. 14, in particolare, prevede che «fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali

¹⁶ GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 79. Cfr., in generale, sul tema, CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, *passim*.

¹⁷ GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 80.

¹⁸ Cfr. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008, p. 93 ss.

principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi»¹⁹.

I servizi di interesse economico generale si collocano in una posizione intermedia tra le attività di natura economica, che devono essere gestite secondo criteri di efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo, e le attività non economiche, che invece vanno gestite in funzione di un interesse di natura generale, con particolare riguardo ad obiettivi di natura sociale, territoriale e redistributivi.

In linea generale, la tendenza della Comunità europea è stata quella di aprire progressivamente anche i servizi di interesse economico generale ai principi in materia di concorrenza. Sin dagli anni ottanta del secolo scorso, infatti, i settori della telecomunicazione, dei servizi postali, dell'energia e dei trasporti, tra gli altri, sono stati aperti in maniera graduale alla concorrenza, sebbene con finalità di interesse generale, nel senso che l'obiettivo è sempre stato quello di garantire delle prestazioni migliori all'utenza²⁰.

Le misure prese dall'Unione europea in materia, comunque, sono sempre state finalizzate a garantire l'accesso universale a tali servizi, nel rispetto delle prerogative e delle attribuzioni dei singoli Stati membri. L'organizzazione di questi servizi è, sostanzialmente, rimessa agli Stati membri e, come logica conseguenza, l'organizzazione varia in base alle tradizioni culturali, alla storia ed alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro ma anche in relazione allo sviluppo delle tecnologie²¹.

I servizi di interesse economico generale sono stati oggetto di una Comunicazione della Commissione nel 2001. La Commissione ha osservato che «i servizi d'interesse generale costituiscono un fattore essenziale del modello europeo di società. Il nuovo articolo 16 del trattato CE ne conferma l'importanza nell'ambito dei valori comuni dell'Unione e ne riconosce il ruolo nella promozione della

¹⁹ Cfr. sul tema CAGGIANO, *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale*, in ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006, p. 1 ss.

²⁰ In tal senso BATTISTI, *Welfare e non profit in Europa. Profili comparati*, Torino, 2012, p. 115 ss. Si v. anche CAGGIANO, *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale*, cit., p. 5 ss.

²¹ Così GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 83. Cfr. anche ID., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, cit., p. 43 ss.

coesione sociale e territoriale. Tali servizi contribuiscono altresì alla competitività generale dell'economia europea e sono forniti nel contesto di mercati e di tecnologie in continua evoluzione. La mondializzazione degli scambi, il completamento del mercato interno ed i rapidi cambiamenti tecnologici spingono in modo crescente verso l'apertura di nuovi settori alla competizione. " in questo contesto che il Consiglio europeo di Lisbona ha invitato la Commissione ad aggiornare la sua comunicazione del 1996 sui servizi d'interesse generale in Europa»²².

In tale Comunicazione la Commissione precisa il campo di applicazione ed i criteri di applicazione delle norme in materia di concorrenza e di mercato interno. Innanzitutto, ad avviso della Commissione tali norme si applicano «soltanto nella misura in cui le attività interessate siano attività economiche che danno luogo a scambi tra gli Stati membri. Quando le norme trovano applicazione, la compatibilità è determinata da tre principi: neutralità rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese, libertà degli Stati membri di definire i servizi d'interesse generale, fermo restando il controllo di eventuali casi di errore manifesto, proporzionalità, nel senso che le restrizioni alla concorrenza e le limitazioni delle libertà del mercato unico non devono eccedere quanto necessario per garantire l'effettivo assolvimento della missione»²³.

I servizi di interesse economico generale rilevano soprattutto in relazione alla questione degli aiuti di Stato. La dottrina ha osservato che «i servizi d'interesse economico generale rappresentano la *sedes materiae* privilegiata per comprendere

²² Comunicazione della Commissione, 19 gennaio 2001, n. 2001/C-17/04, "*I servizi di interesse generale in Europa*". La Commissione sottolinea, ancora, che «spetta in primo luogo alle autorità pubbliche di pertinente livello locale, regionale o nazionale e nella piena trasparenza definire le missioni dei servizi d'interesse generale e le modalità per il loro adempimento. La Comunità dal canto suo garantirà, in applicazione delle norme del trattato e degli strumenti di cui dispone, che tali servizi siano prestati in modo tale da soddisfare al meglio, sotto l'aspetto della qualità e del prezzo, le esigenze dei loro utilizzatori e di tutti i cittadini in generale».

²³ Comunicazione della Commissione, 19 gennaio 2001, n. 2001/C-17/04, cit. Nella Comunicazione in esame, poi, la Commissione manifesta alcuni timori in merito alla situazione dei servizi economici di interesse generale: «nonostante gli effetti positivi della liberalizzazione, i servizi d'interesse generale e l'azione comunitaria continuano a suscitare preoccupazioni. Di fronte ai cambiamenti tecnologici, al quadro normativo generale e all'evoluzione della domanda dei consumatori, i cittadini sono preoccupati che la qualità dei servizi d'interesse generale possa deteriorarsi. Forti di questi timori, gli operatori tradizionali e le autorità pubbliche che li sostengono affermano che l'applicazione del diritto comunitario potrebbe mettere a repentaglio le strutture destinate a questo tipo di servizi che hanno dimostrato la loro validità nel tempo, e con esse pregiudicare la qualità dei servizi al pubblico. I concorrenti del settore privato affermano invece che gli accordi esistenti favoriscono in modo sleale l'operatore incaricato dalle autorità pubbliche di prestare tali servizi e che sono contrari al diritto comunitario».

natura, sviluppi e limiti dei rapporti tra Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea. Questi, infatti, svolgono una funzione paradigmatica per motivare la logica costituente che ispira l'ordinamento UE nelle sue diverse aree d'intervento: tutela della concorrenza, servizi pubblici e modelli di gestione, sviluppo e crescita del mercato interno, nonché rispetto dei diritti fondamentali»²⁴. Tornando alle caratteristiche dei servizi di interesse generale, tale nozione fa riferimento a tutti quei servizi forniti dalle grandi industrie di rete, tra le quali rientrano senza ombra di dubbio anche le aziende nel settore idrico. L'espressione, comunque, è da intendersi riferita anche ad ogni altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico.

In tale contesto si inserisce il Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale COM(2004)374, pubblicato il 12 maggio 2004. Si tratta di una pubblicazione indirizzata quasi esclusivamente ai servizi di interesse economico generale, così come il Trattato si occupa quasi esclusivamente delle attività economiche.

In alcune disposizioni del Libro bianco, tuttavia, si parla di servizi di interesse generale, senza dunque alcun riferimento al profilo economico di tali servizi, sia quando vi è un espresso riferimento ai servizi di interesse non economico sia quando non è necessario specificare in alcun modo la natura economica o meno del servizio²⁵.

L'obiettivo del Libro bianco è quello di garantire in maniera efficace i servizi di interesse generale nel mercato interno tenendo conto di una serie di principi generali integrati nelle politiche comunitarie. In tale prospettiva, la Commissione ritiene che la creazione di un mercato interno ispirato ai principi della concorrenza sia assolutamente compatibile con l'obiettivo di sviluppare servizi di interesse generale accessibili a tutti, di alta qualità e a prezzi abbordabili per la maggior parte delle persone.

²⁴ COSTANTINO, *Servizi di interesse economico generale ed aiuti di stato: il regolamento n. 360/2012 e la soglia de minimis per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico*, in *Koreuropa. Rivista on line del centro di documentazione europea dell'UKE*, 7 luglio 2013.

²⁵ Con riguardo al criterio di economicità riferito ai servizi di interesse generale si v., tra gli altri, ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967, specialmente p. 204 ss.

L'implementazione del mercato comune ha favorito l'efficienza dei servizi di interesse generale, ampliando anche il ventaglio di scelta degli stessi da parte dei cittadini. La Commissione, tuttavia, sottolinea la necessità di bilanciare i diversi obiettivi della politica comunitaria, soprattutto quelli in materia di concorrenza.

Il Libro bianco sottolinea che la competenza in materia di servizi di interesse generale compete unitamente agli Stati membri ed all'Unione europea. In particolare, spetta alle autorità nazionali, regionali e locali competenti definire, organizzare, finanziare e gestire i servizi di interesse generale.

Il Libro bianco, in conclusione, sottolinea la necessità di attuare un approccio di tipo settoriale, in quanto è impensabile avere lo stesso approccio in tutti i settori comunitari: le esigenze del settore idrico, ad esempio, sono assai diverse da quelle del settore delle telecomunicazioni.

Va segnalato, in proposito, che l'azione delle istituzioni comunitarie è stata orientata dalla volontà di garantire un adeguato bilanciamento tra le disposizioni a tutela della concorrenza e gli obblighi di servizio pubblico.

In particolare, la Corte di Giustizia si è rivelata decisiva al fine di effettuare tale bilanciamento. Essa, muovendo dall'assunto generale secondo cui la violazione dell'art. 8, comma 2, Trattato CE, deve essere necessariamente verificata in concreto, a seconda dei casi ha negato²⁶ oppure ha deciso di concedere deroghe al principio della concorrenza²⁷.

La Corte di Giustizia ha fatto applicazione del principio di proporzionalità, verificando, attraverso dettagliate analisi economiche, l'effettiva sussistenza di ragioni in grado di derogare ai principi in materia di concorrenza. In particolare, la Corte di Giustizia si è spesso occupata di sussidi incrociati²⁸ oppure di veri e propri aiuti di Stato illegittimi²⁹.

²⁶ Si vedano le decisioni della CGE in *Air Inter/T-260/94*, *Merci Convenzionali/C-179/90*, *Hoefner v. Macrotron/C-41/90*, *RTT/C-18/88* e *British Telecom/C-41/83*.

²⁷ Si vedano le decisioni della CGE in *Deutsche Post/C-147* e *148/97*, *Corsica Ferries/C-266/96*, *Albany/C-67/96*.

²⁸ Si vedano le decisioni della CGE in *Almelo/C-393/94*, *Corbeau, Bronner/C-7/97*, *Telefonica de Espana/C-79/00*

²⁹ Si vedano le decisioni della CGE in *(GEMO SA/C-126/01, Altmark/C-280/00, Netherlands v. Commission/C-382/99, CELF II/C-322/98, Pavolv/C-180-184/98, SIC/T-46/97, FFSA/T106/95, France v. Commission/C-241/94, SFEI, C-39/94 e Poucet e Pistre/C-159-160/91. 13 Si veda "The Ceep answers", Bruxelles, 2003.*

Il principio di proporzionalità rappresenta il criterio più importante nella valutazione della Corte di Giustizia in merito alla sottrazione di un determinato settore oppure una determinata materia alle disposizioni in materia di concorrenza: ci si riferisce, in particolare, anche alla legittimità di affidare alcuni servizi alla gestione c.d. *in house*.

La Corte di Giustizia, con la sentenza Teckal³⁰, del 1999, ha sostenuto la necessità dell'applicazione della normativa europea in materia di appalti in presenza di un contratto che sia stato stipulato da una parte, ossia l'ente locale, e da un soggetto giuridico autonomo rispetto a quest'ultimo.

La Corte, tuttavia, nell'occasione individuò anche delle eccezioni, stabilendo che l'affidamento dell'appalto pubblico può avvenire diversamente nel caso in cui l'ente locale esercita, nei confronti della società affidataria, un controllo analogo a quello che normalmente esercita sui propri servizi, e la società affidataria realizza la maggior parte della propria attività con l'ente locale affidante o comunque con gli altri enti che la controllano³¹.

Sostanzialmente, dunque, ad avviso della Corte di Giustizia, la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici non trova applicazione in tutte quelle ipotesi in cui è assente un vero e proprio rapporto giuridico tra l'amministrazione affidante e l'ente affidatario, cosa che appunto si verifica nell'ambito dell'affidamento inter-organico, o *in house*.

La *ratio* della pronuncia della Corte di Giustizia, e di riflesso dell'*in house providing*, risiede nel fatto che, in presenza del requisito del controllo analogo e di quello dell'attività prevalente, è possibile considerare del tutto assente quell'alterità tra amministrazione affidante ed ente affidatario indispensabile per l'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica.

La Corte di Giustizia, dunque, ha individuato, in occasione della sentenza Teckal, una serie di requisiti fondamentali per il perfezionarsi della fattispecie dell'*in house*.

La giurisprudenza successiva alla sentenza Teckal ha avuto il merito di delineare in

³⁰ Corte di Giustizia, 8 novembre 1999, Teckal, causa C-107/98. Su tale pronuncia si v., tra gli altri, PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in-house*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 4, 2005, p. 325 ss.

³¹ Cfr., sul tema, FIENGO, *Ulteriori sviluppi sull'in house providing. Nota a CGCE Grande sezione 21 luglio 2005 (causa C-231/03); CGCE Grande sezione 13 ottobre 2005 (causa C-458/03)*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 3, 2005, p. 44 ss.

maniera assai più approfondita i requisiti che la Corte di Giustizia aveva enunciato in quell'occasione.

Il primo requisito che deve essere analizzato è quello del "controllo analogo". Inizialmente, i giudici comunitari hanno sostenuto che il controllo analogo si verificasse *sic et simpliciter* in presenza di una partecipazione totalitaria dell'amministrazione pubblica nella società affidataria³². In particolare, nella nota pronuncia Stadt Halle, la Corte dovette affrontare un caso in parte diverso rispetto alla pronuncia Teckal: nell'occasione, infatti, l'*in house providing* riguardava l'appalto di servizi, di cui doveva essere giudicata la legittimità con riferimento ad una società a capitale misto³³.

Ad avviso dei giudici comunitari, le amministrazioni pubbliche aggiudicatrici erano esonerate dal rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici nel caso in cui la società affidataria costituisse un organo dell'amministrazione aggiudicatrice stessa, per cui non era necessaria la conclusione di un contratto a titolo oneroso.

Coerentemente con la sentenza Teckal, poi, fu ribadito che la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici non trovava applicazione nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice avesse esercitata sull'ente affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi³⁴.

Il controllo analogo, tuttavia, ad avviso della Corte, era possibile unicamente laddove la partecipazione nella società affidataria fosse interamente pubblica: nel

³² In tal senso Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

³³ Cfr. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia. Nota a CGCE sez. I 11 gennaio 2005 (causa C-26/03)*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 3, 2005, p. 666 ss.

³⁴ In particolare, la Corte di Giustizia, al punto n. 50 della motivazione, si è così espressa nella sentenza Stadt Halle: «in conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano. Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi».

caso di specie, invece, ciò non si verificava, considerato che la società affidataria era una società con capitale misto, pubblico-privato.

Ne derivava, ad avviso dei giudici comunitari, che «l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti»³⁵.

La partecipazione privata al capitale della società affidataria, dunque, anche se minima, era considerata espressione di interessi privatistici nell'impresa, che avrebbero impedito all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Sostanzialmente, quindi, la presenza di una partecipazione privata al capitale della società affidataria, anche se minima, rappresentava un ostacolo insormontabile alla presenza del requisito del controllo analogo e, dunque, all'applicazione della disciplina dell'*in house*.

Pare evidente, dunque, che non è possibile ricorrere all'*in house* in tutti quei casi in cui il servizio venga erogato, in concreto, da un'impresa che non può essere considerata una diretta derivazione dell'ente pubblica.

In questo contesto normativo si ineriscono le recenti direttive in materia di appalti pubblici. Le direttive n. 24, 24, 25/2014 esprimono l'intento del legislatore di semplificare e razionalizzare la disciplina in materia di appalti pubblici, almeno rispetto al precedente quadro normativo che risaliva al 2004. Tuttavia, quest'opera di semplificazione non sembra essere pienamente riuscita, anche perché la maggior parte delle definizioni sono state riprese dalle interpretazioni della Corte di Giustizia.

Inoltre, se prima le direttive erano due, oggi sono tre, e considerando la quantità di articoli e di allegati, l'intento semplificatorio non sembra essere in effetti pienamente riuscito. Insomma, il quadro normativo che ne emerge non sembra essere uniforme ed omogeneo come gli ambiziosi obiettivi avrebbero lasciato presagire.

³⁵ Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

Tre sono le principali motivazioni che hanno indotto il legislatore comunitario ad emanare queste tre nuove direttive: il contesto economico vigente in Europa, la necessità di assicurare la tutela dell'ambiente, il contrasto alla corruzione ed all'illegalità.

Per quanto concerne il contesto economico vigente in Europa, è chiaro che il legislatore ha sentito il bisogno di semplificare la materia degli appalti pubblici al fine di accrescere la competitività delle imprese sul mercato, considerata la difficile condizione economica ed occupazionale che sta rappresentando un problema per molti Stati.

In un contesto siffatto, i contratti della pubblica amministrazione svolgono un ruolo di primo piano, giacché l'ottimizzazione nell'impiego delle risorse potrebbe favorire una diminuzione del debito pubblico ed una stabilizzazione delle finanze dei Paesi membri, favorendo contemporaneamente una crescita del mercato e fungendo da vero e proprio propulsore per una ripresa dell'Unione europea e dell'iniziativa economica.

Per quanto concerne, invece, la tematica ambientale, si tratta di un tema da anni al centro delle politiche dell'Unione europea. Sin dal 1975 il legislatore europeo aveva rilevato che il divario delle discipline ambientali applicate nei singoli Stati europei era incompatibile con il buon funzionamento del mercato comune, e si auspicava perciò che in tutta la comunità europea si applicassero gli stessi principi. Tale disagio veniva evidenziato in particolare nella direttiva concernente i rifiuti tossici. Gli stessi principi vennero ripresi nel Libro verde³⁶ sul risarcimento del danno all'ambiente in cui l'esistenza dei diversi regimi di responsabilità ambientale esistenti nei diversi paesi «diventava momento ripensamento critico, poiché detta eterogeneità di criteri poteva compromettere le regole della concorrenza tra imprese nel mercato comunitario»³⁷. La Commissione decise così di individuare un minimo

³⁶ Più specificamente il Libro Verde prevede che “Imponendo ai responsabili il risarcimento delle spese derivate dal danno da essi causato, la responsabilità civile assolve alle importanti funzioni indirette di imporre standard di comportamento e di prevenire pertanto che si provochino ulteriori danni in futuro. La responsabilità civile figura quindi oggi all'ordine del giorno della politica di prevenzione ambientale della Comunità europea”.

³⁷ ANTICH, *Origine ed evoluzione del diritto internazionale ambientale. Verso una governance globale dell'ambiente*, in www.ambientediritto.it.

comune denominatore tra i diversi stati tenendo anche conto delle esperienze legislative internazionali³⁸.

Nel Quinto Programma d'azione in campo ambientale adottato dalla Commissione il 18 marzo del 1982 "per uno sviluppo durevole e sostenibile" si prendeva in considerazione un nuovo approccio caratterizzato dalla "responsabilità condivisa". In quest'ottica la comunità europea riconosceva che porre a carico dell'industria le scelte sulle politiche ambientali pregiudicava l'utilizzo delle risorse economiche e quindi si correva di estromettere molti operatori economici³⁹.

Nel 2000 a Nizza viene approvata la Carta dei diritti fondamentali il cui art. 37 si pone in perfetta linea di continuità con l'evoluzione della normativa ambientale. Esso infatti ribadisce quanto un elevato livello di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere garantiti e confermati in tutti quei principi rivolti ad uno sviluppo sostenibile. Infatti l'art. 11 del TFUE sancisce in modo ineluttabilmente chiaro e preciso quanto la politica Comunitaria ambientale, partendo da concetti di "tutela", sia progredita qualitativamente sino ad arrivare a promuovere uno sviluppo della nostra società incentrato in modo principale sull'ambiente e su quanto esso possa essere anche e soprattutto una risorsa indefettibile.

L'art. 11 TFUE, infatti, dispone che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

Tale articolo definisce a caratteri generali quello che è considerato principio fondante della Comunità Europea in materia ambientale. La politica della Comunità, infatti, si compone di tutte quelle azioni strumentali rivolte principalmente al raggiungimento di un elevato livello di tutela, tenendo comunque ben in esame la moltitudine della diversità che caratterizzano le varie regioni della Comunità stessa.

³⁸ GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006, p. 42 ss.

³⁹ Cfr. FRANCESCATO, PECORARO SCANIO, *Il principio di precauzione*, Milano, 2002, p. 25 ss.; BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016, p. 59 ss.

Gli obiettivi maggiormente perseguiti dalle suddette politiche ambientali riguardano principalmente: la salvaguardia dell'ambiente e la protezione della salute umana ed un utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali. I programmi, considerati i principali documenti a portata generale, tracciano e definiscono le linee guida della politica di tutta la Comunità⁴⁰.

Unione e Stati membri godono, nel rispetto delle reciproche competenze, della libertà di collaborare con paesi terzi e con Organizzazioni di competenza, avendo essi la facoltà di attuare negoziati e sancire accordi di tipo internazionale. Gli atti normativi che costituiscono la vasta legislazione comunitaria oggi in materia di ambiente sono la sintesi di tutti quei segmenti di attuazione delle linee programmatiche che si sono succedute nel tempo.

In un contesto siffatto si collocano, oltre i provvedimenti espressamente dedicati alla tutela ambientale, anche le direttive in esame, le quali hanno delineato la tematica degli appalti pubblici in maniera tale da favorire un utilizzo ottimale ed a scarso impatto ambientale delle risorse, al fine di salvaguardare l'ambiente assecondando il principio di precauzione.

Si pensi ai criteri che devono orientare la scelta dell'amministrazione relativamente al contraente nell'ambito dei contratti pubblici: tali scelte, infatti, devono privilegiare, dopo aver tenuto conto chiaramente del criterio economico, anche coloro i quali mostrino un rispetto maggiore per l'ambiente e favoriscano l'eco-innovazione⁴¹.

⁴⁰ Cfr. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, cit., p. 62 ss.

⁴¹ Cfr., sul punto, PROIETTI, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, *Giustamm. Rivista di diritto amministrativo*, XVI, 2019: «coerentemente a tale evoluzione storica e normativa, anche l'Unione europea ha manifestato nei propri interventi normativi un crescente interesse alla causa ambientale fino a modellare, per ciò che interessa la presente trattazione, la stessa disciplina sugli appalti pubblici a favore di scelte che prediligano la conservazione dell'ambiente e l'uso delle energie rinnovabili. Tra gli interventi più recenti e incisivi in tal senso, è opportuno ricordare sia la strategia Europa 2020 che il libro Verde della Commissione dell'Unione europea “sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici”, che finalizzano la disciplina sui contratti pubblici alla promozione dell'innovazione e del rispetto dell'ambiente, obiettivi affidati al nuovo ruolo delle pubbliche amministrazioni in grado di dirigere i nuovi assetti del mercato attraverso scelte riguardanti, a esempio, la determinazione delle offerte, l'introduzione di criteri di aggiudicazione che rispettino l'ambiente o che favoriscano l'eco-innovazione. Tali importanti obiettivi, quindi, si traducono, specificatamente nelle nuove direttive sui contratti pubblici, in tre fondamentali novità che segnano una forte rottura rispetto al passato: il criterio di determinazione del prezzo in fase di aggiudicazione dell'appalto basato sull'offerta che dimostri il miglior rapporto “qualità/prezzo” rispetto alle altre e che si basi su criteri che debbano riguardare anche ulteriori elementi di tipo qualitativo, quali la determinazione dei costi del “ciclo della vita”, comprensivo di

Quanto alla lotta alla corruzione, non vi è alcun dubbio che si tratta del motivo principale che ha indotto il legislatore europeo ad intervenire riformando la materia degli appalti pubblici.

Un sistema amministrativo trasparente è in grado di ostacolare il proliferare di prassi corruttive: infatti, se la corruzione può essere definita come uno «scambio mediante il quale il corrotto e il corruttore si appropriano congiuntamente di risorse appartenenti alla collettività», e se, «quanto più diventa sistemica, modellando informali regole di condotta applicate e salvaguardate nei partiti, nelle burocrazie e nelle imprese»⁴², tanto più la corruzione tende a ritrarsi nell'ombra, rendere trasparente l'attività dei pubblici poteri, dissipando quell'ombra, significa erodere i margini di azione delle reti di corruzione e accrescere il costo di opportunità di quelle condotte.

Detto in altri termini, «se tutti possono vedere come le risorse pubbliche vengono utilizzate, vi è un disincentivo ad abusarne ed è più probabile che gli abusi vengano denunciati»⁴³. Non è un caso, quindi, se i due Paesi con la più solida tradizione di trasparenza amministrativa, quali la Svezia e la Finlandia, siano anche tra i Paesi meno corrotti al mondo secondo dati diffusi a livello internazionale⁴⁴.

A livello europeo nel 1999, nell'ambito del Consiglio d'Europa, è stata firmata la Convenzione penale sulla corruzione (c.d. Convenzione di Strasburgo), ratificata dall'Italia solo il 13 giugno 2013 con lo scopo di coordinare l'azione penale contro le diverse pratiche legate alla corruzione: corruzione attiva e passiva di pubblici ufficiali, di parlamentari, di privati, di funzionari internazionali, di giudici e funzionari di tribunali. La Convenzione prevede una maggiore cooperazione internazionale (mutua assistenza, estradizione e scambio d'informazioni) ai fini delle indagini e dell'incriminazione per i reati di corruzione⁴⁵.

tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita di lavori, forniture e servizi; l'obbligo incombente sugli Stati membri (e sulle amministrazioni aggiudicatrici) di integrazione dei requisiti in materia ambientale all'interno delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti; l'introduzione del partenariato per l'innovazione a lungo termine per lo sviluppo»

⁴² VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in MATTARELLA, PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 28.

⁴³ CLARICH, MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA, PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 65.

⁴⁴ Secondo la classifica di *Transparency International, Corruption Perception Index 2016*, la Finlandia e la Svezia figurano, rispettivamente, al primo e al quarto posto su 176 Paesi esaminati.

⁴⁵ *Criminal Law Convention on Corruption, Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana 26-7-2012 in normativa.it.*

Sempre in seno al Consiglio d'Europa è stato istituito, nel 1999, il *Group of States against corruption* (GRECO), con sede a Strasburgo, per “migliorare la capacità dei suoi membri di contrastare la corruzione monitorando, attraverso un processo dinamico di valutazione reciproca e di pressione tra pari (peer pressure), la conformità agli impegni assunti in questo campo”⁴⁶. Il GRECO ha avuto un ruolo determinante nella definizione di talune norme minime europee per un quadro giuridico e istituzionale idoneo a disciplinare in maniera adeguata la lotta alla corruzione.

L'adesione al GRECO è aperta a tutti gli Stati: tale organismo agisce mediante un processo dinamico di valutazione e di reciproca pressione da parte del Consiglio d'Europa e dei numerosi Stati che vi aderiscono con l'obiettivo di far rispettare tutta la normativa anticorruzione.

Il GRECO, ancora, contribuisce ad individuare le eventuali lacune nelle discipline nazionali in tema di corruzione, stimolando gli Stati membri in difficoltà a realizzare riforme legislative idonee ad adeguarsi agli standard internazionali.

Le direttive esaminate si inseriscono coerentemente in questo quadro normativo con l'obiettivo di assicurare la legalità nell'ambito del settore in cui la corruzione è più diffuso, ossia quello degli appalti pubblici.

2.1. Direttiva Europea 23/2014 (direttiva Concessioni)

Grazie all'entrata in vigore della direttiva europea 2014/23 la disciplina europea in materia di aggiudicazione delle concessioni è stata finalmente codificata e inquadrata dal punto di vista giuridico a livello europeo. Il legislatore europeo, con la direttiva in esame, ha inteso rendere organico ed omogeneo il quadro normativo europeo in materia, eliminando quelle ambiguità e quelle frammentazioni tipiche delle singole discipline nazionali.

⁴⁶ GRECO ha realizzato un sistema di monitoraggio altamente qualificato: il controllo, infatti, si fonda sulla reciproca valutazione degli Stati partecipanti. Nello specifico il monitoraggio si sviluppa su due piani: in una prima fase tutti i membri sono sottoposti ad un Ciclo di valutazione (*Evolution Round*) che si conclude con la formulazione di raccomandazioni volte a guidare ciascuno Stato a realizzare l'adeguamento della propria legislazione nazionale alla normativa europea; in un secondo momento gli strumenti adottati per raggiungere gli obiettivi sono oggetto di una successiva ed ulteriore verifica (*Compliance Report*).

La scelta del legislatore europeo è quella di rendere il quadro normativo più omogeneo soprattutto al fine di apprestare adeguata tutela ai principi della concorrenza, creando un mercato europeo nel quale domini la libera iniziativa economica⁴⁷.

Le novità più significative possono essere così sintetizzate. Anzitutto, la direttiva 2014/23 ha definito, dal punto di vista giuridico, in maniera precisa, la concessione, prevedendo inoltre una puntuale disciplina in materia di aggiudicazione. In secondo luogo, quanto all'ambito applicativo, essa si applica alle concessioni di lavori e di servizio per un valore pari o superiore ad € 5.186.000,00, prevedendo, poi, espressamente, le tipologie di concessione escluse. In terzo luogo, la direttiva ha introdotto il principio del rischio operativo come elemento sostanziale. Infine, una delle novità più importanti ha riguardato la previsione dell'*in house providing* anche in materia di concessioni⁴⁸.

Per quanto riguarda le definizioni, la concessione di lavori è stata definita come un «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

La concessione di servizi, invece, è stata definita «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Quanto al principio del rischio operativo, si tratta di una sorta di rischio economico che si concretizza nella possibilità che gli investimenti effettuati non vengano recuperati per la realizzazione e la gestione dei servizi, in ragione degli alti costi. Quattro sono le aree di rischio individuate dalla direttiva: risorse umane, avente ad

⁴⁷ Cfr. PASANISI, *La Commissione UE censura il dirigismo dell'Italia in materia di collaborazione tra imprese nel settore dei contratti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 3, 2019, p. 10 ss.

⁴⁸ Cfr. ampiamente sul tema COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2019, p. 53 ss.

oggetto le frodi, egli errori e tutte quelle vicende che riguardano gli impiegati; sistemi informatici, come guasti nei software, negli hardware, ecc.; processi, aventi ad oggetto procedure interne e controlli non adeguati; eventi esterni, riguardanti fattori che in alcun modo risultano essere sotto il dominio o comunque il controllo delle parti⁴⁹.

Per quanto concerne, infine l'*in house*, con la direttiva n. 23/2014, all'art. 17, il legislatore comunitario ha previsto che, in tema di concessioni, non trovano applicazione i principi in materia di appalti pubblici laddove l'affidamento di un servizio venga attribuito dalla pubblica amministrazione ad una persona giuridica di diritto pubblico o privato in presenza di tre condizioni: l'esercizio, da parte dell'amministrazione, di un controllo sulla persona giuridica pubblica o privata analogo a quello esercitato sui propri servizi; più dell'80% delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dal controllante; infine, nella persona giuridica pubblica o privata non vi devono essere partecipazioni di capitali idonee ad esercitare un potere di veto o di controllo.

La direttiva in esame, in definitiva, deve essere giudicata positivamente. Anzitutto, ha valorizzato un rapporto sinallagmatico tra amministrazione e concessionario, attribuendo rilevanza agli obblighi di entrambe le parti in maniera equilibrata. In secondo luogo, ne esce valorizzata anche l'autonomia negoziale delle parti, soprattutto della stessa pubblica amministrazione, la quale è maggiormente libera di scegliere il *partner* ritenuto più opportuno pur sempre nell'ambito dei principi delineati dalla suddetta direttiva.

2.2. Direttiva Europea 24/2014 (procedure concorsuali)

La prima direttiva che rileva è la n. 2014/24/UE, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE⁵⁰. Del resto, gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale in ambito comunitario, «in quanto costituiscono

⁴⁹ Cfr. BARBIERI, *L'ammissione alle gare pubbliche di appalto davanti alla Corte di Giustizia. Nota a ord. TAR PI - Torino sez. I 17 gennaio 2018, n. 88*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 1, 2018, p. 1 ss.

⁵⁰ Per una guida aggiornata sulla intricata normativa comunitaria in materia di appalti si rinvia a GALLI, GENTILE, GUALANDI, *Appalti pubblici*, Milano, 2015.

uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici»⁵¹.

In relazione ai profili che maggiormente rilevano ai fini della nostra indagine, nella stessa direttiva si riconosce che al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di derogare all'obbligo di indicare la ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente giustificati, che devono essere in grado di motivare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero anche indicare i criteri in ordine decrescente d'importanza»⁵².

Le novità della direttiva in esame sono numerose, e non possono essere analizzate nel dettaglio in questa sede, in quanto saranno riprese nel proseguo dell'indagine. In generale, quello che emerge è la volontà, del legislatore europeo, di valorizzare la trasparenza nella selezione, concependo le modalità di scelta dei contraenti non solo come strumento per evitare l'intrusione di fenomeni corruttivi, ma anche per sostenere la crescita economica dell'Unione.

A tal fine, sono state delineate procedure più flessibili, in quanto la rigidità della normativa previgente aveva precluso alle amministrazioni la possibilità di modulare il processo di selezione in maniera tale da individuare effettivamente il contraente più idoneo per le esigenze richieste.

Per tale ragione sono state privilegiate le procedure negoziate, al fine di valorizzare la discrezionalità della pubblica amministrazione e la possibilità di individuare i

⁵¹ Direttiva 2014/24/UE, 26 febbraio 2014.

⁵² Direttiva 2014/24/UE, 26 febbraio 2014.

contraenti più idonei, nel rispetto ovviamente dei principi di trasparenza amministrativa.

Le procedure negoziali, dunque, sono state delineate come modelli ordinari di selezione del contraente, quanto meno in tutti quei casi in cui l'amministrazione non possa oppure non voglia definire preventivamente il prodotto che intende acquistare, preferendo avvalersi delle opportunità che il mercato è capace di offrirle⁵³.

Per quanto riguarda, poi, i criteri di aggiudicazione, la direttiva in esame guarda con grande disfavore al criterio del prezzo più basso, sostituendolo con quello economico del costo, criterio maggiormente in grado di tenere conto di tutti gli oneri che l'amministrazione deve sostenere per mantenere e poi smaltire un prodotto durante tutto il suo ciclo di vita.

Non va dimenticato, in conclusione, il fatto che la direttiva abbia cercato di bilanciare i diversi interessi in gioco, non tenendo conto solo ed esclusivamente dei benefici economici per l'amministrazione, ma anche del benessere sociale della collettività. Tale profilo è assai innovativo rispetto a quanto previsto in passato, dove l'aspetto economico ha sempre ottenuto la precedenza assoluta rispetto a qualunque altro profilo.

2.3. Direttiva Europea 25/2014 (servizi speciali)

L'ultima direttiva che assume rilevanza è la n. 25/2014. Il fatto che alcuni settori siano stati considerati speciali rispetto ad altri è frutto della consapevolezza, da parte del legislatore comunitario, che esistono determinati ambiti che, per la loro rilevanza sociale, o più semplicemente per la loro peculiarità, necessitano di una disciplina particolare, in quanto l'applicazione dei principi ordinari rischierebbe di generare effetti negativi.

Questo è quello che emerge dal considerare n. 1 della direttiva, nel quale si legge che appare «opportuno mantenere norme riguardanti gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e

⁵³ Cfr. CASAVECCHIA, REDD, *Il Nuovo Codice degli appalti pubblici: novità per l'affidamento dei lavori e dei servizi (The new Procurement Code)*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 1, 2017, p. 7 ss.

servizi postali, in quanto le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza.”, anche considerato che “Un ulteriore motivo che spinge a continuare a regolare normativamente gli appalti pubblici in questi settori è costituito dalla natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli enti in tali settori, data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il servizio pertinente».

