

Affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura

Maria Francesca Tropea

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le modalità di gestione del servizio di trasporto pubblico locale – 2.1. Il *favor participationis* nel quadro normativo interno e il suo coordinamento con il principio di libera amministrazione – 2.2. La disciplina sovranazionale in materia di affidamenti diretti – 3. Sull'inesistenza di un divieto specifico di affidamenti diretti *in house* per la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale – 4. Possibili scenari a fronte della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione dell'ammissibilità di affidamenti diretti nell'ordinamento italiano – 5. L'avviso di pre-informazione in ipotesi di aggiudicazione diretta o *in house* – 5.1. Il ruolo dell'avviso di pre-informazione alla luce dei principi esposti nella Segnalazione congiunta A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T. del 25 ottobre 2017 – 6. Prospettive per una valutazione comparativa conforme al principio di tutela della concorrenza – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente saggio trae spunto da una recente pronuncia¹ avente ad oggetto l'impugnazione, ad opera di una società di trasporti, degli atti di affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale.

Le censure proposte dalla società estromessa riguardano, nella specie, la mancata ponderazione dell'alternativa del ricorso al mercato, che sarebbe stata invece necessitata per conseguire gli obiettivi di economicità e di qualità del servizio di trasporto pubblico locale, secondo i «“principi desumibili dall'ordinamento euro-unitario in materia di affidamento di servizi di interesse economico-generale” e i precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento ex art. 97, comma 2, della Carta fondamentale»² e, nell'ambito del confronto comparativo³ tra le diverse modalità di gestione del servizio, la mancata esposizione delle ragioni per cui, con l'affidamento *in house* – piuttosto che con il ricorso al mercato –,

¹ Cons. St., Sez. V, 6 luglio 2020, n. 4310, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Appello alla sentenza di primo grado T.A.R. Liguria, Genova, 7 ottobre 2019, n. 753, *ivi*. Per una nota alla summenzionata pronuncia del Consiglio di Stato, si rinvia a R. STEFFENONI, *Il modulo organizzativo dell'in house providing fa eccezione per il servizio di trasporto pubblico locale*, in *www.lamministrativista.it*, 29 luglio 2020, ove l'Autore osserva che: «il caso del trasporto pubblico locale fa eccezione allo schema generale in base al quale l'ordinamento richiede generalmente un vaglio più approfondito per la scelta amministrativa di ricorrere all'aggiudicazione di una concessione o di un appalto a soggetti giuridici formalmente distinti ma sottoposti ad un controllo così penetrante da parte di una amministrazione o più amministrazioni da costituirne una sostanziale articolazione organizzativa (c.d. affidamento *in house*) in luogo della scelta di esternalizzare lo stesso servizio in c.d. “outsourcing” tramite una procedura di evidenza pubblica».

² Così si esprime, richiamando i motivi d'appello esposti dall'appellante, il Consiglio di Stato nella summenzionata sentenza, n. 4310/2020, al punto n. 3 di parte motiva.

³ Per un approfondimento in ordine alla procedura competitiva con negoziazione, con riferimento al quadro normativo di riferimento, al procedimento della procedura competitiva con negoziazione, alla scelta degli operatori da invitare, alla presentazione e ai termini per le offerte, alle negoziazioni individuali, ai criteri selettivi delle offerte e alle offerte anomale, si rinvia R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Torino, 2017, 1116-1128. La procedura competitiva con negoziazione, o procedura negoziata previo bando, è disciplinata dagli artt. 62 e 59, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici”, c.d. “Codice appalti” e s.m.i., in G.U. del 19 aprile 2016, n. 91.

sarebbero stati assicurati «il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori (e) l'economicità della gestione»⁴.

La statuizione del Consiglio di Stato, n. 4310/2020, risulta di particolare interesse in considerazione della ritenuta ordinarietà dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico locale a società *in house providing*⁵, sulla scorta dell'art. 5, par. 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007⁶, da leggersi in combinato disposto con l'art. 18, comma 1, lett. a), Codice dei contratti pubblici, d.lgs., n. 50/2016⁷.

L'art. 5, par. 2, Reg. CE n. 1370/2007, prevede che, salvo che «non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale» hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a società *in house*.

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, «un rapporto di regola ed eccezione» non esisterebbe per il servizio di trasporto pubblico locale, «in forza della disposizione sovranazionale» sopra richiamata (art. 5, par. 2, Reg. CE n. 1370/2007) e in ragione «dell'esclusione sul piano interno dal codice dei contratti pubblici di cui all'art. 18, lett. a)». Per questi motivi,

⁴ Così, il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4310/2020, al punto n. 3 di parte motiva.

⁵ Per un contributo in ordine alla natura ordinaria del ricorso all'*in house providing* nel settore dei servizi di trasporto pubblico locale, si legga G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia: "eccezione che conferma la regola"? Alcune riflessioni circa l'interpretazione e l'applicazione europea e nazionale della relativa disciplina*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2020, 5 agosto 2020, 113-154. Per uno sguardo più generale, si legga, invece, più di recente, G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2021, 10 febbraio 2021, 276-303. L'Autore fa riferimento alla materia dei servizi di trasporto pubblico locale con particolare riguardo ad una pronuncia del T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 3 ottobre 2020, n. 683, in *www.giustizia-amministrativa.it* ove viene stabilito che la disciplina speciale del trasporto pubblico locale di cui al richiamato regolamento comunitario e, nella specie, art. 5, par. 2, Reg. (CE) n. 1370/2007, non richieda un onere motivazionale analogo a quello di cui all'art. 192, d.lgs. 50/2016. Sulla base di tale disciplina, «l'in house providing è una modalità affatto ordinaria di affidamento dei relativi servizi». In dottrina, si rinvia a L. TESSAROLO, *Brevi note sull'onere motivazionale dell'affidamento in house alla luce delle sentenze del TAR Liguria nn. 680 e 583 del 2020*, in *Diritto dei Servizi Pubblici*, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 16 ottobre 2020.

In giurisprudenza, in merito all'inesistenza di un onere motivazionale circa la scelta di procedere mediante l'affidamento *in house* nel settore dei trasporti pubblici locali, si rinvia a T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 17 luglio 2020, n. 500, in *Foro amm.*, 2020, 7-08, 1508, ove si legge che l'affidamento *in house* costituisce modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di trasporto pubblico locale e che, pertanto, non è richiesto alcun onere motivazionale rinforzato in ordine alle ragioni del mancato ricorso al mercato. Ne consegue che una siffatta scelta operata dalla Pubblica amministrazione è sindacabile solo laddove sia inficiata da un travisamento dei presupposti di fatto, di cui all'art. 5, par. 2, Reg. (CE) n. 1370/2007, e/o da manifesta illogicità. In senso conforme, cfr. T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige, Sez. I, 14 luglio 2020, n. 179, *ivi*, 2020, 7-08, 1502; T.A.R., Lazio, Roma, Sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680, *ivi*, 2020, 2, 314; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 7 ottobre 2019, n. 753, *ivi*, 2019, 10, 1673.

⁶ 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». Il testo completo del Regolamento n. 1370/2007 è disponibile in lingua italiana sul sito *www.eur-lex.europa.eu*.

⁷ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, "Codice dei contratti pubblici", in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016 - Suppl. Ordinario n. 10.

difetterebbero le «basi logico-giuridiche della comparazione»⁸ pretesa dalla società di trasporti di fatto estromessa.

Ad avviso del Consiglio di Stato, dunque, sarebbe inapplicabile l'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, che impone invece la comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'*in house* e del ricorso al mercato e che postula il ricorso al mercato quale forma principale di affidamento di pubblici servizi⁹.

Con riferimento alla censura per cui la comparazione tra le diverse forme di gestione del servizio costituirebbe comunque un presupposto di legittimità dell'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale, il Consiglio di Stato ravvisava la legittimità della scelta in assenza di comparazione rispetto alle possibili alternative poiché, in presenza di una modalità di affidamento ordinaria¹⁰ – come da qualificazione operata dalla stessa

⁸ Così si esprime il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4310/2020, al punto n.13 di parte motiva.

⁹ I Giudici di Palazzo Spada richiamano a conforto della propria tesi argomentativa la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ed, in particolare, la sentenza CGUE, Sez. X, 24 ottobre 2019, C-515/18, in www.curia.europa.eu, la quale statuisce che gli Enti locali che intendano aggiudicare direttamente un contratto di servizio di trasporto pubblico locale non siano tenuti a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie al fine di porli nella condizione di formulare un'offerta dettagliata ed idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa. Tale principio di diritto, nella ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, troverebbe conferma a livello nazionale in diverse disposizioni: l'«art. 61, legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), secondo cui “anche in deroga alla disciplina di settore” le amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale “possono avvalersi delle previsioni” di cui al citato art. 5, comma 2, del regolamento n. 1370/2007». Così si esprime il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4310/2020, al punto n. 15 di parte motiva; l'art. 5, comma 4, del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109, «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze», in G.U. Serie Generale n. 226 del 28 settembre 2018. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 16 novembre 2018, n. 130, in S.O. n. 55, relativo alla G.U. 19 novembre 2018, n. 269), *ius singulare*, «consistente nella legislazione di carattere emergenziale emanata all'indomani del crollo del ponte Morandi, nell'ambito della quale per il trasporto pubblico nel Comune di Genova è stata legittimata la scelta dell'*in house providing* senza la perdita dei trasferimenti statali» previsti dall'art. 27, comma 2, lett. d), d.l. n. 50/2017, recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», pubblicato in G.U. del 24 aprile 2017, n. 95 e convertito con modificazioni dalla L. 21 giugno 2017, n. 96, G.U. del 23 giugno 2017, n. 144, Suppl. Ord. n. 31) e l'art. 21-bis del decreto-legge 3 ottobre 2018, n. 119, recante «Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria», in G.U. Serie Generale n. 247 del 23 ottobre 2018. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2018, n. 136, in G.U. 18 dicembre 2018, n. 293, che ha previsto l'inapplicabilità dal richiamato art. 27, comma 2, lett. d), d.l. n. 50/2017, ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, del Reg. CE n. 1370/2007.

¹⁰ In senso critico rispetto all'esistenza di un modello tale da definirsi ordinario, si rinvia a J. BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 6, 637 ss.. L'Autore sottolinea l'impossibilità di predefinire a priori la forma di gestione maggiormente adeguata per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, nella specie, si legge che: «l'esistenza in tema di servizi pubblici di un principio generale di adeguatezza nel tempo e quindi di necessario adeguamento nel tempo delle forme di gestione. Gli enti locali non possono scegliere una forma di gestione “una volta per tutte”: devono preoccuparsi di verificare la permanente adeguatezza nel tempo della forma scelta e modificarla se le condizioni vengono a mutare. Questo potrà significare il futuro passaggio da una forma di gestione *in house* ad un altro modello, ma potrà ugualmente determinare il passaggio da una modalità di gestione realizzata mediante una gara ad evidenza pubblica per una gestione *in house*».

legislazione sovranazionale (con l'art. 5, par. 2, reg. CE 1370/2007) –, la comparazione rispetto alle possibili alternative non andrebbe ad incidere sulla legittimità della scelta, «che altrimenti perderebbe il suo carattere di soluzione posta su un piano di parità con queste ultime»¹¹.