In altri termini, il legislatore comunitario si mostra consapevole del fatto che regole speciali sono necessarie in determinati settori nei quali, pur in presenza di soggetti privati, il controllo della pubblica amministrazione e delle autorità è molto penetrante. La predisposizione di norme speciali, in un contesto siffatto, è funzionale a garantire il recupero di efficienza del mercato, efficienza messa a dura prova proprio dalla presenza immanente dell'autorità pubblica che rischia di minare la competitività del mercato.

La dottrina ha messo in luce anche un altro aspetto: si è sottolineato, infatti, che «vale forse un'esigenza sostanziale, formalmente non espressa nel considerando, ma tuttavia oggettivamente evidente in molte delle attività “speciali” in questione. Si tratta, anzitutto, del fatto che ben più che nei settori ordinari (con la progressiva assunzione di rilievo dell'organismo di diritto pubblico¹⁸) i soggetti assegnanti operano in forma giuridica privata, addirittura della “impresa pubblica”¹⁹, dal che sorge la tendenziale necessità – pur sempre più ristretta – di poter operare con regole più flessibili di quelle ordinarie. Il che, in secondo luogo, appare poter assumere maggior pregnanza considerato che in molti dei settori speciali gli assegnanti nazionali debbono interloquire con soggetti imprenditoriali sovra nazionali organizzati in forme marcatamente imprenditoriali per poter reggere il passo con i quali sono necessarie regole contrattualistiche più flessibili di quelle ordinarie»⁵⁴.

⁵⁴ INVERNIZZI, *Commento alla direttiva 2014/25/UE relativa agli appalti nei settori speciali*, in VIPIANA, TIMO (a cura di), *Le direttive UE del 2014 in tema di appalti e concessioni*. Atti del Convegno svolto il 23 marzo 2015, presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale, Torino, 2016, il quale osserva che «è chiaro, per inciso, che la duplice (specie l'ultima) esigenza ora detta può addursi sia per giustificare la permanenza di una formalmente diversa disciplina fra i due settori, sia per modulare, in sede di

Chiariti gli obiettivi generali della direttiva, si rinvia al terzo capitolo dell'indagine per un'analisi dettagliata dei diversi settori speciali e delle regole previste dal legislatore comunitario.

2.4. Codice degli Appalti d.lgs. 50/2016

La normativa italiana in materia di appalti pubblici è oggi regolata dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”⁵⁵. Il Codice, dunque, è stato emanato in attuazione di direttive comunitarie, che avevano come obiettivo l'armonizzazione delle procedure in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici in determinati settori.

In particolare, la direttiva n. 2014/24/UE, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, ha abrogato la direttiva 2004/18/CE⁵⁶. Del resto, gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale in ambito comunitario, «in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici»⁵⁷.

In relazione ai profili che maggiormente rilevano ai fini della nostra indagine, nella stessa direttiva si riconosce che al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri

dettatura della disciplina di recepimento relativa ai settori speciali, la scelta di introdurre o meno tutti i vincoli procedurali che le direttive lasciano in alcuni punti alla discrezionalità dello Stato membro se recepire o meno».

⁵⁵ Sulle nuove direttive comunitarie, e la loro influenza sul diritto interno, si v. CASAVOLA, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo* 12, 2014, p. 1135 ss.

⁵⁶ Per una guida aggiornata sulla intricata normativa comunitaria in materia di appalti si rinvia a GALLI, GENTILE, GUALANDI, *Appalti pubblici*, cit., p. 1 ss.

⁵⁷ Direttiva 2014/24/UE, 26 febbraio 2014.

e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di derogare all'obbligo di indicare la ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente giustificati, che devono essere in grado di motivare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero indicare i criteri in ordine decrescente d'importanza»⁵⁸. La *ratio* del codice era quella di raccogliere e coordinare tutta la normativa emanata nel corso degli anni in materia di contratti pubblici. Parte della dottrina, inoltre, già con riferimento al codice degli appalti previgente aveva sottolineato che in seguito all'emanazione del codice «la prospettiva non è più soltanto la tutela esclusiva dell'interesse pubblico dell'amministrazione contraente ma, coerentemente alle finalità dell'ordinamento comunitario, la cura di interessi generali, quali la tutela della concorrenza, la parità di trattamento degli operatori economici, la non discriminazione, la trasparenza, l'apertura degli appalti pubblici nazionali agli imprenditori dei diversi Paesi europei, così da assicurare un mercato concorrenziale e competitivo degli appalti»⁵⁹.

Il codice degli appalti pubblici, sin dalla sua prima introduzione nel 2006 ha costituito una grande innovazione nel settore degli appalti pubblici, consentendo al legislatore italiano di apportare una revisione totale nel disorganico e disomogeneo quadro normativo in materia di lavori pubblici.

Esso è stato soggetto a numerose modifiche nel corso degli anni, la più recente proprio di qualche mese fa, in considerazione della continua evoluzione della materia, e soprattutto della necessità di rendere sempre più trasparenti le procedure di affidamento dei lavori, onde prevenire fenomeni di corruzione purtroppo ancora troppo frequenti.

⁵⁸ Direttiva 2014/24/UE, 26 febbraio 2014.

⁵⁹ IMMORDINO, CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 409.

Capitolo II

Le procedure di affidamento nei settori ordinari

Sommario: 1. Procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture: l'evidenza pubblica; 2. Le procedure di aggiudicazione: procedure aperte, procedure ristrette, procedure negoziate, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione, affidamento diretto; 3.1. Il procedimento di evidenza pubblica: la delibera a contrarre; 3.2. Il problema della qualificazione giuridica del bando di gara; 3.3. I criteri di aggiudicazione; 3.4. L'aggiudicazione: il problema della natura negoziale o amministrativa dell'atto; 3.5. La stipulazione del contratto

Sommario: 1. Procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture: l'evidenza pubblica

La disciplina europea in materia di appalti pubblici, come si è visto in precedenza, ha subito negli ultimi tempi delle modifiche piuttosto significative, che hanno inciso anche sul diritto interno.

Il modello privilegiato per l'affidamento di lavori, servizi e forniture è quello dell'appalto pubblico, perché garantisce trasparenza nell'attività della pubblica amministrazione. Prima di soffermarci sulle singole previsioni, pare opportuno proporre alcune riflessioni di carattere generale.

Agli albori della nascita del diritto amministrativo, nel corso della seconda metà dell'Ottocento, la dottrina e la giurisprudenza ritenevano che l'unica disciplina applicabile agli atti amministrativi fosse il diritto privato; conseguentemente, tutti gli atti che necessitavano in qualche modo del consenso dei privati, o comunque andavano ad interferire con i loro interessi, venivano costruiti come veri e propri atti consensuali, in alcuni casi ricorrendo a delle vere e proprie finzioni giuridiche⁶⁰.

⁶⁰ Ad esempio, gli atti ablatori, quali l'espropriazione per pubblica utilità, nei quali necessariamente doveva sussistere la volontà del privato per il loro perfezionamento, erano costruiti come atti consensuali anche in mancanza di tale volontà: ad essa, infatti, veniva sostituita la volontà della legge.

Nel corso degli anni, l'affermarsi dello Stato di diritto e soprattutto l'evoluzione della dottrina amministrativa sostennero la necessità che anche l'amministrazione dovesse essere sottoposta al principio di legalità, per cui tutti i suoi atti dovevano trovare giustificazione nella legge.

L'attività amministrativa, tuttavia, ha continuato e tuttora continua ad essere disciplinata in parte dal diritto pubblico ed in parte dal diritto privato⁶¹. Mentre per l'attività amministrativa di diritto pubblico l'attenzione di dottrina e giurisprudenza si concentra prevalentemente sulla nozione di provvedimento amministrativo e sui suoi caratteri, per l'attività amministrativa di diritto privato si pone il problema della sua rapportabilità alla nozione di autonomia privata; in sostanza, ci si chiede se l'amministrazione, quando agisce nelle forme del diritto privato, abbia sostanzialmente una posizione giuridica identica a qualunque altro soggetto di diritto privato.

Riguardo a tale aspetto, bisogna dire che mai è stato messo in dubbio che l'amministrazione possa compiere atti di diritto privato; tuttavia, «se per autonomia privata si intende un potere libero, incondizionato, di regolamentare i propri interessi, essa non può essere propria della pubblica amministrazione, in quanto la sua attività è finalisticamente vincolata alla cura del modo migliore possibile dell'interesse pubblico, senza gravare più del necessario sull'interesse privato»⁶². Proprio sulla base di tali considerazioni, parte della dottrina ha negato autonomia negoziale all'attività dell'amministrazione⁶³.

In realtà, come si è detto, tutto dipende dalla nozione di autonomia privata: se si assume una concezione rigorosa, nel senso che essa viene intesa come potere libero di determinare e regolamentare i propri interessi, essa non può assolutamente essere riconosciuta all'amministrazione, in quanto quest'ultima è vincolata a curare nel modo migliore possibile gli interessi che le sono affidati; se per autonomia privata, invece, si intende genericamente la capacità di porre in essere atti di natura

⁶¹ Sull'attività di diritto privato dell'amministrazione, nella vastissima bibliografia, si v. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, Padova, 2005.

⁶² SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 258.

⁶³ Si v. in tema CICERO (a cura di), *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Bassano del Grappa, 2011, *passim*.

privatistica, allora non c'è alcun ostacolo a ritenere l'amministrazione dotata di autonomia privata, fermo restando che, anche quanto agisce con atti di natura privatistica, l'amministrazione è tenuta ad agire non solo curando il pubblico interesse, ma anche seguendo le procedure tipiche previste dalla legge. Ad esempio, come di qui a breve si vedrà, nella procedura di stipulazione dei contratti l'amministrazione deve rispettare un procedimento articolato denominato procedimento di evidenza pubblica⁶⁴.

Fatta questa doverosa premessa, come qualunque soggetto dell'ordinamento, le amministrazioni sono dotate di capacità giuridica generale, e di conseguenza possono stipulare qualsivoglia contratto previsto dal codice civile, sia esso tipico, atipico o misto, fatta eccezione per quelle particolari fattispecie contrattuali che presuppongono la fisicità del soggetto, come ad esempio testamento ed adozione⁶⁵. Come si è sottolineato in precedenza, nell'esercizio dell'attività contrattuale l'amministrazione deve necessariamente perseguire finalità compatibili con le funzioni dell'ente e la cura dell'interesse pubblico.

Il diritto privato, quindi, governa l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, ma esso risulta comunque essere condizionato da elementi di natura pubblicistica. Si tratta di elementi fondamentali, in quanto finalizzati a garantire che, nell'ambito dei rapporti di natura consensuale, vi sia una sostanziale parità tra i soggetti in gioco, e che la contrattazione si svolga nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento.

Proprio per garantire tutto ciò, nel corso degli anni si è progressivamente consolidato un complesso regime normativo dei contratti della pubblica amministrazione, in cui regole speciali integrano o sostituiscono regole codicistiche.

Si tratta, in particolare, di norme di diritto amministrativo che integrano la disciplina civilistica, finalizzate a regolare le c.d. procedure di evidenza pubblica, ed in particolare la deliberazione a contrattare, la scelta del contraente, l'aggiudicazione, i pareri, i controlli, le approvazioni sui contratti conclusi. Si tratta

⁶⁴ Cfr. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 121 ss.

⁶⁵ Sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione si v. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; SANDULLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

di profili dell'attività contrattuale che normalmente non sono disciplinati in ambito privatistico.

L'evidenza pubblica, quindi, serve a fornire una particolare rilevanza ad alcuni aspetti dell'attività contrattuale che si concretizzano in procedimenti amministrativi, che precedono o seguono la stipulazione del contratto⁶⁶.

I contratti pubblici, così come i contratti privatistici, sono frutto dell'accordo tra l'amministrazione e la controparte, e quindi costituiscono manifestazione dell'incontro delle volontà tra le parti. Tuttavia, una delle due parti, ed in particolare l'amministrazione, «forma la sua volontà attraverso una attività regolata dal diritto pubblico, attraverso l'esercizio di poteri pubblicistici finalizzati a garantire la funzionalizzazione dell'attività amministrativa nonché la coerenza delle decisioni dell'amministrazione contraente ai principi che regolano tutta l'azione amministrativa, ed in particolare ai già menzionati principi di legalità, buon andamento, imparzialità, trasparenza e concorrenza»⁶⁷.

Contemporaneamente a tale procedimento di formazione della volontà, ne nasce un altro che ha finalità di controllo sul contratto che è già stato approvato o comunque concluso.

Il contratto costituisce oggi uno strumento molto utilizzato dall'amministrazione, in molteplici settori, alcuni dei quali un tempo erano considerati *off limits*, quale ad esempio il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, che prima della privatizzazione era infatti configurato come rapporto di diritto pubblico.

La disciplina normativa applicabile ai contratti della pubblica amministrazione è anzitutto quella prevista all'interno del codice civile, per cui trovano applicazione i fondamentali canoni di buona fede, diligenza e correttezza che devono informare il rapporto tra le parti sia nella fase della formazione che in quella dell'esecuzione del contratto.

Il codice civile, inoltre, disciplina gli elementi essenziali del contratto, le cause di invalidità, l'interpretazione, le clausole vessatorie, la fase di esecuzione del vincolo, nonché l'eventuale attuazione coattiva in caso di inadempimento. La normativa

⁶⁶ Si v. sul tema CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, p. 121 ss.; BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, p. 88 ss.

⁶⁷ SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 415.

riguardante i contratti pubblici, inoltre, è contenuta anche nella legge di contabilità generale dello Stato e nel suo regolamento di attuazione⁶⁸.

Da tale normativa, in particolare, è possibile ricavare le regole pubblicistiche relative al processo di formazione della volontà dell'amministrazione contraente. Un processo che, come vedremo, si svolge secondo le norme della c.d. evidenza pubblica, finalizzate a tutelare l'interesse pubblico evitando l'arbitrio dell'amministrazione nella selezione del contraente.

Fonti normative di una certa rilevanza sono costituite, poi, anzitutto dall'art. 1, comma 1 *bis*, della legge sul procedimento amministrativo del 1990, secondo cui «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»⁶⁹.

La dottrina prevalente, infatti, sostiene che tale previsione abbia rafforzato il principio di specialità dell'attività contrattuale dell'amministrazione, caratterizzata appunto dalle norme di evidenza pubblica, che integrano e talvolta sostituiscono quelle previste dal codice civile⁷⁰.

L'altra fonte di grande rilevanza è poi il Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e poi successivamente modificato in più occasioni, il quale contiene alcune norme in materia di appalti pubblici, ed in particolare assumono rilevanza quella che risolve l'annosa questione del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, e quella che fornisce una soluzione al problema del giudice competenze a conoscere delle controversie in materia di contratti pubblici.

Resta da chiedere cosa si intende per appalto. Ai sensi dell'art. 1665 c.c., l'appalto è il contratto col quale una parte (appaltatore) assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro cui si obbliga l'altra parte (committente)⁷¹.

⁶⁸ Si tratta, rispettivamente, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, e del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, così come modificato dalla legislazione successiva.

⁶⁹ In particolare tale articolo è stato aggiunto alla legge 7 agosto 1990, n. 241, dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

⁷⁰ In questi termini si esprime SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, 2006, p. 312 ss.

⁷¹ Per un primo inquadramento del contratto di appalto, si v. PANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016, p. 1 ss.; MANGINI, IACUANIello BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, p. 1 ss.; CUFFARO, *I contratti di appalto privato*, Torino, 2011, p. 1 ss.; FRANCHINI, *I contratti*

I requisiti del modello contrattuale consistono nell'assunzione dell'obbligo di compiere un'opera od un servizio, nella organizzazione dei mezzi necessari, nella gestione a rischio dell'appaltatore, nella previsione di un corrispettivo in denaro.

Il legislatore, dunque, garantisce all'appaltatore una rilevante autonomia, considerato che l'imprenditore esegue l'opera a suo rischio e pericolo. Il requisito dell'autonomia impone all'appaltatore - anche nel caso in cui il committente si sia riservato il potere di ingerirsi nella direzione dei lavori appaltati - di attenersi comunque alle regole dell'arte, in modo tale da assicurare al committente stesso il risultato tecnico conforme alle sue esigenze, consegnandogli un'opera conforme a quanto pattuito, in relazione alla funzionalità ed utilizzabilità previste in contratto⁷².

L'espressione "appalti pubblici" individua, invece, nel nostro ordinamento, un complesso sistema di norme volto a disciplinare le vicende connesse all'acquisizione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione⁷³.

L'appalto pubblico, infatti, può essere considerato un'espressione dell'attività "strumentale" di quest'ultima, finalizzata ad assicurare i mezzi necessari all'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva⁷⁴. Tale espressione, dunque, definisce un sistema di norme, ancor prima di particolari fattispecie contrattuali eventualmente derivate dall'ordinamento civilistico.

L'aspetto maggiormente rilevante dell'ordinamento pubblicistico in materia «è costituito dalla disciplina delle modalità di formazione e di incontro della volontà delle parti, informata al principio di concorsualità proprio delle procedure di

di appalto pubblico, Milano, 2011, p. 44 ss.; MUSOLINO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2012, p. 1 ss.; LUMINOSO, *Codice dell'appalto privato*, Torino, 2010, p. 414 ss.

⁷² Cfr. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, XVI, Padova, 1991, p. 665.

⁷³ In tal senso CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V., Milano, 2001, p. 1159 ss.

⁷⁴ Per una ricostruzione generale delle funzioni dell'amministrazione si v., nell'amplessima letteratura, anche manualistica, in particolare GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Padova, 1994, p. 3 ss. Per quanto concerne, invece, l'inquadramento storico dell'appalto nell'ambito dell'attività dell'amministrazione e, in particolare, in relazione alla categoria delle convenzioni e degli accordi amministrativi, v., tra gli altri, ROHERSSEN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971; SANVITI, *Convenzioni ed intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978; FERRARA, *Gli accordi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 1985; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1985; PITTALIS, *Appalto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, 1987, p. 292 ss.

affidamento dei contratti pubblici; mentre solo in misura minore, e per certi versi approssimativa, provvede a disciplinare le singole fattispecie contrattuali»⁷⁵.

La disciplina in materia di appalti pubblici è stata oggetto negli anni di numerose modifiche, finalizzate soprattutto ad evitare l'insinuarsi del "malaffare" e delle prassi corruttive, che hanno destato scandali pubblici oltre che uno spreco ingente delle risorse pubbliche: la politica del legislatore, dunque, in attuazione delle direttive comunitarie, è stata quella di rendere il più trasparente possibile l'affidamento degli appalti pubblici, attraverso una valorizzazione delle procedure di evidenza pubblica e un controllo rigoroso sulle controparti private.

Prima di dedicarci a queste problematiche, tuttavia, è necessario ricostruire la natura giuridica dell'appalto pubblico, che è mutata nel corso degli anni anche in ragione delle continue evoluzioni legislative.

La dottrina prevalente⁷⁶ ha sempre considerato il contratto di appalto pubblico un istituto da ricondurre nell'ambito degli atti negoziali di diritto privato della pubblica amministrazione, sebbene caratterizzato da profili di specialità che derivavano dalla natura pubblicistica di una delle parti contraenti. Tra l'altro tale peculiarità determinava la necessità di applicare disposizioni di carattere pubblicistico, in deroga alle norme contenute nel codice civile.

Questa impostazione, del resto, era tutto sommato coerente con l'impianto che ha per lungo tempo connotato il nostro ordinamento, quasi esclusivamente incentrato sull'appalto di opere pubbliche. Ne è derivato, dunque, che la quasi totalità della

⁷⁵ CARULLO, *Appalti pubblici*, cit., p. 1160.

⁷⁶ Cfr., nella sterminata produzione scientifica, PRESUTTI, *Contratto di appalto per l'esecuzione di OO.PP. Risoluzione in danno dell'Amministrazione per inadempienza di questa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, II, 1912, p. 142 ss.; ID., *Sul cosiddetto contratto di diritto pubblico*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, p. 8 ss. In effetti, una parte rilevante della pur numerosissima dottrina, soprattutto dagli inizi del secolo fino a tempi relativamente recenti, propendeva per la natura contrattuale dell'istituto dell'appalto pubblico (di lavori), pur riconoscendo le numerose modifiche apportate dall'ordinamento in materia di appalti pubblici all'impianto civilistico. In tal senso, a titolo indicativo, v. tra gli altri, ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1923, p. 391 ss.; DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto di opere pubbliche*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936, p. 496 ss.; CAMMEO, *I contratti della Pubblica amministrazione*, Firenze, 1937; STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, 1964, p. 664 ss.; DEGLI UBERTI, *Natura del rapporto di pubblico appalto*, in *Studi in onore di A.D. Giannini*, Milano, 1961, p. 431 ss.; CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, Padova, 1972; PITTALIS, *Appalto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Appendice, X, 1995, p. 723 ss.; CATTANEO, FURNO, *Appalto: II) Appalto di opere pubbliche*, in *Enciclopedia Giuridica*, II, 1988. Sul punto la giurisprudenza ha da sempre assunto un orientamento assai più pacifico nel ravvisare l'appalto pubblico come un contratto in senso proprio; per tutte si v. la rilevante Cass. Civ., 29 novembre 1983, n. 7151, in *Foro italiano*, I, 1984, p. 1910 ss.

dottrina si è concentrata sulla necessità di ricondurre il contratto di appalto pubblico nell'ambito dell'attività privata della pubblica amministrazione.

La concezione contrattualistica di diritto comune dell'appalto pubblico, che conduce alla piena assimilazione di quest'ultimo al corrispondente contratto di diritto privato, si fonda sull'osservazione «del momento genetico del rapporto e della sua struttura giuridica. Fonte del rapporto è infatti il contratto di appalto, alla cui stipulazione la pubblica amministrazione e l'appaltatore addiventano quali controparti poste, rispetto alla decisione di concludere o meno il negozio, su di un piede di parità (o pariteticità) e di libertà. L'amministrazione non possiede alcuno strumento giuridico autoritativo ed unilaterale atto a costituire il rapporto di appalto senza o contro la volontà dell'appaltatore»⁷⁷.

Del resto, la circostanza che la posizione dell'amministrazione possa rivelarsi "in fatto" più forte rispetto a quella dell'appaltatore non solo nella fase esecutiva ma anche nel momento costitutivo del rapporto è peraltro fenomeno ben conosciuto al diritto comune (si pensi agli istituti del contratto per adesione o delle condizioni generali di contratto), destinato anzi ad accentuarsi nell'odierna realtà economico-sociale, ma di per sé inidoneo a far venire meno il carattere negoziale e contrattuale dei rapporti giuridici in tale quadro posti in essere⁷⁸.

Nel corso degli anni, però, si è imposto anche un altro orientamento della dottrina⁷⁹, teso a valorizzare la c.d. categoria dei contratti di diritto pubblico, all'interno dei

⁷⁷ PITTALIS, *Appalto pubblico*, cit., p. 724. Secondo l'A. «oggetto del contratto sono un'opera, un'attività o un servizio che di per sé, nella loro natura intrinseca, potrebbero costituire oggetto di qualsiasi appalto concluso fra soggetti privati, non ricadendo nella disponibilità esclusiva della pubblica amministrazione. Qualora oggetto della prestazione richiesta dall'amministrazione al privato fosse invece non già semplicemente il compimento dell'opera o del servizio bensì anche l'esercizio, da parte del privato, di funzioni pubbliche di spettanza esclusiva dei pubblici poteri ed in quanto tali insuscettibili di costituire oggetto di disposizione iure privatorum, l'amministrazione dovrebbe porre in essere non un appalto pubblico ma un provvedimento concessorio traslativo di tali competenze a favore del privato, giacché questo è il solo strumento giuridico idoneo a trasferire a soggetti privati poteri e potestà pubblicistiche (concessione di sola costruzione di opere pubbliche, concessione di costruzione ed esercizio, concessione di servizi pubblici)».

⁷⁸ In tal senso PITTALIS, *Appalto pubblico*, cit., p. 729.

⁷⁹ La tesi risale originariamente a MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, II, Firenze, 1882, p. 130 ss. Tuttavia, lo sviluppo della teoria della riconducibilità dell'istituto tra i *contrats administratifs* o tra quelli di diritto pubblico, già elaborati, rispettivamente, dalla dottrina francese (cfr. per tutti, JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, III, Paris, 1926, p. 297 ss.) e da quella tedesca (cfr. per tutti, MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Berlin, 1886, p. 290 ss.), ebbe a riaffacciarsi anche in Italia a partire dagli anni trenta del secolo scorso: tra gli altri si v. RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'Amministrazione*, in *Foro amministrativo*, II, 1932, p. 185; VITALE, *Appalti: commento alle norme che riguardano*

quali troverebbe posto proprio il contratto di appalto pubblico. In particolare, si è sostenuto che l'appaltatore si trova in una situazione di subordinazione rispetto alla pubblica amministrazione, in considerazione dell'applicazione di norme quasi esclusivamente di natura pubblicistica⁸⁰.

Si è sottolineato, del resto, che «non senza ragione l'espressione "appalto pubblico" ha oramai assunto nel nostro ordinamento un'accezione ulteriore e diversa rispetto a quella evidenziata finora dal dibattito sulla natura giuridica dell'appalto, cioè, di sistema normativo che assume ad oggetto la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione, sebbene differenziati in ragione della prestazione richiesta. I diversi istituti risultano accomunati dallo scopo perseguito in via immediata

l'esecuzione di opere pubbliche, Milano, 1938, p. 10 ss. Da ultimo cfr. VIRGA, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1993, p. 979 ss.; e, più recentemente, ID., *Diritto amministrativo*, IV, Milano, 1994, p. 141 ss.

⁸⁰ Contra PITTALIS, *Appalto pubblico*, cit., p. 726, secondo il quale «tale posizione di supremazia, particolarmente rilevante e ricorrente nella disciplina dell'appalto avente ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche, si traduce nell'emanazione, da parte dell'amministrazione committente, di atti aventi natura di veri e propri provvedimenti amministrativi (istruzioni e ordini di servizio del direttore dei lavori, risoluzione dal contratto di appalto per frode o grave negligenza o inadempimento dell'appaltatore, esecuzione d'ufficio dei lavori o esecuzione in danno, estromissione coattiva dell'appaltatore dal cantiere) i quali costituiscono espressione del potere di autotutela e quindi derogano al principio fondamentale del divieto di autotutela vigente nel diritto privato ed operante fra i privati contraenti. Essi ampliano i poteri e le garanzie dell'amministrazione, affiancandosi (quali istituti provvedimenti di diritto speciale) ai normali strumenti negoziali previsti dalla disciplina civilistica dell'appalto, cui l'ente pubblico può contemporaneamente fare ricorso agendo in veste non più di autorità ma di semplice controparte del contratto (come è il caso del diritto potestativo di risoluzione del contratto per inadempimento che comprometta l'esito finale dell'appalto, azionato in base a clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c.). La presenza delle cennate prerogative a favore dell'amministrazione committente, però, non comporta il venir meno della natura giuridica privatistica dell'appalto pubblico, né l'individuazione di un'autonoma fattispecie contrattuale di diritto pubblico, giacché gli eccezionali poteri di supremazia riconosciuti all'amministrazione in sede di esecuzione dell'appalto, concepiti in funzione della miglior tutela dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione stessa è portatrice, non entrano a far parte della struttura giuridica dell'appalto pubblico, che rimane modellata nei suoi elementi costitutivi (fonte, causa, oggetto, effetti) sull'omonimo istituto civilistico, bensì influiscono sullo svolgimento del rapporto dall'esterno. L'ordinamento attribuisce cioè alcune particolari prerogative all'amministrazione committente affinché sia salvaguardato l'interesse pubblico connesso alla esecuzione dell'opera o del servizio dedotto in contratto e l'interesse alla corretta e proficua utilizzazione del pubblico denaro; interessi pubblici al cui soddisfacimento l'amministrazione è comunque vincolata anche nell'esercizio dell'attività contrattuale, ma che non alterano la natura negoziale dell'appalto pubblico, alla cui conclusione le posizioni e le volontà dei contraenti, quello pubblico e quello privato, concorrono in modo giuridicamente paritario, non potendo quella dell'uno prescindere da quella dell'altro o altrimenti condizionarla. La preminenza riservata all'amministrazione committente e l'essere l'opera appaltata rivolta al soddisfacimento di interessi pubblici non incidono sulla natura privatistica dell'appalto pubblico, dal quale derivano veri e propri diritti soggettivi delle parti cui corrispondono specifici obblighi a carico degli stessi contraenti».

(acquisizione di prestazioni) e mediata (pubblico interesse) e, come corollario, dalla spendita di denaro pubblico»⁸¹.

Per quanto concerne, nello specifico, la natura giuridica dell'appalto pubblico, esso non può più essere ricondotto alla figura civilistica dell'appalto, considerato che ogni specifico settore disciplinare (lavoro, forniture, servizi) può essere considerato una specifica espressione dell'appalto pubblico. È chiaro che oramai il legislatore attribuisce all'espressione "appalto pubblico" un significato che non è più univocamente identificato dal contratto di appalto (ciò al di là del dibattito circa la riconducibilità o meno dell'istituto alla nozione privatistica), avendo, infatti, disciplinato in tale ambito anche rapporti di altra natura (ad esempio, l'acquisto di beni).

Quello che rileva, dunque, è anche l'oggetto della prestazione di appalto pubblico: appalto pubblico di lavori, servizi o forniture sono tre diverse tipologie di appalti pubblici che presentano ognuna una propria particolarità.

Al di là delle differenze, tuttavia, vi sono comunque alcuni elementi in comune, che rappresentano delle caratteristiche del contratto di appalto pubblico⁸²: a) la conclusione di tale tipologia di contratto all'esito di un procedimento amministrativo; b) il carattere oneroso del contratto di appalto pubblico; c) la necessità che venga stipulato per iscritto; d) la parziale predefinizione legislativa dell'oggetto del contratto di appalto, fatta salva, ovviamente, l'indicazione della prestazione effettivamente richiesta dall'amministrazione; e) l'indicazione di vincoli non derogabili alla libertà delle parti nella modifica dell'accordo stipulato; f) la predefinizione delle modalità e dei criteri di incontro della volontà delle parti che, in linea di principio, non consentono di adottare quelle modalità di natura discrezionale tipiche dell'ordinamento privatistico.

Va segnalato, quindi, che la fase di formazione del contratto di appalto pubblico è ben diversa da quella dei contratti di diritto privato: le parti contraenti, infatti, non sono del tutto libere nella formazione del contratto, e non vi è una piena parità tra i contraenti, laddove il procedimento abbia natura amministrativa.

⁸¹ CARULLO, *Appalti pubblici*, cit., p. 1161.

⁸² In tal senso CORRADO, *L'appalto pubblico di lavori, servizi e forniture. Rassegna e analisi di giurisprudenza e prassi amministrativa*, Milano, 2004, p. 59 ss. Cfr. sul punto anche FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Milano, 2011, p. 151 ss.

Il contratto di appalto pubblico, infatti, è dominato dalla c.d. evidenza pubblica: con l'espressione evidenza pubblica, in particolare, viene identificata la caratteristica fondamentale del procedimento che l'amministrazione è tenuta a porre in essere nel momento in cui vuole addivenire alla stipulazione di un contratto pubblico.

La conclusione del contratto, quindi, è preceduta da un procedimento di evidenza pubblica, finalizzato, tra l'altro, a garantire a ciascun soggetto interessato la «possibilità di avere contezza dell'operato dell'amministrazione, la quale, lungi dall'operare in modo secretato ed inaccessibile da parte dei privati, deve dare la ampia pubblicità al percorso seguito per individuare il contraente privato»⁸³.

L'evidenza pubblica testimonia che, diversamente da quanto accade per i privati, l'autonomia contrattuale dell'amministrazione non è piena, ma appare compressa in relazione alla possibilità di stipulare un contratto, della scelta dell'altro contraente, dell'individuazione delle condizioni da apporre al contratto. Tale attività dell'amministrazione può essere sostanzialmente divisa in due diverse fasi, una di natura procedimentale che si conclude con la stipulazione, l'altra, successiva appunto alla stipulazione, di natura negoziale.

Alla luce di tale impostazione, parte della dottrina ha osservato che «al di là del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, il rapporto intercorrente tra soggetto privato e pubblica amministrazione appare comunque fondato sul nesso sinallagmatico prestazione - controprestazione, sebbene caratterizzato da una libera manifestazione di volontà solo in origine. In effetti, se pur la volontà delle parti rimane integra in riferimento alla scelta di instaurare o partecipare alla procedura di affidamento (assai meno, si è detto, per quanto attiene alle modalità secondo le quali tale volontà viene poi articolata) ed eventualmente di stipulare il conseguente contratto (salvo la definizione delle responsabilità patrimoniali conseguenti), diversi elementi che concorrono a costituire il contenuto del rapporto non risultano essere nella disponibilità delle parti. La soluzione al problema della natura privatistica del contratto affidato, dunque, non può che rinvenirsi nell'individuazione del limite minimo necessario a caratterizzare tali atti come negoziali. Tuttavia, da questo punto di vista continuano a sussistere sintomi che

⁸³ BIANCHINI, *Evidenza pubblica*, in *Altalex*, 2014. Cfr. ampiamente sul tema SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, *passim*.

denotano la mancanza di elementi di autoritatività sufficienti a qualificare il rapporto tra pubblica amministrazione e soggetto affidatario della prestazione come definitivamente attratto nella sfera pubblicistica, con tutte le conseguenze di tale opzione»⁸⁴.

Va segnalato, in conclusione, che la causa dell'appalto pubblico, ossia la sua funzione economico-sociale, è anch'essa identica a quella dell'omonimo contratto disciplinato dal codice civile e consiste nello scambio fra la prestazione di un'opera o di un servizio e l'attribuzione di un corrispettivo. L'appalto pubblico è cioè un contratto di scambio, a prestazioni corrispettive, dal quale traggono origine diritti soggettivi ed obbligazioni delle parti.

2. Le procedure di aggiudicazione: procedure aperte, procedure ristrette, procedure negoziate, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione, affidamento diretto

Nell'aggiudicare gli appalti pubblici, l'art. 59 del Codice appalti prevede che le pubbliche amministrazioni possono fare ricorso alle procedure aperte o ristrette; inoltre, è anche possibile ricorrere al partenariato per l'innovazione in presenza dei presupposti previsti dall'art. 65, alla procedura competitiva con negoziazione ed al dialogo competitivo, nonché, infine, alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando in alcune circostanze.

⁸⁴ CARULLO, *Appalti pubblici*, cit., p. 1162. Secondo l'A., «altre considerazioni possono, però, essere sviluppate in merito alla natura del rapporto intercorrente tra pubblica amministrazione e contraente. Si tratta, infatti, di un rapporto oggettivamente definito, di volta in volta, dalla nozione di appalto pubblico di lavori, di forniture, ovvero di servizi. Le espressioni menzionate assumono significati ulteriori, sostanzialmente riconducibili alla natura contrattuale secondo, però, un principio inverso rispetto alle norme civilistiche, essendo queste applicabili unicamente nei limiti lasciati alla volontà delle parti dall'ordinamento pubblicistico. La presenza di norme speciali poste a disciplina dell'atto (contratto) concluso tra le parti e, quindi, dell'esecuzione dello stesso risulta massima nella disciplina degli appalti di lavori pubblici ed assai minore negli appalti di forniture e di servizi. Quindi, essendo pacificamente riconosciuta alla pubblica amministrazione una capacità di diritto privato, i negozi eventualmente conclusi risulteranno più o meno riconducibili alla disciplina civilistica in ragione della sussistenza di norme speciali non derogabili dalla volontà delle parti. Di conseguenza, lo schema entro il quale definire la natura giuridica del pubblico appalto inteso come contratto varia in ragione del tipo considerato, risultando senz'altro prossimo alla nozione civilistica dove esso abbia ad oggetto forniture o servizi, assai meno dove abbia ad oggetto lavori pubblici».

Le procedure aperte sono quelle in cui ogni operatore economico interessato può presentare una offerta. Secondo la giurisprudenza di merito⁸⁵, in caso di procedura aperta, al fine di evitare l'introduzione di elementi distorsivi della concorrenza, sussiste il divieto, sancito dalla normativa nazionale e dai principi comunitari, di qualsiasi negoziazione delle offerte in una fase successiva all'aggiudicazione provvisoria, senza alcuna possibilità di fare riferimento all'autonomia privata ex artt. 1321 e 1322 Codice Civile e/o alle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 Codice Civile; d'altra parte, «se la *ratio* del divieto di rinegoziazione (intesa *latu sensu*) è la tutela della *par condicio*, appare evidente che la compromissione di tale principio fondamentale avviene indipendentemente dal soggetto che ha assunto l'iniziativa della c.d. rinegoziazione: in ogni caso, infatti, si viene a realizzare un'inammissibile (parziale) trasformazione di una procedura di evidenza pubblica in una procedura negoziata (è appena il caso, poi, di segnalare ... che si tratta comunque di rinegoziazione, poiché sono sempre due le volontà che si incontrano)»⁸⁶.

Le procedure ristrette⁸⁷, invece, sono quelle in cui ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare offerte esclusivamente gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, secondo le modalità previste dal Codice dei contratti pubblici. Pertanto, nella procedura ristretta la gara si realizza soltanto tra le imprese che già in precedenza sono state selezionate dall'amministrazione aggiudicatrice, in quanto invitate a partecipare alla procedura attraverso un atto all'uopo predisposto, quale appunto la lettera di invito.

Le procedure negoziate, corrispondenti solo in parte alla precedente trattativa privata, sono quelle in cui le amministrazioni appaltanti consultano direttamente gli operatori economici scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni degli appalti. Il Codice, in linea con la Direttiva Unica Appalti, distingue tra procedura negoziata previa pubblicazione del bando e procedura negoziata senza bando⁸⁸, individuando in maniera tassativa le ipotesi in cui la procedura è preceduta dalla pubblicazione del bando; ne estende, inoltre, l'utilizzabilità, pur sempre però in

⁸⁵ Cfr. TAR Puglia 16 novembre 2009, n. 2687.

⁸⁶ TAR Puglia 16 novembre 2009, n. 2687.

⁸⁷ Cfr. UTICA, *Contabilità dei lavori*, Rimini, 2012, 167 ss.

⁸⁸ Su questa particolare procedura si v. TUCCARI, *La procedura negoziata senza bando: dall'eccezione alla specialità?*, in *www.giustamm.it*, novembre 2012.

un'ottica derogatoria rispetto alla procedure ristrette e aperte – al settore dei lavori, per il quale in precedenza la legge Merloni dettava un regime assai più restrittivo rispetto a quello previsto per i servizi e le forniture.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che «con particolare riferimento all'ipotesi, già menzionata in relazione all'allora trattativa privata dalla normativa sulla contabilità speciale dello Stato (v. art. 41 del R.D. 827/1924), in cui la scelta della procedura negoziata sia effettuata per “ragioni di natura tecnica” le quali presuppongono l'esistenza di una sola impresa in grado di eseguire la prestazione oggetto del contratto, si è ritenuta la necessità di accertare in via preventiva tale condizione attraverso una puntuale indagine conoscitiva, da effettuarsi anche in ambito europeo»⁸⁹.

Il dialogo competitivo⁹⁰, previsto dall'art. 64 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una nuova procedura di selezione del contraente, caratterizzata dal dialogo fra le parti nella fase di progettazione. L'istituto, infatti, consente all'amministrazione di instaurare un dialogo con gli operatori economici interessati, i quali abbiano chiesto di partecipare alla procedura stessa, al fine di individuare insieme, attraverso lo scambio reciproco di informazioni, una o più soluzioni tecnico-progettuali idonee a soddisfare le necessità rappresentate dal bando. I candidati, selezioni sulla base delle soluzioni prospettate, saranno poi invitati a presentare offerte.

Per la sua attivazione, occorre che l'appalto sia particolarmente complesso, e che le difficoltà dell'amministrazione appaltante nella elaborazione di tali soluzioni e del corrispondente impegno finanziario siano di carattere oggettivo e non dipendano da carenze del committente stesso.

Una menzione a parte la merita il partenariato per l'innovazione, previsto dall'art. 65 del Codice dei contratti pubblici. Si tratta di un istituto innovativo, che rientra nell'ambito del partenariato pubblico privato, un modello organizzativo che si è molto diffuso negli ultimi tempi.

La locuzione "partenariato pubblico-privato" (PPP) fa riferimento normalmente a forme di cooperazione tra il potere pubblico ed i soggetti privati, con l'obiettivo di

⁸⁹ Cons. Stato 8 gennaio 2013, n. 26.

⁹⁰ Su tale innovativo istituto si v. SELLA, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2008, 105 ss.

finanziare, costruire e gestire infrastrutture oppure fornire servizi che hanno una rilevanza pubblica⁹¹.

Si tratta di una tematica che, per quanto di straordinaria attualità, non risulta essere ancora pienamente approfondita, almeno in Italia, nonostante nella pratica gli spunti di riflessioni siano stati molteplici.

I problemi posti dalla tematica sono molteplici, in quanto si tratta di un istituto che rifugge dall'essere inquadrato nell'ambito di categorie predefinite, risultando spesso sfuggente e difficilmente inquadrabile, anche perché tende ad abbracciare ambiti diversi, in particolare il diritto e l'economia.

Pur essendo un fenomeno anzitutto e prevalentemente di tipo economico, il PPP si concretizza in una serie di forme giuridiche diverse ed eterogenee, che sono state diversamente applicate dalle amministrazioni, dando luogo ad un panorama difficilmente decifrabile.

Eppure si tratta di una nozione, quella del PPP, che non si presenta affatto come innovativa, affossando le sue radici in tempi piuttosto lontani. Sin dall'età della Roma repubblicana⁹², infatti, esistevano forme arcaiche di PPP, che si sono poi sviluppate, in maniera più o meno costante e continua, fino alla metà del Seicento: era infatti una prassi piuttosto diffusa e comune, per i Governi delle varie città, quella di attribuire ai cittadini privati delle concessioni per l'esecuzione di opere pubbliche al fine di realizzare servizi di pubblico interesse⁹³.

La *ratio* dello sviluppo di tali forme di cooperazione risiedeva nella consapevolezza che la macchina statale era impossibilitata a governare in maniera efficiente ed economica territori piuttosto vasti, per cui si rendeva necessario attribuire a privati, spesso dotati di capitali molto ingenti, la realizzazione di opere di interesse pubblico.

Nel corso del Settecento, tuttavia, queste arcaiche forme di cooperazione tra pubblico e privato cominciarono a ridimensionarsi, in quanto la burocrazia statale,

⁹¹ Sulla nozione di partenariato pubblico-privato, nella copiosa produzione bibliografica, si v., tra gli altri, MINIACE, *Partenariato pubblico-privato. Realizzazione e gestione di opere pubbliche e/o di interesse con coinvolge dei soggetti privati*, Milano, 2014, p. 1 ss.

⁹² Cfr., in tal senso, MEROLA, *Autonomia locale, governo imperiale. Fiscalità e amministrazione delle province asiatiche*, Bari, 2001, p. 1 ss.

⁹³ Cfr. PRIKS, *Optimal Rent Extraction in Pre-Industrial England and France. Default Risk and Monitoring Costs*, in CESifo Working Paper n. 1467, 2010, p. 144 ss.; COSGEL, MICELI, *Tax Collection in History*, in *Department of Economics Working Paper Series*, 48, 2007, p. 541 ss.

a seguito dello sviluppo della Rivoluzione industriale, progressivamente si consolidò.

Lo Stato divenne, infatti, autoritativo. Questo atteggiamento era quasi inevitabile, trattandosi dell'epoca storica in cui gli Stati nazionali nascevano, e quindi tendevano ad accentrare in sé tutto il potere.

Nel corso degli anni, tuttavia, l'approccio autoritativo ha mostrato tutti i suoi limiti. Tale approccio, infatti, ha progressivamente lasciato spazio a quello di regolazione⁹⁴. Nasce, così, il c.d. Stato regolatore.

Secondo parte della dottrina, lo Stato sociale, interventista, così come era stato delineato da Keynes, si poneva, tra i suoi obiettivi, anzitutto la crescita economica, resa possibile mediante politiche di sostegno alla domanda.

In secondo luogo, lo Stato doveva porsi come obiettivo la piena occupazione, la valorizzazione dei diritti di cittadinanza (mediante l'offerta di servizi di previdenza e sociali il più possibili aderenti alle necessità della popolazione), una più corretta ed efficiente allocazione del reddito e della ricchezza, nonché la correzione, programmazione, regolazione, appunto, di tutta la politica socio-economica che, diversamente, sarebbe stata del tutto riservata alla logica del mercato⁹⁵.

Altra dottrina, ha sottolineato che tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento lo Stato di diritto di matrice liberale ha lasciato spazio al *Welfare State* o Stato sociale, non più monoclasse ma pluriclasse. Il nuovo Stato sociale ha dato rilevanza particolare e decisiva alle finalità di erogazione, redistribuzione e produzione.

Questa nuova forma di Stato risponde alle necessità di porre rimedio ai fallimenti del mercato nella produzione dei beni pubblici, ma non solo: l'obiettivo, infatti, è anche quello di assicurare la crescita economica e sociale, la piena occupazione, la valorizzazione dei sistemi pensionistici e di assistenza sanitaria e sociale, indispensabile per garantire una maggiore serenità e un maggiore benessere ai cittadini⁹⁶.

⁹⁴ Nella immensa bibliografia sul tema si segnalano: PISANESCHI (a cura di), *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Torino, 2009. Secondo l'A. la crisi economica e finanziaria iniziata nel 2008 ha bruscamente interrotto un percorso di progressivo "alleggerimento" della presenza dello Stato nelle attività economiche.

⁹⁵ LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2010, p. 191.

⁹⁶ ALMAGISTI, PIANA, *La qualità dello Stato in Italia: regole, capacità e adattamento. Atti del Convegno SISP, Roma 17-19 settembre 2009*, Roma, 2009, p. 2 ss.

In tale prospettiva, quindi, è all'affermarsi di questo modello di Stato che corrisponde un periodo di particolare sviluppo per l'amministrazione pubblica, sotto l'aspetto dell'incremento sia delle strutture burocratiche sia del numero dei dipendenti pubblici.

Se nello Stato liberale il fine si risolveva in compiti prettamente regolativi, ora, invece, il fine è quello della erogazione dei servizi, che richiede un'amministrazione di prestazione con competenze di natura tecnico-specialistica.

I valori guida diventano quelli della efficienza e della efficacia. I destinatari dell'azione amministrativa, i cittadini, sono visti quali utenti: i cittadini pagano le tasse ed hanno diritto ad usufruire dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni. Ma si tratta di una relazione ancora squilibrata, è lo Stato che decide quali servizi erogare e come erogarli.

Secondo tale impostazione, quindi, l'ultima fase è quella che conduce al passaggio dallo Stato sociale allo Stato regolatore. Il nuovo Stato regolatore non è il vecchio Stato ottocentesco e liberale, ma una evoluzione dello Stato sociale. Il vecchio Stato liberale, infatti, attribuiva rilevanza decisiva all'autonomia del mercato.

Lo Stato regolatore, diversamente, considera inammissibile abbandonare a sé stesse le dinamiche sociali ed economiche, optando per una valorizzazione del modo di governare i processi sociali senza che vi sia un coinvolgimento diretto dello Stato gestore⁹⁷.

Lo Stato regolatore, in definitiva, è un modello di Stato che si dipana soprattutto in attività di regolamentazione e regolazione, con l'obiettivo di definire un quadro normativo chiaro e coerente lasciando poi il giusto spazio di esercizio all'attività riservata ai privati.

Lo Stato regolatore è poi responsabile della necessità di verificare l'efficacia delle proprie misure, rimediando e correggendo eventuali effetti indesiderati prodotti dalle misure sociali anche in ambiti diversi da quelli originari⁹⁸.

Lo Stato, quindi, non si allontana dalla società lasciandola a sé stessa, ma decide di governarla in maniera indiretta, attraverso l'elaborazione di norme che indirizzino

⁹⁷ ALMAGISTI, PIANA, *La qualità dello Stato in Italia*, cit., p. 4.

⁹⁸ LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 191.

i comportamenti dei consociati verso obiettivi socio-economici precedentemente prefissati⁹⁹.

Lo Stato, dunque, detta le regole senza scendere direttamente in campo, contando sulla fiducia degli attori in gioco ma allo stesso tempo sapendo farsi sentire quando ciò è ritenuto opportuno.

Lo Stato, però, principalmente, si fa garante della correttezza delle regole, senza divenirne protagonista. La gestione dei servizi pubblici è totalmente affidata al mercato sotto il controllo di autorità amministrative indipendenti¹⁰⁰.

La regolazione, pertanto, è finalizzata a garantire condizioni di funzionamento efficienti alle attività dei privati; inoltre lo Stato regolatore è anche responsabile di valutare il risultato della propria attività in termini di efficacia, nonché di controllare che eventuali misure adottate non abbiano avuto ripercussioni negative su altri settori rilevanti.

In questo contesto si colloca il partenariato per l'innovazione. Le sperimentazioni del partenariato pubblico, rese necessarie dalla progressiva aziendalizzazione della pubblica amministrazione, allo stato attuale presentano ancora numerosi profili critici¹⁰¹. Il "Partenariato per l'innovazione"¹⁰² ha l'obiettivo di favorire le

⁹⁹ Secondo ALMAGISTI, PIANA, *La qualità dello Stato in Italia*, cit., p. 4, «lo Stato regolatore viene caratterizzato come una forma istituzionale che ha: come funzione prevalente la correzione dei fallimenti del mercato (e dello Stato); come strumento principale la statuizione di regole (piuttosto che la tassazione e la spesa); come principale strumento di azione istituzioni particolari come le autorità regolative, istituzioni indipendenti dal ceto politico e dal ciclo elettorale; come attori protagonisti i movimenti *single issue*, le associazioni di cittadini, gli esperti, i giudici (piuttosto che i partiti politici, i sindacati, le grandi imprese); come cultura di *policy* un orientamento pluralista piuttosto che uno corporativo; adottando uno stile decisionale di tipo *problem-solving* e procedurale piuttosto che discrezionale e burocratico.

¹⁰⁰ Sul punto si v. GIRAUDI, RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, Roma-Bari, 2001; RIGHETTINI, *L'evoluzione del sistema dei controlli in Italia. Linee essenziali*, in MORISI, LIPPI, (a cura di), *La valutazione*, Torino, 2001.

¹⁰¹ Cfr. ARDUINI, LUZZI, *Economia e gestione delle aziende sanitarie*, Milano, 2016, p. 15 ss.; MESSINA, *Economia e organizzazione delle aziende sanitarie*, Padova, 2014, p. 28 ss.

¹⁰² Prima il legislatore europeo, con la direttiva 2014/24, poi quello italiano, attraverso il nuovo Codice dei Contratti, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si sono mossi in questa direzione, introducendo nuovi istituti giuridici innovativi. Tra questi, uno strumento di grande interesse è rappresentato dal "Partenariato per l'innovazione", introdotto dall'art. 65 del Codice. In particolare, il ricorso a questo strumento è consentito quando «l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti». L'operazione si configura come una procedura ristretta, in cui «le amministrazioni aggiudicatrici fissano i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare (...); qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara,

condizioni migliori possibili per una maggiore e migliore condivisione delle strategie operative e degli obiettivi da perseguire.

Se in passato il privato era coinvolto quasi unicamente nell'ambito dell'erogazione dei servizi, oggi si richiede il suo intervento ed il suo coinvolgimento già nelle fasi di programmazione e di progettazione.

Pare evidente, dunque, che il processo di cooperazione tra pubblico e privato richiede investimenti sempre maggiori, concepiti nell'ottica del lungo periodo. Ciò è possibile solo se il rapporto tra pubblico e privato viene immaginato come una relazione di lunga durata, ossia una collaborazione che non si limiti alle scelte strategiche dei servizi.

Tale forma di collaborazione, dunque, dovrebbe giovare al soggetto pubblico ed a quello privato: quest'ultimo, in particolare, sarà stimolato ad investire in considerazione dell'ampio orizzonte temporale che ha dinanzi a sé per programmare. Allo stesso tempo, la cooperazione tra pubblico e privato potrà rivelarsi estremamente proficua grazie alle conoscenze ed alle *performances* tecnologiche/scientifiche del soggetto privato.

Va segnalato, infine, che per gli appalti sotto soglia (soglia estesa fino a 150 mila euro a fino al 31 dicembre 2019) è possibile ricorrere all'affidamento diretto.

3.1. Il procedimento di evidenza pubblica: la delibera a contrarre

Con l'espressione evidenza pubblica, quindi, viene identificata la caratteristica fondamentale del procedimento che l'amministrazione è tenuta a porre in essere nel momento in cui vuole addivenire alla stipulazione di un contratto pubblico. La conclusione del contratto, pertanto, è preceduta da un procedimento di evidenza pubblica, finalizzato, tra l'altro, a garantire a ciascun soggetto interessato la «possibilità di avere contezza dell'operato dell'amministrazione, la quale, lungi

presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa». In relazione all'acquisizione di servizi in ambito chirurgico, all'acquisizione dei dispositivi medici e di adeguate tecnologie biomediche, la norma chiarisce che «l'amministrazione aggiudicatrice (...) assicura che la struttura del partenariato e, in particolare, la durata e il valore delle varie fasi, riflettano il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato. Il valore stimato delle forniture, dei servizi o dei lavori non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo».

dall'operare in modo secretato ed inaccessibile da parte dei privati, deve dare la ampia pubblicità al percorso seguito per individuare il contraente privato»¹⁰³.

L'evidenza pubblica testimonia che, diversamente da quanto accade per i privati, l'autonomia contrattuale dell'amministrazione non è piena, ma appare compressa in relazione alla possibilità di stipulare un contratto, della scelta dell'altro contraente, dell'individuazione delle condizioni da apporre al contratto.

Tale attività dell'amministrazione può essere sostanzialmente divisa in due diverse fasi, una di natura procedimentale che si conclude con la stipulazione, l'altra, successiva appunto alla stipulazione, di natura negoziale.

La fase di natura procedimentale, finalizzata a formare la volontà dell'amministrazione ed a selezionare il contraente migliore, prende inizio con la deliberazione a contrattare, la quale a dire il vero solitamente è preceduta da una vera e propria attività di programmazione, con la quale sostanzialmente l'amministrazione manifesta al mondo esterno le ragioni di pubblico interesse che la inducono a ricorrere allo strumento contrattuale per perseguire le finalità pubblicistiche¹⁰⁴.

La deliberazione a contrarre è disciplinata attualmente dall'art. 32, comma 2, del codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce che «prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte».

La deliberazione a contrarre deve contenere espressamente il fine, l'oggetto, la forma, le modalità di scelta del contraente e le clausole essenziali del contratto¹⁰⁵.

¹⁰³ BIANCHINI, *Evidenza pubblica*, in *Altalex*, 2014. Cfr. sul tema VIVARELLI, *L'aggiudicazione secondo il nuovo codice dei contratti*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2017, p. 597 ss.; PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *I Contratti*, 2, 2014, p. 187 ss.; MEMMO, *Il consenso contrattuale*, cit., p. 126 ss.

¹⁰⁴ Cfr. BIANCARDI, *Il nuovo modello di determina a contrarre dopo i "decreti spending review"*. *Con particolare riferimento agli appalti di servizi e forniture*, in *Appalti e contratti*, 11, 2012, p. 61 ss.

¹⁰⁵ Secondo l'art. 192, comma 1, del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, «la stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base».

Inoltre, le amministrazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, devono espressamente motivare eventuali deroghe al c.d. bando-tipo¹⁰⁶.

La delibera, quindi, costituisce uno strumento fondamentale anche per il successivo controllo sul contratto stipulato. Per quanto concerne, invece, i contratti dello Stato, la legge di contabilità del 1923 non menziona la delibera a contrarre, utilizzando l'espressione "progetto di contratto", che è tuttavia stata interpretata da dottrina e giurisprudenza allo stesso modo della delibera a contrarre.

Entrambi gli atti, comunque, costituiscono atti interni dell'amministrazione, aventi carattere programmatico, non idonei quindi a generare legittimi affidamenti nei confronti dei terzi, e conseguentemente non impugnabili da parte di questi ultimi, ma anzi l'amministrazione può certamente annullarli o revocarli in autotutela.

Tuttavia, ciò non significa che essa non deve essere manifestata all'esterno, e soprattutto la giurisprudenza, ai fini di tutelare i terzi, ha riconosciuto efficacia esterna alla deliberazione a contrarre nel caso in cui l'amministrazione abbia in maniera illegittima deliberato il ricorso alla trattativa privata al posto dell'asta pubblica o della licitazione privata, riconoscendo in proposito agli imprenditori operanti nel settore la legittimazione ad impugnare la delibera al fine di ottenere l'indizione di una gara¹⁰⁷.

Lo stesso codice dei contratti pubblici dispone che l'amministrazione appaltante, nella delibera a contrarre, deve motivare la decisione di ricorrere, nei casi previsti, ad una procedura negoziata senza bando. Nel caso in cui ciò non avvenga, pare chiaro che i terzi lesi dal provvedimento possono impugnare la delibera¹⁰⁸.

Ciò significa che la giurisprudenza, in alcune circostanze, sta progressivamente riconoscendo l'efficacia esterna della delibera, ponendo il problema degli effetti del suo eventuale annullamento, in autotutela o in seguito ad un giudizio, sul contratto già stipulato.

Per quanto concerne, infine, i soggetti legittimati ad emanare la delibera a contrarre, essi sono i dirigenti generali e gli altri dirigenti amministrativi a livello statale; i

¹⁰⁶ Cfr. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2017, p. 449 ss.

¹⁰⁷ Cfr. Cons. Stato n. 454/1995.

¹⁰⁸ Cfr. BARBIERI, *Sull'impugnazione immediata dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici. Nota a TAR LA - Roma sez. III ter 13 dicembre 2016, n. 12439*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 1, 2017, p. 263 ss.

dirigenti amministrativi che hanno la responsabilità delle procedure di appalto per quanto riguarda i contratti stipulati in ambito comunale e provinciale.

3.2. Il problema della qualificazione giuridica del bando di gara

Il bando di gara, disciplinato dall'art. 71 del codice dei contratti pubblici, dal punto di vista temporale costituisce il passo successivo alla delibera a contrarre. Il bando deve contenere, oltre a tutte le indicazioni che permettono di riconoscere l'amministrazione contraente, compreso il responsabile del procedimento, le condizioni essenziali del futuro contratto, i requisiti per la partecipazione, l'oggetto, tutta la documentazione che i candidati sono tenuti a presentare, le modalità di selezione del contraente, il criterio di aggiudicazione, i termini ecc.

In materia di appalti, inoltre, le amministrazioni sono tenute a rispettare rigidi vincoli per la stesura del bando, dovendo questo rispettare modelli *standard* prestabiliti ed approvati dall'ANAC. L'amministrazione può anche elaborare un bando diverso da quello tipo, ma deve chiarire le motivazioni nella deliberazione a contrarre¹⁰⁹.

Il bando di gara è comunemente considerato una vera e propria *lex specialis* del procedimento di gara¹¹⁰: la giurisprudenza amministrativa ha osservato che «l'amministrazione è legittimata ad introdurre, nella *lex specialis* della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti. Invero, nel bando di gara, l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua

¹⁰⁹ Cfr. NAPOLITANO, *Tutela giurisdizionale (appalti - bando di gara contenente clausole che azzerano le possibilità di aggiudicazione - operatore economico che non ha partecipato alla gara - interesse ad agire - legittimazione a ricorrere)*. Nota a ord. TAR LI - Genova sez. II 29 marzo 2017, n. 263, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2017, p. 521 ss.

¹¹⁰ Si v. DAMONTE, MORSELETTI, *Il sistema di scelta del contraente. Aggiornato con il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113*, Milano, 2007, p. 50 ss.

discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito»¹¹¹.

L'espressione *lex specialis* non va però intesa in senso tecnico: visto che il bando non ha carattere normativo, infatti, la locuzione in esame deve essere intesa nel senso che le disposizioni contenute nel bando sono vincolanti non solo nei confronti delle imprese che partecipano alla gara e la commissione incaricata di vigilare la correttezza della gara, ma anche la stessa amministrazione che ha emanato il bando, in quanto essa non è titolare di alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle norme contenute nel bando, né può disapplicarle, neanche nel caso in cui esse risultino essere inopportune o formulare in maniera irragionevole o incongruente, salva ovviamente la possibilità di annullare il bando stesso attraverso l'autotutela¹¹².

Inoltre, in quanto legge speciale finalizzata a disciplinare la procedura di gara, il bando può prevedere disposizioni correttive o integrative del capitolato speciale che invece assolve ad una diversa funzione, in quanto è teso a predeterminare l'assetto di interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria.

Quanto all'interpretazione delle disposizioni contenute nel bando, la giurisprudenza ha chiarito che «le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali che implicano selezione dei partecipanti, nonché la salvaguardia del valore della *par condicio* dei concorrenti (che - d'altra parte - costituiscono concreta attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento cui deve conformarsi l'attività della pubblica amministrazione) impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, per cui deve essere preclusa

¹¹¹ Cons. Stato 23 luglio 2008, n. 3655. Cfr. sul punto anche ARDIZZI, *Appalti pubblici (specifiche tecniche e previsione del bando secondo cui non sono ammessi ricambi non originali - art. 68 Codice appalti - Regolamento 2002/1400/CE)*. Nota a Cons. Stato sez. V 20 novembre 2015, n. 5289, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2016, p. 241 ss.

¹¹² In questi termini si v. Cons. Stato 5 ottobre 2005, n. 5367: «è noto che le prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera d'invito costituiscono la *lex specialis* della gara e vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione (*ex pluribus*, C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297; sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300), né può disapplicarle (neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando, C.d.S., sez. V, 30 dicembre 2004, n. 8292; sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 5712; 14 gennaio 2002, n. 166)».

qualsiasi esegesi delle stesse non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato ovvero palesante significati non desumibili dalla loro originaria formulazione; ... a tale stringente principio si oppone quello della sanabilità delle (sole) irregolarità formali, di derivazioni comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, che consente di attenuare il rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale, semprechè esse non incidano sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nella procedura e non alterino le regole riguardanti la *par condicio* dei concorrenti ... e a condizione che sussistano dubbi sulla esatta portata delle prescrizioni di gara ... ovvero le stesse possano dar luogo a più interpretazioni sugli adempimenti richiesti alle imprese»¹¹³.

Per quanto concerne la natura giuridica del bando, le qualificazioni prospettate sono state le più svariate: secondo un orientamento esso costituisce un vero e proprio atto amministrativo; secondo altri, invece, esso rappresenterebbe una offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c., ossia come proposta di contratto destinata ad una generalità di destinatari, di modo che l'offerta del privato è una dichiarazione negoziale mista, consistente nell'accettazione dell'oggetto della prestazione indicato nel bando e nella formulazione di una proposta di prezzo¹¹⁴; secondo un'altra ricostruzione, il bando costituirebbe un invito ad offrire, e cioè un invito agli interessati a fare un'offerta, con l'indicazione di tutti gli elementi del contratto che l'amministrazione non ha indicato, di modo che è l'amministrazione che, accettando la proposta della controparte, perviene alla conclusione del contratto¹¹⁵. Comunque, a prescindere dalla natura pubblicistica o privatistica del bando di gara, si ritiene legittima la previsione, tra le prescrizioni in esso contenute, di quei doveri comportamentali stabiliti dal cd. patto di integrità, consistente in un accordo fra partecipanti alla gara ed amministrazione con il quale si stabiliscono, ad integrazione delle prescrizioni contenute nel bando, alcune norme di comportamento finalizzate a garantire il corretto svolgimento della gara, ed in

¹¹³ Cons. Stato 5 ottobre 2005, n. 5367.

¹¹⁴ In questi termini si v. MASSERA, *I contratti*, in CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 312 ss.

¹¹⁵ Questa è la ricostruzione prospettata da CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 395 ss.

particolare la leale concorrenza e le pari opportunità di successo a tutti i partecipanti alle gare in fase concorsuale¹¹⁶.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che sono legittime le clausole sanzionatorie poste a carico del concorrente che abbia tenuto un comportamento scorretto nel corso della gara: in un noto caso, in cui si discuteva di un patto di integrità predisposto dal Comune di Milano nel procedimento di assegnazione di appalti, la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che «la previsione di sanzioni amministrative non può essere rimessa se non alla legge e non a fonti normative di secondo grado e tanto meno a meri provvedimenti amministrativi, quale è il Patto d'integrità dedotto in controversia, che costituisce parte integrante del bando di gara ... Il Comune di Milano, con il Patto d'integrità, che racchiude regole di comportamento per le imprese, partecipanti ad una gara, già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia (tale è anche la regola di cui si discute che inerisce al principio della parità di condizioni dei concorrenti), ha solo configurato un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione ha elevato a presupposto necessario e condizionante per la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi. L'impresa concorrente, inoltre, con la sottoscrizione, all'atto della presentazione della domanda, del Patto d'integrità, accetta regole del bando che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara (nella specie, la regola di non compiere atti limitativi della concorrenza) e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre la conseguenza, ordinaria a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara»¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. CERUTI, *L'evoluzione della procedura negoziata*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2, 2016, p. 225 ss.; CORONATO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: le procedure di scelta del contraente per i settori ordinari*, in *Il Diritto sanitario moderno*, 4, 2016, p. 241 ss.

¹¹⁷ Cons. Stato 8 febbraio 2005, n. 343. Così continuano i supremi giudici amministrativi: «nella fattispecie si individua, quindi, innanzitutto, un onere, consistente nella sottoscrizione per adesione delle regole contenute nel Patto d'integrità, configurandosi l'accettazione delle regole in questo contenute come condizione imprescindibile per poter partecipare alla gara, e contestualmente dei doveri comportamentali, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva alla esclusione della gara, assunti su base pattizia rinvenendosi la loro fonte nel Patto d'integrità accettato dal concorrente con la sottoscrizione. Ciò chiarito, la Sezione ritiene di potere affermare che la previsione, come ulteriore prescrizione dei bandi di gara, dei doveri stabiliti dal Patto d'integrità con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, sia del tutto legittima, inquadrandosi la fattispecie nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspira a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito».

La legittimità di tali clausole, inoltre, oltre che sull'autonomia privata dell'amministrazione, si fonda sulla conformità delle regole in esse contenute ai principi dell'ordinamento, come la buona fede e la correttezza nelle trattative. In quanto predisposti unilateralmente dall'amministrazione, i patti di integrità sono simili alle condizioni generali di contratto, per cui essi devono essere approvati per iscritto, secondo quanto previsto dall'art. 1341, 2 comma, c.c. per le clausole vessatorie, con la conseguenza che in mancanza dell'accettazione del privato, sono inefficaci le clausole penali in esse contenute, anche se richiamate dal bando.

Il bando, coerentemente con i principi comunitari, è soggetto a forme di pubblicità molto diffuse, al fine di consentire la partecipazione alla gara anche delle imprese europee interessate ed assicurare l'effettiva concorrenzialità della procedura di evidenza pubblica.

La giurisprudenza dominante considera il bando di gara come un atto amministrativo, e come tale assoggettato al relativo regime. Il bando illegittimo, pertanto, è annullabile d'ufficio e può essere anche revocato, purché la revoca sia adeguatamente motivata con un richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, ed è altresì impugnabile dinanzi al giudice amministrativo da parte degli interessati.

3.3. I criteri di aggiudicazione

Il Codice dei contratti pubblici, in linea di continuità con il diritto europeo, prevede, sia per le procedure aperte che per quelle ristrette, due criteri di aggiudicazione: il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹¹⁸.

La realizzata disciplina, contenuta negli artt. 95 e ss. del Codice, è stata oggetto di interpretazione da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha chiarito che «il metodo del “confronto a coppie”, lungi dall'essere un criterio di selezione dell'offerta, è invece soltanto un peculiare metodo attuativo proprio del

¹¹⁸ Cfr. DAMONTE, MORSELETTO, *Il sistema di scelta*, cit., p. 177 ss. Cfr. COZZIO, *Le regole europee non obbligano alla preventiva pubblicazione del metodo di valutazione per la classificazione delle offerte. Nota a CGUE sez. IV 14 luglio 2016 (causa C-6/15)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 4, 2016, p. 927 ss.

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in virtù del quale, in particolare, ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e per ogni coppia di offerte ogni commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio di 1, che esprime parità; 2, che esprime la preferenza minima; 3, per l'ipotesi di preferenza piccola; 4, che contraddistingue una preferenza media; 5, che individua una preferenza grande; 6, che indica la preferenza massima»¹¹⁹.

Per quanto concerne il criterio del prezzo più basso, esso in passato costituiva il modello fisiologico per la selezione delle offerte nelle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture standardizzate, intendendosi per tali quelli che non presentano, di per sé o per effetto delle prescrizioni di bando, profili di complessità. Ormai tale criterio ha carattere residuale.

Quanto agli elementi di valutazione che confluiscono nel criterio dell'offerta più vantaggiosa¹²⁰, la competenza esclusiva a definirli è riservata al bando di gara¹²¹. In tal modo, si sottrae tale aspetto alla determinazione della commissione di gara che deve provvedere a valutare le offerte.

Sul tema è intervenuta anche la Corte di Giustizia che ha chiarito che le commissioni di aggiudicazione possono soltanto integrare ma non modificare i criteri di aggiudicazione, a condizione peraltro che tale opera di integrazione non si risolva in una surrettizia modifica dei criteri prefissati nel bando o nel capitolato, non abbia l'effetto di influenzare la preparazione delle offerte, e non si riverberi in danno nei confronti di taluno dei partecipanti¹²².

Il criterio del prezzo più basso si risolve, quindi, «nell'uso di regole matematiche, poiché si fonda esclusivamente su una valutazione automatica del prezzo, sicché è sulla base di un criterio oggettivo che viene individuata, tra quelle presentate, l'offerta più conveniente»¹²³.

¹¹⁹ Cons. Stato Adunanza Plenaria 10 gennaio 2013, n. 1.

¹²⁰ Sull'offerta economicamente più vantaggiosa si v. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.* 1, 2007, p. 7 ss. Cfr. MASSARI, *La disciplina delle procedure sotto soglia dopo il decreto correttivo*, in *Appalti e contratti*, 5, 2017, p. 10 ss.

¹²¹ Cfr. sul punto Cons. Stato 19 novembre 2009, n. 7259.

¹²² Corte Giustizia 24 novembre 2005, n. C-311/04.

¹²³ SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 435.

Il criterio, «se è vero che risponde meglio ad esigenze di imparzialità e trasparenza delle operazioni concorsuali, tuttavia non assicura, soprattutto quando il prezzo è troppo basso, la qualità della prestazione, sotto il profilo, ad esempio, della buona esecuzione del lavoro, dei tempi di realizzazione e di consegna, delle soluzioni tecniche applicate, del materiale impiegato ecc. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a differenza del primo, invece, esprime una realtà composita in cui l'elemento quantitativo si aggiunge a quello qualitativo. Esso si fonda, infatti, su una pluralità di elementi diversi ed ulteriori rispetto al prezzo, che possono variare in relazione alla natura della prestazione, quali i tempi di esecuzione o il termine di consegna, la qualità, il carattere estetico, il pregio tecnico, le caratteristiche ambientali, l'affidabilità e la qualità di quanto offerto, ecc.»¹²⁴.