Ciò che i Giudici di Palazzo Spada omettono di considerare – quanto meno nell'ambito della disciplina interna – è, non solo l'esistenza di un sistema di disincentivi all'utilizzo di un siffatto modello gestorio (art. 27, comma 2, d.l. n. 50/2017), ma anche e soprattutto la previsione di una regola generale di ricorso al mercato prevista dalla risalente disciplina settoriale (art. 18, D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422)¹², rispondente, peraltro, ad una serie di principi di valenza generale, senz'altro applicabili anche in materia settoriale.

2. Le modalità di gestione del servizio di trasporto pubblico locale

Come noto, il servizio di trasporto pubblico locale assume una notevole rilevanza per lo sviluppo economico di qualsivoglia Paese¹³.

¹¹ Così si esprime il Consiglio di Stato nella sentenza in discorso, n. 4310/2020, al punto n. 17 di parte motiva.

¹² «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», in G.U. n. 287 del 10 dicembre 1997.

¹³ In questa stessa direzione e a conferma di tale affermazione deve richiamarsi quanto affermato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, c.d. A.R.T., istituita ai sensi dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011, nella sua quarta relazione annuale al Parlamento dell'anno 2017, ove si legge che «Il grado di efficienza dei sistemi di mobilità è diventato l'indicatore chiave dello sviluppo di un Paese e delle sue infrastrutture, nonché della sua capacità competitiva sui mercati globali, ivi compresi quelli dei capitali». La relazione annuale al parlamento è reperibile su www.autorita-trasporti.it. In questo senso, si veda, in dottrina, G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl*, cit., 113 e, anche nel senso della qualificazione del servizio di trasporto pubblico, in termini di servizio pubblico per eccellenza, G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2018, 331-343, ove è possibile comprendere la valenza attribuita a tale tipo di servizio in termini di servizio pubblico da tale affermazione «*Public passenger transport service is a public service par excellence, as such considered also by community law*». Inoltre, tra le prime righe dell'opera appena citata, l'Autore richiama la c.d. "legge Giolitti", 29 marzo 1903, n. 103, quale primo intervento del Legislatore italiano attraverso cui il trasporto pubblico è stato considerato come servizio pubblico «*in quanto attività destinata al soddisfacimento di esigenze di ordine collettivo e perciò istituita ed organizzata dai pubblici poteri in modo tale da assicurarne l'esplicazione in termini di doverosità e nel rispetto dei principi di universalità, continuità e qualità gestionale*». Negli stessi termini, si veda F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Public passenger transport services: measures for guaranteeing performance*, in ID., a cura di, *Il trasporto pubblico locale. Principi generali e disciplina di settore*, Vol. I, Napoli, 2018, 1, ove si legge che «*The Italian legislature has considered public transport a public service all the way back to Law no. 103 of 29 March 1903 (so-called Giolitti Law) due to its key objective of satisfying collective needs*» e, ancora, «*All the laws regulating public transport throughout the years reaffirmed its qualification as a public service*». A questo proposito, gli Autori hanno richiamato le disposizioni di cui all'art. 1 della L. n. 422/1997 e 14 e 106 TFUE, a livello europeo. Meno di recente, ma di fondamentale rilievo, si richiama altresì M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2014, 133, che definisce più in generale il settore dei servizi pubblici locali come settore rilevante per lo sviluppo economico. Da ultimo, si legga S. MOCETTI, G. ROMA, *Trasporto pubblico locale: passato, presente e futuro*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 615/2021, nel sommario è contenuta una breve descrizione di quanto esposto dal contributo, nella specie: «Il trasporto pubblico locale (TPL) costituisce un importante fattore di crescita e competitività dei territori. Il lavoro descrive il funzionamento di questo servizio nelle principali città italiane, fornendo un confronto a livello internazionale e un'analisi dei divari all'interno del nostro paese. Si mettono in evidenza sia i possibili effetti che una maggiore efficienza del TPL produce sulla mobilità delle persone, sul mercato del lavoro e su quello immobiliare, sia i legami tra

Definito sinteticamente il percorso logico-argomentativo seguito dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra richiamata nell'affermare l'ordinarietà del ricorso all'affidamento diretto a società *in house* nel settore dei trasporti pubblici locali, il presente contributo si soffermerà per lo più sulla delicata disciplina in materia di gestione dei suddetti pubblici servizi.

Il quadro normativo di riferimento sulle modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale – procedura concorsuale per la scelta del gestore del trasporto regionale e locale, quale regola generale, di cui all'art. 18, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 422/1997¹⁴; *in house providing*¹⁵, nei limiti di cui all'art. 4-*bis* della l. n. 102/2009¹⁶ e del par. 4, dell'art. 5 del Regolamento CE n. 1370/2007¹⁷ e affidamento diretto ad un soggetto terzo, in ipotesi di

performance del TPL e fattori di natura gestionale e istituzionale. Il lavoro analizza inoltre il comparto nel contesto della pandemia, delineando alcune prospettive per il suo sviluppo futuro».

¹⁴ L'ultimo periodo del comma 3-*bis* dell'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, così recita: «Trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)». Il D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 «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», meglio noto come «Decreto Burlando», è pubblicato in G.U. n. 287 del 10 dicembre 1997. Per una ricostruzione organica del percorso storico sul tema della delega conferita al Governo per la riforma del settore, prima dell'emanazione del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, si rinvia a S. BUSTI, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in A. CLARONI, a cura di, *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, Trento, 2011, 25 ss..

¹⁵ Si tratta di una disciplina speciale di affidamento *in house* applicabile solo ai trasporti pubblici locali, di cui si dirà meglio nel prosieguo, contemplata nell'art. 5, par. 2 del Regolamento CE n. 1370/2007. Per una prima riflessione in ordine alla trasposizione della disciplina europea nel quadro normativo interno tracciato a livello nazionale, si rinvia a M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2010; per un resoconto più recente, si rinvia invece a L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, I, 2015, 129-145.

¹⁶ L'art. 4-*bis* rubricato «Disposizioni in materia di trasporto pubblico» della l. 3 agosto 2009, n. 102, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali», pubblicata su G.U. del 4 agosto 2009, n. 179 – Suppl. Ord. n. 140, così recita: «Al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo. Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatari di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano».

¹⁷ A sostegno dell'esistenza di un vero e proprio *favor participationis* dell'intero assetto normativo comunitario, *rectius* euro-unitario, deve richiamarsi il parere reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 13 febbraio 2018, n. AS1513, reperibile in *www.agcm.it*, in seno alla vicenda Comune di Roma – Proroga dell'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale ad A.T.A.C. S.p.a., ove l'AGCM ha precisato che: «è pacifico che l'intero impianto normativo del Regolamento si caratterizza per un *favor* nei confronti del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, indirizzato a tutelare al massimo il principio della libera concorrenza. Di talché, eventuali deroghe allo stesso – quali le proroghe dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (a maggior ragione se concesso nella forma dell'*in house providing*) – sono ammesse solo in circostanze eccezionali. Dette circostanze sono, innanzitutto, tassativamente tipizzate dall'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, il quale ritiene legittime le proroghe dell'affidamento del servizio solo ed

servizi per ferrovia sotto-soglia¹⁸ – risulta particolarmente complicato, stante la sussistenza di una disciplina euro-unitaria da coordinarsi, non senza difficoltà interpretative, con quella interna.

Il Legislatore nazionale ha posto particolare attenzione alla tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici di trasporto passeggeri a livello locale e regionale, già a partire dal d.lgs. n. 422/1997 e, più precisamente, dalla modifica avvenuta con il d.lgs. 20 settembre

esclusivamente per evitare l'“interruzione del servizio” o far fronte ad un “pericolo di imminente interruzione del servizio”. Inoltre, esse, proprio in quanto eccezionali, sono soggette ad un'interpretazione restrittiva». Si segnala che A.G.C.M. ha impugnato, in un giudizio innanzi al T.A.R. Lazio, Roma, la proroga dell'affidamento *in house* ad A.T.A.C. S.p.a. dei servizi di trasporto pubblico locale di Roma Capitale, lamentando altresì una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. La proroga, infatti, nella ricostruzione operata dall'*Antitrust* risulterebbe idonea a ostacolare la concorrenza nel mercato dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale poiché ostacola l'affidamento mediante gara, anche in violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Pare opportuno segnalare che il Collegio ha tuttavia ritenuto non condivisibile la lettura dell'art. 5, par. 5, del Reg. (CE) n. 1370/2007, con la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680, in *Foro amm.*, 2020, 2, 314. La pronuncia assume fondamentale rilievo anche perché del tutto in linea rispetto alla sentenza del Consiglio di Stato richiamata in introduzione, n. 4310/2020, circa l'ordinarietà del ricorso all'*in house* nel settore in questione. La massima di diritto estrapolata è la seguente: «L'ambito dell'affidamento delle concessioni del servizio di trasporto pubblico locale è contraddistinto da una disciplina speciale di fonte euro-unitaria, caratterizzata da una liberalizzazione non integrale, trattandosi di settore non soggetto per intero al regime della concorrenza. Tale affermazione trova fondamento nell'art. 106, comma 2, T.F.U.E., ai sensi del quale “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”. Da ciò discende che l'affidamento *in house* costituisce modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di TPL; i presupposti della scelta di tale modulo organizzativo del servizio di TPL consistono esclusivamente nel ricorrere dei requisiti previsti dall'art. 5.2 del Regolamento n. 1370/2007, senza alcun onere motivazionale “rinforzato” circa le ragioni del mancato ricorso al mercato; la decisione di avvalersi della forma di gestione *in house* costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, sindacabile dal G.A. solo laddove sia inficiata da un travisamento dei due sopra citati presupposti di fatto e/o da manifesta illogicità».

¹⁸ Si segnala, per completezza in merito alle modalità di gestione dei servizi di trasporto pubblico locale, un arresto giurisprudenziale che ha escluso il ricorso alla procedura di *project financing* per gli affidamenti nel trasporto pubblico locale. Trattasi della pronuncia resa dal T.R.G.A., Sezione Autonoma di Bolzano, 5 febbraio 2019, n. 23, in www.giustizia-amministrativa.it, inerente a un provvedimento amministrativo di rifiuto dell'ente di governo del servizio di trasporto pubblico locale a valutare una proposta spontanea per una concessione del servizio mediante finanza di progetto. Le ragioni addotte dal Tribunale di Giustizia Amministrativa di Bolzano nella sentenza appena richiamata si rinvergono, in primo luogo, nella insussistenza del requisito della realizzazione di nuovi impianti o infrastrutture e in quanto non necessita del coinvolgimento di risorse private. In secondo luogo, un ulteriore elemento atto ad escludere l'operatività di tale procedura per il trasporto locale si individua nella circostanza che trattasi di un ambito caratterizzato da un elevato tasso di contribuzione pubblica e, quindi, da una significativa copertura finanziaria pubblica. Da ultimo, i giudici amministrativi hanno evidenziato come, l'attribuzione del vantaggio concorrenziale collegato alla presentazione di una proposta di *project financing* sia invero subordinata alla configurabilità della traslazione del rischio di gestione connesso all'espletamento del servizio in capo al concessionario o proponente. Nel caso di specie, non sussisterebbero significativi rischi gestionali in capo al proponente, quanto meno sul lato della domanda, in quanto il gestore ha comunque la certezza della remunerazione dei costi di produzione del servizio oggetto di concessione, godendo di contribuzioni pubbliche.