In passato i due criteri erano equiordinati, oggi invece non è più così. Il criterio da preferire, oggi, è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non residuando alcuno spazio interpretativo in capo alla pubblica amministrazione. Il criterio del prezzo più basso si lascia preferire solo in alcune ipotesi tipizzate dal legislatore: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 euro; b) per i servizi e forniture con caratteristiche standardizzate; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, caratterizzati da elevata ripetitività (fatta eccezione per quelli ad elevato contenuto tecnologico o che presentano carattere innovativo).

3.4. L'aggiudicazione: il problema della natura negoziale o amministrativa dell'atto

Le operazioni di gara, delle quali deve essere redatto il processo verbale dal competente funzionario rogante, si concludono con l'aggiudicazione del contratto all'impresa vincitrice. La selezione del contraente, quindi, culmina proprio con l'aggiudicazione al vincitore della gara.

L'aggiudicazione, quindi, costituisce l'atto conclusivo dei procedimenti di gara pubblica (non è invece configurabile nella trattativa privata). Formalmente essa

¹²⁴ SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 436.

rappresenta l'atto amministrativo mediante il quale, in base alle risultanze della gara, è accertato e proclamato il vincitore¹²⁵.

Molto discussa è la sua natura giuridica. Secondo un primo orientamento, più risalente, di matrice pubblicistica, all'aggiudicazione va riconosciuta natura provvedimento, in quanto l'amministrazione, attraverso essa, si limita a selezionare l'impresa con la quale stipulerà, in seguito, il contratto di appalto, senza per ciò manifestare alcuna volontà negoziale¹²⁶.

Secondo un altro orientamento, invece, l'aggiudicazione ha natura anche negoziale, e, più precisamente, essa presenterebbe una duplice veste, amministrativa e negoziale, atteggiandosi allo stesso tempo non solo come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato ma anche come atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte.

La questione, allo stato attuale, va esaminata tenendo presente quanto disposto dall'art. 32, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, ad avviso del quale l'aggiudicazione definitiva non equivale all'accettazione dell'offerta, realizzando sul piano negoziale soltanto l'effetto di rendere irrevocabile la proposta fino al termine indicato per la stipulazione del contratto.

La previsione in esame, disattendendo espressamente il principio per cui l'aggiudicazione equivale alla conclusione del contratto, si discosta notevolmente da quella previgente di cui all'art. 16, comma 4, della legge di contabilità dello Stato, secondo la quale l'aggiudicazione teneva luogo del contratto ad ogni effetto legale.

Il nuovo Codice, quindi, precisa in maniera chiara la netta differenza che c'è tra le due fasi, quella amministrativa e quella negoziale, in quanto la prima, che termina con la scelta del contraente e quindi con l'aggiudicazione, ha carattere marcatamente autoritativo, mentre la seconda, che si conclude con la stipulazione del contratto, determina l'insorgenza del diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto¹²⁷.

¹²⁵ Sul punto si v. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, p. 744 ss.

¹²⁶ Cfr. Cons. Stato 25 maggio 1998, n. 677.

¹²⁷ Cfr. Cons. Stato 25 luglio 2001, n. 4065, secondo cui «Orbene le finalità perseguite dalla normativa ora esaminata sarebbero evidentemente frustrate se, così come prospetta la parte appellante, dovesse ritenersi *sic et simpliciter* che il verbale di aggiudicazione della licitazione

L'aggiudicazione si distingue in provvisoria e definitiva, e ciò costituisce un elemento di novità della riforma del codice nella sua versione del 2006. La prima, consistente nella dichiarazione di individuazione del miglior contraente, interviene al termine della procedura di selezione ed è, come tale, generalmente di competenze della Commissione di gara.

La giurisprudenza amministrativa ha sottolineato che «il verbale di aggiudicazione provvisoria è impegnativo nei soli confronti della società aggiudicataria e non anche dell'amministrazione che ha bandito la gara, la quale è comunque tenuta a svolgere una ulteriore valutazione di opportunità dell'offerta indicata nel verbale, cui consegue l'aggiudicazione definitiva, che presuppone un'attività di verifica dell'amministrazione in ordine alla regolarità della procedura e all'opportunità e convenienza, nel quadro dell'interesse pubblico, della scelta operata dalla commissione di gara, e ove l'esito di tale ponderazione risulti negativo, l'amministrazione può procedere all'annullamento della gara»¹²⁸.

Ed infatti l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione della stazione appaltante ed il provvedimento di approvazione non costituisce un atto vincolato, poiché in esso si esprime un'ulteriore valutazione della stazione appaltante circa la regolarità nello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto, dovendo quindi essa svolgere nuove ed autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria tant'è che l'impugnazione di questa è considerata una mera facoltà mentre è sempre necessario che il concorrente non aggiudicatario impugni l'aggiudicazione definitiva.

L'aggiudicazione provvisoria è, pertanto, «un atto ad effetti instabili, del tutto interinali, a fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario. In attesa dell'aggiudicazione definitiva e del concreto inizio del servizio non vi è alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente che possa postulare il riferimento in sede di revoca dell'aggiudicazione ad un interesse

privata, ai sensi del quarto comma dell'art. 16 del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, ha valore di contratto. In realtà tale norma, come riconosciuto dalla giurisprudenza non ha di per sé natura automatica e obbligatoria, non potendosi escludere che la stessa pubblica amministrazione, cui spetta valutare discrezionalmente l'interesse pubblico, possa rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non esiste un diritto soggettivo dell'aggiudicataria all'esecuzione dello stesso».

¹²⁸ TAR Lazio 9 novembre 2009, n. 10991.

pubblico giustificativo del sacrificio del privato e l'Amministrazione ha altresì il potere di provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione»¹²⁹.

In una recente pronuncia, il TAR Campania, con sentenza n. 1153/2017, ha osservato che «il verbale di aggiudicazione provvisoria è impegnativo nei soli confronti della società aggiudicataria e non anche dell'amministrazione che ha bandito la gara, la quale è, comunque, tenuta a svolgere una ulteriore valutazione di opportunità dell'offerta indicata nel verbale, cui consegue l'aggiudicazione definitiva, che presuppone un'attività di verifica dell'amministrazione in ordine alla regolarità della procedura e all'opportunità e convenienza, nel quadro dell'interesse pubblico, della scelta operata dalla commissione di gara, e ove l'esito di tale ponderazione risulti negativo, l'amministrazione può procedere all'annullamento della gara»¹³⁰.

L'aggiudicazione, invece, diviene definitiva soltanto in seguito all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente della stazione appaltante, previo compimento dei necessari controlli (di carattere meramente formale), nel termine previsto dai singoli ordinamenti o, in difetto, in quello di trenta giorni dalla ricezione della prima.

La giurisprudenza di merito ha osservato che «l'autonomia del provvedimento di aggiudicazione definitiva, rispetto a quello di aggiudicazione provvisoria, a parer del Collegio comporta la possibilità che il giudizio sulla prima possa prescindere da quello già eventualmente espresso sulla seconda, sicché nella specie, non è ipotizzabile un conflitto di giudicati fra le decisioni riguardanti i due diversi momenti della aggiudicazione di una gara»¹³¹. Per quanto concerne i rapporti tra i due atti, quindi, la giurisprudenza evidenzia chiaramente l'autonomia dell'aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria; l'aggiudicazione definitiva non è atto meramente esecutivo e confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, ma atto che, pur quando recepisce *in toto* i risultati dell'aggiudicazione

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ TAR Campania, 12 luglio 2017, n. 1153, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³¹ TAR Puglia 27 marzo 2009, n. 587.

provvisoria, contiene comunque una nuova e autonoma valutazione rispetto a quella provvisoria, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale¹³².

In conclusione, bisogna comunque ribadire che l'aggiudicazione definitiva non costituisce un atto di accettazione dell'offerta; affinché l'aggiudicazione acquisti efficacia occorre la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario perché lo stesso possa contrarre effettivamente con la pubblica amministrazione.

3.5. La stipulazione del contratto

Tra l'efficacia dell'aggiudicazione e la successiva stipulazione del contratto resta salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti¹³³.

Dunque, fino alla stipulazione del contratto, l'amministrazione appaltante può revocare o annullare la procedura di gara, nei casi ammessi dalla legge 241/1990 (articoli 21-quinquies e 21-nonies).

Questo dimostra che fino alla stipulazione del contratto si resta in una fase integralmente sorretta dalle regole pubblicistiche: ecco perché non nascono obbligazioni tra le parti.

Si deve, dunque, attendere il decorso dei trentacinque giorni dalla comunicazione ai controinteressati, e l'eventuale ulteriore termine sospensivo nel caso di notificazione di ricorso con istanza cautelare, per poter giungere alla tanto agognata stipulazione del contratto.

Naturalmente non va dimenticato che in questo vero e proprio percorso ad ostacoli estremamente complesso l'amministrazione appaltante conserva il potere di non giungere alla stipula. Anzi, i termini sospensivi hanno il preciso scopo di permettere alla stazione appaltante di vagliare in via amministrativa le doglianze presentate dalle imprese partecipanti, per verificare se le loro doglianze, soprattutto se confluite in un ricorso, abbiano un fondamento tale da indurre ad un ripensamento delle proprie decisioni ed agire, così, in autotutela, annullando il provvedimento di aggiudicazione.

¹³² Cfr. in tal senso TAR Campania 22 febbraio 2006, n. 178.

¹³³ Sulla stipulazione del contratto si v. MEMMO, *Il consenso contrattuale*, cit., p. 129 ss.

Del resto, la stipulazione del contratto ha luogo entro il termine di sessanta giorni dal conseguimento dell'efficacia dell'aggiudicazione fatto salvo, come visto prima, l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti. L'ente, dunque, fino alla stipulazione del contratto conserva il potere amministrativo di agire in esercizio dello jus poenitendi a conferma che l'aggiudicazione non produce alcun effetto obbligatorio di diritto civile: questo è consentito solo alla prestazione del consenso derivante dalla stipulazione del contratto. La quale deve intervenire entro il termine di 60 giorni dal conseguimento di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, o entro il diverso termine previsto nel bando.

L'articolo 32, comma 8, del nuovo Codice insiste nel contenere una previsione erronea, che si trascina sin dal d.lgs 554/1999: "se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto". Come sia possibile recedere da un contratto non stipulato non è dato saperlo.

Più sensata è la facoltà di sciogliersi da ogni vincolo, connessa evidentemente all'eventualità di una consegna delle prestazioni in via d'urgenza.

Nel caso in cui non si giunga alla stipulazione del contratto all'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.

Si giunge, così, finalmente alla stipulazione del contratto. Esso è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti. Nel caso degli enti locali non è prevista alcuna fase di approvazione. Occorre richiamare, comunque, l'articolo 147-bis, comma 2, del d.lgs. 267/2000 ai sensi del quale "Il controllo di regolarità amministrativa è inoltre assicurato, nella fase successiva, secondo principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, sotto la direzione del segretario, in base alla normativa vigente. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento". Nulla vieta, in ogni caso, al piano triennale della prevenzione della corruzione di cui alla legge 190/2012 di introdurre controlli preventivi.

L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, superati gli eventuali controlli.

Il contratto deve essere stipulato, a pena di nullità: con atto pubblico notarile informatico; oppure, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante; o mediante scrittura privata: in caso di procedura negoziata; per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere.

Capitolo III

Le procedure di affidamento nei settori speciali

Sommario: 1. Le procedure di affidamento nel settore del gas; 2. Le procedure di affidamento nel settore dell'elettricità; 3.1. La disciplina nazionale dei servizi idrici; 3.2. Il referendum del 2011; 3.3. Continuità e discontinuità rispetto al passato e modalità di gestione dopo il referendum abrogativo

1. Le procedure di affidamento nel settore del gas

Il d.m. 226/2011, emanato in attuazione dell'art. 46-bis del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, a sua volta emanato in attuazione delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, ha disciplinato le modalità di affidamento nel settore del gas e dell'energia termica¹³⁴.

Va premesso, in proposito, che la distribuzione del gas costituisce l'attività che, mediante un sistema integrato di reti di distribuzione, catene per il prelievo ed altre infrastrutture garantisce che il gas venga prelevato dalla rete nazionale fino ai singoli clienti.

Va ricordato, inoltre, che il servizio di distribuzione integra un monopolio naturale, disciplinato dall'ARERA con riguardo agli aspetti relativi alla tariffa ed alla qualità del servizio. In concreto, poi, viene esercitato in concessione da parte degli enti locali.

Nella sua versione originaria il d.m. n. 226/2011 aveva delineato un sistema che favoriva il settore privato a discapito di quello pubblico: esso, infatti, attribuiva a pochi grandi operatori privati, anche non italiani, la gran parte degli Ambiti territoriali minimi, c.d. ATEM, escludendo di fatto dalla gestione gli enti locali e le piccole imprese, in ragione del fatto che essi erano considerati del tutto inefficienti ed inaffidabili.

¹³⁴ Cfr., sul tema, FERLA, *Nuovi investimenti per la distribuzione gas: un riconoscimento tariffario "condizionato"? Serve chiarezza sull'analisi costi-benefici*, in *Appalti e contratti*, 10, 2016, p. 59 ss.; FRACCASTORO, *La nuova disciplina in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas*, in *Il Corriere del Merito*, 12, 2012, p. 1083 ss.

Nel corso degli anni, poi, il sistema appena descritto è stato modificato, tanto che oggi il quadro normativo risulta essere estremamente complesso. Anzitutto, la prima difficoltà interviene nella costituzione della stazione appaltante: il legislatore, infatti, prevede che tutti i comuni che si trovano in un determinato ATEM devono cooperare tra loro, dando vita da un consorzio, con l'obiettivo di creare una stazione appaltante in grado di bandire, gestire ed aggiudicare la gara di affidamento del servizio di distribuzione di tutti i comuni che si trovano in quell'ATEM.

Tale procedura si è di fatto rivelata estremamente complessa, considerato che gli ATEM sono 177 ed i comuni più di settemila: ne deriva che il sistema si è bloccato praticamente nell'immediato, a causa delle difficoltà di costituire la stazione appaltante. Tale situazione di stasi non si è risolta nemmeno quando è stato attribuito alle Regioni il potere di avviare in maniera quasi forzata la costituzione delle stazioni appaltanti¹³⁵.

Nel frattempo, infatti, erano emerse altre significative difficoltà. Anzitutto, non è semplice individuare il valore residuo che deve essere riconosciuto al concessionario uscente, né tantomeno a quegli enti locali che gestiscono il servizio e che nel futuro potrebbero essere sostituiti da un nuovo concessionario aggiudicatario.

I parametri previsti dal legislatore, infatti, con riferimento alle concessioni già esistenti oppure, in via residuale, al regio decreto del 1925, si sono rivelati del tutto inadeguati a districare la questione, che è progressivamente diventata del tutto priva di soluzione¹³⁶.

In un quadro così ingarbugliato va anche aggiunto che il *Jobs Act*, ossia la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, ed i relativi decreti attuativi, hanno abolito tutte le tutele in tema di trattamenti economici previdenziali previste dal d.m. 226/2011, che erano finalizzate ad evitare impatti negativi sui lavoratori che lavoravano alle dipendenze del vecchio concessionario e dovevano poi trasferirsi presso il nuovo concessionario.

¹³⁵ Cfr. ANDREASSI, *Indicazioni pratiche sull'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 21, 2011, p. 2127 ss.

¹³⁶ Cfr. VIVARELLI, *La questione del diritto transitorio in tema di attività di distribuzione del gas: la sovrapposizione normativa. Nota a TAR LO - Brescia sez. II 4 agosto 2009, n. 1528; Cons. Stato sez. V 1 ottobre 2010, n. 7272*, in *Il Corriere del Merito*, 3, 2011, p. 336 ss.

La situazione di blocco si protrae ormai da anni, da quando cioè sono scadute le vecchie concessioni: i vecchi operatori, in questo quadro di incertezza, continuano ad esercitare la propria attività, ma hanno deciso di non fare più alcun investimento, potendo essere scalzati da un momento all'altro.

Gli enti locali, poi, sono restii a concedere il servizio a nuovi soggetti, in considerazione dell'incertezza del quadro normativo: ogni decisione, infatti, potrebbe incidere in maniera negativa sul bilancio comunale. Questa situazione è negativa anzitutto per la condizione degli impianti, ormai obsoleti, sui quali non vengono fatti investimenti, ma genera impatti negativi anche su tutto l'indotto del circuito economico della distribuzione del gas, in primo luogo sui fornitori dei distributori.

Pare evidente, dunque, che l'auspicata liberalizzazione delle concessioni non solo non si è di fatto verificata, ma ha finito con il peggiorare la situazione, in quanto il servizio, o meglio la qualità (ammesso che di qualità possa parlarsi), non è migliorata, e gli impianti sono sempre più vecchi, mettendo a rischio la sicurezza dei cittadini.

Il ricorso agli operatori privati, inoltre, non pare aver giovato in maniera significativa al settore, considerato che le tariffe non sono diminuite e la qualità non pare essere aumentata, anche a causa della presenza di Autorità di controllo molto poco vigili¹³⁷.

Si è osservato, in senso critico, che è giunto il momento di «sbloccare questa situazione. Molte sono le cose da fare, a partire dal ridare un ruolo pieno agli enti locali anche come partecipanti alle gare (non solo come concedenti), magari ponendo dei limiti alle dimensioni degli operatori privati. Abbattere le ambiguità normative sul valore residuo e sul metodo di riconoscimento degli investimenti in tariffa. Affiancare gli enti locali per supportarli nel processo di avvio delle stazioni appaltanti. Prevedere rigidi parametri di controllo e obiettivi stringenti di miglioramento del servizio in capo al concessionario, dando poteri effettivi di sanzione agli organi di controllo»¹³⁸.

¹³⁷ Cfr. PERFETTI, *Brevi note in tema di affidamento del servizio distribuzione gas, ammortamento degli investimenti e responsabilità del concedente*, in *Giustizia amministrativa*, 2, 2010, p. 141 s.

¹³⁸ WALDORF, *Le concessioni di distribuzione gas: breve storia di un disastro*, in *appelloalpopolo.it*, 12 settembre 2018.

Attualmente, comunque, il servizio di distribuzione del gas è anzitutto considerato un servizio pubblico locale. Le funzioni amministrative sono state attribuite ai comuni, che possono affidarle, a loro volta, a Province, Città metropolitane e Regioni per l'esercizio della funzione in via unitaria.

L'aggiudicazione viene effettuata con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo tre criteri: le condizioni economiche, i criteri di sicurezza e di qualità e i piani di sviluppo e di investimento relativi ad impianti che, come detto, sono obsoleti.

Come detto, tuttavia, il sistema stenta a decollare e, allo stato attuale, solo pochissime gare sono state fatte, a causa delle incertezze normative che caratterizzano la materia¹³⁹.

La stazione appaltante è il soggetto che, ex art. 2, comma 4, e art. 9 del d.m. n. 226/2011, deve predisporre il bando e il disciplinare della gara d'appalto, seguendo lo schema e le indicazioni del bando tipo e del disciplinare della gara tipo, che sono contenuti come allegati nel suddetto d.m. n. 226/2011.

Sia il bando che il disciplinare devono essere inviati all'Autorità competente, indicando eventuali previsioni che si discostano rispetto al bando ed al disciplinare tipo, con relativa motivazione: entro trenta giorni, poi, l'Autorità può inviare le proprie osservazioni¹⁴⁰.

Il bando di gara è unico per ogni ambito, ed è suddiviso in una parte generale, in cui ci sono le informazioni generali dettagliate indispensabili per la partecipazione alla gara, nonché le informazioni di massima per la sua gestione, gli oneri annuali ed *una tantum* da riconoscere alla stazione appaltante, compresi quelli per il funzionamento della commissione di gara, la cauzione provvisoria richiesta per chi vince la gara.

Nel disciplinare di gara, anch'esso unico per ogni ambito, devono essere contenuti tutti i criteri di valutazione della gara e tutte le informazioni specifiche indispensabili per consentire a tutti i candidati di presentare le loro offerte in maniera corretta.

¹³⁹ Cfr. CAIA, *Concorrenza e qualità nel servizio pubblico di distribuzione del gas: le gare per l'affidamento in ambiti territoriali minimi*, in *Giustizia amministrativa*, 3, 2008, p. 53 ss.

¹⁴⁰ Cfr. CERIONI, *Il D.Lgs. 2 febbraio 2007, n. 26: la riforma della tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità*, in *Rivista di diritto tributario*, 1, 2008, p. 49 ss.

Quanto alla valutazione delle offerte, essa viene effettuata da una commissione di gara formata da cinque membri esperti nel settore della distribuzione del gas o comunque nel settore dei servizi pubblici locali: la commissione, presidente incluso, viene nominata dalla stazione appaltante.

Per quanto concerne i requisiti dei partecipanti, sono ammessi, senza alcuna limitazione di tipo territoriale, società per azioni, società a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, società cooperative a responsabilità limitata, in base a requisiti di tipo oggettivo, che siano proporzionati e privi di carattere discriminatorio.

Va segnalato, tuttavia, che la previsione che attribuisce il titolo a partecipare solo alla società appare in contrasto con l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui «in base al diritto comunitario, dalla partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di un servizio pubblico non possono essere esclusi i candidati o gli offerenti soltanto perché la forma giuridica non corrisponde ad una categoria specifica di persone giuridiche»¹⁴¹.

Sono ammessi a partecipare alle gare, poi, anche i gruppi europei di interesse economico. Sono invece escluse le società che gestiscono di fatto o di diritto servizi pubblici locali grazie ad un affidamento diretto oppure ad una procedura non ad evidenza pubblica. Allo stesso modo sono escluse anche tutte le controllate e le controllanti di tali società¹⁴².

Per quanto concerne, ancora, la durata dell'affidamento, il servizio di distribuzione del gas non può avere una durata superiore ai dodici anni. La procedura di gara deve

¹⁴¹ Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-357/06, *Frigerio*.

¹⁴² «La predetta esclusione dalle gare, infatti, non si applica: a) alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'art. 2359 cod. civ; b) al socio privato di società mista selezionato mediante procedura avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. È, invece, da ritenere che non sia necessario che sussista l'ulteriore condizione dell'attribuzione al detto socio di una partecipazione al capitale della società mista non inferiore al 40%, posto che la norma che prevedeva tale condizione ossia il comma 12 dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011 conv. dalla legge n. 148/2011, a cui l'art. 14, comma 5, del D.Lgs. n. 164/2000, come sostituito dall'art. 37, comma 1, del D.L. n. 83/2012 conv. dalla legge n. 134/2012, fa espresso rinvio, è stato dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012; è necessario, tuttavia, segnalare che, con l'art. 17 del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (t.u. in materia di società a partecipazione pubblica) è stato previsto che nelle società miste costituite per la produzione di un servizio di interesse generale, «la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30%»; c) alle società miste il cui socio privato sia stato selezionato attraverso una gara c.d. «a doppio oggetto» ossia secondo le modalità descritte alla precedente lett. b)».

essere avviata almeno un anno prima della conclusione del contratto, onde evitare soluzioni di continuità. Resta fermo il fatto che il concessionario uscente è tenuto a continuare l'esecuzione del servizio, in regime di ordinaria amministrazione, fino a che non sarà sostituito da quello entrante.

Con riguardo, infine, al contratto di servizio, si tratta dell'atto che regola il rapporto tra il concessionario e la stazione appaltante. Esso contiene le condizioni per la devoluzione all'ente locale dei beni realizzati dal gestore nel corso del periodo di affidamento, nonché tutti gli elementi necessari ai fini dell'aggiudicazione della gara d'appalto.

2. Le procedure di affidamento nel settore dell'elettricità

Il servizio di distribuzione dell'energia elettrica consiste nel trasporto e nella trasformazione dell'energia elettrica sulle reti di distribuzione a media ed a bassa tensione, per la consegna ai clienti finali, che possono essere persone fisiche o giuridiche, che decidono di acquistare energia per farne un uso proprio.

Tale attività viene esercitata in regime di concessione rilasciata dal Ministero dello sviluppo economico: ogni ambito comunale può rilasciare una sola concessione. La gara deve essere indetta nel rispetto della disciplina nazionale ed europea in materia di appalti pubblici.

Il comma 1, art. 1, del d.lgs. n. 79/1999 stabilisce che le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere: nello specifico, deve essere considerata del tutto libera l'attività di produzione dell'energia elettrica da fonti convenzionali, così come da fonti di tipo rinnovabile¹⁴³.

Ne deriva, dunque, che i comuni non sono legittimati ad indire gare di appalto finalizzate a selezionare soggetti che hanno intenzione di operare nel settore delle rinnovabili, trattandosi di attività libera a tutti gli effetti, esercitabile da chiunque,

¹⁴³ Cfr. CRISAFULLI, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Contratti pubblici di lavori servizi e forniture nei settori speciali. Commento a d. lg. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2006, p. 897 ss.

o meglio da quei soggetti cui è stata rilasciata dalla Regione una autorizzazione unica¹⁴⁴.

La diffusione delle fonti rinnovabili in Italia ha subito una vera e propria impennata nell'ultimo decennio, anche se i risultati raggiunti non sono ancora in linea con quanto avvenuto negli altri Stati europei. La disciplina normativa, inoltre, è stata il frutto di continue tensioni istituzionali, legate soprattutto alla difficoltà di bilanciare il sempre più marcato ed accentuato interesse delle fonti sovranazionali, ed in particolare dell'Unione europea, nei confronti delle energie rinnovabili, e la molteplicità di interessi su cui tale regolamentazione viene ad incidere¹⁴⁵.

Ciò ha favorito l'insorgere di conflitti a livello di governo non solo relativi all'esercizio del potere legislativo in materia, ma anche con riguardo al concreto esercizio delle funzioni amministrative.

Prima di soffermarci sui conflitti tra Stato e Regioni in materia di fonti rinnovabili, è necessario chiarire quale è il contesto normativo che ha prodotto questo dissidio istituzionale. Va segnalato, in proposito, che prima della riforma del Titolo V della Costituzione, l'energia non era una materia di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, ragion per cui spettava allo Stato la competenza esclusiva¹⁴⁶.

Le Regioni, tuttavia, cercando di guadagnare spazio, sono intervenute con provvedimenti normativi ed amministrativi in materie per certi versi contigue, nelle quali avevano la legittimazione a legiferare, quali la sanità, l'urbanistica e l'agricoltura.

¹⁴⁴ I comuni, secondo la giurisprudenza, «hanno il solo potere di individuare le aree dove possono essere realizzati gli impianti (nella specie, eolici) e di fissare il numero massimo autorizzabile. Ogni altra attribuzione in capo ai comuni va espressa nelle sedi e con le modalità indicate dalla normativa (e perciò in sede di partecipazione alla conferenza di servizi convocata dalla regione), restando esclusa l'adozione di provvedimenti destinati a risolversi in una sostanziale "avocazione" della scelta dei soggetti chiamati a realizzare gli impianti, con conseguente stravolgimento dell'assetto procedimentale e di competenze voluto dal legislatore nazionale e comunitario»: così TAR Puglia, 6 giugno 2007, n. 448, in *dejure.it*.

¹⁴⁵ Cfr. quanto osservato da Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 275, in *www.giurcost.org*, secondo cui «la normativa comunitaria promuove, da oltre un decennio, il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili, espressamente collegandolo alla necessità di ridurre le emissioni di gas ad effetto serra, e dunque anche al rispetto del protocollo di Kyoto della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, in una prospettiva di modifica radicale della politica energetica dell'Unione».

¹⁴⁶ Sul punto si v. Sul punto cfr. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *www.Giustamm.it*, 5, 2005, p. 3.

Sono sorti, dunque, i primi conflitti che hanno richiesto l'intervento della Corte Costituzionale che è stata chiamata a stabilire a chi, tra Stato e Regioni, appartenesse la titolarità a seconda della prevalenza di una materia in luogo di un'altra. Per tale ragione, a seguito della riforma del Titolo V, il legislatore costituzionale ha deciso di intervenire inserendo il settore dell'energia tra le materie a competenza concorrente, senza tuttavia ridurre le diatribe¹⁴⁷.

Le problematiche nascono anzitutto dall'art. 117 Cost. il quale, al terzo comma, attribuisce la disciplina legislativa in materia di produzione, trasporto e distribuzione di energia elettrica alla competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni, stabilendo, pertanto, che il primo deve limitarsi a fornire i principi guida, e le seconde devono attuare tali indicazioni.

La disciplina statale in materia di diritto dell'energia deriva dal combinato disposto tra la legge n. 239/2004, che ha riordinato in maniera organica il settore dell'energia, e il d.lgs. n. 378/2003 (così come modificato dal d.lgs. n. 28/2011), emanato in attuazione della direttiva comunitaria 2001/77/CE, la quale chiarisce che l'obiettivo fondamentale della legislazione in materia di energia dei diversi Stati membri deve essere improntata nel senso di incentivare gli investimenti in tale settore, riducendo gli oneri amministrativi procedurali e qualunque ostacolo normativo¹⁴⁸.

In tale prospettiva, l'art. 1 della legge n. 239/2004 esprime l'esigenza di individuare esclusivamente i principi fondamentali, ai sensi dell'art. 117, comma terzo, Cost., anche al fine di garantire la tutela di ulteriori materie che sono rimesse alla competenza esclusiva dello Stato, quali la concorrenza, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, l'ecosistema e l'ambiente.

¹⁴⁷ Cfr. *ex multis*, LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione presentata al convegno su "Il nuovo titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie" tenutosi a Roma il 19 dicembre 2001, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*.

¹⁴⁸ Si legge infatti nel n. 23 dei "Considerando" introduttivi alla direttiva 77/2001/CE che «le modalità di applicazione dovrebbero essere lasciate agli Stati membri in modo che ciascuno di essi possa scegliere il regime più rispondente alla sua particolare situazione. La presente direttiva non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento di obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo». Tale *dictum* lascia aperta agli Stati la possibilità di modellare le procedure in funzione del raggiungimento degli scopi, senza peraltro poter incidere in senso sfavorevole o negativo, ma solo in senso migliorativo per il richiedente. Dunque la direttiva 2001/77/CE può costituire un parametro interpretativo rilevante, anche se essa si limita ad indicare la tutela minima, lasciando cioè agli Stati membri la valutazione della compatibilità delle procedure autorizzatorie previste per l'installazione degli impianti».

Inoltre, il legislatore della legge n. 239/2004 richiama il d.lgs. n. 387/2003 il quale, all'art. 12, commi terzo e quarto, delinea una procedura piuttosto complessa per ottenere l'autorizzazione all'installazione degli impianti di energie aventi ad oggetto fonti rinnovabili. Tale procedura, tuttavia, non può essere considerata esaustiva e completa, essendo caratterizzata dalla presenza di una serie di rinvii ai meccanismi attuativi che sono rimessi alla concertazione e che coinvolgono anche la Conferenza Unificata Stato-Regioni.

In generale, comunque, il decreto prevede, coerentemente con l'idea di incentivare il ricorso alle fonti energetiche rinnovabili, che tale attività sia soggetta ad una procedura che viene definita di "autorizzazione unica", affidata agli enti locali di riferimento attraverso lo strumento della Conferenza di servizi.

Invero, esistono tre diverse tipologie di autorizzazione: a) l'autorizzazione unica, introdotta dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, necessaria per l'autorizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da FER, al di sopra di prefissate soglie di potenza. Si tratta di un provvedimento che viene rilasciato all'esito di un procedimento amministrativo unico svolto nell'ambito della Conferenza di servizi cui partecipano tutte le amministrazioni interessate. Il procedimento può durare al massimo 90 giorni al netto dei tempi previsti per la VIA, se necessaria. La competenza per il rilascio di tale autorizzazione è riservata alle Regioni o alle Provincie da queste delegate; b) la procedura abilitativa semplificata, introdotta dal d.lgs. n. 28/2011 in luogo della DIA. Si può fare ricorso a tale procedura per la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da FER al di sotto di prefissate soglie di potenza, oltre le quali è necessario ricorrere all'autorizzazione unica. La procedura abilitativa semplificata deve essere presentata al Comune di competenza almeno 30 giorni prima dell'inizio dei lavori, unitamente ad una relazione molto dettagliata, nonché di progetti in grado di attestare la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici e i regolamenti edilizi vigenti, oltre che il rispetto delle disposizioni poste a tutela della sicurezza e le norme igienico-sanitarie. Relativamente alla procedura in esame, vige il principio del silenzio assenso, ragion per cui in caso di mancata risposta da parte della pubblica amministrazione entro i 30 giorni è possibile procedere con i lavori; c) comunicazione al Comune, ossia un adempimento previsto per rendere più

agevole l'*iter* autorizzativo di alcune tipologie di piccoli impianti per la produzione di energia elettrica, calore e freddo da FER, assimilabili ad attività edilizia libera. Anche tale comunicazione deve essere accompagnata da una dettagliata relazione, ma non è necessario attendere 30 giorni per iniziare i lavori.

La normativa è rimasta per lungo tempo incompleta a causa della mancata emanazione, da parte del legislatore statale, delle linee guida nazionali previste dall'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387/2003¹⁴⁹, relative all'installazione degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili. Tali linee guida, infatti, sono state emanate a distanza di ben sette anni dall'annuncio del legislatore, e ciò è avvenuto con il d.m. 28 settembre 2010¹⁵⁰.

Le linee guida hanno previsto che le Regioni e le Province autonome possono individuare aree e siti non idonei all'installazione di tali impianti: tale dichiarazione di inidoneità deve costituire l'epilogo di un procedimento amministrativo che deve tenere in considerazione i diversi interessi in conflitto.

Prima dell'emanazione delle linee guida, di fatto, è stato sostanzialmente precluso alle Regioni il potere di individuare tali aree. Le Regioni che hanno cercato di intervenire in tale settore sono state "fermate" dalla Corte Costituzionale.

Come è piuttosto evidente, si tratta di una disciplina normativa molto specifica e dettagliata, assai lontana dal dettato costituzionale secondo cui lo Stato dovrebbe limitarsi ad individuare i principi fondamentali riservando alle Regioni il compito di emanare la disciplina di dettaglio. Tuttavia, in più occasioni la Corte Costituzionale ha avallato il *modus operandi* dello Stato, configurando come disposizioni di principio quelle summenzionate.

¹⁴⁹ L'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003, una volta precisato che la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili è soggetta ad autorizzazione unica rilasciata dalla Regione emanata a conclusione di un procedimento unico al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate stabilisce che «in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento relativo alla costruzione di impianti di produzione di energia alternativa» e che «tali linee guida sono volte ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio» per poi precisare che, una volta che tali linee guida nazionali abbiano avuto attuazione, le Regioni possono procedere all'indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti, adeguando le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida nazionali.

¹⁵⁰ Sull'imprecisione della categoria giuridica delle linee guida cfr. DI DIO, *Eolico e Regioni: illegittime normative e procedure regionali in assenza di linee guida statali sulla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili*, in *Rivista giuridica ambientale*, 6, 2009, p. 926 ss.

Diverse Regioni, invece, hanno cercato di “forzare” la situazione, emanando disposizioni legislative per dare attuazione alla disciplina statale nel periodo in cui non c’erano le linee guida.

Anzitutto, la produzione legislativa regionale ha cercato di incentivare la produzione di energia rinnovabile, attuando i principi comunitari in materia; in secondo luogo, sovente sono state individuate zone da sottrarre alla produzione di energia rinnovabile al fine di garantire la tutela del paesaggio che deve necessariamente essere differenziata con riguardo alle diverse caratteristiche morfologiche dei territori; infine, molte Regioni hanno anche cercato di modificare il regime autorizzatorio in materia attraverso prescrizioni ulteriori e misure di compensazione.

La scelta del legislatore, comunque, attualmente è quella di non assoggettare a gara d’appalto gli operatori che esercitano la loro attività nel settore delle rinnovabili deriva dalla volontà di sviluppare tale mercato, considerato di fondamentale importanza ai fini della tutela ambientale.

Per tale ragione l’ANAC ha chiarito che «per la realizzazione di impianti da fonti rinnovabili non possono essere indette, ai sensi dell’ordinamento comunitario e nazionale, procedure pubblicistiche di natura concessoria aventi ad oggetto l’attività di produzione di energia elettrica, che è attività economica non riservata agli enti pubblici e non soggetta a regime di privativa. La costruzione e l’esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili sono, infatti, come visto, libere attività di impresa soggette alla sola autorizzazione amministrativa della regione»¹⁵¹.

Va segnalato, in conclusione, che si tende ad escludere la possibilità che i comuni possano essi stessi procedere essi stessi alla realizzazione del servizio, producendo energia o commercializzandola, anche se deriva da fonti rinnovabili. La giurisprudenza¹⁵², in particolare, ha osservato che un intervento diretto dei comuni, spettando a questi il compito della programmazione territoriale e del controllo sul mercato delle rinnovabili, finirebbe per condizionare il mercato medesimo violando i principi in materia di concorrenza.

¹⁵¹ AVCP, ora ANAC, Delibera 26 gennaio 2011, n. 12.

¹⁵² Cfr. Corte dei Conti, delibera 15 settembre 2010, n. 861.

Diverso, invece, il discorso per quanto concerne l'autoproduzione: in tal caso, infatti, si tratta di un'attività che è anzi incoraggiata, per la sua sostenibilità ambientale e per il suo impatto positivo anche dal punto di vista economico, contenendo la spesa pubblica.

3.1. La disciplina nazionale dei servizi idrici

La materia dei servizi idrici è stata oggetto negli ultimi anni di numerose riforme finalizzate a favorire un processo di efficienza e razionalizzazione dei servizi.

Il primo importante provvedimento in materia di servizi idrici risale al 1933, quando viene emanato un vero e proprio testo unico, all'interno del quale l'acqua è considerata come una risorsa per l'utilizzo umano, in una prospettiva poco industriale. Il testo unico del 1933, n. 1775, stabilisce la proprietà demaniale pubblica di tutte le acque, sia che si trovino in superficie che sotterranee. Si tratta di una impostazione che è stata confermata dal Codice civile del 1942, all'interno del quale le acque vengono definite come beni immobili appartenente al demanio pubblico dello stato o degli enti locali, ed in quanto tali inalienabili e non passibili di diritti a favore dei privati, se non nei casi espressamente previsti dalla legge¹⁵³.

Nel 1934, con l'emanazione del testo unico sugli enti locali, fu imposto ai comuni l'obbligo di mantenere gli acquedotti per l'acqua potabile, obbligo vigente fino alla riforma degli enti locali del 1990. Si tratta di un impegno a carico dei comuni da non sottovalutare, in quanto è stato certamente una delle cause che ha contribuito a favorire una estesa frammentazione dei servizi idrici, caratteristica fondamentale del panorama idrico del nostro paese.

Altre tappe rilevanti sono la legge Merli, del 1976¹⁵⁴, che per prima si preoccupò dell'inquinamento delle acque imponendo obblighi di risanamento, e l'applicazione nel nostro ordinamento della direttiva CEE 75/440, avvenuta nel 1982, con la quale ci si è dedicati al problema della qualità delle acque da destinare alla produzione di acqua potabile¹⁵⁵.

¹⁵³ Cfr. TUMBIOLO, *Il nuovo testo unico sulla tutela delle acque (d.lg.11 maggio 1999, n. 152): due interventi. Prime osservazioni sulla nuova disciplina generale per la tutela delle acque*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3-4, 1999, p. 435 ss.

¹⁵⁴ Si tratta della legge 10 maggio 1976, n. 319.

¹⁵⁵ L'attuazione della direttiva avvenne con d.p.r. n. 515 del 1982.

Una tappa importante è costituita certamente dalla legge 183 del 18 maggio 1989 che «ha per scopo di assicurare la difesa del suolo, il risanamento delle acque, la fruizione e la gestione del patrimonio idrico». Essa è molto importante in quanto istituisce il Comitato interministeriale dei servizi tecnici nazionali e gli interventi nel settore della difesa del suolo, presieduto dal Presidente del Consiglio o, su sua delega, dal ministro dell'ambiente. Il compito di tale organo è quello di predisporre un piano triennale di finanziamento delle opere articolato per bacini nazionali, interregionali e regionali. Inoltre, e questa costituisce certamente la più grande novità, viene introdotta l'Autorità di bacino di rilievo nazionale.

La legge Galli¹⁵⁶, approvata il 5 gennaio 1994, n. 36, costituisce certamente uno spartiacque in materia di servizi idrici, in quanto riorganizza totalmente la normativa italiana sull'organizzazione dei servizi idrici. Già i principi generali enunciati sono di grande rilevanza: l'acqua è considerata come un bene giuridico pubblico, da utilizzare secondo criteri di solidarietà e in modo tale da salvaguardare i diritti e le aspettative anche delle generazioni future. L'utilizzo delle acque, a tal fine, deve avvenire in modo tale garantire il risparmio ed il rinnovo delle risorse, e deve essere considerato prioritario il consumo umano rispetto a quello industriale. La frammentazione della gestione dei servizi idrici, di cui si è fatto cenno in precedenza, viene considerata in maniera estremamente negativa, in quanto modello gestionale non idoneo a garantire l'utilizzo delle acque secondo i principi summenzionati¹⁵⁷.

Del resto, agli inizi degli anni novanta, vi erano più di cinquemila organizzazioni dedite alla gestione delle acque, nonché altre numerose migliaia per la raccolta e lo smaltimento delle acque reflue. Un tale modello gestionale si rivelava inefficace, inefficiente ed antieconomico, in quanto comportava un aumento crescente dei costi senza che vi fosse un ritorno in termini di efficienza, paralizzando anche qualsiasi attività di investimento e di sviluppo¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Sulla quale si v. BARBARA, FAZIOLI, *Gli incentivi impliciti nella regolazione tariffaria del settore idrico prevista dalla Legge Galli. Analisi e proposte*, in *Economia pubblica*, 6, 1999, p. 69 ss.

¹⁵⁷ Cfr. sul punto GUFFANTI, MORELLI (a cura di), *La riforma dei servizi idrici in Italia*, Milano, 1997, *passim*.

¹⁵⁸ Cfr. FIORITTO, *I servizi idrici a dieci anni dalla riforma. Relazione al workshop sui servizi idrici organizzato nell'ambito del Laboratorio sui servizi pubblici a rete della Luiss, 10 dicembre 2003*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2004, p. 686 ss.

La legge in esame dispone una prima fase di ricognizione circa gli interventi effettivi da porre in essere ai fini di una riorganizzazione, ammodernamento e adeguamento delle diverse fasi del ciclo dell'acqua su tutto il territorio nazionale. In tal modo, dovevano emergere tanti piani di intervento quanti sono gli ambiti in cui è suddiviso il paese, prevedendo per ogni piano un investimento economico personalizzato.

Questi piani di intervento dovevano essere finalizzati alla riduzione dei consumi, all'eliminazione di qualunque spreco e alla necessità di una distinzione tra acque pregiate e acque meno pregiate, al fine di utilizzare queste ultime per scopi compatibili. Inoltre, era prevista la creazione di strutture in grado di separare e distinguere nettamente le acque reflue da quelle piovane. Anche la normativa delle regioni doveva essere adeguata in modo tale da favorire il riciclo e il riutilizzo delle acque.

Un altro aspetto rilevante della riforma è la previsione di un unico ente legittimato a gestire tutti i diversi cicli dell'acqua, in modo da favorire l'integrazione dei cicli e soprattutto da evitare che determinati soggetti potessero gestire fasi economicamente più vantaggiose lasciando ad altri quelle meno attraenti, favorendo in tal modo una possibile diminuzione di efficienza di questi ultimi, perché poco invogliati ad una gestione ottimale in quanto economicamente poco remunerativa.

Ai fini di una gestione efficiente, inoltre, la legge Galli ha separato la contabilità del servizio idrico dal bilancio comunale, in modo da avere una esatta contezza dei costi effettivamente sostenuti. Infine, la legge ha predisposto un meccanismo che lega strettamente il sistema tariffario ai costi di esercizio e ai costi di ammortamento dei piani di intervento di ciascun ambito¹⁵⁹.

Sostanzialmente, quindi, la *ratio* dell'intervento normativo da parte del legislatore è di tutta evidenza, ossia garantire l'autonomia finanziaria di tutto il ciclo delle acque dagli altri investimenti alla gestione, e ciò con la consapevolezza che per lo Stato diventava sempre più difficile utilizzare le proprie risorse per finanziare investimenti pubblici.

¹⁵⁹ Cfr. MAURIELLO, *Il bene acqua tra diritto pubblico e diritto privato: un limite o un valore?*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 15, 2007, p. 1542 ss.

La legge Galli ha attribuito nuova rilevanza anche all'Autorità di bacino, cui viene attribuito il compito di definire il bilancio idrico per ciascuno bacino di competenza, in modo tale da garantire una autosufficienza finanziaria.

Come si è visto, l'obiettivo della legge Galli era quello di creare un sistema efficiente, efficace, economicamente competitivo, centralizzato, secondo un modello gestionale tipicamente aziendale, vista l'impossibilità dello stato di continuare ad investire soldi pubblici.

Il problema della legge, come si vedrà, è che le regioni non sono state molto sollecitate nell'intervenire, e quando lo hanno fatto non sono certamente andate di pari passo. C'è da dire che, una attenta analisi della legge, mostra come in realtà il modello privatistico non sembra supportato adeguatamente all'interno della legge¹⁶⁰.

Anzitutto, in controtendenza rispetto al principio della libera concorrenza imperante nell'Unione, la gestione del servizio idrico integrato è affidata ad un solo soggetto che opera in posizione di monopolio, senza alcuna competizione sul mercato.

Piuttosto in controtendenza, inoltre, è il fatto che le tariffe vengono affidate alla competenza dei comuni, che ne decidono l'ammontare discrezionalmente nell'interesse della collettività. Un altro aspetto rilevante riguarda la necessità di salvaguardare i dipendenti della vecchia gestione: questo potrebbe indurre i comuni a trasferire al gestore del servizio personale più anziano e costoso, nonché meno produttivo, per liberarsi di un costo non indifferente.

C'è quindi il rischio che il modello gestionale creato per la gestione del servizio non sia caratterizzato da grande efficienza ed economicità. Ciò rischia anche di rendere molto poco attraente, per un privato, assumere la gestione del servizio idrico, a meno che non sia in grado, sul piano delle relazioni politiche, di ottenere delle condizioni di natura diversa e più vantaggiosa.

La legge Galli ha mostrato alcuni profili di criticità nel momento in cui si è ipotizzato un affidamento ad un gestore diverso dalla somma degli enti pubblici proprietari degli impianti. Parte della dottrina, a tal proposito, ha sottolineato che il gestore non è in condizioni di decidere né il piano di intervento né le tariffe, in

¹⁶⁰ Cfr. FIORITTO, *I servizi idrici a dieci anni dalla riforma. Relazione al workshop sui servizi idrici organizzato nell'ambito del Laboratorio sui servizi pubblici a rete della Luiss, 10 dicembre 2003*, cit., p. 688 ss.

quanto egli «può solo impegnarsi a effettuare una rigorosa efficace ed efficiente gestione del servizio [...] infatti gli enti locali devono spogliarsi del servizio ma devono mantenere obblighi e garanzie di finanziabilità e fattibilità degli investimenti e di rientro finanziario [...]. Il gestore risulta la società-veicolo di finanziamenti erogati da terzi (banche o enti finanziatori) e il soggetto attuatore di decisioni prese dagli enti locali attraverso l'ATO [...]. Le vere garanzie di onorabilità del credito possono solo fornirle gli enti locali consorziati nell'ambito [...]. Ne discende che non ha grande convenienza per gli enti locali affidare la gestione del servizio in concessione [...] mentre devono mantenere gli obblighi e le garanzie di finanziabilità e fattibilità del finanziamento [...]. Inoltre il sistema risulta pericoloso perché creando un meccanismo di legami a tre, ATO-gestore-banche, potrebbe consentire al gestore accordi trasversali con le banche a danno degli enti locali. Infine poiché gli enti locali sono presenti nella società di gestione come soci, [...] in caso di inefficienza del soggetto gestore risulta praticamente inapplicabile la risoluzione della convenzione per inadempimento»¹⁶¹.

Un altro punto piuttosto critico della legge, con l'affidamento a società pubblica o mista, concerne la possibile coincidenza tra controllore e controllato; infatti, gli enti locali che fanno parte degli ambiti territoriali ottimali, che progettano il piano di intervento, che si occupano della gestione ed esercitano l'attività di controllo sono gli stessi enti locali che fanno parte dei consigli di amministrazione delle società affidatarie¹⁶².

Per ovviare a tale inconveniente poteva essere attribuito un ruolo diverso alle province, facendo in modo che esse facessero parte degli ambiti territoriali ottimali partecipando alla proprietà dei gestori. In alcune regioni, laddove alle province è affidato questo compito, esse in realtà svolgono praticamente una funzione di mediazione più che di controllo.

Infine, un ultimo profilo di criticità concerne l'effettiva tutela degli utenti che, laddove è presente nella legislazione regionale, è affidata ad organi di garanzia privi di poteri effettivi e piuttosto deboli vista la loro collocazione amministrativa. In un

¹⁶¹ MANCINI, *Criticità nella concessione del servizio secondo i presupposti della legge 36/94*, in AA.VV., *Acqua. Fra incidenza sociale ed efficienza gestionale*, Quaderni del Ponte, Firenze, 2003, p. 121 s.

¹⁶² Cfr. CROSETTI, *Il difficile percorso della nozione di acqua pubblica: analisi evolutiva*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2018, p. 439 ss.

contesto di tal genere, quindi, la tutela degli utenti resta affidata prevalentemente alla rappresentanza politica territoriale piuttosto che ad organismi privi di reali funzioni di garanzia.

3.2. Il referendum del 2011

Il processo di privatizzazione dei servizi pubblici all'interno del nostro ordinamento ha subito una poderosa accelerazione grazie alle disposizioni contenute in particolare nell'art. 23 *bis* della legge 6 agosto 2008, n. 133, normativa di conversione del Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, riguardante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero 195 del 21 agosto 2008; nonché nell'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, inerente "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee", coordinato con la Legge di conversione 20 novembre 2009, n. 166 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero 274 del 24 novembre 2009; tale decreto legge è stato in seguito ribattezzato "Decreto Ronchi", prendendo il nome dal Ministro per le Politiche Comunitarie Andrea Ronchi, rimasto in carica sino al 15 novembre 2010.

L'art. 23 *bis* del d.l. n. 133/2008 prevedeva la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, attraverso l'introduzione della privatizzazione e liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità gestiti da aziende municipalizzate di proprietà di Comuni ed Enti Pubblici, e la disciplina di specifiche modalità di conferimento della gestione di tali servizi, che in via ordinaria doveva avvenire a favore di imprenditori o di società individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica¹⁶³.

La fornitura di acqua rientra certamente tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica. Ad innovare la materia è intervenuto successivamente il d.l. 135/2009: per quanto concerno i servizi idrici, il contenuto dell'art. 15 di tale decreto concerne

¹⁶³ Cfr. DI DIO, *Dai privati alle multinazionali: il sistema idrico italiano in una prospettiva storico-giuridica (Parte II)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 6, 2011, p. 381 ss.

l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica, in attuazione della disciplina comunitaria ed in particolare dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, sia per l'affidamento ai privati dei servizi pubblici locali che per la scelta del soggetto privato nelle aziende miste¹⁶⁴.

L'obiettivo del decreto Ronchi, per quanto concerne il servizio idrico, è quello di incentivare la gestione e gli investimenti di natura privata, specie in materia di acquedotti, fognature ecc. Del resto, per quanto concerne la gestione del servizio idrico, il ricorso a soggetti, procedure e strumenti di mercato, nonché la delega a tali soggetti di funzioni tradizionalmente attribuite a soggetti pubblici, aveva trovato un principio già nella riforma Galli.

Tale riforma, come si è detto, è stata fondamentale per porre un freno alla frammentazione nella gestione del servizio idrico, riuscendo da questo punto di vista nell'intento, in quanto si è passati da 13 mila gestori sparsi in tutto il territorio nazionale, all'unico gestore affidatario per ciascuno dei 92 ambiti territoriali ottimali individuati dalle Autorità di ambito¹⁶⁵.

Nonostante in astratto l'obiettivo della legge Galli fosse quello di ricorrere a strumenti di mercato, nella pratica questo non si è realizzato, anche per alcune contraddizioni interne alla legge stessa, che sono state sottolineate nelle pagine precedenti; del resto, se l'obiettivo iniziale era quello di creare una vera e propria industria nazionale dell'acqua, l'opzione che è stata poi preferita è stata quella dell'affidamento su base locale.

Si tratta di una decisione che ha avuto effetti distorti, favorendo la spartizione fra i partiti della rendita politica, economica e clientelare del complesso meccanismo dei lavori pubblici collegati ai servizi idrici.

Queste scelte hanno compresso inevitabilmente il processo di privatizzazione, sollecitando nuovi interventi da parte degli enti pubblici, i quali hanno utilizzato la possibilità prevista dalla legge Galli di ricorrere all'affidamento in base ad una pluralità di logiche economiche ed imprenditoriali.

¹⁶⁴ Cfr. VALENTINA, *Il risultato referendario e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevista dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Il Diritto dell'economia*, 3-4, 2011, p. 695 ss.

¹⁶⁵ Cfr. CAPANTINI, *I referendum sulla "privatizzazione dell'acqua" e degli altri servizi pubblici!*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2011, p. 409 ss.

Con il decreto Ronchi del 2009 è stato imposto l'obbligo di ricorrere alla gara pubblica per la gestione dell'acqua, evitando di utilizzare l'*in house*, se non in casi eccezionali, e ciò con l'obiettivo di favorire gli investimenti dei privati, perché lo stato non sembra essere più in grado di far fronte ad impegni così onerosi¹⁶⁶.

La relazione della Commissione nazionale di vigilanza sulle risorse idriche del 2009 ha mostrato che solo 69 ATO avevano attuato un proprio piano di ambito individuando il gestore del servizio idrico: in totale si trattava di 114 società, di cui 7 di carattere privato, 23 a capitale misto con partner selezionato tramite gara, 9 controllate da società quotate in borsa e 57 interamente di natura pubblica.

La relazione, inoltre, ha individuato 18 casi che riguardano società affidatarie per le quali non è stata indicata la tipologia di affidamento, o che comunque non hanno tipologie previste dalle leggi regionali di recepimento della legge Galli¹⁶⁷.

Una analisi di tali numeri permette di affermare che solo sei dei gestori operanti nel servizio idrico hanno le caratteristiche per essere considerati operatori di una certa rilevanza. Gli Enti locali inizialmente hanno preferito continuare a gestire i servizi pubblici locali scegliendo in maniera autonoma i propri partner o costituendo delle imprese pubbliche.

Il d.l. Ronchi ha invece previsto, obbligatoriamente, la nascita di enti a capitale misto, con un tetto del 30% per la partecipazione statale, oppure l'assegnazione dell'appalto tramite gara pubblica ai privati. Il Decreto Ronchi, quindi, ha definitivamente aperto la strada della liberalizzazione del mercato dell'acqua¹⁶⁸.

L'intento era chiaro: si sperava che l'intervento dei privati fosse in grado di fornire un servizio più efficace, efficiente ed economicamente competitivo, evitando di ricorrere ad esborsi di denaro pubblico. Il ricorso alla gara pubblica, inoltre, avrebbe dovuto garantire trasparenza nella scelta del gestore, il quale avrebbe dovuto essere quello capace di fornire il servizio migliore al prezzo più basso.

¹⁶⁶ Cfr. VALENTINA, *Il risultato referendario e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevista dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. con legge 14 settembre 2011, n. 148*, cit., p. 696 ss.

¹⁶⁷ Cfr. CAPANTINI, *I referendum sulla "privatizzazione dell'acqua" e degli altri servizi pubblici!*, cit., p. 411 ss.

¹⁶⁸ Cfr. SCARLATTI, *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 26; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2012, p. 280 ss.

Tale scelta del legislatore, che in teoria avrebbe dovuto fornire esclusivamente vantaggi alla collettività, è stata aspramente criticata dall'opinione pubblica, timorosa che l'acqua, da sempre considerata bene primario, pubblico, demaniale, potesse essere utilizzata in maniera distorta dai privati, i quali comunque hanno come obiettivo primario quello di raggiungere degli utili di bilancio¹⁶⁹.

Il problema della gestione privata è stato individuato soprattutto nel rincaro delle tariffe e nell'efficienza della gestione. Quello del rincaro delle tariffe è un problema che in effetti si è manifestato in maniera piuttosto evidente, diverso da regione a regione: nel Lazio, ad esempio, il gestore privato ha aumentato del 300% le tariffe rispetto a quello precedente.

A dire il vero, quello del rincaro delle tariffe non è un problema che riguarda esclusivamente i soggetti privati, in quanto anche laddove operano società miste non ci sono stati sconti, visto che esse comunque perseguono l'obiettivo del pareggio di bilancio. Gli analisti e gli economisti hanno sottolineato che l'aumento delle tariffe è tipico del primo periodo, ma tende a venire meno in quello medio lungo, allorché i gestori avranno ammortizzato gli investimenti effettuati.

Si tratta di una valutazione non molto convincente in quanto, considerato che il consumo di acqua è praticamente costante, non vi sarebbe motivo per le aziende di abbassare le tariffe, in quanto l'unico effetto sarebbe quello di una diminuzione del loro guadagno netto. Tra l'altro, è anche possibile che le società private non siano invogliate nell'investimento, preferendo utilizzare le vecchie reti da sempre utilizzate dai pubblici gestori¹⁷⁰.

Come si è detto, il processo di privatizzazione della gestione dei servizi idrici aveva creato grande scontento presso l'opinione pubblica: si temeva che il soggetto pubblico sarebbe stato progressivamente relegato ad un ruolo marginale in tale settore fino ad una sua probabile scomparsa; soprattutto, si temeva un incremento

¹⁶⁹ Cfr. VALENTINA, *Il risultato referendario e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevista dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. con legge 14 settembre 2011, n. 148*, cit., p. 698 ss.

¹⁷⁰ Cfr. SCARLATTI, *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie*. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 26; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29, cit., p. 281 ss.

indiscriminato delle tariffe, necessario per garantire la copertura degli investimenti effettuati e soprattutto la necessità di perseguire utili di bilancio¹⁷¹.

I sostenitori della privatizzazione avevano sottolineato che in realtà non era stata privatizzata l'acqua, ma il servizio di fornitura della stessa. Inoltre, è stato detto, una gestione privatistica del servizio idrico garantisce un servizio efficiente, in grado di ridurre gli sprechi, specie quelli legati alla dispersione dell'acqua lungo la rete idrica, e ciò grazie alla posizione privilegiata del privato che deve bilanciare costi e benefici nello sfruttamento del bene¹⁷².

Tali argomentazioni non sono state convincenti, se è vero che nel 2010 è cominciata una raccolta firme per utilizzare lo strumento del *referendum*, e ciò al fine di «eliminare tutte le norme che in questi anni hanno spinto verso la privatizzazione dell'acqua e quindi di togliere l'acqua dal mercato e i profitti dall'acqua; il ricorso al referendum serve come “tutela dell'acqua come un bene comune e un diritto umano universale, un bene essenziale di appartenenza ad ogni cittadino, del quale nessuno possa appropriarsene o farne uso improprio per procurarsi un profitto»¹⁷³.

I quesiti del *referendum* erano i seguenti: 1) abrogazione dell'art. 23-bis (12 commi) della Legge n. 133 del 2008 relativa alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica, così come modificato dall'art. 15 della legge di conversione n. 166 del 2009; 2) abrogazione dell'art. 154 del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, limitatamente a quella parte del comma 1 che dispone che la tariffa costituisce corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto dell'adeguata remunerazione del capitale investito; 3) abrogazione dell'art. 150 (quattro commi) del Decreto Legislativo n. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente), relativo alla scelta della forma di gestione e procedure di affidamento, segnatamente al servizio idrico integrato¹⁷⁴.

¹⁷¹ Cfr. CAPANTINI, *I referendum sulla "privatizzazione dell'acqua" e degli altri servizi pubblici!*, cit., p. 413 ss.

¹⁷² Cfr. SCARLATTI, *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 26; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29, cit.*, p. 283 ss.

¹⁷³ Forum italiano per i movimenti dell'acqua, 2010.

¹⁷⁴ Cfr. SCARLATTI, *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26*

La Corte Costituzionale, tuttavia, ha giudicato ammissibile esclusivamente i primi due quesiti, e infine, nel referendum del 12 e 13 giugno 2011, i due quesiti sull'acqua erano così formulati: modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all'adeguata remunerazione del capitale investito. Il primo quesito concerneva l'abrogazione della norma che conferiva l'affidamento in via ordinaria della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica, consentendo la gestione *in house* solamente in quei contesti caratterizzati da situazioni del tutto eccezionali, tali da non permettere un efficace ed utile ricorso al mercato; il secondo, invece, proponeva l'abrogazione parziale della norma che stabilisce la determinazione della tariffa per l'erogazione dell'acqua, nella parte in cui prevede che tale importo includa anche la remunerazione del capitale investito dal gestore.

L'esito del *referendum* ha portato all'abrogazione delle norme di cui sopra.

3.3. Continuità e discontinuità rispetto al passato e modalità di gestione dopo il referendum abrogativo

L'art. 23 bis della legge n. 133/2008 prevedeva una disciplina di affidamento del servizio idrico fortemente orientata verso una compressione della gestione pubblica. La sua applicazione ha prodotto una «applicazione immediata della disciplina comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica»¹⁷⁵.

L'abrogazione dell'art. 23 bis, dunque, non ha determinato un vuoto normativo, e nemmeno la reviviscenza delle disposizioni contenute nel TUEL, provocando piuttosto una immediata applicazione del diritto europeo. Si è assistito ad un vero e proprio ritorno al passato, in quanto si è assistito ad una riespansione delle ipotesi di affidamento diretto e di gestione *in house* per tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

gennaio 2011, n. 26; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29, cit., p. 285 ss.

¹⁷⁵ Corte Cost., 26 gennaio 2011, n. 24, in www.giurcost.org.

Tuttavia, questa situazione di continuità è durata ben poco, in quanto il legislatore ha deciso ben presto di intervenire nuovamente in materia.

Successivamente al *referendum*, è stato introdotto il d.pr. 18 luglio 2011, n. 113, con la volontà di abrogare l'art. 23 *bis* della legge n. 133/2008, così come modificata dalla legge n. 166/2009, riguardante le modalità di conferimento dei servizi pubblici a rilevanza economica.

L'esito del *referendum* sul primo dei due quesiti referendari ha quindi direttamente determinato l'abrogazione dell'art. 23 *bis* della legge 133/2008 e conseguentemente, in maniera indiretta, del regolamento che attuava questo articolo. Per quanto concerne, invece, il secondo dei quesiti su cui si esprime la cittadinanza, è stata stabilita l'abrogazione parziale della norma sulla determinazione dell'ammontare della tariffa per l'erogazione del servizio idrico in base ad una adeguata remunerazione del capitale investito.

Come già sottolineato in precedenza, in seguito al referendum abrogativo è stato emanato il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, il quale ha imposto per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, lo svolgimento di procedure competitive ad evidenza pubblica, al fine di rispettare quanto prevede la disciplina comunitaria, specie attraverso il Codice dei Contratti pubblici, con specifico riferimento ai principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità¹⁷⁶. Successivamente, però, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 199/2012, ha dichiarato incostituzionale il citato art. 4 del d.l. n. 138/2011 per violazione dell'art. 75 Cost. In seguito a tale pronuncia si è creato un vuoto normativo che il legislatore ha provveduto a riempire con l'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, il quale in otto commi (dal 20 al 27) contiene nuove disposizioni in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In un contesto siffatto è poi intervenuto il d.l. n. 133/2014, il cui art. 7 contiene "Misure urgenti in materia ambientale e per la mitigazione del dissesto idrogeologico". Il legislatore, nell'occasione, ha modificato gli artt. 147 e 172 del

¹⁷⁶ Cfr. SCARLATTI, *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie*. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 26; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29, cit., p. 287 ss.

d.lgs. 152/2006, stabilendo, in tema di affidamento del servizio, il principio dell'unicità di gestione del servizio idrico integrato.

La prima importante conseguenza di tale modifica consiste nell'impossibilità di affidare il servizio ad una pluralità di gestori. Pur essendo la pubblica amministrazione libera di scegliere il soggetto considerato più idoneo, nel rispetto dei principi del procedimento amministrativo, non è però possibile derogare al principio dell'unicità del servizio di gestione.

La dottrina ha osservato che «la motivazione diventa uno strumento attraverso il quale provare che la scelta di uno specifico modello di gestione non risponda ad esigenze meramente politiche, ma sia ancorata a presupposti tecnici ed economici che giustifichino il modello scelto sulla scorta di valutazioni legate, tra le altre, all'efficienza e all'economicità. Inoltre, è importante sottolineare come l'istituto della motivazione tecnico-economica sia richiesto per ogni scelta di organizzazione (forma di gestione) dei servizi pubblici, ciò che muta è il modo in cui essa si coniuga in relazione a diversi tipi di organizzazione»¹⁷⁷.

Il legislatore, poi, ha ribadito la necessità di tutelare la gestione del servizio idrico integrato in forma autonoma che esiste nei comuni montani caratterizzati da una popolazione inferiore ai mille abitanti, così come disposto dal quinto comma dell'art. 148¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Per quel che riguarda, invece, RUBINO, *La gestione del servizio idrico integrato dopo il decreto "Sblocca Italia"*, in *legaautonomielazio.it*, secondo cui «l'*in house*, espressione dell'auto-organizzazione dell'Ente, la motivazione deve essere completa in virtù della distorsione del principio di concorrenza che si verifica a causa della mancanza di una procedura pubblica selettiva ex ante. Nell'ambito della fornitura di servizi, si riconosce la natura di forma ordinaria del modello *in house*: sistema che rimarca l'importanza che un istituto come quello della motivazione dei provvedimenti assume nell'ordinamento italiano. Questo è legato al fatto che, sempre in materia di servizi pubblici, l'individuazione del modo in cui un servizio deve essere erogato è legato ad una valutazione dell'interesse pubblico: la scelta di un certo modello di gestione è sempre subordinato al soddisfacimento dell'interesse pubblico, al cui perseguimento è rivolto il servizio da erogare. Perciò, il modello di gestione scelto dovrà essere quello che permette il pieno raggiungimento di tale interesse».

¹⁷⁸ In proposito la Corte Costituzionale ha evidenziato che tale disposizione «attiene alla tutela dell'ambiente, con prevalenza rispetto alla materia dei servizi pubblici locali, perché giustifica la possibilità di deroghe all'unicità della gestione del servizio sul piano soggettivo, in ragione dell'elemento tipicamente ambientale costituito dalla peculiarità idrica delle zone comprese nei territori delle comunità montane per cui nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente rientra anche stabilire le condizioni in presenza delle quali i Comuni minori appartenenti alle comunità montane possono non partecipare alla gestione unica del servizio idrico integrato, e cioè che la gestione del servizio sia operata direttamente da parte dell'Amministrazione comunale ovvero tramite una società a capitale interamente pubblico controllata dallo stesso Comune»: cfr. Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 246.

Va segnalato che le eccezioni alla regola generale dell'unicità del sistema di gestione sono state ampliate dalla legge 28 dicembre 2015, n. 221 la quale, mediante l'introduzione del comma 2 bis all'art. 147 del codice dell'ambiente, ha fatto salvo, laddove l'ambito territoriale coincida con il territorio della regione, anche le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti nei comuni connotati da alcune caratteristiche quali l'approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; le sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio; l'utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico¹⁷⁹.

Al fine di garantire l'unicità della gestione in sede di prima applicazione, il nuovo art. 172, art. 7, comma 1, lett. i), stabilisce che l'affidamento al gestore unico avvenga alla scadenza di una o più gestioni già esistenti in ambito territoriale, il cui bacino complessivo sia pari al 25% della popolazione ottimale.

L'art. 151 del codice dell'ambiente, ancora, con l'obiettivo di rendere omogenea la disciplina della gestione dei servizi in tutto il territorio nazionale, stabilisce che i rapporti tra le autorità d'ambito ed i gestori sono regolati da una convenzione predisposta dall'ente d'ambito sulla base della convenzione tipo adottata dall'autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico.

Il nuovo art. 152, poi, prevede dei meccanismi sostitutivi e di controllo assai penetranti ed incisivi. In particolare, l'ente di governo è legittimato a risolvere il contratto ed a revocare l'affidamento in caso di gravi inadempienze da parte del soggetto cui è stata affidata la gestione del servizio¹⁸⁰.

Per quanto concerne, infine, la modalità di affidamento del servizio, il legislatore non ha indicato espressamente quali sono gli strumenti di affidamento del servizio limitandosi a richiamare le forme di gestione previste in ambito comunitario. Con particolare riguardo all'affidamento diretto del servizio, poi, il legislatore si è limitato a ribadire che tale modalità di affidamento è possibile solo ed esclusivamente se diretta a società interamente pubbliche in possesso dei requisiti

¹⁷⁹ Sul punto si v. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 20 aprile 2016, p. 19 ss.

¹⁸⁰ Cfr. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, cit., p. 10 ss.

prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

Il legislatore è infine nuovamente intervenuto in materia di servizi pubblici locali. In particolare, l'art. 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124, ha delegato il governo a redigere un testo unico in materia di servizi pubblici locali.

Lo schema di testo unico, che è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 2016, mostra delle novità molto significative nel settore dei servizi idrici. In particolare, il legislatore mostra di voler intervenire soprattutto sul profilo dell'affidamento del servizio, con l'obiettivo di garantire uniformità al sistema dei servizi pubblici locali con rilevanza economica.

Si è osservato che «lo schema di T.U. non contiene un catalogo dei servizi oggetto dell'intervento legislativo ma si rivolge a tutti i servizi suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza. Pertanto, il legislatore nazionale riconosce la peculiarità intrinseca di questi specifici servizi che, nonostante gli interessi pubblici sottesi alla loro erogazione, devono essere gestiti tenendo conto delle regole del mercato»¹⁸¹.

Con riguardo all'affidamento del servizio idrico integrato, l'intervento legislativo è coerente con l'intento di razionalizzare l'attività di gestione dei servizi pubblici, con l'obiettivo di contenere la spesa pubblica, relegando l'intervento dello Stato solo in quelle ipotesi eccezionali in cui la necessità di tutelare l'interesse pubblico impone di non ricorrere al mercato.

In sostanza, dunque, il legislatore intende rafforzare il ruolo dei privati nel settore dei servizi pubblici, marginalizzando l'intervento da parte dello Stato. Il legislatore, dunque, prevede le seguenti modalità di affidamento: l'affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratto pubblico; l'affidamento a società mista, con gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato; la gestione diretta, mediante affidamento in house che deve avvenire del rispetto delle condizioni fissate dal diritto dell'Unione europea e dalle

¹⁸¹ SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, cit., p. 12.

disposizioni contenute nel testo unico sulle partecipazioni pubbliche. Solo per i servizi diversi da quelli a rete, il legislatore prevede la gestione in economia o mediante azienda speciale¹⁸².