1999, n. 400¹⁹, prevedendo una regola generale di affidamento dei contratti di servizio mediante ricorso alla gara.

Tuttavia, nel contesto ordinamentale interno, la tendenza evidenziatasi nel settore del trasporto pubblico regionale e locale sino a oggi è stata quella di privilegiare gli affidamenti *in house*²⁰.

La richiamata riforma del settore, ad ogni modo, nonostante la sua portata avanguardistica, non ha ancora potuto esplicitare i suoi effetti, in considerazione del fatto che, a livello comunitario, viene mantenuto un atteggiamento di apparente neutralità o, addirittura, indifferenza, in ordine alle modalità di gestione del servizio.

Per meglio chiarire il contesto ordinamentale esistente in materia, occorre altresì effettuare una distinzione tra appalti di servizi di trasporto pubblico locale su gomma e concessioni di servizi pubblici di trasporto passeggeri mediante autobus, tram, metropolitana e ferrovia.

¹⁹ D.lgs. 20 settembre 1999, n. 400, «Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, recante conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale», in G.U. n. 259, del 4 novembre 1999.

²⁰ Si tratta di una tendenza in contrasto con quanto affermato dai giudici del Consiglio di Stato già nel 2008 (Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it), sulla gestione dei servizi pubblici *in house* configurata esplicitamente come deroga ai principi del diritto europeo e in particolare come limite all'attuazione del principio della concorrenza, che invero dovrebbe trovare spazio anche nell'ambito dei pubblici servizi. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale fondato sui principi espressi dalla Corte di Giustizia UE, che qualifica come assolutamente stringenti i presupposti che devono sussistere al fine di ammettere la deroga alle libertà economiche mediante il ricorso all'*in house*. In questo senso, si richiamano le sentenze CGCE, 11 gennaio 2005, causa C 26/03 (*Stadt Halle*); Id., 6 aprile 2006, causa C 410/04 (*Anav*); Id., 13 settembre 2007, causa C 260/04; Id., 13 ottobre 2005, causa C 458/03, tutte in www.curia.europa.eu. Per fornire dei dati numerici si legga la Relazione 2019 della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati da Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni e relative analisi*, con la quale la Corte riferisce al Parlamento su: «Gli organismi partecipati dagli enti territoriali», adottata con deliberazione n. 29/SEZAUT/2019/FRG, il cui testo integrale è disponibile in www.corteconti.it. La citata Relazione 2019, cit., 11, evidenzia, per gli affidamenti dei servizi pubblici locali «la netta prevalenza di affidamenti *in house* mentre le gare con impresa terza risultano essere soltanto 878 (su un totale di 14.626 affidamenti) e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, 178. Stante la predominanza degli affidamenti diretti - che, in continuità con quanto già osservato l'anno precedente, incidono sul totale nella misura del 93% - si avverte l'esigenza di monitorare la sussistenza dei requisiti del "controllo analogo" ai fini della loro legittimità, e del "controllo analogo congiunto" nelle ipotesi di partecipazione plurima».

Nel primo caso, infatti, la disciplina applicabile va individuata nelle direttive²¹ in materia di concessioni ed appalti del 2014 (c.d. Pacchetto direttive nn. 2014/23/UE²², 2014/24/UE²³ e 2014/25/UE²⁴), nella parte in cui non siano derogate dal Regolamento settoriale di cui si è detto, n. 1370/2007²⁵.

²¹ Le direttive europee individuano i contratti esclusi, in tutto o in parte dal loro ambito applicativo, sulla base di distinti criteri: «a) esclusioni per tipologia di oggetto o settore; b) esclusioni per ragioni di soglia economica, secondo un criterio quantitativo; c) esclusioni implicite connesse all'ambito territoriale di competenza dell'UE; d) esclusioni implicite per tipologia». Così R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 222. L'Autrice chiarisce che normalmente quando si parla di "contratti esclusi" si fa riferimento a quelli della prima categoria, per la quale sussiste una tendenziale corrispondenza tra le esclusioni contemplate a livello europeo e a livello nazionale. Allo stesso modo, si parlava in precedenza di «settori speciali» per riferirsi a quei settori caratterizzati dalla presenza di un «interesse pubblico particolarmente rilevante, il cui soddisfacimento viene garantito attraverso una struttura a rete che assicuri l'erogazione di tali servizi sull'intero territorio nazionale». Così M. SINISI, *I settori speciali nella disciplina della dir. 93/38: la "messa a disposizione" e la "gestione" di reti fisse per l'erogazione del servizio ferroviario. I progetti infrastrutturali come attività di settore*, in *Riv. giur. ed.*, IV, 2005, 1028 ss..

²² Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in G.U.U.E., n. L 94/1, del 28 marzo 2014.

²³ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in G.U.U.E., n. L 94/65, del 28 marzo 2014.

²⁴ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, in G.U.U.E., n. L 94/243, del 28 marzo 2014.

²⁵ Sul rapporto tra la disciplina di cui alla direttiva 2014/23/UE e il Regolamento CE n. 1370/2007 fondamentale è il contributo di N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2018, 533-553. Per uno sguardo al passato, in ordine alla disciplina dei settori speciali di cui alla vecchia Direttiva CEE n. 38/93 del Consiglio, del 14 giugno 1993, «che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni», abrogata dalla Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, «che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali», a sua volta abrogata dalla Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, "Sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE", si veda M. SINISI, *I settori speciali nella disciplina della dir. 93/38*, cit., 1028 ss.. L'Autrice sottolinea come i settori dell'acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni abbiano da sempre costituito oggetto di una disciplina autonoma. Nell'ambito di tali settori speciali, si prevedeva quale forma di gestione ulteriore e autonoma rispetto all'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica, vale a dire quell'impresa sulla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante, in quanto ne sono proprietarie, o in quanto vi hanno una partecipazione finanziaria, o in forza di norme che disciplinano tale impresa. Le maggiori peculiarità nella disciplina degli appalti previgente alla nuova direttiva sui settori esclusi, si individuava nella procedura di scelta del contraente, che poteva avvenire mediante procedura aperta, procedura ristretta o procedura negoziata. La procedura ristretta veniva ammessa in via generale e non come ipotesi derogatoria, come avveniva negli altri settori, nel senso di una «vera e propria inversione di rapporto tra regola ed eccezione, tramite la previsione della generica facoltà di ricorrere, indifferentemente, alla procedura negoziata o a quella aperta (ovvero al *tertium genus* della procedura ristretta)». Tale ultimo aspetto della previgente disciplina risulta solo apparentemente in contrasto rispetto a quanto stabilito dalla vigente normativa interna, nella quale, si proclama, quanto meno sulla carta, un *favor* nei confronti dell'evidenza pubblica e della tutela della concorrenza, nonostante la debolezza della sua effettiva attuazione.

Nel secondo caso, diversamente, la disciplina da applicarsi è esclusivamente quella dettata dal richiamato Regolamento comunitario, n. 1370/2007²⁶.

2.1. *Il favor participationis nel quadro normativo interno e il suo coordinamento con il principio di libera amministrazione*

Il Legislatore nazionale ha manifestato un chiaro *favor* nei confronti delle procedure concorrenziali, ravvisabile, anzitutto, nella previsione di cui all'art. 4-bis l. n. 102/2009 che pone l'obbligo per gli Enti locali che scelgano di ricorrere ad affidamenti *in house*, al fine di mitigare gli effetti dell'ampio ricorso al suddetto modello di gestione, di aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi dall'affidatario *in house*²⁷.

Nella vigenza del principio di libera amministrazione²⁸, da cui scaturisce la sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici, va altresì

²⁶ In questo senso, A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale – L'affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2018, 11, 2469, ove l'Autrice propone un'attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento, con particolare attenzione al coordinamento di discipline, di cui al Regolamento comunitario settoriale n. 1370 del 2007 e di cui al pacchetto direttive del 2014 in materia di appalti e concessioni. L'Autrice afferma che «Le "interferenze" fra le direttive, il codice dei contratti e il Regolamento non si esauriscono nella definizione dei rispettivi ambiti di applicazione», a conferma dell'esistenza di un quadro normativo particolarmente delicato in materia.

²⁷ Sul punto, si vedano i contributi di M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 13 e F. SCUTRA, *Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del tpl: prime osservazioni*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2.

²⁸ Sul principio di libera amministrazione e sulla relativa portata, si rinvia a G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico*, cit., 334, ove si l'Autore sottolinea come, anche se venga definito dallo stesso diritto europeo come vero e proprio "principio", ma che tuttavia ha natura «residuale o tendenziale». Da ultimo, sulla portata del principio di libera amministrazione, si veda V. PARISIO, *Principio di libera amministrazione delle amministrazioni pubbliche e gestione diretta dei servizi di interesse economico generale: questioni vecchie e nuove*, in V. FANTI, a cura di, *Diritto e processo amministrativo. Quaderni*, 30. *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Napoli, 2019, 557 e ss. e ID., *Services of general economic interest, integrated water service "in-house" management in light of directive 2014/23EU: a general overview*, in *Munus*, 2018, 1140-1141. Cfr., inoltre, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. it.*, 6, 2013, 1415 ss., ove si legge che «l'ordinamento comunitario resterebbe del tutto estraneo alla libera scelta degli Stati membri di ricorrere all'autoproduzione pubblica o al mercato». Più di recente, si legga, anche per i richiami di dottrina e giurisprudenza ivi effettuati, G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl*, cit., 130-131. Il principio di libera amministrazione è ben radicato nel panorama ordinamentale interno e sovranazionale: a conferma di quanto appena affermato si richiama una risalente pronuncia, in tema di azienda speciale per la gestione dei servizi pubblici locali, Cons. st., Sez. V, 4 aprile 2002, n. 1875, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge che «nell'attuale contesto normativo, ogni amministrazione comunale gode di un'amplissima discrezionalità nella scelta delle modalità di svolgimento dei servizi». In giurisprudenza, si legga, più di recente, in ambito comunitario, la pronuncia CGUE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06, e CGUE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, entrambe in www.curia.europa.eu. Il riferimento normativo in materia è da individuarsi nell'art. 2, paragrafo 1, direttiva 2014/23/UE, che così recita: «La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette

segnalato che il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138²⁹, ha devoluto alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione se il summenzionato principio di libera amministrazione del diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale – come quella dell'art. 192, comma 2³⁰, del Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 50 del 2016 – la quale colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione inter-organica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento³¹.

Ad avviso di chi scrive, va sostenuta la tesi della possibile introduzione, a opera del Legislatore nazionale, di limitazioni dell'affidamento diretto più estese rispetto a quelle contemplate dalle regole comunitarie, in accordo con la giurisprudenza costituzionale³²,

autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

²⁹ In *www.giustizia-amministrativa.it*, in materia, si legga M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica*, cit., 1415 ss., ove si legge che «l'ordinamento comunitario resterebbe del tutto estraneo alla libera scelta degli Stati membri di ricorrere all'autoproduzione pubblica o al mercato».