Il provvedimento di affidamento deve essere adeguatamente motivato: laddove l'amministrazione decida di non ricorrere al mercato, è necessario un *surplus* di motivazione, nel senso che essa deve essere particolarmente dettagliata. Si tratta di una previsione emblematica della volontà del legislatore di attribuire un vero e proprio *favor* per la gestione privato del servizio idrico.

Per quanto concerne, in particolare, l'affidamento *in house*, i tre requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e poi recepiti dai diversi legislatori nazionali sono i seguenti:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica affidataria un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e che consiste in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Inoltre, tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate svolgendo i compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che, sulla base del diritto nazionale, in conformità ai trattati, non comportino controllo o potere di veto o esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Va segnalato che il legislatore ha deciso di rendere maggiormente flessibile il ricorso all'*in house*, ammettendo la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto anche a società partecipate da privati, a patto che tale partecipazione non si traduca

¹⁸² Cfr. SCARLATTI, *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie*. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 26; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29, cit., p. 289 ss.

nell'esercizio di un diritto di voto o di controllo, superando il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria.

Capitolo IV

Trasporto pubblico locale

Sommario: 1. La definizione di "trasporto pubblico locale"; 2. La dimensione sociale del trasporto di servizio pubblico locale: l'emergere di un diritto alla mobilità; 3.1. Il Regolamento n. 1191/69 in materia di obblighi di servizio; 3.2. Il Regolamento n. 1893/91 in tema di contratti di servizio; 3.3. Il Regolamento n. 1370/07 in materia di modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico; 4. Il quadro normativo in materia di trasporto pubblico locale: la *ratio* ed il contenuto del d.lgs. n. 422/1997; 5. I principi portanti della novella legislativa: a) gli obblighi di servizio; b) i contratti di servizio; c) la separazione delle funzioni; d) la questione dell'affidamento; 6. L'Autorità di regolazione dei trasporti; 7. La liberalizzazione (non del tutto attuata) del settore dei trasporti pubblici locali

1. La definizione di "trasporto pubblico locale";

Il trasporto pubblico è in primo luogo un servizio pubblico, e può essere definito come l'insieme dei mezzi di trasporto e delle modalità di organizzazione di tali mezzi che consentono ai cittadini di esercitare il loro diritto alla mobilità, che si realizza servendosi di mezzi appartenenti ad un soggetto pubblico¹⁸³.

Inteso in questi termini, il trasporto pubblico locale rappresenta una sorta di cartina di tornasole della capacità di uno Stato di garantire un adeguato livello di benessere ai propri cittadini, in considerazione di tutti i vantaggi prodotti dal ricorso al servizio pubblico locale, in termini di decongestionamento del traffico urbano, effetti positivi sull'inquinamento, ecc.

¹⁸³ Sulla nozione di trasporto pubblico locale, nella copiosa produzione scientifica, si v. INGRATOCCI, *Trasporti e contratti di servizio*, Messina, 2001, p. 55 ss.; MARESCA, *Servizi di trasporto*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, p. 3201 ss.; ZUNARELLI, ROMAGNOLI, CLARONI, *Diritto pubblico dei trasporti*, Bari, 2013, p. 20 ss.; SALTARI, *I trasporti pubblici locali*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, p. 5960; ARABIA, GARIGLIO, RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, Milano, 2004, p. 110 ss.

Sotto il profilo strettamente giuridico, il contratto di trasporto è il contratto con il quale il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo ad un altro. Questa definizione, letteralmente mutuata dall'art. 1678 c.c., è valida per ogni tipo di contratto di trasporto, sia di persone che di cose, pubblico o privato, collettivo o individuale, e prescindendo altresì dal modo con il quale il trasporto venga effettuato (su strada, per ferrovia, per nave, per via aerea, ecc.).

Il contratto di trasporto è un contratto obbligatorio, cioè costitutivo di obblighi (e di correlativi diritti) per le parti interessate, e non costitutivo di situazioni giuridiche reali. Contenuto specifico ed essenziale del contratto di trasporto è l'obbligazione del vettore (cioè di colui che si obbliga al trasporto) di dislocare da un luogo ad un altro persone o cose.

La peculiarità del trasporto pubblico locale è quella che il contratto di trasporto viene stipulato con un soggetto pubblico erogatore del servizio ad una collettività di persone che sono situate in una determinata località, o in una circoscritta zona geografica.

Come si è detto, il contratto di trasporto pubblico locale può essere stipulato in relazione a qualsivoglia mezzo di trasporto, fatta eccezione per i trasporti aerei, per il semplice fatto che dal punto di vista logico è impensabile conciliare tale tipologia di trasporto con l'ambito locale¹⁸⁴. Normalmente, il trasporto pubblico locale interessa prevalentemente *bus* e treni, e solo in alcuni casi anche il trasporto marittimo, a seconda della località geografica di riferimento.

In relazione al servizio pubblico locale, rileva soprattutto l'art. 1679 c.c.¹⁸⁵, il quale dispone che «coloro che per concessione amministrativa esercitano servizi di linea per il trasporto di persone o di cose sono obbligati ad accettare le richieste di trasporto che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al

¹⁸⁴ Va segnalato, invero, che il d.lgs. 422/1997 disciplina il trasporto pubblico locale interno, contemplando anche il servizio aereo di interesse regionale (art. 10). In particolare l'art. 3 stabilisce che tutti i servizi di trasporto aereo siano di competenza statale, ma conferisce alle regioni l'organizzazione dei servizi aerei che si svolgono esclusivamente nell'ambito di una regione, nonché i servizi elicotteristici.

¹⁸⁵ Per un commento dettagliato a tale disposizione si rinvia a BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2007; COMENALE PINTO, *Il contratto di trasporto di persone*, in MORANDI, COMENALE PINTO, LA TORRE (a cura di), *I contratti turistici*, Milano, 2004, p. 150 ss.

pubblico. I trasporti devono eseguirsi secondo l'ordine delle richieste; in caso di più richieste simultanee, deve essere preferita quella di percorso maggiore. Se le condizioni generali ammettono speciali concessioni, il vettore è obbligato ad applicarle a parità di condizioni a chiunque ne faccia richiesta. Salve le speciali concessioni ammesse dalle condizioni generali, qualunque deroga alle medesime è nulla, e alla clausola difforme è sostituita la norma delle condizioni generali».

La disposizione in esame accomuna, quanto a disciplina, le specie di trasporto, di persone e di cose, che sono connotate da itinerario e periodicità predeterminata (trasporti di linea). Solo con riferimento alla linea, infatti, può giustificarsi la disposizione di cui al secondo comma, in merito all'obbligo del vettore di eseguire il trasporto secondo l'ordine delle richieste e, qualora queste siano simultanee, per il percorso maggiore¹⁸⁶.

La norma «impone un trattamento negoziale preconstituito e standardizzato del rapporto tra vettore e passeggeri o mittenti: le condizioni generali di trasporto avrebbero, tuttavia, delle caratteristiche peculiari tali da non trovare disciplina negli artt. 1341 ss. Il dettato dell'ultimo comma - preordinato a garantire il trattamento uniforme dell'utenza - infatti, sembra volergli attribuire efficacia di norma giuridica, valida *erga omnes*, con la conseguenza che eventuali clausole vessatorie non sarebbero subordinate, per la loro efficacia, al requisito, di cui all'art 1341 c.c., della specifica approvazione per iscritto, da parte dell'utente»¹⁸⁷.

Il servizio di trasporto pubblico locale, dunque, ha una evidente e marcata connotazione pubblicistica, la quale si è tradotta, in concreto, nel mantenimento, in capo all'ente pubblico, della titolarità dell'attività imprenditoriale, la cui gestione diretta o concessione viene affidata ad un soggetto privato o pubblico gestito dall'ente stesso. Il trasporto pubblico locale rappresenta una componente del servizio pubblico, considerato che esso produce sostanzialmente un quarto del fatturato di tutto il servizio pubblico¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Cfr., sul punto, D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003, p. 161 ss. L'A. osserva che la disposizione è analoga a quella sancita dall'art. 2597 c.c. per chi esercita un'impresa in condizioni di monopolio, ma, non per questo, deve ritenersi superflua, dal momento che non tutte le concessioni di servizio di trasporto di linea sono esercitate in regime di monopolio.

¹⁸⁷ MIRABELLI, *Trasporto (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 1168.

¹⁸⁸ In tal senso IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale (bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni)*, Napoli, 2008, p. 68 ss.

La prima definizione del trasporto pubblico locale è contenuta nella legge quadro 10 aprile 1981, n. 151, che definiva, all'art. 1, il trasporto pubblico locale come il servizio adibito al trasporto collettivo di persone o di cose, effettuato in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite ad offerta indifferenziata, a mezzo di autolinee urbane ed extraurbane, tranvie, filovie e metropolitane.

Il trasporto pubblico locale fa dunque riferimento ad una molteplicità di servizi di trasporto che hanno il loro fulcro nel servizio di trasporto pubblico urbano collettivo. Al suo interno vanno dunque ricomprese tutte le modalità di trasporto, con particolare riguardo ad autobus, filobus, metropolitana e tram, i quali consentono al cittadino di esercitare il proprio diritto alla mobilità, ossia alla circolazione in tutto il territorio locale e sovra locale.

Va segnalato, in conclusione, che i vantaggi del trasporto pubblico locale sono molteplici: anzitutto, rileva la concorrenzialità rispetto al trasporto privato, la sua diffusione e capillarità sul territorio, anche nelle zone più impervie, quelle che normalmente non vengono battute dai trasportatori privati perché si rivelerebbero antieconomiche, nonché anche in relazione al tema della sicurezza, considerato che, statisticamente, gli incidenti più numerosi riguardano il trasporto privato.

2. La dimensione sociale del trasporto di servizio pubblico locale: l'emergere di un diritto alla mobilità

Il servizio di trasporto pubblico locale è in grado di incidere su una serie di diritti costituzionalmente garantiti: il diritto alla libera circolazione, *ex art. 16 Cost.*, il diritto alla salute, *ex art. 32 Cost.*, ma anche tutti i diritti connessi al rapporto di consumo e alle sue garanzie¹⁸⁹.

Si tratta di profili che, invero, non vengono tanto in rilievo nella disciplina normativa di settore, la quale si limita a richiamare la necessità di garantire un servizio di qualità in tutto il territorio nazionale, capace di decongestionare il traffico urbano e

¹⁸⁹ Cfr., sul tema, VASTA, *Diritti e obblighi dei passeggeri nel trasporto pubblico locale. Relazione al seminario di studi "Efficienza della gestione e accessibilità del servizio nel trasporto pubblico regionale e locale"*, Bologna, 21 ottobre 2014, in *Diritto e processo amministrativo*, IV, 2015, p. 1123 ss.

di essere sostenibile dal punto di vista ambientale. Il legislatore, inoltre, presta attenzione al profilo tariffario e ad altri direttamente connessi alla necessità di tutelare gli utenti del servizio, anche in considerazione della necessità di ottemperare alla disciplina comunitaria¹⁹⁰.

Anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale si è concentrata prevalentemente su tali profili, di tipo organizzativo, istituzionale e finanziario, tutti inerenti alla gestione del servizio di trasporto pubblico locale. In un contesto siffatto, la tutela dei summenzionati diritti fondamentali costituzionalmente garantiti non è stata del tutto tralasciata, ma ha finito per passare in secondo piano. Eppure, non può essere taciuta la dimensione sociale del servizio di trasporto pubblico locale, considerate le evidenti implicazioni con la libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.* Va premesso, in merito, che l'art. 1679 c.c. impone agli esercenti servizi di linea un duplice obbligo: a contrarre e a garantire la parità di trattamento degli utenti. Essi rappresenterebbero la contropartita del diritto di esclusiva derivante dalla concessione.

All'obbligo del vettore di linea di accettare le domande dei potenziali utenti del servizio di trasporto, corrisponde un diritto soggettivo di questi (che avrebbe natura di diritto potestativo, secondo una parte della dottrina¹⁹¹) a fruire della relativa prestazione. La tesi sarebbe ulteriormente avvalorata dal dato testuale fornito dall'art. 2951, quarto comma, c.c., che disciplina la prescrizione dei «diritti verso gli esercenti pubblici servizi di linea indicati dall'art. 1679 c.c.».

La Corte Costituzionale, in proposito, ha avuto cura di chiarire che, nell'ambito della libertà di circolazione prevista dall'art. 16 Cost., non deve essere garantita sempre e comunque la possibilità, all'utente, di scegliere liberamente qualsivoglia mezzo di trasporto¹⁹².

¹⁹⁰ Cfr., su tale profilo, CARBONE, *La mobilità nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2016, p. 11 ss.

¹⁹¹ In tal senso BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 260. In particolare, l'A. afferma che il vettore di linea, offrendo la propria attività di trasporto con tariffe ed orari predeterminati, si pone dinnanzi al pubblico come "offerente", secondo lo schema delineato dall'art. 1336. Tale offerta soddisferà le richieste nei limiti della compatibilità con i mezzi ordinari dell'impresa, per individuare i quali dovrà farsi riferimento allo svolgimento normale del servizio.

¹⁹² Cfr., in particolare, Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 6, secondo cui « poiché nessuna norma costituzionale assicura indistintamente a tutti i cittadini il diritto di guidare veicoli a motore, non viola la Costituzione la legge ordinaria che consente l'esercizio del diritto solo a chi abbia certi requisiti: di modo che la patente, come è concessa caso per caso in applicazione d'una norma di

La Corte Costituzionale, inoltre, ha successivamente osservato che «l'art. 16 attiene ai diritti della persona umana, la cui libertà di movimento non può essere limitata se non nei casi e con le garanzie assicurate dalla detta norma. L'uso delle strade, come l'uso di altri beni pubblici, può essere regolato anche sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengano al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare, alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere e così via. E pertanto le ordinanze in questione, quando limitano la circolazione per realizzare il buon uso della strada, non sono in contrasto con l'art. 16, anche se la limitazione sia imposta per ragioni non attinenti alla sicurezza ed alla sanità»¹⁹³.

In termini più generali, la Corte Costituzionale, in materia di libertà della circolazione costituzionalmente garantita¹⁹⁴, ha chiarito che «la tipologia dei limiti (divieti, diversità temporali o di utilizzazioni, subordinazione a certe condizioni) può essere articolata dalla pubblica autorità tenendo conto dei vari elementi in gioco: diversità dei mezzi impiegati, impatto ambientale, situazione topografica o dei servizi pubblici, conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'uso indiscriminato del mezzo privato»¹⁹⁵.

Tuttavia, ad avviso della Consulta, «si tratta pur sempre di una disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela ed alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza»¹⁹⁶, che possono essere sindacate dalla stessa Corte Costituzionale nell'ambito del giudizio di legittimità delle leggi.

Comunque, le limitazioni alla libertà di circolazione devono tenere conto di altri diritti costituzionalmente garantiti, quali, ed esempio, il diritto alla salute, che può subire potenzialmente un pregiudizio a causa dell'inquinamento o del

legge ordinaria, così può essere tolta, in virtù di un'altra norma di legge ordinaria, senza che ne soffra la libertà di circolazione costituzionalmente garantita».

¹⁹³ Corte Cost., 12 marzo 1965, n. 12, in *www.giurcost.org*.

¹⁹⁴ Cfr. sul punto RUSCICA, *I diritti della personalità*, Milano, 2013, p. 110 ss.; MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, I, 2016, specialmente p. 49 ss.

¹⁹⁵ Corte Cost., 19 luglio 1996, n. 264, in *www.giurcost.org*.

¹⁹⁶ Corte Cost., 19 luglio 1996, n. 264, cit.

deterioramento ambientale, ma anche la libertà di riunione, *ex art. 17 Cost.*, o la libertà di iniziativa economica, *ex art. 41 Cost.*¹⁹⁷.

Se è vero, però, che la libertà di circolazione non attribuisce il diritto di circolare su ogni strada con un mezzo privato, essa deve comunque essere disciplinata in modo tale da determinare la migliore utilizzazione possibile dei beni pubblici. In tale prospettiva, è necessario assicurare un efficiente servizio di trasporto pubblico locale, «al fine di garantire la libertà di circolazione delle persone e i connessi diritti fondamentali»¹⁹⁸.

Proprio in considerazione di queste affermazioni della Corte Costituzionale, parte della dottrina ha paventato la possibilità che la libertà di circolazione costituzionalmente garantita abbia favorito l'emergere di un vero e proprio diritto alla mobilità¹⁹⁹.

Il diritto di mobilità sarebbe un qualcosa di diverso e più specifico rispetto alla libertà di circolazione, in quanto strettamente connesso alle aree urbane ed alla funzione sociale del servizio di trasporto pubblico locale, ed inteso in senso assai più ampio della libertà di circolazione medesima.

Il diritto alla mobilità, infatti, investe potenzialmente ogni giorno milioni di residenti delle aree urbane di tutta l'Unione Europea, e ciò spiega la grande attenzione ad esso riservato anche in ambito comunitario. La gran parte della popolazione, infatti, vive nelle aree urbane, che, dunque, costituiscono il vero e proprio motore economico della società.

In un contesto siffatto, una gestione ottimale del servizio di trasporto pubblico locale richiede non solo la riduzione delle emissioni inquinanti e, quindi, la sostenibilità ambientale, ma anche la necessità di decongestionare aree urbane che

¹⁹⁷ Cfr., in proposito, Corte Cost., 19 luglio 1996, n. 264, cit., secondo cui «sistemi come quelli del pedaggio autostradale o dei provvedimenti amministrativi di chiusura (nel rispetto di determinate zone o fasce orarie) dei centri storici delle più importanti città sono da ritenersi ormai universalmente riconosciuti come legittimi».

¹⁹⁸ Corte Cost., 6 luglio 2007, n. 264, in *www.giurcost.org*. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla previsione di tariffe d'uso delle strade comunali e regionali anche sul presupposto che la legge impugnata la escludeva per le tratte «non servite da mezzi di trasporto pubblico alternativo».

¹⁹⁹ Su tale diritto alla mobilità si v., tra gli altri, CLARONI, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale e processi di riforma del settore*, Bari, 2012, p. 26 ss.; GIUPPONI, *Le frontiere del trasporto pubblico locale tra competenze normative e situazioni giuridiche soggettive. Verso un diritto alla mobilità?*, cit., p. 9 ss.

cronicamente sono letteralmente "bloccate" dal traffico di veicoli, con evidenti effetti negativi su tutta la rete degli scambi economici.

Se questo è vero, «ecco che appare in tutta la sua evidenza la già citata funzione sociale del servizio di trasporto pubblico locale, strettamente connesso con un concetto di mobilità che pare delinarsi come una sorta di “libertà di circolazione qualificata”, in relazione alle molteplici necessità di movimento connesse alla soddisfazione di primari diritti costituzionali»²⁰⁰.

Per questo motivo, allora, si giunge «a parlare di una mobilità lavorativa, di mobilità scolastica e universitaria, di mobilità sanitaria e così via, volendo sottolineare il complesso di differenti principi e diritti di rango costituzionale aventi la finalità di agevolare (e in taluni casi di consentire) il movimento dell'individuo mediante l'ausilio di un veicolo»²⁰¹.

Il diritto alla mobilità, dunque, non si limiterebbe a garantire la mera libertà di circolazione, ma sarebbe la fusione tale di libertà con gli altri diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto al lavoro, alla salute, allo studio. Inteso in questi termini, il diritto alla mobilità integrerebbe una situazione giuridica soggettiva complessa, che dovrebbe essere tutelata da tutti i soggetti di governo, mediante interventi legislativi ed amministrativi finalizzati alla programmazione, al finanziamento ed alla gestione di tutto il servizio di trasporto pubblico, ed in special modo del servizio pubblico locale.

Il diritto alla mobilità, pertanto, si atteggierebbe come profilo positivo di una libertà di circolazione che è stata tradizionalmente intesa sempre come (mera) libertà negativa, ossia come mero diritto a non subire limitazioni (legislative o amministrative) alla libertà di circolare liberamente. Il diritto alla mobilità, invece, costituirebbe, come detto, il profilo positivo di tale libertà, da intendersi come necessità di garantire ai singoli la possibilità di muoversi liberamente per tutelare altri diritti costituzionalmente riconosciuti.

Del resto, la Costituzione italiana, alla stregua delle altre Costituzioni emanate nel dopoguerra in tutta Europa, è connotata da una forte antropologia che la distingue,

²⁰⁰ GIUPPONI, *Le frontiere del trasporto pubblico locale tra competenze normative e situazioni giuridiche soggettive. Verso un diritto alla mobilità?*, cit., p. 10.

²⁰¹ CLARONI, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., p. 30.

in misura notevole, dalla tradizione settecentesca ed ottocentesca, per effetto della quale titolare delle libertà costituzionalmente garantite viene ad essere «l'uomo nell'intera gamma delle sue potenzialità d'azione, sia in quelle inerenti alla propria sfera privata, sia in quelle che si esprimono sul versante delle relazioni sociali e politiche»²⁰².

La Costituzione, pertanto, riconosce la primazia dell'individuo rispetto allo Stato, segnando, per tale via, anche un netto distacco dalla visione fascista dell'ordinamento, che ha dolorosamente segnato la nostra storia²⁰³. Il principio personalista, dunque, si pone alla base della nostra Costituzione, ed ha come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo della persona umana²⁰⁴.

L'individuo, dunque, è al centro dell'ordinamento, e non lo Stato, in ossequio «al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»²⁰⁵.

In ossequio a tale principio personalista che anima la nostra Costituzione, ogni persona diviene titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana, che la Repubblica si impegna a salvaguardare²⁰⁶. La dignità dei cittadini è riconosciuta quale dignità sociale perché nello Stato

²⁰² DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007, p. 238. Cfr. ampiamente sul tema, nella copiosa produzione scientifica, ANDREUCCI, *Il principio personalistico nel diritto scolastico*, Milano, 1969, p. 77 ss.; PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, p. 151 ss.

²⁰³ Cfr., in tal senso, CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in AA.VV., *Stato, popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 191.

²⁰⁴ In tal senso si v. Corte Costituzionale, 10 maggio 1999, n. 167, in www.giurcost.org.

²⁰⁵ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giustizia civile*, 2008, p. 1298.

²⁰⁶ Così MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in PACE (a cura di), *Corte Costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, p. 478 s.

contemporaneo essa ha una spiccata connotazione incentrata sulla concretezza delle condizioni di vita²⁰⁷.

In un contesto siffatto, il nuovo diritto alla mobilità, pur affondando le sue radici nella libertà di circolazione da sempre alla base della logica comunitaria, se ne discosta in quanto attribuisce ai cittadini un qualcosa di diverso. Del resto, la circolazione delle persone ha subito, negli anni più recenti, consistenti trasformazioni. Le esigenze della vita moderna, soprattutto con l'infittirsi delle relazioni industriali e commerciali fra le persone fisiche e giuridiche tra i vari Stati membri e l'intensificarsi degli spostamenti a scopi turistici, senza contare i flussi migratori più o meno occulti, hanno posto una serie di problemi relativi alla presenza, temporanea o definitiva, di soggetti nell'ambito di ordinamenti diversi da essi²⁰⁸.

La libertà di circolazione è dunque progressivamente venuta a mutare, divenendo vero e proprio diritto alla mobilità, finalizzato a consentire la piena esplicazione della personalità umana: in tale prospettiva è da leggersi il disposto dell'art. 120, primo comma, Cost., secondo il quale le Regioni non possono impedire la libera circolazione delle persone e delle cose né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

Va segnalato, ancora, che il riconoscimento del diritto alla mobilità contribuisce a rivalutare anche la questione della scelta del mezzo di trasporto, che, come si è visto in precedenza, era stata negata dalla Corte Costituzionale. In considerazione della funzione sociale del diritto alla mobilità, e della dimensione sociale del servizio di trasporto pubblico locale, infatti, «il mezzo (pubblico), unitamente alle ulteriori prestazioni che vanno a comporre l'offerta del servizio all'utenza, si eleva a strumento idoneo a consentire il raggiungimento del fine sociale proprio del trasporto in parola, segnatamente agevolando il movimento dei singoli, ovvero consentendolo nei casi in cui condizioni (anche fisiche) sfavorevoli possano limitarlo o anche inibirlo»²⁰⁹.

²⁰⁷ In tal senso RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in NANIA, RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, p. 128 s.

²⁰⁸ In tal senso DE DOMINICIS, *Stabilimento (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, p. 416.

²⁰⁹ CLARONI, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., p. 33.

In conclusione, è opportuno chiarire che non ha molta rilevanza affrontare la questione se, effettivamente, può dirsi sorto un nuovo diritto alla mobilità oppure è più semplice parlare di una nuova e diversa declinazione della libertà di circolazione costituzionalmente garantita. Quello che preme evidenziare, in fin dei conti, è il riconoscimento di una dimensione sociale al servizio di trasporto pubblico locale.

3.1. Il Regolamento n. 1191/69 in materia di obblighi di servizio

Il primo Regolamento europeo che rileva in materia di trasporti pubblici è il Regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Il Regolamento in esame che, come si vedrà, è stato successivamente abrogato, ha disciplinato per la prima volta la materia²¹⁰.

Tale provvedimento nasce da alcune esigenze individuate dal legislatore comunitario: a) l'eliminazione delle disparità create dall'imposizione alle imprese di trasporto, da parte degli Stati membri, di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico che possono falsare in misura sostanziale le condizioni di concorrenza; b) sopprimere gli obblighi di servizio pubblico, fermo restando che il mantenimento di tali obblighi è indispensabile in alcuni casi per assicurare la fornitura di servizi di trasporto sufficienti e che e tale fornitura si valuta in funzione dell'offerta e della domanda di trasporto esistenti, nonché delle esigenze della collettività; c) o lasciare agli Stati membri l'iniziativa di adottare misure di soppressione o di mantenimento degli obblighi di servizio pubblico; che, tuttavia, poiché tali obblighi potrebbero comportare oneri per le imprese di trasporto, queste devono poter presentare le relative domande di soppressione alle competenti autorità situate nei diversi Stati membri²¹¹.

²¹⁰ Cfr., per una disamina dell'evoluzione della politica europea in materia di servizio di trasporto pubblico IAIONE, *La regolazione dei servizi di trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 29 ss.; RAZZITTI, *La riforma dei trasporti pubblici locali nell'Unione europea e in Italia: aspetti problematici connessi alla realizzazione di un adeguato assetto concorrenziale del mercato*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2002, p. 655 ss.

²¹¹ Considerando che, ai fini del miglioramento dell'esercizio, le imprese di trasporto devono avere la possibilità di proporre nelle loro domande, l'utilizzazione di un'altra tecnica di trasporto più idonea

Con il Regolamento n. 1191/69 sono stati, in particolare, soppressi «gli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico», intesi, ai sensi dell'art. 2, §§ 1 e 2, 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" e che comprendono "l'obbligo di esercizio, l'obbligo di trasporto e l'obbligo tariffario».

Le amministrazioni competenti potevano, tuttavia, mantenere o imporre ai soggetti erogatori del servizio (cioè alle imprese di trasporto) gli obblighi di servizio pubblico. In tal caso, però, tra le amministrazioni e i soggetti erogatori deve essere concluso un "contratto di servizio pubblico" avente lo scopo di garantire "servizi di trasporto sufficienti", tenendo conto «dei fattori sociali, ambientali e di assetto del territorio» o per offrire «particolari condizioni tariffarie a favore di determinate categorie di passeggeri» (art. 1, par. 4 e 5 reg. n. 1893/91). L'imposizione al soggetto erogatore o, comunque, il mantenimento degli «obblighi di servizio pubblico» comporta che tali obblighi devono essere dall'amministrazione «compensati» nei modi stabiliti dagli artt. 10, 11, 12 e 13 del regolamento (CEE) n. 1191/69 (art. 6, par. 2).

L'art. 14 del regolamento n. 1191/69 disponeva, inoltre, che a decorrere dalla data di entrata in vigore del Regolamento, gli Stati membri potevano imporre obblighi di servizio pubblico a una impresa di trasporto soltanto se tali obblighi erano indispensabili a garantire la fornitura di sufficienti servizi di trasporto, a condizione che non si trattasse dei casi previsti al § 3 dell'art. 1, ossia ai prezzi e alle condizioni di trasporto imposti da uno Stato membro a favore di una o più categorie sociali particolari.

Se gli obblighi così imposti comportavano per le imprese di trasporto svantaggi economici²¹², ovvero oneri, le autorità competenti degli Stati membri prevedevano,

al traffico, e che, nel decidere il mantenimento di obblighi di servizio pubblico, le autorità competenti degli Stati membri devono potere subordinare la loro decisione a condizioni atte a migliorare il rendimento delle prestazioni in causa; nonché, infine, che è necessario che le autorità competenti, decidendo la soppressione di un obbligo di servizio pubblico, possano tuttavia prevedere l'istituzione di un servizio sostitutivo, allo scopo di garantire la fornitura di sufficienti servizi di trasporto pubblico stradale, ferroviario, aereo.

²¹² Ai sensi dell'art. 5, §§ 1 e 2, secondo cui Un obbligo di esercizio o di trasporto comporta svantaggi economici se la diminuzione delle spese che potrebbe essere realizzata con la soppressione totale o parziale di tale obbligo riguardo a una prestazione o ad un complesso di prestazioni soggette a tale obbligo, è superiore alla diminuzione degli introiti risultante da detta soppressione. Gli svantaggi

nelle loro decisioni relative all'imposizione di nuovi obblighi, la concessione di una compensazione degli oneri che ne derivavano.

Il Regolamento n. 1191/69 ha esercitato un ruolo fondamentale nel processo di integrazione e soprattutto armonizzazione delle condizioni di concorrenza delle diverse modalità di trasporto pubblico, disciplinando gli obblighi di servizio pubblico nei confronti delle imprese che forniscono servizi di trasporto nel settore trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, fatta eccezione per i servizi a carattere locale e regionale.

Si trattava infatti di obblighi che, in mancanza di una apposita regolamentazione, l'impresa non avrebbe mai assunto, o comunque avrebbe assunto ma a condizioni diverse, perché avrebbe senza alcun dubbio considerato il proprio interesse commerciale. Il Regolamento, invece, ha imposto alle imprese tali obblighi, prevedendo allo stesso tempo che lo Stato avrebbe dovuto compensare eventuali costi sostenuti dalle imprese²¹³.

Il profilo più importante della disciplina del Regolamento n. 1191/69 consisteva, per un verso, nella limitazione alla possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico e, per altro verso, di garantire la loro conservazione laddove essi si rendessero indispensabili allo scopo di assicurare la fornitura di servizi di trasporto adeguati per il soddisfacimento degli interessi della collettività, che rappresento il punto di riferimento di tutta la normativa europea, pur nel difficile bilanciamento degli interessi in conflitto.

economici sono determinati sulla base di un consuntivo, se del caso attualizzato, degli svantaggi economici annui costituiti dalla differenza fra la riduzione degli oneri annui e la riduzione degli introiti annui derivanti dalla soppressione dell'obbligo. Tuttavia, se degli obblighi di esercizio o di trasporto sono relativi ad una o più categorie di traffico di persone o di merci su una rete o su una parte considerevole di una rete, la valutazione degli oneri che possono essere eliminati in caso di soppressione dell'obbligo viene fatta sulla base di una suddivisione fra le varie categorie di traffico dei costi complessivi sostenuti dall'impresa per la sua attività di trasporto. Lo svantaggio economico è in tal caso pari alla differenza fra i costi imputabili alla parte dell'attività dell'impresa interessata dall'obbligo di servizio pubblico e il corrispondente introito. Gli svantaggi economici vengono determinati tenendo conto delle ripercussioni dell'obbligo sul complesso dell'attività dell'impresa. 2. L'obbligo tariffario comporta svantaggi economici quando la differenza fra gli introiti e gli oneri del traffico soggetto all'obbligo è inferiore alla differenza fra gli introiti e gli oneri del traffico risultante da una gestione commerciale che tenga conto dei costi delle prestazioni soggette a detto obbligo nonché della situazione del mercato.

²¹³ Cfr. in tal senso BATTISTINI, *Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2010, p. 571 ss.; MONCERI, *Il diritto alla "compensazione" come "diritto soggettivo" delle imprese che assolvono obblighi di servizio pubblico. Nota a CGUE sez. V 3 aprile 2014 (cause riunite da C-516/12 a C-518/12)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2014, p. 1375 ss.

Va segnalato, in conclusione, che il regolamento in esame escludeva espressamente dal suo ambito di applicazione i trasporti pubblici locali. Esso ha comunque avuto il merito di rappresentare il primo tentativo di disciplinare il potere degli Stati membri di imporre obblighi di servizio pubblico ai soggetti che operano nel settore del trasporto di passeggeri e di merci tramite ferrovia, strada e idrovia.

3.2. Il Regolamento n. 1893/91 in tema di contratti di servizio

Il summenzionato Regolamento n. 1191/69 è stato modificato dal Regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio del 20 giugno 1991 "che modifica il regolamento (CEE) n. 1191/69 relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile".

Tale modifica nasce, tra l'altro, dalla considerazione che fermo restando il principio della soppressione degli obblighi di servizio pubblico, lo specifico interesse pubblico dei servizi di trasporto può giustificare il fatto che in questo settore si applichi la nozione di servizio pubblico²¹⁴.

Inoltre, il legislatore comunitario prende atto che per conformarsi al principio dell'autonomia commerciale delle imprese di trasporto, è opportuno stabilire, nel quadro di un contratto concluso tra le autorità competenti di uno Stato membro e l'impresa, le modalità inerenti alla prestazione dei servizi in questione²¹⁵; nonché del fatto che per la fornitura di taluni servizi o nell'interesse di talune categorie sociali di passeggeri, è opportuno che gli Stati membri possano conservare la possibilità di mantenere o di imporre taluni obblighi di servizio pubblico²¹⁶.

Il Regolamento n. 1893/1991 si applica alle imprese di trasporto che forniscono servizi nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. L'art. 1, § 4, dispone che «per garantire servizi di trasporto sufficienti tenendo conto segnatamente dei fattori sociali, ambientali e di assetto del territorio o per offrire

²¹⁴ Cfr. Regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio del 20 giugno 1991, *considerando* n. 1. Su tale Regolamento si v. TESSAROLO, *La disciplina comunitaria del trasporto pubblico di passeggeri*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 13 giugno 2008; IAIONE, *La regolazione dei servizi di trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 29 ss.

²¹⁵ Cfr. Regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio del 20 giugno 1991, *considerando* n. 2.

²¹⁶ Cfr. Regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio del 20 giugno 1991, *considerando* n. 3.

particolari condizioni tariffarie a favore di determinate categorie di passeggeri le competenti autorità degli Stati membri possono concludere contratti di servizio pubblico con un'impresa di trasporto».

L'ambito di applicazione del regolamento in esame è più ampio rispetto al precedente, in quanto esso comprende anche il servizio di trasporto a carattere regionale e locale²¹⁷.

Per quanto concerne la nozione di contratto di servizio pubblico, «s'intende un contratto concluso fra le autorità competenti di uno Stato membro e un'impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti. In particolare, il contratto di servizio pubblico può comprendere: a) servizi di trasporto conformi a determinate norme di continuità, regolarità, capacità e qualità; b) servizi di trasporto complementari; c) servizi di trasporto a determinate tariffe e condizioni, in particolare per talune categorie di passeggeri o per taluni percorsi; b) adeguamenti dei servizi alle reali esigenze»²¹⁸.