³⁰ L'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, così recita: «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

³¹ Si badi che l'Autorità Nazionale Anticorruzione, c.d. ANAC, ha adottato le linee guida, in consultazione sino al 15 marzo 2021, recanti: «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*».

³² Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *www.cortecostituzionale.it*. Per una visione critica della richiamata pronuncia, si veda V. COCOZZA, *Una nozione oggettiva di "rilevanza economica" per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 1, 237-243. Si veda inoltre G. GUZZO, *La Corte costituzionale e il Consiglio di Stato indicano le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *www.lexitalia.it*, 2, 2011, ove si afferma che l'aspetto maggiormente apprezzabile della sentenza si individua nell'aver fatto chiarezza su un aspetto controverso quale quello della tenuta comunitaria e costituzionale dell'impianto introdotto dall'art. 23-bis, ricordando che sia la disciplina comunitaria che quella nazionale «assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica» e che l'affidamento *in house providing* è invero da considerarsi un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento mediante gara, da giustificarsi solo ove l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione perseguita, ai sensi dell'art. 106 TFUE, dall'ente pubblico. Nello stesso senso, si legga altresì Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, *ivi*. Da ultimo, si segnala altresì la pronuncia resa nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Riv. giur ed.*, 2020, 4, I, 794, ove si precisa che una siffatta disposizione «è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici». La pronuncia richiama a sostegno di tale tesi numerose

secondo la quale l'ordinamento comunitario detta una disciplina che costituisce, in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici, un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri.

Il modello normativo italiano ha tuttavia, al momento, optato per il diverso sistema di disincentivi economici in ipotesi di ricorso ad affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 27, comma 2, lett. d) del d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

In forza del richiamato art. 27 d.l. n. 50/2017 è prevista infatti una riduzione del 15% del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con procedure a evidenza pubblica nei casi di servizi di trasporto pubblico locale e regionale che non risultino affidanti con procedure a evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, oppure nel caso in cui non sia stato pubblicato il bando di gara entro la stessa data e in ipotesi di gara non conforme alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti, c.d. A.R.T.

Tale norma, comunque, non trova applicazione per i contratti di servizio che siano stati affidati prima del 30 settembre 2017 e sino alla loro scadenza, conformemente a quanto disposto dal Regolamento (CE) n. 1370/2007.

L'interrogativo che sorge spontaneo è se, nell'attuale contesto ordinamentale, caratterizzato da un sistema di disincentivi, da coordinarsi con il disposto di cui all'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, c.d. "Decreto Burlando", possa essere o meno individuarsi un divieto di ricorrere a procedure di affidamento *in house*.

Infatti, va ricordato che siffatte procedure di affidamento sarebbero ammesse, ai sensi dell'art. 5, par. 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007, solo ove non siano vietate dalla legislazione nazionale, attribuendo di conseguenza la scelta ai singoli legislatori nazionali in ordine all'introduzione o meno di restrizioni all'autoproduzione del servizio.

2.2. La disciplina sovranazionale in materia di affidamenti diretti

Per poter rispondere al quesito di fondo del presente contributo, pare opportuno analizzare la disciplina settoriale dettata a livello sovranazionale.

A questo proposito, assume particolare rilievo l'art. 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, rubricato «Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico», ove si prevede che le autorità nazionali competenti a livello locale possano scegliere tra distinte forme di gestione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri.

In particolare, trattasi della possibilità di procedere ad affidamenti diretti mediante il modello della gestione in proprio o il ricorso alla tecnica dell'*in house*, in determinate ipotesi specificatamente disciplinate.

disposizioni che si muovono nella medesima direzione nel contesto ordinamentale, in particolare, il riferimento, ad esempio è all'«art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133 e poi abrogato a seguito di referendum, che richiedeva, tra le altre condizioni legittimanti il ricorso all'affidamento *in house* nella materia dei servizi pubblici locali, la sussistenza di "situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato».

In secondo luogo, è prevista l'esternalizzazione del servizio in favore di un soggetto estraneo alla compagine dell'Amministrazione pubblica, selezionato sulla scorta di una procedura a evidenza pubblica³³.

Per comprendere cosa debba intendersi con affidamento diretto, devi farti riferimento all'art. 2 dello stesso Regolamento, entro il quale sono compendiate le «Definizioni» preliminari per la lettura e comprensione delle successive disposizioni.

In particolare, la lett. h) dell'art. 2, definisce l'"aggiudicazione diretta" o affidamento diretto, come «l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico³⁴ senza che sia previamente esperita una procedura di gara».

La definizione sopra riportata, nella sua ampia formulazione, ricomprende non solo le peculiari ipotesi di aggiudicazione diretta disciplinate dall'art. 5, paragrafi 4 e 5 (affidamenti sotto soglia e d'emergenza), ma anche le fattispecie di affidamento senza gara a un «operatore interno»³⁵ – quale *longa manus* dell'Amministrazione competente (affidamento *in house*).

In base al Regolamento (CE) n. 1370/2007, le autorità competenti possono fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, ai sensi dell'art. 5, par. 1³⁶.

Non senza determinare importanti dubbi interpretativi, l'art. 5, al paragrafo 2, così recita: «A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi. [...]».

L'art. 5, paragrafo 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007 prevede una disciplina speciale dell'affidamento *in house* riferibile ai soli trasporti pubblici locali³⁷.

³³ In questo senso, si è espresso M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, I, febbraio 2018, 187.

³⁴ La nozione di "operatore di servizio pubblico" è contenuta nell'art. 2, lett. d), che definisce tale: «un'impresa o un gruppo di imprese di diritto pubblico o privato che fornisce servizi di trasporto pubblico di passeggeri o qualsiasi ente pubblico che presta servizi di trasporto pubblico di passeggeri».

³⁵ Anche per la nozione di "operatore interno" soccorre l'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1370/2007. Nello specifico, ai sensi dell'art. 2, lett. j), è operatore interno «un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi».

³⁶ Così R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 2096. Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento, è possibile osservare che tale forma di gestione risulta a oggi inutilizzata, in favore del prominente ricorso alla procedura dell'affidamento diretto a soggetti terzi, estranei cioè alla compagine dell'amministrazione aggiudicatrice, soprattutto per ciò che concerne i servizi ferroviari. In questo senso, si veda il Sesto Rapporto annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, in www.autorita-trasporti.it, ove si legge che: «È questo il caso delle Regioni Lazio, Puglia e Umbria che, attraverso tale modalità, hanno sottoscritto con la società Trenitalia S.p.A. nuovi contratti di servizio relativi al trasporto pubblico ferroviario di interesse regionale della durata di 10+5 anni (periodo 2018-2032)».

³⁷ Per una ricostruzione dei presupposti dell'*in house* per come disciplinato dal T.U. delle società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. n. 175/2016, si legga la già citata Relazione 2019, della Corte dei conti,

L'espressione che ha maggiormente contribuito a determinare l'insorgere di dubbi interpretativi si individua senza dubbio nell'*incipit* della norma, non modificato, neppure a beneficio di una maggiore chiarezza, dall'intervento riformatore di cui al Regolamento (UE) n. 2338/2016³⁸.

Di conseguenza, spetta al Legislatore nazionale – e non invero anche a quello regionale³⁹ – il compito di restringere, ampliare o addirittura escludere il ricorso allo schema dell'*in house*,

su: «*Gli organismi partecipati dagli enti territoriali*». Trattasi di un'indagine sui risultati economici e finanziari degli organismi partecipati dagli Enti territoriali e sull'impatto delle esternalizzazioni sui bilanci degli enti partecipanti, effettuata allo scopo di dare evidenza a un fenomeno, diffuso a livello nazionale, che genera ingenti costi a carico della finanza territoriale, anche sotto il profilo dell'inefficienza gestionale derivante dalla proliferazione delle strutture organizzative nei settori vitali dei servizi di interesse generale. La Relazione in oggetto merita altresì di essere segnalata in quanto dedica un «focus agli organismi in perdita nell'ultimo quinquennio (individuati tra i 2.502 organismi partecipati di cui sono disponibili i dati di bilancio civilistico per ciascuna delle annualità del quinquennio 2012-2016) e, in particolare, ai 375 organismi che hanno fatto registrare perdite per almeno 4 esercizi sui 5 dell'intervallo temporale esaminato. L'analisi mostra come oltre il 42% degli organismi in perdita sia a totale partecipazione pubblica, mentre quelli misti a prevalenza pubblica costituiscono la categoria all'interno della quale le perdite sono più diffuse, con una tendenza al miglioramento dei risultati, nell'arco del quinquennio. Con riguardo ai 375 organismi in perdita in almeno 4 esercizi sui 5 dell'intero quinquennio, emerge che meno di un quinto dei risultati d'esercizio negativi è ascrivibile a quelli a totale partecipazione pubblica, mentre le maggiori perdite sono riconducibili agli organismi misti», 7.

³⁸ Regolamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2016 che modifica il Regolamento (CE) n. 1370/2007 relativamente all'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, in G.U.U.E., n. L 354/22, del 23 dicembre 2016.

³⁹ La delimitazione di precisi contorni nella radicazione delle competenze in capo al Legislatore statale, ovvero regionale e/o locale, nella materia dei trasporti risulta inevitabilmente complicata in considerazione della sua necessaria correlazione con altre materie invece devolute alla potestà legislativa esclusiva statale. Si tratta, tra le altre, per quanto qui di interesse, della materia della tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., correlata al settore dei trasporti per ciò che concerne le modalità di gestione e di affidamento del trasporto pubblico locale. Con riguardo al tema della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di «*tutela della concorrenza*», in relazione al trasporto pubblico locale, si richiama la sentenza Corte cost. 3 marzo 2006, n. 80, in *Giur. cost.*, 2006, 849 ss.. Per l'affermazione in forza della quale la tutela della concorrenza si attuerebbe anche attraverso la previsione e la correlata disciplina delle ipotesi in cui viene eccezionalmente consentito di apporre dei limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche, si rinvia alla sentenza Corte cost., 14 marzo 2014, n. 49, in *Foro it.*, 2014, I, 1665. Anche se non afferente allo specifico tema del servizio di trasporto pubblico locale, merita di essere ivi richiamata una importante sentenza della Corte cost., 16 luglio 2009, n. 246, in *www.cortecostituzionale.it*, pronunciata con riferimento al servizio idrico, ove la tutela della concorrenza viene fatta coincidere con l'efficienza operativa e organizzativa e con la razionalizzazione del mercato del settore. La connessione tra la suddetta materia (ma anche tra le materie del dell'ordine pubblico e della sicurezza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. h), Cost.; della materia della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e della materia della tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost.) e la materia del trasporto pubblico locale è stata ben delineata nel Dossier n. 286, pubblicato nell'aprile del 2011, dal Servizio studi del Senato – Ufficio ricerche nei settori delle infrastrutture e dei trasporti e reperibile su *www.senato.it*, che propone una ricognizione normativa sul trasporto pubblico locale. La connessione esistente tra il settore dei trasporti pubblici locali emerge anche nel contributo di D-U. GALETTA, M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da, Tomo IV, seconda ed., Milano, 2007, 2216, ove si legge che «il settore dei trasporti pubblici locali non si è [...] del tutto emancipato dalla disciplina statale, perché il comparto è interessato da alcune problematiche che rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, fra cui la "tutela della concorrenza", la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio

poiché trattasi di una competenza statale afferente alla materia della «*tutela della concorrenza*», di potestà legislativa esclusiva statale.

Prima di analizzare la questione tutt'oggi aperta in ordine all'esistenza o meno di un vero e proprio divieto del Legislatore nazionale di operare mediante il modello dell'*in house* nel settore dei trasporti pubblici locali, occorre soffermarsi sugli aspetti essenziali della speciale disciplina dettata dal Regolamento (CE) n. 1370/2007, che, per certi aspetti, risulta differenziata rispetto alla disciplina generale di cui alla Direttiva 2014/23/UE⁴⁰.

Come già accennato, la disciplina degli affidamenti *in house*, *rectius*, degli affidamenti a un «*operatore interno*», regolati dall'art. 5, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 presenta

nazionale" e la "tutela dell'ambiente", di cui rispettivamente all'art. 117, secondo comma, lettera e), m), s) della Costituzione». In questo senso e proprio con riferimento all'intreccio tra la materia dei trasporti pubblici locali e quella – di competenza legislativa esclusiva – della tutela della concorrenza, si richiama la pronuncia della Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, in www.cortecostituzionale.it, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale – per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost. – l'art. 19, lett. b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u), della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. Le disposizioni sopra richiamate, impugnate dalla Regione Veneto, avevano ad oggetto la delega al Governo per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale e contenevano principi e criteri direttivi entro i quali, appunto, si intrecciano previsioni riconducibili alla competenza legislativa esclusiva statale, in quanto strettamente finalizzate alla tutela della concorrenza; previsioni eccedenti tale finalità, in materia di gestione e organizzazione dei medesimi servizi, espressione della competenza legislativa regionale residuale; e previsioni aventi a riguardo ambiti diversi, come quelle, ad esempio, concernenti la disciplina dei rapporti di lavoro. La Corte costituzionale afferma nello specifico che: «Sebbene costituiscano espressione di interessi distinti, corrispondenti alle diverse competenze legislative dello Stato e delle Regioni, tali disposizioni sono tenute insieme da forti connessioni e risultano inscindibili l'una dall'altra, inserite come sono in un unico progetto di riordino. Nel dare attuazione ai principi e criteri direttivi da esse stabiliti, il Governo supera lo scrutinio di legittimità costituzionale se rispetta il principio di leale collaborazione, avviando le procedure inerenti all'intesa con Regioni e enti locali nella sede della Conferenza unificata». I principi di diritto enucleati nella pronuncia sopra richiamata sono oggetto di giurisprudenza costituzionale consolidata e, a tal proposito, si rinvia a Corte cost., sentenze 7 luglio 2016, n. 160, in www.cortecostituzionale.it, n. 325/2010, cit.; 21 dicembre 2007, n. 443, *ivi*. Da ultimo, si veda Corte cost. 11 gennaio 2019, n. 5, cit., che dichiara l'illegittimità costituzionale per lesione della competenza statale esclusiva in materia di «*tutela della concorrenza*», di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. di alcune disposizioni contenute in una legge regionale del Piemonte che, vietando alle imprese di utilizzare autobus per l'attività di noleggio con conducente, in base all'età e al chilometraggio, si porrebbero «*in diretto contrasto con la natura "trasversale e prevalente della tutela della libera concorrenza*». Conformemente a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza appena richiamata, si segnala altresì la pronuncia Cons. St., 4 febbraio 2019, n. 823, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha annullato l'art. 3, co. 1, lett. b) e l'art. 11, co. 6 del regolamento della Regione Lombardia n. 6 del 2014, uniformando la normativa secondaria regionale alla summenzionata sentenza ed eliminando il tetto di età per gli autobus da noleggio.

⁴⁰ Per un'analisi delle peculiarità degli affidamenti *in house* nel settore dei trasporti pubblici locali rispetto agli affidamenti *in house* in altri settori e disciplinati dalla Direttiva 2014/23/UE, si rinvia a M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, Nota a margine della ordinanza del Consiglio di Stato 16 luglio 2018 n. 4303, in www.lexitalia.it, n. 7/2018, 1-3 e a N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE*, cit., 546-549, il quale si occupa di definire le differenze per ciò che riguarda il requisito del controllo analogo, il requisito dell'attività prevalente e la questione dell'ammissibilità di una partecipazione di soggetti privati all'entità *in house*.

alcune non trascurabili differenze rispetto alla disciplina contemplata dall'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE⁴¹.

In primo luogo, va osservato che gli affidamenti *in house* – nel regime della Direttiva 2014/23/UE – sono esclusi dall'ambito applicativo della medesima direttiva, mentre, con riferimento agli affidamenti *in house* di cui al Regolamento, il solo obbligo derogato è quello di dover procedere mediante una procedura a evidenza pubblica, nel senso che, per tali affidamenti, è consentita l'aggiudicazione diretta, ferma restando, tuttavia, l'applicazione di tutte le altre disposizioni del Regolamento, per esempio, in tema di durata, contratto di servizio e compensazioni.

Parimenti diversi sono i presupposti che consentono di procedere mediante l'affidamento *in house*.

Il modello *in house* che deriva dalla lettura congiunta delle due fonti di rango sovranazionale – l'una speciale e direttamente applicabile e l'altra generale e attuata mediante l'opera di recepimento confluita nel Codice dei contratti pubblici – può delinarsi, a grandi linee, come di seguito esposto.

In termini generali, lo schema dell'*in house* richiede che vi sia un'aggiudicazione diretta a un soggetto giuridicamente distinto sul quale l'autorità locale eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

La c.d. "Direttiva concessioni", 2014/23/UE, contempla una disciplina generale in materia di *in house*, la quale risulta essere stata pedissequamente ripresa dal Codice dei contratti pubblici.

Rispetto alla disciplina ivi contemplata, sussistono alcuni aspetti di specialità della disciplina di cui al Regolamento (CE) n. 1370/2007 in materia di affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico.

Stante la specialità delle disposizioni contenute dal Regolamento (CE) n. 1370, queste ultime trovano applicazione in via prevalente rispetto al modello generale di cui alla Direttiva concessioni, le cui disposizioni, ad ogni buon conto, troveranno applicazione in via residuale, per colmare eventuali vuoti normativi della materia.

L'aspetto che maggiormente si caratterizza in termini di specialità rispetto alla disciplina generale contemplata dalla Direttiva 2014/23/UE va individuato nel requisito del controllo analogo.

Nello specifico, la definizione di controllo analogo risulta maggiormente rigorosa nella disciplina di cui al Regolamento (CE) n. 1370/2007, ove viene stabilito che lo stesso può considerarsi sussistente solo a fronte della considerazione di molteplici elementi, quali il livello di rappresentanza negli organi, le disposizioni degli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza decisiva non solo sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative, ma anche sulle singole decisioni di gestione.

Un riferimento va effettuato poi alla disposizione, dal contenuto appunto speciale, in materia di controllo congiunto, che sussiste tanto se esercitato da un gruppo di autorità locali, quanto se esercitato da una sola di esse, senza necessità, dunque, che lo stesso controllo sia esercitato dalla pluralità di enti locali congiuntamente.

⁴¹ Sul punto, si è espresso N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE*, cit., 546.

Nell'ipotesi in cui l'autorità locale sia costituita da un numero molteplice di soggetti giuridici pubblici, cui si riferisce il paragrafo 2 dell'art. 5, non è necessario che il suddetto controllo analogo sia esercitato congiuntamente dall'intero gruppo, ma è sufficiente che lo eserciti almeno uno dei soggetti pubblici aderenti.

Questo, tuttavia, potrebbe determinare il realizzarsi di un rischio di eccessivo ampliamento delle ipotesi di affidabilità *in house*.

Infatti, se l'autorità competente è composta da una molteplicità di soggetti giuridici riferibili a distinti lotti, il medesimo ente locale, con la propria società *in house*, ben potrebbe divenire destinatario di affidamenti afferenti al perimetro territoriale dei diversi enti aderenti al gruppo, vanificando l'obiettivo di primaria importanza di tutela della concorrenza e di *favor participationis* e il divieto di gare *extra-moenia*⁴².

Con riferimento a tale ultimo aspetto, deve precisarsi che affinché possa parlarsi di controllo analogo nel settore dei pubblici trasporti è inoltre necessario che l'operatore interno, e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima, esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità

⁴² Sul divieto di gare *extra-moenia*, si rinvia all'ampia trattazione del tema fornita da A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale*, cit., 2465 ss.. L'Autrice chiarisce che la *ratio* del divieto di attività *extra-moenia* è da individuarsi nella «necessità di limitare l'affidamento diretto alla dimensione dell'autoconsumo», e che se la Corte di Giustizia optasse per una soluzione diversa il mercato dei servizi pubblici di trasporto per ferrovia subirebbe un'ulteriore restrizione nel senso che verrebbe allargato il campo degli affidamenti diretti anche a coloro che, nei limiti del requisito dell'attività prevalente, operino come soggetti imprenditoriali al di fuori del territorio di riferimento, proprio perché nella disciplina generale di cui alle Direttive del 2014, non vi è alcuna preclusione *ex ante* a partecipare a gare al di fuori del territorio di riferimento, purché sia mantenuto il requisito dell'attività prevalente. Sul punto, in dottrina, si veda altresì N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE*, cit., 547, ove viene chiarito che il Regolamento (CE) n. 1370/2007 è particolarmente rigido in ordine al requisito dell'attività prevalente, nel senso che vieterebbe del tutto la c.d. attività *extra moenia* nella fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri, consentendo solo di svolgere servizi all'interno del territorio dell'amministrazione affidante; invece M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale*, cit., si soffermano maggiormente sulle peculiarità della disciplina del controllo analogo congiunto prevista dal Regolamento e affermano che per i restanti requisiti dell'*in house* non si rinverrebbero rilevanti disposizioni dal contenuto speciale, sottolineando, ad esempio, per quel che qui importa, che deve ritenersi applicabile la regola del tetto minimo del fatturato a favore dell'amministrazione proprietaria, pari all'80%.