Il Regolamento n. 1893/91, infine, ha stabilito che l'impresa che desidera metter fine o apportare modifiche sostanziali ad un servizio di trasporto che essa fornisce alla collettività in modo continuo e regolare e che non è coperto dal contratto o dall'obbligo di servizio pubblico ne informa le autorità competenti dello Stato membro con un preavviso di almeno tre mesi. Le autorità competenti possono rinunciare a questa informazione. Questa disposizione non pregiudica le altre procedure nazionali che disciplinano il diritto di metter fine o di apportare modifiche ad un servizio di trasporto²¹⁹.

3.3. Il Regolamento n. 1370/07 in materia di modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico

²¹⁷ Cfr. GRECO, URANIA GALLETTA, *Trasporti terrestri e relativo servizio pubblico*, in CHITI, GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 1 ss.

²¹⁸ Cfr. art. 1, § 4, del Regolamento n. 1893/91, che ha modificato l'art. 14 del Regolamento n. 1191/69. Si v., sul punto, RAMELLA, *Trasporti e infrastrutture. Un'altra politica è possibile*, Torino, 2008, p. 308 s.; IAIONE, *La regolazione dei servizi di trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 31 ss.

²¹⁹ Dopo aver ricevuto l'informazione di cui al paragrafo 4 le autorità competenti possono imporre il mantenimento del servizio ancora per un anno al massimo dalla data del preavviso e notificano tale decisione all'impresa almeno un mese prima della scadenza del preavviso. Esse possono pure prendere l'iniziativa di negoziare l'istituzione o la modifica di un servizio di trasporto.

I due Regolamenti precedentemente esaminati sono stati modificati dal 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.

Tale Regolamento, dunque, disciplina le modalità di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale. Il Regolamento n. 1370/2007 si applica all'esercizio dei servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e ad altri modi di trasporto su rotaia e su strada, con esclusione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico e del loro valore turistico²²⁰.

Gli Stati membri hanno poi la facoltà, ma non l'obbligo, di applicare il Regolamento anche al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e acque marine nazionali, ferme restando le disposizioni del Regolamento (CEE) n. 3572/1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione di servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo)²²¹.

Il Regolamento, che ha confermato la possibilità per gli Stati di avvalersi delle procedure concorsuali per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico, nasce da diverse esigenze²²²:

a) molti servizi di trasporto terrestre di passeggeri che rappresentano una necessità sul piano dell'interesse economico generale non possono essere gestiti secondo una

²²⁰ Contrariamente al regolamento (CEE) n. 1191/69, nel cui ambito di applicazione ricadono anche i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile, non si reputa opportuno disciplinare, nel presente regolamento, l'affidamento di contratti di servizio pubblico in questo specifico settore. L'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e, nella misura in cui non siano disciplinati da una specifica normativa comunitaria, per acque marine nazionali resta quindi soggetta all'osservanza dei principi generali del trattato, a meno che gli Stati membri non decidano di applicare il presente regolamento a tali specifici settori. Le disposizioni del presente regolamento non impediscono di integrare i servizi per via navigabile interna e per acque marine nazionali in una più vasta rete urbana, suburbana o regionale di trasporto pubblico di passeggeri.

²²¹ In tal senso SAMBRI, *L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 10 luglio 2013. Cfr. anche CLARONI, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., specialmente p. 116 ss.

²²² Tali esigenze sono ben analizzate da D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, in *JusOnline*, 1, 2016, p. 45 ss.; TRIOLO, *Il trasporto pubblico locale: la qualificazione dell'attività in termini di servizio pubblico e il contratto di servizio*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 1, 2016, p. 247 ss.

logica meramente commerciale. Occorre che le autorità competenti degli Stati membri abbiano la possibilità di intervenire per garantire la prestazione di tali servizi. Tra i meccanismi a disposizione delle autorità competenti per far sì che vengano forniti servizi di trasporto pubblico di passeggeri vi sono: l'attribuzione agli operatori del servizio pubblico di diritti di esclusiva, la concessione agli operatori del servizio pubblico di compensazioni finanziarie e la determinazione di regole generali, valide per tutti gli operatori, per l'esercizio dei trasporti pubblici. Se gli Stati membri, a norma del presente regolamento, scelgono di escludere certe regole generali dall'ambito di applicazione del regolamento stesso, si dovrebbe applicare il regime generale per gli aiuti di Stato²²³;

b) molti Stati membri hanno adottato una legislazione che prevede la concessione di diritti di esclusiva e la stipulazione di contratti di servizio pubblico, almeno per una parte del loro mercato dei trasporti pubblici, sulla base di procedure di aggiudicazione eque e trasparenti. Di conseguenza, gli scambi fra Stati membri sono notevolmente aumentati e numerosi operatori di servizio pubblico stanno adesso fornendo servizi di trasporto pubblico di passeggeri in più di uno Stato membro. Tuttavia, dall'evolversi delle legislazioni nazionali è scaturita l'applicazione di procedure difformi, cosa che ha creato incertezza giuridica riguardo ai diritti degli operatori di servizio pubblico e agli obblighi delle autorità competenti²²⁴;

c) da alcuni studi effettuati e dall'esperienza maturata dagli Stati membri che da vari anni hanno introdotto la concorrenza nel settore dei trasporti pubblici emerge che, con le adeguate garanzie, l'introduzione di una concorrenza regolamentata tra gli operatori in questo settore consente di rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti, senza per questo ostacolare l'adempimento dei compiti specifici assegnati agli operatori di servizio pubblico²²⁵;

²²³ Regolamento(CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, *considerando* n. 5.

²²⁴ Regolamento(CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, *considerando* n. 6.

²²⁵ Regolamento(CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, *considerando* n. 7. Cfr., sul punto, D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, cit., p. 47 ss.

d) Per poter organizzare i propri servizi di trasporto pubblico di passeggeri nel modo più rispondente alle esigenze del pubblico, tutte le autorità competenti devono avere la facoltà di scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico, tenendo conto degli interessi delle piccole e medie imprese, secondo le modalità prescritte dal presente regolamento. Per garantire l'applicazione dei principi di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori in concorrenza e di proporzionalità, qualora vengano accordati compensazioni o diritti di esclusiva, è indispensabile definire in un contratto di servizio pubblico stipulato dall'autorità competente con l'operatore di servizio pubblico prescelto la natura degli obblighi di servizio pubblico e il compenso concordato. La forma o la denominazione di tale contratto possono variare in funzione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Prima di passare all'analisi delle diverse forme di gestione del servizio, va segnalato che il Regolamento in esame si applica solamente nel caso in cui i contratti di servizio pubblico per la fornitura e gestione di servizi di trasporto di passeggeri assumono la forma di concessione di servizi, e non laddove essi assumano la forma degli appalti pubblici²²⁶.

Le "concessioni" di lavori o di servizi (non è prevista quella di forniture)²²⁷ sono, come gli appalti pubblici, «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi, il cui corrispettivo, però,

²²⁶ L'espressione "appalti pubblici" individua un complesso sistema di norme volto a disciplinare le vicende connesse all'acquisizione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione. L'appalto pubblico, infatti, può essere considerato un'espressione dell'attività "strumentale" di quest'ultima, finalizzata ad assicurare i mezzi necessari all'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva. Cfr. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, XVI, Padova, 1991, p. 665 ss.

²²⁷ appalto pubblico di lavori, servizi o forniture sono tre diverse tipologie di appalti pubblici che presentano ognuna una propria particolarità.

Al di là delle differenze, tuttavia, vi sono comunque alcuni elementi in comune, che rappresentano delle caratteristiche del contratto di appalto pubblico: a) la conclusione di tale tipologia di contratto all'esito di un procedimento amministrativo; b) il carattere oneroso del contratto di appalto pubblico; c) la necessità che venga stipulato per iscritto; d) la parziale predefinitiva legislativa dell'oggetto del contratto di appalto, fatta salva, ovviamente, l'indicazione della prestazione effettivamente richiesta dall'amministrazione; e) l'indicazione di vincoli non derogabili alla libertà delle parti nella modifica dell'accordo stipulato; f) la predefinitiva delle modalità e dei criteri di incontro della volontà delle parti che, in linea di principio, non consentono di adottare quelle modalità di natura discrezionale tipiche dell'ordinamento privatistico.

consiste nel diritto di gestire l'opera o i servizi o in tale diritto accompagnato giocoforza da un prezzo»²²⁸.

La differenza tra le due suddette modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sta, in definitiva, in questo: «nella "concessione", l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; nell'"appalto", invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. L'impresa che fornisce l'opera o il servizio non supporta, quindi, l'alea connessa alla gestione dell'opera o del servizio, sicchè, venendo a mancare l'elemento rischio, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di lavori o appalto di servizi»²²⁹.

Il Regolamento n. 1893/91 ha dunque fortemente innovato la disciplina del precedente Regolamento n. 1191/69, anzitutto con riferimento all'ambito applicativo, assai più ampio, applicandosi anche ai servizi di trasporto pubblico regionale e locale.

Il regolamento non specifica se si occupa del trasporto pubblico di linea o non di linea. Teoricamente, la disciplina che è stata dettata potrebbe trovare applicazione anche per il trasporto pubblico non di linea. Ciò vale soprattutto per le disposizioni di carattere generale o di principio, nonché per quelle disposizioni di dettaglio previste per i trasporti di linea e che possono essere estese, attraverso un'interpretazione di tipo analogico, anche i servizi di trasporto pubblico non di linea²³⁰.

Tuttavia, è stato osservato che i servizi di trasporto pubblico non di linea non esercitano la loro attività in via continuativa²³¹. A tale considerazione, tuttavia, si è obiettato che il servizio di trasporto pubblico non di linea, ed in particolare il

²²⁸ SAMBRI, *L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007*, cit.

²²⁹ SAMBRI, *L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007*, cit.

²³⁰ Cfr., con riguardo alla disciplina previgente, CARNEVALE VENCHI, *Trasporti pubblici in concessione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 1101 ss.

²³¹ In tal senso RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, cit., p. 2266.

servizio taxi, specie se considerato in via unitaria, viene anch'esso erogato in via continuativa giacché la fornitura del servizio da parte dei singoli operatori autorizzati viene garantita durante tutta la giornata e tutto l'arco della settimana mediante la previsione di un meccanismo di turnazione gestito e controllato dall'ente locale²³².

4. Il quadro normativo in materia di trasporto pubblico locale: la *ratio* ed il contenuto del d.lgs. n. 422/1997

Il quadro normativo di riferimento in materia di trasporto pubblico locale, nell'ordinamento giuridico italiano, è costituito indubbiamente dal d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, recante "Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59"²³³.

Il processo che ha portato a tale riforma è dovuto ad una serie di fattori: in primo luogo assume rilevanza l'influenza del diritto comunitario, di cui si è già detto in precedenza, che ha imposto il rinnovamento della disciplina italiana, invitandolo alla liberalizzazione di una serie di settori che erano tradizionalmente caratterizzati da un principio di riserva legale. In secondo luogo, non meno decisivo, assume rilevanza un altro fattore, ossia il risanamento della finanza pubblica che, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, ha vissuto un processo di brusca e decisiva accelerazione²³⁴.

Proprio in quegli anni, infatti, la questione del servizio pubblico locale diviene essenziale dal punto di vista del Governo, come testimonia il primo documento di "osservazioni e raccomandazioni", datato 1994, redatto dalla Commissione tecnica per la spesa pubblica del Ministero del Tesoro, nel quale è possibile attribuire rilevanza ai seguenti fattori: a) unificazione delle responsabilità di programmazione

²³² Così IAIONE, cit., p. 37.

²³³ Per un primo inquadramento della riforma legislativa si v., nella copiosa produzione scientifica, DELLA PORTA, GITTO, *La riforma del trasporto pubblico locale nella prospettiva aziendale. Il difficile compromesso tra economicità aziendale ed efficacia sociale*, cit., *passim*; BUCCI, *Il trasporto pubblico locale: una prospettiva per l'Italia*, Bologna, 2006, *passim*.

²³⁴ Cfr. ampiamente sul tema GIANNINI, OSCULATI, *Risanamento e sviluppo: la finanza pubblica dall'aggiustamento degli anni '90 alle riforme per l'Unione monetaria*, Milano, 1998, p. 1 ss.

e finanziamento in materia di trasporto pubblico locale in capo alle Regioni; b) introduzione di meccanismi di tipo concorrenziale per l'attribuzione dei servizi, favorendo un modello noto in dottrina come "concorrenza per il mercato"²³⁵; c) avvio di un processo di privatizzazione delle imprese pubbliche adibite alla gestione di servizi di trasporto pubblico locale e regionale; d) introduzione di una serie di accorgimenti finalizzati a garantire, in un lasso di tempo ragionevole, il controllo di tutto il processo di trasferimento dei fondi pubblici al settore del trasporto pubblico locale.

Tuttavia, i tempi per una riforma non erano ancora maturi: dal punto di vista politico, infatti, l'Italia viveva un periodo di grande instabilità: non vi era una adeguata convergenza di interesse verso un settore di grande rilevanza sociale quale è quello dei trasporti²³⁶. La dottrina si era mostrata molto critica nei confronti della

²³⁵ Cfr. sul punto LOSTORTO, *I servizi pubblici: il quadro normativo, l'organizzazione, i modelli gestionali*, Milano, 2007, p. 34 ss. L'A. osserva che con questa espressione si intendono quei contesti regolati nei quali vengono introdotti degli elementi di competitività. La concorrenza per il mercato si realizza attraverso il confronto tra più operatori nell'ambito di procedure di gara per l'affidamento dei servizi. Il corretto confronto tra gli aspiranti gestori garantisce che le funzioni assegnate siano svolte con minori costi o, a parità di costi, con maggiori benefici per la comunità. Tuttavia, secondo quanto osservato da BOITANI, *La Riforma del trasporto pubblico locale: una valutazione personale*, in documentazione Convegno "L'attuazione della riforma del TPL in Alto Adige", 22 novembre 2000, «il d.lgs. 422/97 era assai meno innovativo dal punto di vista degli incentivi all'introduzione di meccanismi concorrenziali di quanto non fosse il testo elaborato l'anno precedente: la mediazione politica aveva finito per avere il sopravvento. Per fortuna, nel corso del 1998 e del 1999 il nuovo disegno di riforma dei servizi pubblici locali (AS 4014) era andato prendendo corpo - con il contributo determinante dell'on. Vigneri e di uno dei consiglieri di Palazzo Chigi, il prof. Claudio De Vincenti. E il disegno di legge prevedeva un regime obbligatorio di gare per tutti i servizi di rilevanza industriale (tra cui i trasporti), nonché la trasformazione delle aziende speciali in società di capitale e la proibizione per le aziende operanti in regime di affidamento diretto o di concessione senza gara di partecipare alle gare. Il nuovo Ministro dei trasporti, l'on. Tiziano Treu - spinto dall'on. Angelini, divenuto sottosegretario, dal prof. Panettoni e anche da chi scrive - si convinse ad emanare rapidamente un decreto legislativo che correggesse le più vistose mancanze del 422/97, introducendo subito per i trasporti i principi fondamentali della riforma dei servizi pubblici locali. Nacque così il D.lgs. 400/99».

²³⁶ Per una precisa ricostruzione della storia del processo di riforma, si veda BOITANI, *La Riforma del trasporto pubblico locale: una valutazione personale*, cit. Va segnalato, invero, che, come è stato correttamente osservato, «il primo passo verso 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 sempre rientranti nella normativa statale. La nascita e lo sviluppo delle Regioni determinò, nella prima parte degli anni settanta, la corsa alla trasformazione delle aziende municipali e provinciali in "consorziali", vale a dire emanazioni di consorzi formati dalle province, dai comuni capoluogo ed eventualmente da altri comuni appartenenti a quel bacino di traffico. Questo avvenne quasi ovunque, soprattutto nelle Regioni del centro-nord, ma rivestì un carattere assolutamente importante nella nostra, dove sorsero sette consorzi per il trasporto pubblico. Sette e non nove, perché la provincia di Rimini non esisteva ancora e i servizi nelle province di Forlì e Rimini erano inizialmente accorpati in un unico consorzio "romagnolo": in tal senso FERRECCHI, FORMENTIN, *La riforma del trasporto pubblico locale, in Le istituzioni del federalismo*, 4, 2008, p. 54.

situazione, sottolineando con grande rammarico la presenza di «leggi che si succedono nell'arco breve di pochi anni; continui progetti di legge di variazioni annunciate che non trovano realizzazione, materie che entrano ed escono dalla definizione di pubblico servizio, pronunce giurisprudenziali che mutano radicalmente, e più volte, indirizzo nel giro di pochi mesi anche quando chi le emana è il supremo organo di nomofilachia»²³⁷.

La riforma cominciò ad essere assai più concreta sul finire degli anni novanta del secolo scorso, soprattutto a seguito dell'introduzione della legge 15 maggio 1997, n., 59, nota come legge Bassanini, recante "Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa". Tale legge ha infatti stabilito una serie di criteri guida di grande rilevanza:

- a) decentramento dei processi decisionali ed amministrativi verso gli enti regionali e locali²³⁸;
- b) superamento del precedente assetto di monopolio in materia di trasporto pubblico locale;
- c) introduzione dei c.d. contratti di servizio quali strumento di regolamentazione del rapporto tra enti locali e gestori del servizio. I contratti di servizio, in particolare, devono essere caratterizzati dalla certezza finanziaria e dalla copertura di bilancio. Con la legge Bassanini, il Parlamento ha delegato il Governo ad emanare un d.lgs. entro nove mesi, al fine di attribuire, in ossequio ai suindicati principi, alle regioni le funzioni in materia di trasporto pubblico locale.

Il provvedimento normativo, piuttosto ad ampio respiro, è caratterizzato da una serie di previsioni di grande rilevanza. In primo luogo, esso trasforma le aziende speciali in società di capitali partecipate, in diversa misura, dagli enti pubblici. Vi è poi l'introduzione di una serie di servizi minimi, ossia, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 422/1997, di «servizi che per qualità e quantità rispondono alle esigenze di mobilità dei cittadini e i cui costi sono a carico delle Regioni e sono definiti tenendo

²³⁷ MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 7.

²³⁸ Su tale particolare profilo si v. D'AMICO, PALUMBO, *Il trasporto pubblico locale dal protezionismo al mercato. Evidenze empiriche sulle aziende del settore*, Milano, 2011, p. 53 ss.

conto dei fattori legati alla domanda di mobilità e alla necessità di superare problemi relativi al traffico e all'inquinamento»²³⁹.

Il legislatore, inoltre, ha individuato una serie di *standard* di quantità e di qualità dei servizi, al fine di garantire il diritto alla mobilità dei cittadini su tutto il territorio nazionale. A tal fine, vengono responsabilizzate le Regioni, anticipando quello che sarebbe stata la riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001: il principio di sussidiarietà, infatti, impone che le funzioni siano esercitate dagli enti più vicini alla popolazione, in quanto essi sono i soggetti più idonei per questo compito, in considerazione proprio della vicinanza "geografica" al territorio di riferimento. Tale principio richiama la necessità che le funzioni vengano esercitate sì dal livello locale più vicino alla popolazione, ma allo stesso tempo impone la verifica che tale livello sia effettivamente in grado di garantire un corretto esercizio delle funzioni medesime: la sussidiarietà, dunque, non può andare a detrimento della qualità delle prestazioni, tenuto conto dei diritti rilevanti che normalmente sono in gioco in tale contesto.

Alle Regioni il legislatore ha attribuito compiti specifici in materia di programmazione (predisposizione dei "piani di bacino", redazione dei Piani regionali di trasporto) e di regolamentazione (approvazione del programma triennale dei servizi di trasporto pubblico locale). Agli altri enti locali, ossia a province e comuni, sono state invece attribuite funzioni di programmazione e di amministrazione non espressamente riservate alle Regioni²⁴⁰.

Il legislatore, ancora, ha introdotto una serie di regole per l'organizzazione del servizio di trasporto pubblico locale, prevedendo il c.d. contratto di servizio diretto alla regolamentazione degli obblighi di servizio pubblico e dei servizi aggiuntivi istituiti dagli enti locali.

Altra grande innovazione del legislatore, infine, è l'introduzione del principio dell'evidenza pubblica per l'individuazione del gestore del servizio, in luogo del

²³⁹ Tali servizi devono essere programmati tenendo presente l'integrazione tra le reti di trasporto, il pendolarismo scolastico e lavorativo, la fruibilità dei servizi da parte degli utenti per l'accesso ai vari servizi amministrativi, socio-sanitari e culturali, le esigenze di riduzione della congestione e dell'inquinamento.

²⁴⁰ Cfr. sul punto GULLO, *La legislazione regionale in materia di trasporti dopo la riforma Bassanini*, in *Nuove autonomie*, 1-2, 2002, p. 113 ss. Sul tema si v. anche GIORDANO, *Sulla proroga del preesistente regime di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Nota a C. Cost. 3 marzo 2006 n. 80*, in *Giustizia amministrativa*, 2, 2006, p. 472 ss.

principio dell'affidamento diretto. Il gestore, in particolare, deve essere scelto sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché nei piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che della fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per la istituzione o il mantenimento delle singole linee esercite.

5. I principi portanti della novella legislativa: a) gli obblighi di servizio; b) i contratti di servizio; c) la separazione delle funzioni; d) la questione dell'affidamento

Si è fatto cenno, nelle pagine precedenti, alle innovazioni introdotte dal legislatore con il d.lgs. n. 422/1997: pare ora opportuno esaminare maggiormente nel dettaglio i principi fondamentali dello stesso.

Per quanto concerne gli obblighi di servizio, si devono intendere quelli che un operatore del servizio di trasporto passeggeri, considerando il profilo meramente commerciale, non assumerebbe, o comunque non assumerebbe negli stessi termini o alle stesse condizioni in assenza di compenso.

Va segnalato che gli obblighi di servizio pubblici si distinguono tradizionalmente in obblighi di esercizio, relativi alla garanzia che un determinato servizio venga erogato con continuità, regolarità e capacità; obblighi di trasporto, consistenti nell'obbligo di accettare senza la possibilità di porre alcuna condizione la domanda di trasporto; obblighi tariffari, consistenti nell'imposizione di una tariffa particolare in contrasto con gli interessi commerciali specialmente nei confronti di categorie determinate di persone²⁴¹.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, per lungo tempo, ha ritenuto che spettasse alle imprese di trasporto la compensazione degli oneri di trasporto, ossia per aver sopportato gli obblighi di servizio. Tuttavia, nel corso degli anni tale indirizzo è mutato, a seguito dell'orientamento della Cassazione secondo la quale le compensazioni, essendo pretese di carattere economico, debbono considerarsi

²⁴¹ Cfr. sul punto ORRÙ, *Obblighi e contratti di servizio pubblico nel trasporto locale di passeggeri su strada alla luce della sistematica del diritto europeo dei trasporti*, in *Il Diritto marittimo*, 2, 2015, p. 293 ss.; MONCERI, *Il diritto alla "compensazione" come "diritto soggettivo" delle imprese che assolvono obblighi di servizio pubblico. Nota a CGUE sez. V 3 aprile 2014 (cause riunite da C-516/12 a C-518/12)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2014, p. 1375 ss.

riconducibili a indennità, canoni e corrispettivi per i quali deve riconoscersi giocoforza la giurisdizione del giudice ordinario²⁴².

In particolare, con la nota sentenza n. 5043/2006, il Consiglio di Stato ha osservato che «la problematica giuridica fondamentale da vagliare nella fattispecie fosse quella dell'immediata applicabilità delle norme comunitarie a fronte di una disciplina interna dell'ordinamento nazionale incentrata sulla legge n. 151 del 10 aprile 1981 che non prevedeva un metodo di compensazione effettiva e piena dei maggiori costi sostenuti in stretta correlazione agli obblighi imposti dalle Autorità concedenti, ma solo un regime di erogazione di contributi di esercizio avente la funzione di risanare le gestioni delle imprese di trasporto secondo criteri fondati sulla efficienza ed economicità»²⁴³.

Orbene, nel caso di specie il Consiglio di Stato ha riconosciuto la qualificazione di diritto soggettivo della pretesa fatta valere dalla ricorrente, una azienda di trasporti, la quantificazione del dovuto nel disavanzo d'esercizio conseguito dalla società nella gestione del servizio di trasporto pubblico: per la prima volta, dunque, si è riconosciuto il diritto della società di trasporto a godere della compensazione degli oneri dovuti per obblighi di servizio.

Tale indirizzo è stato confermato negli anni successivi, anche se la giurisprudenza ha tenuto a specificare le condizioni che danno luogo all'obbligo di compensazione. Con la pronuncia n. 798/2015, ad esempio, il Consiglio di Stato ha osservato che «il diritto alla compensazione viene ad esistenza, secondo la condizione fissata dall'art. 5 del Regolamento, esclusivamente nel caso in cui le autorità competenti abbiano respinto la domanda di soppressione presentata dall'impresa di trasporto nei termini di legge. Il meccanismo comunitario richiede, infatti, il verificarsi della duplice condizione della presentazione della domanda di soppressione e del provvedimento amministrativo orientato nel senso del mantenimento degli obblighi, senza subordinare l'onere della domanda al presupposto, invocato dall'appellante attraverso una non ammissibile interpretazione additiva, della derivazione in capo alle aziende, per effetto del mantenimento degli obblighi di

²⁴² Cfr. Cass. civ., SS.UU., 11 gennaio 2011,

²⁴³ Cons. Stato, 16 febbraio 2015, n. 798, in *giustizia-amministrativa.it*.

servizio, di pregiudizi imprevedibili e non conoscibili da parte dell'amministrazione competente»²⁴⁴.

Oltre agli obblighi di servizio, il legislatore ha introdotto il c.d. contratto di servizio il quale, ai sensi dell'art. 19 del codice dei contratti pubblici, nel rispetto dei principi sull'erogazione dei servizi pubblici così come fissati dalla carte dei servizi del settore dei trasporti, deve definire: a) il periodo di validità; b) le caratteristiche dei servizi offerti ed il programma di esercizio; c) gli standard qualitativi minimi del servizio, in termini di età, manutenzione, confortevolezza e pulizia dei veicoli, e di regolarità delle corse; d) la struttura tariffaria adottata; e) l'importo eventualmente dovuto dall'ente pubblico all'azienda di trasporto per le prestazioni oggetto del contratto e le modalità di pagamento, nonché eventuali adeguamenti conseguenti a mutamenti della struttura tariffaria; f) le modalità di modificazione del contratto successivamente alla conclusione; g) le garanzie che devono essere prestate dall'azienda di trasporto; h) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto; i) la ridefinizione dei rapporti, con riferimento ai lavoratori dipendenti e al capitale investito, dal soggetto esercente il servizio di trasporto pubblico, in caso di forti discontinuità nella quantità di servizi richiesti nel periodo di validità del contratto di servizio; l) l'obbligo dell'applicazione, per le singole tipologie del comparto dei trasporti, dei rispettivi contratti collettivi di lavoro²⁴⁵.

I contratti di servizio «costituiscono un cardine del cambiamento istituzionale ed organizzativo del trasporto e, gare a parte, sono da considerare a tutti gli effetti uno strumento regolatore dei rapporti tra Ente (appaltante) e Azienda (gestore). Il Contratto è lo strumento negoziale fra il soggetto (Ente/autorità committente) che regola il servizio di trasporto pubblico e il soggetto gestore che lo eroga (operatore). In esso sono definite le caratteristiche del servizio di trasporto (percorsi

²⁴⁴ Cons. Stato, 16 febbraio 2015, n. 798, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si legge ancora che «Il sistema comunitario fin qui esposto non è confutato dalle fonti legislative statali e regionali che, in assenza di disposizioni contrarie, devono essere lette in modo da essere armonizzate e integrate dalla disciplina sovranazionale in base al principio di primauté europea. Segnatamente, il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, che sancisce il passaggio dal sistema concessorio a quello dei contratti di servizio infranovennali e prevede la definizione degli obblighi di servizio pubblico e delle conseguenti compensazioni economiche, non contiene una normativa sostanziale o procedurale che si ponga in contrasto con il meccanismo europeo di generazione del diritto alla compensazione. Parimenti, la legge regionale per la Campania 28 marzo 2002, n. 3, dispone che i contratti di servizio pubblico devono rispettare gli articoli 2 e 3 del regolamento n. 1191/69, senza dettare alcuna regolamentazione che modifichi o superi la normativa europea di riferimento.

²⁴⁵ Cfr. art. 19 del Codice dei contratti pubblici.

delle linee, chilometri per linea, frequenza, orari, etc.) che il gestore si impegna ad offrire, i relativi standard ed il corrispettivo economico spettante al gestore. Il servizio di trasporto risulta ripartito in servizi minimi e servizi aggiuntivi»²⁴⁶.

Altro principio cardine della novella legislativa è quello della separazione delle funzioni: assume rilevanza, in particolare, la separazione tra funzioni di programmazione, funzioni di progettazione e gestione del servizio. Si prevede, inoltre, la separazione societaria tra i soggetti proprietari della rete e degli impianti ed i soggetti responsabili della gestione del servizio. Gli enti sono tenuti ad affidare la gestione della rete attraverso la concessione.

Il recente d.l. n. 50/2016, in particolare, ha introdotto finalmente l'obbligo della separazione fra la funzione di gestione e quella di regolazione, di indirizzo e controllo dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale che dovrebbe portare al superamento del conflitto di interesse della autorità competente per la procedura di gara che è al contempo proprietaria di uno dei concorrenti. In tale evenienza infatti: "l'ente affidante si avvale obbligatoriamente di altra stazione appaltante per lo svolgimento della procedura di affidamento".

Per quanto riguarda, invece, l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, l'abrogazione avvenuta, a seguito del *referendum*, dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, il quale si proponeva di individuare in maniera sostanzialmente univoca le forme di gestione di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, ivi compreso il servizio di trasporto pubblico locale, non ha prodotto una lacuna normativa in senso tecnico.

La Corte Costituzionale, infatti, con la sentenza n. 24/2011, ha osservato che «dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario»²⁴⁷.

Secondo la Consulta, in particolare, «all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo

²⁴⁶ BENINATO, MEOLA, *La gestione dei contratti di servizio nelle aziende di trasporto pubblico locale. Riflessioni e considerazioni*, in www.cptn.it.

²⁴⁷ Corte Cost., 26 gennaio 2011, n. 24, in www.giurcost.org.

(reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, 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 di servizi pubblici di rilevanza economica»²⁴⁸.

Alla disciplina europea, poi, va ovviamente ad aggiungersi la disciplina italiana non incompatibile con l'art. 23 *bis* e quindi dallo stesso non abrogata.

Il Consiglio di Stato, ancora, ha chiarito che «i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono in definitiva essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico - privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una "gara a doppio oggetto" per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio), ovvero attraverso l'affidamento diretto, in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma ne che sostituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) "analogo" (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano. L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata

²⁴⁸ Corte Cost., 26 gennaio 2011, n. 24, cit.

da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti»²⁴⁹.

La disciplina attuale, comunque, è la seguente: il recente decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 ha ripreso molte delle disposizioni sul TPL contenute nel d.lgs. cosiddetto Madia sui servizi pubblici locali. Tra i principi che hanno ispirato la recente riforma si segnala, anzitutto, l'adozione di una concorrenza per il mercato per tutti i servizi di trasporto pubblico locale e regionale, compresi quelli ferroviari, senza alcuna distinzione tra servizi minimi e servizi ulteriori, e nemmeno tra diritti esclusivi e diritti speciali.

In secondo luogo, assume rilevanza «la promozione del metodo di affidamento prescelto. Si è deciso di non procedere attraverso la definizioni di obblighi e termini temporali, vista la necessità di prevedere l'in-house come modalità di affidamento ammissibile e la dimostrata inefficacia dei vincoli temporali, dal D.Lgs. 422 in poi. Si è così optato per affidare la promozione del metodo di gestione prescelto a incentivi e disincentivi finanziari»²⁵⁰.

Il d.l. n. 50/2016 ha introdotto, tra le altre cose: 1) un meccanismo molto complesso di ripartizione del Fondo nazionale che si basa sul superamento della spesa storica al fine di segnare il passaggio ai costi standard e, successivamente, ai fabbisogni standard; 2) l'oltrepassamento della soglia del 35% della quota dei costi operativi che devono essere coperti con i ricavi da traffico; 3) la previsione di costituire società pubbliche o miste per la distribuzione e la gestione dei beni immobili essenziali e dei beni che si pongono come strumentali al servizio ferroviario di interesse regionale²⁵¹.

Nella normativa in esame è stato eliminato qualsivoglia riferimento alle modalità di affidamento dei servizi ed all'obbligo di motivare le scelte in merito. L'art. 2 del d.l. n. 50/2016, però, incentiva il ricorso alle gare pubbliche dal punto di vista finanziario: si prevede infatti 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

²⁴⁹ Cons. Stato, 30 settembre 2013, n. 4832, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁵⁰ BOITANI, RAMELLA, *Competizioni e aggregazione nel TPL*, in *www.anav.it*, 5 luglio 2017, p. 9 s.

²⁵¹ Così BOITANI, RAMELLA, *Competizioni e aggregazione nel TPL*, cit., p. 10.

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'Autorità di regolazione dei trasporti.

Va segnalato, tuttavia, che subito dopo il legislatore ha introdotto una eccezione, stabilendo che 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'articolo 7, comma 2, del regolamento (CE) 1370/2007. Per quanto riguarda il *quantum*, il legislatore ha previsto che «la riduzione, applicata alla quota di ciascuna Regione come determinata ai sensi delle lettere da a) a c), è pari al quindici per cento del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con le predette procedure. Le risorse derivanti da tali riduzioni sono ripartite tra le altre Regioni con le modalità di cui al presente comma, lettere a), b) e c); 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; ove l'importo complessivo del Fondo nell'anno di riferimento sia inferiore a quello dell'anno precedente, tale limite è rideterminato in misura proporzionale alla riduzione del Fondo medesimo».

Va segnalata, comunque, «una certa ritrosia degli enti pubblici a ricorrere alle procedure competitive: come è stato opportunamente osservato, infatti, Si evidenzia in particolare un atteggiamento che potremmo definire come “difensivo” da parte delle amministrazioni locali volto a minimizzare i potenziali effetti destabilizzanti conseguenti all’adozione di meccanismi competitivi. La motivazione più importante di tale atteggiamento sembra da ricondursi al fatto che, quasi sempre, l’ente responsabile dell’affidamento è altresì il proprietario di uno dei partecipanti alla gara e, dunque, in palese conflitto di interessi. Si registra inoltre una forte avversità alla prospettiva di un eventuale ridimensionamento degli organici

aziendali a seguito di processi di efficientamento e conseguente adozione su pressante richiesta sindacale della cosiddetta “clausola sociale”»²⁵².

L'esito di tale scelta si è risolto in una tendenziale conservazione dello *status quo*, con miglioramenti nell'efficienza dei servizi del tutto marginali e scarsamente significativi. Solo negli ultimi tempi, verosimilmente in considerazione dell'avvicinarsi del termine ultimo fissato dall'Unione europea, gran parte degli enti locali ha ritenuto opportuno ricorrere a procedure di carattere competitivo: ciò evidenzia un mutamento nell'atteggiamento degli enti locali, i quali non solo hanno definitivamente intrapreso la strada della gara pubblica, ma sembra anche che abbiano compreso la necessità di dare vita ad una gara realmente competitiva al fine di garantire una concorrenza effettiva.