In giurisprudenza, si vedano T.A.R. Lazio, Latina, ordinanza 14 maggio 2018, n. 255, in www.giustizia-amministrativa.it che ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una questione, tra le altre, relativa all'esistenza o meno per le società *in house* operanti nel settore di un divieto di espletare attività *extra-moenia*. In generale, sui requisiti dell'*in house*, si veda, da ultimo, Cons. St., Sez. I, parere 7 maggio 2019, n. 1389, in www.giustizia-amministrativa.it, di fondamentale importanza anche in relazione alla ricostruzione giurisprudenziale e normativa proposta. Trattasi, nella specie di un parere in merito alla possibilità per gli Enti di governo d'ambito della Regione Piemonte di affidare in via diretta il servizio idrico integrato ad una società *in house providing* all'interno della quale si collochi una partecipazione di capitali privati, nel rispetto delle condizioni previste dalla normativa europea e nazionale. Solo per completezza, si precisa che il parere è stato reso nel senso che l'apertura dell'*in house* ai privati deve ritenersi esclusa fino a quando non sarà prescritta da una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli artt. 5, d.lgs. n. 50/2016 e 16, d.lgs. n. 175/2016, poiché la partecipazione di privati al capitale della società controllata è ammessa solo se prescritta da una disposizione di legge nazionale, in conformità con i trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della società controllata. Così, la massima pubblicata su *Foro Amm.*, 2019, 5, 812.

competente a livello locale, pur con eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che si inseriscono nel territorio di vicine autorità competenti a livello locale e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate al di fuori del territorio dell'autorità locale competente.

Considerato quanto sopra, l'aspetto di singolarità della speciale disciplina del controllo congiunto nel settore dei trasporti si individua nella possibilità che l'affidamento *in house* venga in essere con riferimento al perimetro territoriale di una pluralità di enti locali e, nella specie, di distinti Comuni.

Sulla base della speciale disciplina del controllo congiunto nel settore dei trasporti pubblici locali, secondo quanto stabilito dal Regolamento comunitario non potrà procedersi all'affidamento *in house* del servizio di trasporto urbano di un determinato Comune in favore di una società pubblica non partecipata in tutto o almeno in parte da tale Comune.

L'affidamento potrà invece avvenire in favore di una società partecipata dallo stesso Comune, facente parte del più ampio bacino nel cui contesto territoriale si inserisce quest'ultimo.

Il Regolamento, infatti, prevede che l'affidamento debba riguardare un soggetto operante all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale.

Il secondo requisito speciale rispetto alla disciplina generale si individua nella prevalenza delle attività svolte sulla base dell'affidamento da parte della Pubblica amministrazione proprietaria o da altri soggetti dalla stessa sottoposti a controllo che deve essere superiore all'80% del proprio fatturato.

Il terzo requisito rispetto al quale si manifesta una specialità della disciplina settoriale si individua nella partecipazione pubblica totalitaria, che tuttavia ammette delle eccezioni, nel senso che è ammissibile la partecipazione di un capitale privato purché ciò, in primo luogo, non comporti un controllo o un potere privato e a condizione che il soggetto privato non eserciti un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Anche con riferimento a tale ultimo requisito, va segnalata una differenziazione rispetto alla disciplina generale contenuta nella Direttiva 2014/23/UE.

Nella disciplina generale, infatti, affinché sia ammessa la partecipazione di soggetti privati si richiede che la stessa sia prescritta, vale a dire resa obbligatoria, da disposizioni di legge nazionale in conformità con i Trattati UE.

Diversamente, il Regolamento (CE) n. 1370/2007 non prevede una tale condizione, limitandosi a stabilire che la proprietà pubblica al 100% non è requisito obbligatorio per stabilire la sussistenza del requisito del controllo analogo, consentendo di fatto l'affidamento diretto a entità miste, sempre che la parte privata non abbia poteri di influenza o controllo sulla parte pubblica.

Tale ultima precisazione si pone in conformità rispetto a quanto disposto dal Legislatore euro-unitario con riferimento alla materia generale dei contratti pubblici e assume l'importante ruolo di garantire un adeguato coinvolgimento dei soggetti privati nel settore dei trasporti pubblici.

Con l'intenzione di individuare gli effetti determinati dall'esistenza di un siffatto regime speciale, è possibile osservare che, il Legislatore comunitario abbia inteso legittimare il ricorso all'*in house* in ipotesi, per certi versi, più rigose e, per altri, meno stringenti.

Infatti, se si guarda alla speciale disciplina del requisito del controllo analogo che viene ammesso anche in modo congiunto, il risultato al quale può pervenirsi è quello di un ampliamento delle ipotesi di affidabilità *in house*. Nello stesso senso, è possibile leggere la speciale disciplina prevista con riferimento alla possibilità di affidamenti *in house* a entità miste, ove la presenza di soggetti privati non sia prescritta da norme nazionali.

Diversamente, se si fa riferimento al divieto di attività *extra-moenia*, quest'ultimo è contemplato nel settore dei trasporti e non invero in ambito di servizi pubblici locali in genere⁴³.

Il quadro che emerge si pone dunque, ancora una volta, nel solco di una troppo debole azione del Legislatore comunitario verso obiettivi di un maggiore ricorso a forme di affidamento del servizio di natura pro-concorrenziale.

3. Sull'inesistenza di un divieto specifico di affidamenti diretti *in house* per la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale

Definite le specificità del modello *in house* contemplato dal Legislatore comunitario nella disciplina di settore, trattasi ora di verificare se nel nostro ordinamento il ricorso a tali affidamenti possa o meno considerarsi ammissibile.

Non v'è chiarezza, infatti, in ordine all'esistenza di una vera e propria preclusione, a livello interno, del ricorso alla modalità gestoria dell'affidamento diretto a società *in house*, ammesso appunto a livello europeo, ai sensi dell'art. 5, par. 2, del Regolamento comunitario n. 1370/2007, a condizione che lo stesso non sia vietato dal Legislatore nazionale.

A titolo di premessa, si precisa che va indagata l'esistenza di un tale divieto al livello della legislazione nazionale statale e non anche al livello della legislazione regionale.

Se è pur vero, infatti, che il trasporto pubblico locale è materia di potestà legislativa esclusiva delle Regioni, come più volte ribadito dai giudici della Corte costituzionale, con riferimento agli aspetti gestori che involgono chiaramente la materia della tutela della concorrenza, non può che tornare a espandersi la potestà legislativa esclusiva statale esistente nella suddetta materia trasversale.

E infatti, se si riconoscesse all'esecutivo di una determinata Regione il potere di intervenire escludendo l'ammissibilità del ricorso all'*in house*, ciò si tradurrebbe in una disparità di trattamento per le imprese del settore operanti nel territorio della stessa Regione.

Premesso quanto sopra, va escluso che il Legislatore statale abbia voluto individuare un divieto esplicito di ricorso all'*in house* pur condannando la mancata apertura al mercato mediante la previsione di un sistema di disincentivi economici.

Un dato incontrovertibile a fondamento dell'inesistenza di un divieto di ricorso ad affidamenti diretti *in house* è senza dubbio da individuarsi nell'assenza di un'espressa previsione legislativa statale in tal senso, stante l'espunzione del disposto dell'art. 23-bis l. n. 133/2008⁴⁴, che attribuiva esclusività al ricorso alla gara nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁴³ In questo senso, si veda TAR Liguria, Sez. II, 10 giugno 2016 n. 606, in www.giustizia-amministrativa.it; in dottrina si veda G. MULAZZANI, *Limiti operativi extra moenia all'in house: un margine residuale per gli investimenti*, in *Munus*, 3, 2016, 607-632.

⁴⁴ Legge 6 agosto 2008, n. 133, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la

Peraltro, la disposizione che manifesta la preferenza del Legislatore italiano per l'apertura al mercato e, quindi, per le procedure concorsuali, di cui all'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 422 del 1997 è antecedente rispetto all'entrata in vigore del Regolamento n. 1370 del 2007 che, per sua stessa natura, è direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico interno, senza la necessità di alcun intervento espresso ai fini del relativo recepimento.

Come già anticipato, il modello normativo italiano ha infatti optato per il diverso sistema di disincentivi economici in ipotesi di ricorso a tale tipologia di affidamento diretto, ai sensi dell'art. 27, comma 2, lett. d) del d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

Il Legislatore nazionale, dunque, nonostante la manifestazione di un chiaro *favor* nei confronti delle procedure pro-concorrenziali⁴⁵, non è ancora riuscito nei suoi plurimi tentativi di introdurre un divieto assoluto di ricorrere al sistema degli affidamenti diretti *in house*.

Per tornare all'analisi del sistema di disincentivi scelto dal Legislatore nazionale, si ricordi anche il contenuto dispositivo del già citato art. 4-*bis* della l. n. 102/2009, che, introdotto successivamente rispetto all'adozione del Regolamento comunitario del 2007 e non venuto meno a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-*bis* l. n. 133/2008, ha di fatto ammesso eventuali aggiudicazioni *in house*, seppure a determinate condizioni ed entro il limite del 90 % dei servizi concessi.

Peraltro, anche in giurisprudenza non si ritiene necessaria l'introduzione del suddetto divieto, poiché la decisione di procedere ad affidamenti diretti *in house* potrebbe essere in

stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ordinario n. 196.

⁴⁵ Si pensi al disposto dell'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, con il quale gli affidamenti *in house* sono stati collocati su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti mediante procedure gara di appalto. Sul punto è intervenuta la CGUE, Sez. IX, con ordinanza 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 e C-91/19, in *Foro amm.*, 2020, 2, 201 ha escluso che la normativa interna sia in contrasto con quella euro-unitaria, statuendo che: «L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna», in altri termini: «Gli Stati membri sono liberi di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze, non essendo obbligati ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi, fermo restando il rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, fra cui la libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi e i principi di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza. Pertanto, gli Stati membri possono subordinare la conclusione di un'operazione interna come un affidamento "in house" all'impossibilità di indire una gara d'appalto e alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso a tale operazione». Ad avviso di chi scrive, va sostenuta la tesi della possibile introduzione, a opera del Legislatore nazionale, di limitazioni dell'affidamento diretto più estese rispetto a quelle contemplate dalle regole comunitarie, in accordo con la giurisprudenza costituzionale, per la quale si richiama la già citata sentenza 17 novembre 2010, n. 325. La citata sentenza ha ritenuto che l'ordinamento comunitario detta una disciplina che costituisce, in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici, un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri. Pertanto, è senz'altro ammissibile che il legislatore interno disciplini con più rigore l'assetto concorrenziale del mercato e il regime degli affidamenti.

concreto non solo la scelta più conveniente da un punto di vista squisitamente economico, ma anche la più efficiente⁴⁶ in vista del soddisfacimento di ulteriori interessi pubblici sottesi all'espletamento del servizio in questione⁴⁷.

In definitiva, la disciplina nazionale degli anni Novanta, definita in dottrina, coerentemente rispetto alla propria portata, "avanguardistica"⁴⁸, è espressione dell'esistenza di un chiaro *favor*, invero non ravvisabile in modo così evidente a livello europeo, per il modello gestorio più razionale e trasparente della gara ad evidenza pubblica per la selezione del miglior operatore sul mercato⁴⁹. Ciononostante, non può considerarsi esistente, ad avviso di chi scrive, un divieto di affidamenti diretti del servizio di trasporto pubblico locale, sulla sola base della sussistenza, nel nostro ordinamento, di una regola generale della gara pubblica⁵⁰.

⁴⁶ Non manca, in dottrina, chi sostiene che la debolezza dei servizi di trasporto pubblico locale sia radicata proprio nella sua gestione diretta da parte delle stesse Amministrazioni ovvero delle società da queste controllate. Si veda in tal senso, il contributo di G.L. ALBANO, A. HEIMLER, M. PONTI, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 1, 117-138. Secondo gli Autori, infatti, qualsiasi livello di inefficienza viene ripagato a piè di lista, senza conseguenze né per gli addetti né per il *management* né per la proprietà.

⁴⁷ A questo proposito, cfr. Cons. St., Sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732, in www.giustizia-amministrativa.it. Con riferimento invece alla possibilità che il ricorso all'affidamento diretto *in house* comporti costi superiori rispetto al ricorso alla gara pubblica, e ciononostante possa considerarsi come scelta rispondente ai canoni di razionalità, in quanto adeguatamente motivata e non compromettente gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dall'amministrazione precedente, si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 maggio 2016, n. 690, *ivi*, seppur con riferimento all'affidamento diretto *in house* del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti e altri servizi di igiene ambientale.

⁴⁸ Parla di portata avanguardistica, o meglio «*involutiva*», della disciplina nazionale degli anni Novanta M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario*, cit., 183. Secondo la visione dell'Autore, ampiamente condivisibile, «*l'attuazione del diritto europeo*» nell'ambito dei servizi di trasporto pubblico locale ha comportato «*un regresso in termini concorrenziali*». L'Autore definisce il successivo recepimento del diritto europeo derivato momento attraverso il quale si è di fatto legittimata «la facoltà, peraltro colta senza indugio dalla maggior parte delle amministrazioni locali, di procedere all'affidamento diretto del servizio in assenza di confronto concorrenziale; in tal modo pregiudicando il pieno sviluppo di quel percorso di trasformazione che, anche per effetto dell'influsso dei principi comunitari, in un primo momento aveva interessato in generale i servizi pubblici».

⁴⁹ L'esigenza di una maggiore concorrenza e trasparenza nell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale è stata evidenziata da ultimo con la «*Segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017 in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale*», il cui testo è reperibile su www.autorita-transporti.it. La segnalazione è degna di nota anche in considerazione di un'importante opera di ricostruzione della disciplina esistente in materia di affidamenti del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario.

⁵⁰ In giurisprudenza, sull'esigenza di superamento degli assetti monopolistici, perseguita dal d.lgs. n. 422/1997 e, in particolare, dal suo art. 18, si veda T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 gennaio 2003, n. 482, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2003, 159: «Ai sensi dell'art. 18 lett. a), d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422 – che impone di escludere dalle procedure concorsuali, per la scelta dei gestori dei servizi di trasporto regionale e locale, i soggetti che gestiscono servizi consimili, al fine di superare gli assetti monopolistici – è illegittima l'aggiudicazione del servizio di trasporto locale alla concorrente già affidataria altrove di tali servizi, ritenuto che tale norma è d'immediata precettività e non può ritenersi sospesa o procrastinata al 1 gennaio 2004 per l'effetto dell'art. 35, l. 28 dicembre 2001 n. 448». Con riferimento specifico al comma 1° dell'art. 18, si veda Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2017, n. 910, in *dejure.it*, ove si legge che «La disposizione contempera due profili essenziali: - l'esigenza di incentivare piani di investimenti a lungo termine nel trasporto ferroviario, il cui ammortamento richiede un arco temporale significativo, individuato dal Legislatore in una durata minima esennale del contratto di servizio; - la necessità di evitare affidamenti di durata tale da poter configurare un assetto monopolistico o oligopolistico del mercato

4. Possibili scenari a fronte della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione dell'ammissibilità di affidamenti diretti nell'ordinamento italiano

Come accennato, non può considerarsi sussistente, a livello interno, un vero e proprio divieto di ricorrere ad affidamenti diretti nell'ambito dei servizi di trasporto pubblico locale. Entro tale panorama normativo, i Giudici amministrativi italiani, con distinte ordinanze⁵¹, hanno richiesto alla Corte di Giustizia europea di pronunciarsi in ordine ai limiti di tali

dei servizi di trasporto pubblico ferroviario, attraverso la previsione di un rinnovo di pari durata, così fissando l'estensione massima in dodici anni».

Sulla necessità di ricorrere alla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico, si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa italiana, in particolare, si vedano T.A.R. Campania, Napoli, 4 febbraio 2004, n. 4233, che afferma il seguente principio di diritto: «L'individuazione delle imprese affidatarie di pubblici servizi di trasporto regionale e locale deve necessariamente sottostare alla selezione concorsuale, atteso che i principi di buona amministrazione, di trasparenza dell'azione amministrativa, nonché di concorrenzialità - da considerarsi ormai immanenti nell'ordinamento tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore chiamato a svolgere attività di pubblico interesse - impongono l'espletamento di procedure di evidenza pubblica, in virtù della necessità di individuare, mediante valutazione comparativa basata su parametri obiettivi, il soggetto più idoneo», in *Foro amm.-T.A.R.* 2004, 1146. Nello stesso senso, T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 19 luglio 2006, n. 631, in *www.giustizia-amministrativa.it* ove si legge che: «per quanto concerne specificamente il servizio pubblico di trasporto regionale e locale, la regola del ricorso a procedure concorsuali per la scelta del gestore viene sancita dall'art. 18, 2° comma, lett. a) del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422». Più di recente, nella sentenza T.A.R. Lazio, Roma, 3 novembre 2010, n. 33129, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 11, 3545, viene ribadito che «L'art. 19, l. r. Lazio, n. 30 del 1998, allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione, stabilisce che l'affidamento dei servizi di trasporto ordinario di linea deve avvenire mediante procedure concorsuali in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi». In senso parzialmente difforme e, quantomeno, con riferimento al periodo transitorio, T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 7 luglio 2011, n. 466, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 7-8, 2418, ove si legge invece che, ai sensi dell'art. 18 d.lgs. n. 422/1997 è legittimo il provvedimento con il quale la Regione, relativamente al periodo transitorio di graduale passaggio dal regime concessorio a quello contrattuale del servizio di trasporto pubblico locale e regionale (ma prorogato al 31 marzo 2011 dall'art. 1 d.l. "milleproroghe" n. 225 del 2010), affida direttamente il servizio all'originario concessionario, atteso che relativamente a detto periodo «l'Amministrazione non è affatto tenuta a procedere a gara pubblica ma, al contrario, costituisce per essa preciso obbligo il ricorso al contratto di servizio onde garantire nella fase transitoria la continuità, la funzionalità e l'efficienza di detto servizio».

⁵¹ Si tratta delle ordinanze T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 14 maggio 2018, n. 255, cit.; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 25 luglio 2018, n. 682, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che deferisce alla Corte di giustizia UE due questioni interpretative in materia di affidamento diretto del servizio di trasporto per ferrovia, riguardanti gli obblighi, per la stazione appaltante, di provvedere alla c.d. pre-informazione sull'intenzione di affidare il servizio e di motivare, comunque, l'aggiudicazione. L'ordinanza di rimessione appena citata riguarda la vicenda sarda, "incubatrice" della nota Segnalazione congiunta di A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T., a seguito della controversia instauratasi tra la Regione Autonoma della Sardegna e la società *Arriva Rail Italia S.r.l.*, la quale, a seguito di un avviso di pre-informazione in merito ad una procedura di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale su ferro, lamentava l'illegittimità del diniego di accesso agli atti, istanza avanzata al fine di poter formulare una proposta seria e articolata; Cons. St., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 4303 e Id., 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

affidamenti diretti entro il settore oggetto di indagine, nonché in ordine alla definizione dei rapporti tra esternalizzazione e auto-prestazione nella gestione dei servizi *de quibus*⁵².

In particolare, per ciò che qui importa, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 16 luglio 2018 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione: «se l'art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria».

Il quesito, seppur riguardi la peculiare ipotesi disciplinata dal paragrafo 4 dell'art. 5, c.d. ipotesi *de minimis*⁵³, può senz'altro estendersi anche all'ipotesi di maggiore interesse contemplata, dal paragrafo 2 dell'art. 5, ove più genericamente viene disciplinato il divieto di affidamenti diretti.

Ciò che i Giudici di Palazzo Spada chiedono alla Corte di Giustizia dell'Unione europea è se possa considerarsi sussistente un divieto di procedere ad affidamenti diretti anche in assenza di una specifica disposizione in tal senso e giustificato, invero, solo sulla base di una regola generale della gara pubblica per l'affidamento dei contratti di servizio nel settore dei trasporti pubblici locali.

Se si ragionasse per principi, come si ritiene che opereranno anche i Giudici europei, la soluzione dovrebbe essere negativa, facendo richiamo anche solo a quel principio espresso dal brocardo latino «*ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit*».

Se si volesse ragionare, invece, seguendo una logica sistematica, vale a dire considerando il sistema nel suo complesso, potrebbe concludersi per l'attribuzione di un senso più ampio al concetto di divieto. Secondo tale lettura, il divieto dovrebbe ritenersi sussistente nonostante l'assenza di una disposizione specifica in tale senso e in guisa solo di una regola generale di ricorso alla gara. Ciò in considerazione della fondamentale importanza assunta nel panorama nazionale ed euro-unitario dal principio di tutela della concorrenza, meglio realizzabile attraverso il ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

Tuttavia, nell'attesa di una pronuncia risolutiva dei Giudici dell'Unione, si ritiene poco prospettabile una conclusione, per così dire, tanto "coraggiosa" della Corte di Giustizia dell'Unione europea, invero sempre attenta a non invadere gli spazi di sovranità nazionale devoluti ai legislatori dei singoli Paesi membri.

Nel caso di specie, non può certo considerarsi che il Legislatore nazionale non ne uscirebbe leso nella sua sovranità, stante la scelta di ricorrere a un sistema disincentivante a discapito degli affidamenti diretti, appunto non vietati, ma solo considerati non apprezzabili e, per questo, soggetti a disincentivi.

⁵² Sul punto, in dottrina, si veda A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale*, cit., 2465 ss.. L'Autrice, in particolare, offre un commento all'ordinanza di rimessione del T.A.R. Laziale, sopra citata, n. 255/2018.

⁵³ Così la definiscono M. PANI, C. SANNA, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale*, cit., 6.

Pertanto, al fine di realizzare gli obiettivi di apertura del settore alla concorrenza, si ritiene maggiormente opportuno un intervento del Legislatore statale nel senso di vietare quanto meno in determinate ipotesi (si pensi per esempio all'introduzione di un criterio dettato dal numero di abitanti di una determinata realtà locale) il ricorso agli affidamenti diretti, considerato il prevedibile esito della vicenda giudiziaria, nel senso dell'esclusione dell'esistenza un simile divieto.

5. *L'avviso di pre-informazione in ipotesi di aggiudicazione diretta o in house*

Nell'analisi della disciplina dell'aggiudicazione diretta dei contratti di servizio, va poi dedicata attenzione alla disposizione di cui all'art. 7 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, rubricato «*Pubblicazione*», rispetto alla quale sono sorti importanti dubbi interpretativi.

Nello specifico, al paragrafo 2, dell'art. 7, è previsto che l'Autorità competente, almeno un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, pubblichi nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, informazioni quali il nome e l'indirizzo dell'autorità competente; il tipo di aggiudicazione previsto; i servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione.