6. L'Autorità di regolazione dei trasporti, ART

L'Autorità di regolazione dei trasporti è stata istituita ai sensi dell'art. 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214) nell'ambito delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

L'Autorità è competente per la regolazione nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture ed ai servizi di carattere accessorio. Si tratta di una autorità amministrativa indipendente. Le autorità amministrative indipendenti sono finalizzate alla cura di interessi pubblici, e in ciò risiede il loro essere comunque amministrazioni; tuttavia non curano tali interessi nel modo tradizionale, o, per meglio dire, secondo la rappresentanza tradizionale. Esse, infatti, sono tenute ad elaborare norme, tendenzialmente con il concorso dei soggetti interessati, e ad

²⁵² BOITANI, RAMELLA, *Competizioni e aggregazione nel TPL*, cit., p. 12. Si osserva ancora che «la strategia adottata quasi all'unisono dagli enti locali prevede l'effettuazione di appalti unitari per l'intero ambito di competenza, tipicamente, nella fase iniziale, quello provinciale per il trasporto su gomma extraurbano e l'intera città capoluogo / area metropolitana per quello urbano. Specularmente, le imprese che gestivano il servizio su parte del bacino messo a gara decidono abitualmente di consorzarsi tra loro in un unico raggruppamento in alcuni casi rafforzato da qualche player esterno di dimensioni maggiori. A ciò si accompagna una modalità di valutazione che conferisce, in particolare per i bandi relativi ai servizi su gomma, un peso minimo all'offerta economica e, di norma, 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. In alcuni casi, infine, il disciplinare di gara specifica requisiti tecnici che, di fatto, implicano l'esclusione dal procedimento della maggior parte dei potenziali concorrenti».

applicare le regole in posizione di neutralità, normalmente in contraddittorio ovvero di indifferenza rispetto agli interessi. L'attività di elaborazione delle regole non esclude ovviamente che l'autorità abbia o si formi una propria visione dell'interesse pubblico, che va tuttavia verificata nel confronto trasparente con gli interessi.

Nella cura dell'interesse pubblico, le autorità amministrative indipendenti sono certamente guidate dalla scienza e dalla tecnica nelle loro decisioni, nonché dalla saggezza che dovrebbe contraddistinguerne i membri. Allo stesso tempo, tuttavia, esse sono anche chiamate a prendere decisioni di grande rilevanza dal punto di vista politico²⁵³.

Le valutazioni demandate alle autorità indipendenti, oltre che vincolate in misura variabile dal sapere scientifico e tecnico ed intenzionalmente sottratte al calcolo politico-elettorale di corto respiro, possono risultare disciplinate, anche quanto al loro contenuto politico, mediante la procedimentalizzazione partecipata dello stesso potere di regolazione attribuito alle autorità. Ne consegue, in definitiva, l'ancoraggio effettivo delle decisioni al principio democratico, secondo quanto indicato dall'art. 3, comma 2, Cost.

La neutralità delle autorità amministrative indipendenti non è da confondere con apoliticità: neutralità, infatti, è da intendersi esclusivamente come totale indifferenza rispetto agli interessi in gioco, premessa affinché gli interessi (tutti, e non solo quelli filtrati dalla maggioranza di governo in modo spesso non trasparente) abbiano una voce effettiva nell'esercizio dell'azione amministrativa, attraverso un confronto trasparente.

Le autorità amministrative indipendenti, inoltre, non necessitano di un esplicito riconoscimento costituzionale, anche perché ciò rischierebbe di creare piuttosto confusione, se non una vera e propria attenuazione dei diritti dei cittadini; in realtà gli artt. 97 e 98 Cost. predispongono uno spazio per amministrazioni in posizione di relativa indipendenza rispetto all'autorità politica, sottratte in particolare all'indirizzo governativo²⁵⁴.

Numerose altre disposizioni costituzionali, in realtà, non solo confermano che le nuove realtà amministrative costituiscono una formula in linea con la Costituzione,

²⁵³ Cfr. sul punto AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Milano, 1998, p. 116 ss.

²⁵⁴ Cfr. sul tema MERUSI, *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 1084 ss.

ma anche che esse sono antesignane di una nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società ed al rispetto dei diritti individuali; già solo per questo anche molto più efficace. Una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali.

Chiarita la sua posizione costituzionale, l'Autorità è organo collegiale, 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. Presidente e Componenti durano in carica sette anni e non sono rinnovabili²⁵⁵.

È competente per la regolazione nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture ed ai servizi accessori. Tra i suoi compiti rientrano anche la definizione dei livelli di qualità dei servizi di trasporto e dei contenuti minimi dei diritti che gli utenti possono rivendicare nei confronti dei gestori. L'Autorità riferisce annualmente alla Camere evidenziando lo stato della disciplina di liberalizzazione adottata e la parte ancora da definire.

In particolare, così come testualmente previsto dall'art. 36, i settori di competenza dell'Autorità sono i seguenti:

«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 autostradali²⁵⁶;

b) definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei

²⁵⁵ I componenti di ciascuna Autorità sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore; durano in carica sette anni e non possono essere confermati. A pena di decadenza essi non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità. I dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico

²⁵⁶ Cfr. su tale particolare profilo FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione (Una partenza in salita)*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 1, 2014, p. 1 ss.; ID., *L'Autorità dei Trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2, 2014, p. 28 ss.

canoni, dei pedaggi, 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;

c) stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta;

d) definire, in relazione ai diversi tipi di servizio e alle diverse infrastrutture, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto;

e) definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; con riferimento al trasporto ferroviario regionale, l'Autorità verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificamente che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti.

f) l'Autorità, in caso di inosservanza di propri provvedimenti o di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti non siano veritieri, può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie determinate in fase di prima applicazione secondo le modalità e nei limiti di cui all'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481».

Resta da chiedersi, in conclusione, se ci fosse realmente bisogno dell'istituzione di questa nuova autorità, considerato che il panorama delle Autorità indipendenti è già di per sé piuttosto vasto²⁵⁷. In realtà, il settore dei trasporti è così peculiare che è difficile immaginare che le attività in materia potessero essere riservate ad una Autorità già esistente.

²⁵⁷ Cfr., sulla questione, il punto di vista di ZINGALES, *Troppe autorità non aprono il mercato*, in *Sole-24 Ore*, 19 aprile 2012.

Si è sottolineato, infatti, che «il settore dei trasporti è un mercato particolare per il rapporto spazio/tempo (infrastrutture non clonabili; certe ore del giorno non sono sostituibili con altre: vedi il trasporto aereo di linea) e per il rapporto quantità/qualità (le risorse sono scarse; ci sono dei limiti fisici, quali le infrastrutture; criteri minimi a tutela degli utenti). In più non sono servizi a domanda libera (come sarebbe un volo charter oppure un pullman per i tifosi): si tratta molto spesso di servizi di interesse economico generale (SIEG), se non addirittura “a servizio universale” (come le poste o le ferrovie), che lo Stato deve garantire a tutti»²⁵⁸.

In un contesto siffatto, dunque, è ragionevole la scelta del legislatore di istituire l'Autorità per la regolazione dei trasporti, l'unica in grado di segnalare disfunzioni, abusi e diseconomie nel settore.

7. La liberalizzazione (non del tutto attuata) del settore dei trasporti pubblici locali

Nel corso degli ultimi decenni, il settore dei trasporti è stato investito da un "vento" di liberalizzazione proveniente dall'Europa, che ha costretto anche la realtà italiana ad adeguarsi, sebbene essa sia sempre stata restia. Il settore dei trasporti, pertanto, è stato caratterizzato da un processo radicale di liberalizzazione e privatizzazione finalizzato a razionalizzare il mercato e ad introdurre elementi concorrenziali in un settore tradizionalmente dominato dal monopolio e da una forte presenza pubblicistica²⁵⁹.

Fino a qualche anno fa, infatti, la regola generale nel settore dei trasporti era quella della presenza di un forte monopolio di matrice pubblicistica. Tale organizzazione era ancora più evidente soprattutto nel trasporto aereo ed in quello ferroviario, sia in relazione alla fornitura del servizio di trasporto in senso stretto, sia per quanto riguarda la gestione delle infrastrutture di supporto.

²⁵⁸ FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, cit., p. 50.

²⁵⁹ Cfr. sul punto D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, in *JusOnline*, 1, 2016, p. 41 ss.; GIACHETTI FANTINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: l'esperienza italiana nel contesto europeo*, in *federalismi.it*, 5, 2016, 61 ss.

Si è osservato, in proposito, che «come altri settori economici (telecomunicazioni, energia ecc.) anche il mercato dei trasporti è stato sottoposto alle dinamiche concorrenziali ed ha visto progressivamente l'ingresso di nuovi operatori privati soprattutto in quei settori contraddistinti, come detto, dalla presenza dell'operatore pubblico. Il settore aereo è stato tra i primi ad essere interessato dalle politiche di liberalizzazione e le tradizionali compagnie di bandiera si sono dovute confrontare con nuovi *competitors* europei spesso molto aggressivi sotto il profilo commerciale (c.d. compagnie *low cost*). Il settore ferroviario, tradizionalmente caratterizzato da un unico grande operatore pubblico nazionale, è stato a sua volta teatro di un importante processo di trasformazione che ha permesso di separare la gestione dell'infrastruttura dalla gestione del servizio: quest'ultima è stata formalmente aperta all'ingresso di operatori privati, sia per il trasporto passeggeri, sia per quello merci, anche se con tempistiche, come vedremo, diverse»²⁶⁰.

Sin dalla riforma della seconda metà degli anni novanta, il settore dei trasporti ha dunque rappresentato un vero e proprio esempio emblematico del rapporto tra la concorrenza e i modelli di gestione, all'interno del più generale problema collegato alla definizione di una regolamentazione dei servizi di interesse economico generale riservati alla competenza degli enti locali, regolamentazione che tenesse conto dei principi imposti dal diritto europeo.

Nel 1997, il legislatore, attraverso il decreto Burlando, ha dato vita ad un processo di liberalizzazione che, invero, non era diretto al superamento del regime di monopolio imperante nel settore dei trasporti, quanto piuttosto interessato a valorizzare la regola dell'affidamento della gestione del servizio di trasporto in maniera più trasparente e concorrenziale, utilizzando pertanto un criterio

²⁶⁰ RISTUCCIA, *Liberalizzazione e regolazione del mercato dei trasporti ferroviari in Italia*, in *diritto.it*, 3 maggio 2007, il quale osserva che «nel corso degli ultimi decenni l'intervento comunitario ha avuto un impatto assai rilevante sulla regolamentazione dei servizi di trasporto e delle attività ad essi correlate. Attraverso un numero assai ampio di regolamenti, direttive, documenti programmatici e decisioni la Comunità ha determinato, o quanto meno ha concorso a determinare, profondi cambiamenti negli assetti dei mercati del trasporto nell'area europea. Il settore dei trasporti è stato interessato in particolare da un radicale processo di liberalizzazione e privatizzazione volto a razionalizzare il mercato e a introdurre elementi di concorrenza in un settore tradizionalmente caratterizzato da assetti monopolistici e da una forte presenza dell'operatore pubblico. Fino a pochi anni fa, infatti, la regola era la presenza nei diversi settori modali di un unico operatore di servizi di trasporto, prevalentemente a capitale pubblico e in grado di operare in condizioni di monopolio. Questa tipologia di assetto di mercato era maggiormente evidente nel settore ferroviario e in quello aereo, sia in relazione alla fornitura del servizio di trasporto in senso stretto, sia per quanto riguarda la gestione delle infrastrutture di supporto».

competitivo che sarebbe diventato tipico di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dopo essere stato selezionato all'esito della procedura competitiva, il gestore del servizio esercitava la sua attività in un regime di sostanziale monopolio, per cui non è possibile parlare di vera e propria liberalizzazione²⁶¹.

Questa situazione si è protratta almeno fino alla fine del primo decennio del secolo in corso: ancora pochi erano gli enti locali che ricorrevano alle procedure competitive, e quei pochi che vi facevano ricorso tendevano a riassegnare la gestione del servizio all'operatore che l'aveva già in gestione in precedenza²⁶².

Attualmente, nonostante lo sforzo delle amministrazioni locali, il quadro non pare essere significativamente mutato rispetto al passato. Nel corso degli ultimi anni, infatti, sono centinaia le gare che sono state bandite per garantire la concorrenza nel settore, ma nel 99% dei casi esse sono state aggiudicate dagli operatori che già in precedenza esercitavano il servizio²⁶³.

Hanno contribuito a creare questa situazione alcuni profili critici, collegati ad una incertezza di fondo nella disciplina. Si è sostenuto, anzitutto, che è dubbio che tra i settori attribuiti alla regolazione dell'Autorità rientri anche il trasporto pubblico locale, in considerazione del fatto che l'art. 37 d.l. 6 dicembre 2011, n. 2017 non farebbe in alcun modo riferimento, in maniera esplicita, accanto a ferrovie, porti, aeroporti, autostrade, il settore del trasporto pubblico locale.

Tuttavia, come ha correttamente fatto notare altra dottrina, appare ben possibile «superare il dubbio, e ritenere compresa fra le competenze dell'Autorità di regolazione anche quella relativa al trasporto pubblico locale, in ragione dei diffusi riferimenti al trasporto locale contenuti nelle lett. b), d), f), dell'art. 37, comma 2, d.l. 201/2011. Inoltre, la mancata menzione specifica accanto agli altri settori

²⁶¹ Cfr. sul punto VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2002, p. 1091 ss.; MAZZAMUTO, *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 2000, p. 569 ss.; KEMENATER, MALFATTI, *Dalla concessione alle procedure di gara nell'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Diritto dei trasporti*, 2001, p. 103 ss.

²⁶² Cfr. BENTIVOGLI, CULLINO, DEL COLLE, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *Quaderni di economia e finanza*, 20, 2008, specialmente p. 115 ss.

²⁶³ Riporta tali dati statistici, all'esito di una disamina assai critica, PONTI, *I trasporti pubblici locali, cronaca di una morte annunciata*, in *Il Mulino*, 2014, p. 39..

sembra giustificata, almeno nella lett. a) dell'art. 37[20], dalla circostanza che il riferimento è lì alle “infrastrutture”»²⁶⁴.

Resta comunque il fatto che la sovrapposizione tra Autorità per la regolazione dei trasporti e le altre autorità, prima fra tutte l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, è un problema reale e non contribuisce alla definizione di un quadro normativo e di competenze certo. Al fine di superare questo conflitto, che rischia di paralizzare il settore, è stato siglato un protocollo di intesa tra le due Autorità che invita ad una collaborazione istituzionale²⁶⁵.

Un altro elemento che accresce l'incertezza delle regole e non contribuisce certamente ad una effettiva liberalizzazione del settore concerne la competenza legislativa regionale e il rapporto tra la materia del trasporto pubblico locale e la tutela della concorrenza.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 2/2014²⁶⁶, ha confermato che il settore del trasporto pubblico locale rientra nella competenza residuale delle regioni, ribadendo, al contempo, l'incidenza, anche in tale materia, della tutela della concorrenza, che è invece una materia riservata in via esclusiva allo Stato. Si tratta di una pronuncia che si inserisce nel filone giurisprudenziale costituzionale diretto ad una interpretazione assai estensiva della tutela della concorrenza, e quindi della competenza esclusiva dello Stato in materia.

Tale interpretazione è idonea ad incidere in maniera significativa sulla competenza concorrente e residuale delle Regioni in molti settori, tra cui anche quello dei trasporti, comprimendola in maniera significativa: pur trattandosi di un problema generale, che non concerne solo il settore dei trasporti, è indubbio che «l'incidenza della tutela della concorrenza sembra avere quasi svuotato di ogni ambito di possibile rilevanza, nella prospettiva della ricerca di una disciplina autonoma, la

²⁶⁴ D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, cit.

²⁶⁵ Come è stato osservato da D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, cit., «si tratta un modello di collaborazione istituzionale certamente diffuso tra le Autorità indipendenti e in alcuni settori previsto a livello normativo, come ad esempio dall'art. 20 l. 28 dicembre 2005, n. 262 in tema di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari. Tuttavia, rispetto alla complessità delle funzioni regolatorie che le due Autorità (ART e AGCM) sono chiamate ad esercitare, si tratta di uno strumento del quale occorrerà verificare in concreto l'applicazione e l'impatto nei prossimi mesi».

²⁶⁶ Cfr. Corte Cost., 13 gennaio 2014, n. 2, in *www.giurcost.org*.

materia del trasporto pubblico locale, anche quanto alle funzioni amministrative»²⁶⁷.

Pare evidente, in definitiva, che in un contesto siffatto, ossia al cospetto di un quadro normativo incerto, non sarà semplice pervenire ad una effettiva liberalizzazione del settore.

²⁶⁷ D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, cit.

Conclusioni

Le recenti riforme in materia di servizi pubblici rappresentano un campo di indagine particolarmente importante, giacché coinvolgono diversi livelli di governo, partendo dall'Unione europea, passando per il legislatore nazionale, fino ad arrivare ai livelli regionale e locale.

Quello che emerge, da questa sovrabbondante e per certi versi intricata e frastagliata produzione normativa, è la volontà di modernizzare settori spesso trascurati, eppure densi di significativi interessi non solo economici, ma anche politici e, soprattutto, sociali.

Il quadro normativo è apparso per lungo tempo eccessivamente frammentato, cosa che, unitamente a numerose barriere normative, ha dissuaso gli operatori privati dall'intervenire in molti settori pubblici, come ad esempio nei servizi idrici. Si tratta di un elemento che distingue il quadro normativo italiano in maniera significativa rispetto agli altri ordinamenti europei.

Infine, corollario di tutto ciò, è la scarsa efficienza della gestione di alcuni dei servizi pubblici, che deriva dalla peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano di aver lasciato alcuni settori, come ad esempio ancora una volta quello idrico, quasi esclusivamente in mano pubblica.

L'elaborato ha messo inoltre in luce che, diversamente da quanto si verifica a livello europeo, in cui vi è una tendenziale indifferenza rispetto alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, la disciplina interna in materia di affidamento *in house* presuppone una serie di oneri, di natura procedimentale e motivazionale, da cui emerge uno spiccato *favor*, da parte del legislatore, per gli affidamenti attraverso una gara pubblica.

I prossimi anni saranno decisivi per molti dei settori pubblici analizzati, perché il tentativo di armonizzazione da parte del legislatore europeo diventerà sempre più pressante. Spetterà poi ai diversi legislatori nazionali bilanciare i diversi interessi in gioco adeguandosi alle indicazioni europee, eliminando prassi distorte ed abitudini consolidate.

Bibliografia

ALMAGISTI, PIANA, *La qualità dello Stato in Italia: regole, capacità e adattamento. Atti del Convegno SISP, Roma 17-19 settembre 2009*, Roma, 2009.

AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Milano, 1998.

ANDREASSI, *Indicazioni pratiche sull'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 21, 2011.

ANDREUCCI, *Il principio personalistico nel diritto scolastico*, Milano, 1969.

ANTICH, *Origine ed evoluzione del diritto internazionale ambientale. Verso una governance globale dell'ambiente*, in www.ambienteditto.it.

ARABIA, GARIGLIO, RAPALLINI, *La governance del trasporto pubblico locale*, Milano, 2004.

ARDIZZI, *Appalti pubblici (specifiche tecniche e previsione del bando secondo cui non sono ammessi ricambi non originali - art. 68 Codice appalti - Regolamento 2002/1400/CE). Nota a Cons. Stato sez. V 20 novembre 2015, n. 5289*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2016.

ARDUINI, LUZZI, *Economia e gestione delle aziende sanitarie*, Milano, 2016.

AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2017.

BARBARA, FAZIOLI, *Gli incentivi impliciti nella regolazione tariffaria del settore idrico prevista dalla Legge Galli. Analisi e proposte*, in *Economia pubblica*, 6, 1999.

BARBIERI, *Sull'impugnazione immediata dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici. Nota a TAR LA - Roma sez. III ter 13 dicembre 2016, n. 12439*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 1, 2017.

BARBIERI, *L'ammissione alle gare pubbliche di appalto davanti alla Corte di Giustizia. Nota a ord. TAR PI - Torino sez. I 17 gennaio 2018, n. 88*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 1, 2018.

BATTISTI, *Welfare e non profit in Europa. Profili comparati*, Torino, 2012.

BATTISTINI, *Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2010.

BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999.

BENINATO, MEOLA, *La gestione dei contratti di servizio nelle aziende di trasporto pubblico locale. Riflessioni e considerazioni*, in www.cptn.it.

BENTIVOGLI, CULLINO, DEL COLLE, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *Quaderni di economia e finanza*, 20, 2008.

BIANCHI, *Libertà di espressione radiotelevisiva e servizio pubblico*, Torino, 2012.

BIANCHINI, *Evidenza pubblica*, in *Altalex*, 2014.

BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016.

BIANCARDI, *Il nuovo modello di determina a contrarre dopo i "decreti spending review". Con particolare riferimento agli appalti di servizi e forniture*, in *Appalti e contratti*, 11, 2012.

BOITANI, RAMELLA, *Competizioni e aggregazione nel TPL*, in www.anav.it, 5 luglio 2017.

BUCCI, *Il trasporto pubblico locale: una prospettiva per l'Italia*, Bologna, 2006.

BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2007.

CAGGIANO, *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale*, in ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006.

CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, XVI, Padova, 1991.

CAIA, *I servizi pubblici*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo II*, Bologna, 2005.

CAIA, *Concorrenza e qualità nel servizio pubblico di distribuzione del gas: le gare per l'affidamento in ambiti territoriali minimi*, in *Giustizia amministrativa*, 3, 2008.

CAIA, *I servizi pubblici locali nella dimensione della concorrenza*, in *Rapporto "L'attuazione del federalismo fiscale in Emilia-Romagna, Veneto e Puglia: le opinioni e le attese dei responsabili dei servizi finanziari degli enti locali"*, Bologna, 2012.

CAMMEO, *I contratti della Pubblica amministrazione*, Firenze, 1937.

CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

CAPANTINI, *I referendum sulla "privatizzazione dell'acqua" e degli altri servizi pubblici!*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2011.

CAPOTOSTI, *Modelli normativi della concessione radiotelevisiva: il problema del servizio pubblico*, in BARILE, CHELI, ZACCARIA (a cura di), *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Bologna, 1980.

CAPPELLA, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo: l'evoluzione del dibattito su missione, impresa e programmazione*, Roma, 2001.

CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

CARBONE, *La mobilità nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2016.

CARNEVALE VENCHI, *Trasporti pubblici in concessione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992.

CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V., Milano, 2001.

CASAVECCHIA, REDI, *Il Nuovo Codice degli appalti pubblici: novità per l'affidamento dei lavori e dei servizi (The new Procurement Code)*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 1, 2017.

CASAVOLA, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo* 12, 2014.

CATTANEO, FURNO, *Appalto: II) Appalto di opere pubbliche*, in *Enciclopedia Giuridica*, II, 1988.

CERIONI, *Il D.Lgs. 2 febbraio 2007, n. 26: la riforma della tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità*, in *Rivista di diritto tributario*, 1, 2008.

CERUTI, *L'evoluzione della procedura negoziata*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2, 2016.

CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, Padova, 2005.

CICERO (a cura di), *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Bassano del Grappa, 2011.

CLARONI, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale e processi di riforma del settore*, Bari, 2012.

COMENALE PINTO, *Il contratto di trasporto di persone*, in Morandi, Comenale Pinto, La Torre (a cura di), *I contratti turistici*, Milano, 2004.

CORONATO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: le procedure di scelta del contraente per i settori ordinari*, in *Il Diritto sanitario moderno*, 4, 2016.

CORRADO, *L'appalto pubblico di lavori, servizi e forniture. Rassegna e analisi di giurisprudenza e prassi amministrativa*, Milano, 2004.

CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013.

COSTANTINO, *Servizi di interesse economico generale ed aiuti di stato: il regolamento n. 360/2012 e la soglia de minimis per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico*, in *Koreuropa. Rivista on line del centro di documentazione europea dell'UKE*, 7 luglio 2013.

COZZIO, *Le regole europee non obbligano alla preventiva pubblicazione del metodo di valutazione per la classificazione delle offerte. Nota a CGUE sez. IV 14 luglio 2016 (causa C-6/15)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 4, 2016.

COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2019.

CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in AA.VV., *Stato, popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.

CRISAFULLI, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Contratti pubblici di lavori servizi e forniture nei settori speciali. Commento a d. lg. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2006.

CROSETTI, *Il difficile percorso della nozione di acqua pubblica: analisi evolutiva*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2018.

CUFFARO, *I contratti di appalto privato*, Torino, 2011.

CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, Padova, 1972.

D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003.

- D'AMICO, PALUMBO, *Il trasporto pubblico locale dal protezionismo al mercato. Evidenze empiriche sulle aziende del settore*, Milano, 2011.
- DAMONTE, MORSELETTO, *Il sistema di scelta del contraente. Aggiornato con il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113*, Milano, 2007.
- D'ANGELO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*, in *JusOnline*, 1, 2016.
- DE DOMINICIS, *Stabilimento (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990.
- DEGLI UBERTI, *Natura del rapporto di pubblico appalto*, in *Studi in onore di A.D. Giannini*, Milano, 1961.
- DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto di opere pubbliche*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936.
- DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato Orlando VI*, Milano, 1923.
- DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007.
- DI DIO, *Eolico e Regioni: illegittime normative e procedure regionali in assenza di linee guida statali sulla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili*, in *Rivista giuridica ambientale*, 6, 2009.
- DI DIO, *Dai privati alle multinazionali: il sistema idrico italiano in una prospettiva storico-giuridica (Parte II)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 6, 2011.
- FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1985.
- FERLA, *Nuovi investimenti per la distribuzione gas: un riconoscimento tariffario "condizionato"? Serve chiarezza sull'analisi costi-benefici*, in *Appalti e contratti*, 10, 2016.
- FERRARA, *Gli accordi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 1985.

FERRECCHI, FORMENTIN, *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4, 2008.

FIENGO, *Ulteriori sviluppi sull'in house providing. Nota a CGCE Grande sezione 21 luglio 2005 (causa C-231/03); CGCE Grande sezione 13 ottobre 2005 (causa C-458/03)*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 3, 2005.

FIORITTO, *I servizi idrici a dieci anni dalla riforma. Relazione al workshop sui servizi idrici organizzato nell'ambito del Laboratorio sui servizi pubblici a rete della Luiss*, 10 dicembre 2003, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2004.

FRACCASTORO, *La nuova disciplina in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas*, in *Il Corriere del Merito*, 12, 2012.

FRANCESCATO, PECORARO SCANIO, *Il principio di precauzione*, Milano, 2002.

FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Milano, 2011.

FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione (Una partenza in salita)*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 1, 2014.

FRIGNANI, *L'Autorità dei Trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2, 2014.

GALLI, GENTILE, GUALANDI, *Appalti pubblici*, Milano, 2015.

GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

GIACHETTI FANTINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: l'esperienza italiana nel contesto europeo*, in *federalismi.it*, 5, 2016.

GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006.

GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Padova, 1994.

GIANNINI, OSCULATI, *Risanamento e sviluppo: la finanza pubblica dall'aggiustamento degli anni '90 alle riforme per l'Unione monetaria*, Milano, 1998.

GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008.

GIORDANO, *Sulla proroga del preesistente regime di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Nota a C. Cost. 3 marzo 2006 n. 80*, in *Giustizia amministrativa*, 2, 2006.

GIRAUDI, RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, Roma-Bari, 2001.

GRECO, URANIA GALLETTA, *Trasporti terrestri e relativo servizio pubblico*, in CHITI, GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997.

GUFFANTI, MORELLI (a cura di), *La riforma dei servizi idrici in Italia*, Milano, 1997.

GULLO, *La legislazione regionale in materia di trasporti dopo la riforma Bassanini*, in *Nuove autonomie*, 1-2, 2002.

IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale (bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni)*, Napoli, 2008.

INGRATOCCI, *Trasporti e contratti di servizio*, Messina, 2001.

INVERNIZZI, *Commento alla direttiva 2014/25/UE relativa agli appalti nei settori speciali*, in VIPIANA, TIMO (a cura di), *Le direttive UE del 2014 in tema di appalti e concessioni*. Atti del Convegno svolto il 23 marzo 2015, presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale, Torino, 2016.

KEMENATER, MALFATTI, *Dalla concessione alle procedure di gara nell'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Diritto dei trasporti*, 2001.

LAMBERTI, *L'informazione radiotelevisiva tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1997.

LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2010.

LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.* 1, 2007.

LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *www.Giustamm.it*, 5, 2005.

LOSTORTO, *I servizi pubblici: il quadro normativo, l'organizzazione, i modelli gestionali*, Milano, 2007.

LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione presentata al convegno su "Il nuovo titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie" tenutosi a Roma il 19 dicembre 2001, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*.

LUMINOSO, *Codice dell'appalto privato*, Torino, 2010.

MANCINI, *Criticità nella concessione del servizio secondo i presupposti della legge 36/94*, in AA.VV., *Acqua. Fra incidenza sociale ed efficienza gestionale*, *Quaderni del Ponte*, Firenze, 2003.

MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in PACE (a cura di), *Corte Costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006.

MANGINI, IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997.

MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, II, Firenze, 1882.

MARESCA, *Servizi di trasporto*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, I, 2016.

MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

MASSARI, *La disciplina delle procedure sotto soglia dopo il decreto correttivo*, in *Appalti e contratti*, 5, 2017.

MASSERA, *I contratti*, in CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004.

MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

MAURIELLO, *Il bene acqua tra diritto pubblico e diritto privato: un limite o un valore?*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 15, 2007.

MAZZAMUTO, *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 2000.

MEROLA, *Autonomia locale, governo imperiale. Fiscalità e amministrazione delle province asiatiche*, Bari, 2001.

MERUSI, *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981.

MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

MESSINA, *Economia e organizzazione delle aziende sanitarie*, Padova, 2014.

MINIACE, *Partenariato pubblico-privato. Realizzazione e gestione di opere pubbliche e/o di interesse con coinvolge dei soggetti privati*, Milano, 2014.

MIRABELLI, *Trasporto (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992.

MONCERI, *Il diritto alla "compensazione" come "diritto soggettivo" delle imprese che assolvono obblighi di servizio pubblico. Nota a CGUE sez. V 3 aprile 2014 (cause riunite da C-516/12 a C-518/12)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2014.

MUSOLINO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2012.

NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

NAPOLITANO, *Tutela giurisdizionale (appalti - bando di gara contenente clausole che azzerano le possibilità di aggiudicazione - operatore economico che non ha partecipato alla gara - interesse ad agire - legittimazione a ricorrere)*. Nota a ord. TAR LI - Genova sez. II 29 marzo 2017, n. 263, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2017.

ORRÙ, *Obblighi e contratti di servizio pubblico nel trasporto locale di passeggeri su strada alla luce della sistematica del diritto europeo dei trasporti*, in *Il Diritto marittimo*, 2, 2015.

PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in-house*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 4, 2005.

PANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016.

PASANISI, *La Commissione UE censura il dirigismo dell'Italia in materia di collaborazione tra imprese nel settore dei contratti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 3, 2019.

PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *I Contratti*, 2, 2014.

PERFETTI, *Brevi note in tema di affidamento del servizio distribuzione gas, ammortamento degli investimenti e responsabilità del concedente*, in *Giustizia amministrativa*, 2, 2010.

PISANESCHI (a cura di), *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Torino, 2009.

PITTALIS, *Appalto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, 1987.

PITTALIS, *Appalto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Appendice, X, 1995.

PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.

PONTI, *I trasporti pubblici locali, cronaca di una morte annunciata*, in *Il Mulino*, 2014.

POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

PRESUTTI, *Contratto di appalto per l'esecuzione di OO.PP. Risoluzione in danno dell'Amministrazione per inadempienza di questa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, II, 1912.

PRESUTTI, *Sul cosiddetto contratto di diritto pubblico*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931.

PROIETTI, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, *Giustamm. Rivista di diritto amministrativo*, XVI, 2019.

RAMELLA, *Trasporti e infrastrutture. Un'altra politica è possibile*, Torino, 2008.

RAZZITTI, *La riforma dei trasporti pubblici locali nell'Unione europea e in Italia: aspetti problematici connessi alla realizzazione di un adeguato assetto concorrenziale del mercato*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2002.

RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'Amministrazione*, in *Foro amministrativo*, II, 1932.

RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in NANIA, RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006.

RIGHETTINI, *L'evoluzione del sistema dei controlli in Italia. Linee essenziali*, in MORISI, LIPPI, (a cura di), *La valutazione*, Torino, 2001.

RISTUCCIA, *Liberalizzazione e regolazione del mercato dei trasporti ferroviari in Italia*, in *diritto.it*, 3 maggio 2007.

ROHERSSEN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971.

ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1923.

ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967.

RUBINO, *La gestione del servizio idrico integrato dopo il decreto "Sblocca Italia"*, in *legaautonomielazio.it*.

RUSCICA, *I diritti della personalità*, Milano, 2013.

SALTARI, *I trasporti pubblici locali*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006.

SAMBRI, *L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 10 luglio 2013.

SANDULLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, 2006.

SANVITI, *Convenzioni ed intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978.

SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 20 aprile 2016.

SCARLATTI, *Osservazioni in tema di cause di inammissibilità del referendum abrogativo alla luce delle decisioni della Corte costituzionale in merito alla recente "tornata" di richieste referendarie. Nota a C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 24; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 25; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 26; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 27; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 28; C. Cost. 26 gennaio 2011, n. 29*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2012.

SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.

SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia. Nota a CGCE sez. I 11 gennaio 2005 (causa C-26/03)*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 3, 2005.

SELLA, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2008.

STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, 1964.

TESSAROLO, *La disciplina comunitaria del trasporto pubblico di passeggeri*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 13 giugno 2008.

TOSATO, *Pubblicità televisiva e norme comunitarie*, in *Cassazione internazionale*, 1997.

TRIOLO, *Il trasporto pubblico locale: la qualificazione dell'attività in termini di servizio pubblico e il contratto di servizio*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 1, 2016.

TUCCARI, *La procedura negoziata senza bando: dall'eccezione alla specialità?*, in *www.giustamm.it*, novembre 2012.

TUMBIOLO, *Il nuovo testo unico sulla tutela delle acque (d.lg. 11 maggio 1999, n. 152): due interventi. Prime osservazioni sulla nuova disciplina generale per la tutela delle acque*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3-4, 1999.

UTICA, *Contabilità dei lavori*, Rimini, 2012.

VALENTINA, *Il risultato referendario e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevista dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Il Diritto dell'economia*, 3-4, 2011.

VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in MATTARELLA, PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

VASTA, *Diritti e obblighi dei passeggeri nel trasporto pubblico locale. Relazione al seminario di studi "Efficienza della gestione e accessibilità del servizio nel trasporto pubblico regionale e locale"*, Bologna, 21 ottobre 2014, in *Diritto e processo amministrativo*, IV, 2015.

VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2002.

VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.

VITALE, *Appalti: commento alle norme che riguardano l'esecuzione di opere pubbliche*, Milano, 1938.

VIVARELLI, *La questione del diritto transitorio in tema di attività di distribuzione del gas: la sovrapposizione normativa. Nota a TAR LO - Brescia sez. II 4 agosto 2009, n. 1528; Cons. Stato sez. V 1 ottobre 2010, n. 7272*, in *Il Corriere del Merito*, 3, 2011.

VIVARELLI, *L'aggiudicazione secondo il nuovo codice dei contratti*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2017.

WALDORDF, *Le concessioni di distribuzione gas: breve storia di un disastro*, in *appelloalpopolo.it*, 12 settembre 2018.

ZANOBINI, *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958.

ZINGALES, *Troppe authority non aprono il mercato*, in *Sole-24 Ore*, 19 aprile 2012.

ZUNARELLI, ROMAGNOLI, CLARONI, *Diritto pubblico dei trasporti*, Bari, 2013.