Le autorità competenti possono decidere di non pubblicare queste informazioni qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50.000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri.

Qualora dette informazioni cambino successivamente alla loro pubblicazione, l'autorità competente deve pubblicare di conseguenza la relativa rettifica, senza pregiudizio della data di avvio dell'aggiudicazione diretta.

Occorre inoltre precisare che, in ipotesi di aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico di trasporto su rotaia, di cui all'articolo 5, paragrafo 6, l'autorità competente deve rendere pubbliche, entro un anno dalla concessione dell'aggiudicazione, informazioni quali il nome dell'ente aggiudicatore, il suo assetto proprietario e, ove opportuno, il nome della parte o delle parti che esercitano il controllo legale; la durata del contratto di servizio pubblico; la descrizione dei servizi di trasporto di passeggeri da effettuare; la descrizione dei parametri per la compensazione finanziaria; gli obiettivi di qualità, come puntualità e affidabilità, e premi e penalità applicabili e condizioni relative a beni essenziali.

Un'ulteriore disposizione che risulta aver determinato perplessità a livello dottrinale e giurisprudenziale si individua poi nel paragrafo 4 dell'art. 7, ove si prevede che l'autorità competente è tenuta a trasmettere, a chi ne faccia richiesta, la motivazione della propria decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico.

Come accennato, l'art. 7 ha costituito oggetto di una controversia interpretativa, scaturita in una Segnalazione congiunta di tre Autorità indipendenti operanti nel settore, A.G.C.M., A.R.T. e A.N.A.C. e in una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che di fatto ribalta completamente il pensiero espresso dalle tre *Autorithies*.

5.1. *Il ruolo dell'avviso di pre-informazione alla luce dei principi esposti nella Segnalazione congiunta A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T. del 25 ottobre 2017*

Il 25 ottobre 2017 l’Autorità Garante per le Concorrenza e il Mercato, A.G.C.M.⁵⁴, l’Autorità Nazionale Anticorruzione, A.N.A.C.⁵⁵ e l’Autorità di Regolazione dei Trasporti, A.R.T.⁵⁶ hanno adottato una Segnalazione, c.d. congiunta, «*in merito alle procedure per l’affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale*».

La Segnalazione congiunta ha il merito di aver fornito una ricostruzione della normativa vigente in materia di affidamenti del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario, che rimane assoggettata alla disciplina degli artt. 5 e 7 del Regolamento CE n. 1370/2007.

In particolare, a tal proposito, viene chiarito che, tra le forme organizzative del servizio di trasporto ferroviario, la gestione diretta, l’affidamento *in house* e l’affidamento diretto devono configurarsi come modelli gestori dal carattere meramente residuale e derogatorio, in guisa di un principio generale di ricorso alla gara.

La scelta di derogare al suddetto principio generale dell’evidenza pubblica, segnalano le tre Autorità, deve pertanto risultare «*presidiata da alcuni specifici obblighi di legge di natura informativa e motivazionale*».

L’avviso di pre-informazione, nella lettura offerta dalla Segnalazione congiunta, in un tale contesto, andrebbe pertanto configurato come un vero e proprio strumento a presidio dei suddetti obblighi di natura informativa e motivazionale.

In particolare, le tre Autorità hanno chiarito come non possano considerarsi soddisfatti gli obblighi informativi gravanti in capo agli enti affidanti attraverso la mera pubblicazione dell’avviso di pre-informazione e della motivazione circa la scelta della procedura di affidamento diversa dalla gara.

Infatti, secondo le *Autorithies* si tratterebbe altresì di operare un confronto competitivo tra le offerte presentate da altri eventuali operatori interessati e la proposta avanzata dal soggetto al quale si intende affidare il servizio in via diretta.

⁵⁴ In dottrina, per un approfondimento in ordine ai poteri di regolazione esercitabili dalle Autorità amministrative indipendenti, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell’economia*, in a cura di, F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale*, cit., 39-53, ove vengono individuate dieci categorie di poteri di regolazione: il potere regolamentare interno; il potere regolamentare esterno; i poteri di amministrazione attiva; il potere di determinare gli *standards* di qualità o le tariffe; il potere sanzionatorio; i poteri di *moral suasion*; i poteri di segnalazione e di proposta; il potere consultivo; i poteri quasi giurisdizionali e i poteri ispettivi.

⁵⁵ Sul punto, si veda L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione “normativa” – Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 2, 256 ss., *passim*. Si veda inoltre M. SEBASTIANI, *La Segnalazione di AGCM, ART e ANAC sugli affidamenti dei servizi di trasporto ferroviario regionale: luci, ombre e prospettive*, relazione presentata al Seminario organizzato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato e dalla Società italiana di politica dei trasporti, “*La Segnalazione congiunta di AGCM, ART e ANAC sugli affidamenti del trasporto ferroviario regionale*”, A.G.C.M., 23 gennaio 2018, il cui testo è disponibile su www.sipotra.it. L’Autore attribuisce alla Segnalazione un ruolo fondamentale in termini di interpretazione sistematica all’interno di una disciplina nazionale e comunitaria «entrambe intricate, contrassegnate da ambiguità, talvolta da contraddizioni e, di fondo, da un certo cerchiobottismo».

⁵⁶ L’A.R.T. ha voluto rappresentare agli enti affidanti, cui si riferisce, come il ricorso alla procedura c.d. «para-concorsuale» sia da considerarsi un sistema più efficiente per il finanziamento del servizio. Trattasi, ma si dirà meglio nel prosieguo, di una soluzione intermedia tra la gara e l’affidamento diretto del servizio di trasporto ferroviario regionale, consistente nell’effettuazione di un’analisi comparativa tra l’offerta del soggetto destinatario dell’affidamento diretto e quelle degli altri soggetti interessati che abbiano manifestato l’intenzione di ottenere l’affidamento del servizio a seguito della pubblicazione dell’avviso di pre-informazione e di un informato accesso agli atti della procedura.

Nella ricostruzione fornita dalla Segnalazione congiunta sussisterebbe dunque una tricotomia⁵⁷ tra le diverse forme dell'affidamento diretto, la gara e una forma paraconcorsuale di affidamento, scaturente dalla valutazione comparativa tra l'offerta del destinatario dell'affidamento diretto e l'offerta dei potenziali interessati all'affidamento del servizio.

È stato all'uopo affermato che la scelta di procedere ad affidamenti diretti del servizio di trasporto pubblico non potrebbe considerarsi attribuita in via esclusiva alla Pubblica amministrazione affidante⁵⁸.

Da una siffatta ricostruzione, deriva, in capo agli operatori privati, un'importante facoltà di manifestare il proprio interesse a ottenere l'affidamento, da cui scaturisce, a sua volta, l'obbligo, in capo all'ente affidante, di effettuare una comparazione tra l'offerta del soggetto "prescelto" e quella presentata dagli eventuali ulteriori soggetti interessati alla gestione del servizio.

Le implicazioni che discendono dalla Segnalazione congiunta in oggetto sono molteplici. Dall'avviso di pre-informazione, nell'interpretazione fornita dalle tre autorità di matrice pro-concorrenziale, discende l'affermazione di un diritto di presentare nuove offerte in favore di soggetti terzi.

Dal principio di trasparenza, applicabile ad ogni settore, e in particolare anche ad un settore escluso, scaturisce il diritto dei terzi di richiedere ed ottenere informazioni per rendere possibile la formulazione di un'offerta alternativa rispetto a quella del soggetto destinatario dell'affidamento diretto.

Da ultimo, dal principio di motivazione, che interessa qualsivoglia tipologia di agire pubblico, deriva l'obbligo in capo alla Pubblica amministrazione di procedere all'eventuale affidamento diretto, solo a seguito dello svolgimento di un'analisi comparativa delle offerte pervenute. In caso contrario, se l'ente affidante non procedesse dunque alla valutazione comparativa in oggetto, il provvedimento di affidamento diretto sarebbe privo di adeguata motivazione e, per questa ragione, passibile di impugnazione.

In conclusione, può affermarsi che la Segnalazione congiunta delle tre Autorità abbia fornito una lettura integrata, *rectius*, sistematica, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, svolta alla luce dei principi e delle norme di cui ai Trattati e al Codice dei contratti pubblici.

Una tale interpretazione, con implicazioni di politica del diritto, come già affermato, persegue il risultato di aprire il settore del trasporto pubblico alla concorrenza anche nell'ipotesi in cui la scelta abbia riguardato un affidamento diretto: ciò destando qualche perplessità in ordine all'effettiva sussistenza di un potere in tal senso in capo a A.G.C.M., A.N.A.C. e A.R.T.

Premesso quanto sopra, occorre a questo punto ricordare che il T.A.R. Sardegna ha formulato una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 7, paragrafi 2 e 4, con l'ordinanza del 4 luglio 2018, n. 682, emessa nell'ambito della controversia tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Regione autonoma della Sardegna, di cui si è detto.

⁵⁷ In questo senso, si è espresso L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., 269.

⁵⁸ Così L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., 263.

Il T.A.R. sardo ha rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, formulando i seguenti quesiti: «Se l'art. 7, paragrafo 2, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che impone, all'autorità competente che intende procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, di prendere i provvedimenti necessari per pubblicare o comunicare le informazioni necessarie a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio per predisporre un'offerta seria e ragionevole» e «Se l'art. 7, paragrafo 4, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente, prima di procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, deve valutare comparativamente tutte le offerte di gestione del servizio eventualmente ricevute dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui al medesimo art. 7, paragrafo 4».

I suddetti quesiti hanno trovato risposta con una sentenza della decima Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, resa nella causa C-515/18, il 24 ottobre 2019⁵⁹.

La sentenza dei Giudici di Lussemburgo, del 24 ottobre 2019, C-515/18, in modo alquanto criticabile, ha proposto un'interpretazione che si pone in netto contrasto con quanto affermato, in senso pro-concorrenziale, dalle Autorità amministrative indipendenti italiane, con la Segnalazione congiunta appena analizzata.

Secondo la Corte di Giustizia UE, infatti, «L'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del 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, deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia non sono tenute, da un lato, a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute in seguito alla pubblicazione di tali informazioni».

Pare opportuno, a questo punto, ripercorrere l'analisi del «Contesto normativo» effettuata dalla Corte di Giustizia UE, in quanto, ad avviso di chi scrive, le disposizioni ivi richiamate valgono a destituire di persuasività la decisione operata con la sentenza in analisi.

La Corte di Giustizia ai punti 3 e seguenti della parte dedicata, appunto, al «Contesto normativo. Diritto dell'Unione», richiama, oltre al *Considerando* n. 25, anche i *Considerando* nn. 29 e 30 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

I suddetti *Considerando* nn. 29 e 30 potrebbero essere da soli idonei a ritenere condivisibile l'orientamento fatto proprio dalle tre Autorità con la Segnalazione congiunta.

Il *Considerando* n. 29 prevede che «Ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi».

⁵⁹ Sentenza Corte di Giustizia UE, Sez. X, 24 ottobre 2019, C-515/18, in www.curia.europa.eu.

Il *Considerando* n. 30 prevede che i «I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza».

Si è già più volte ribadito che l'art. 7 par. 2, interessato dal dubbio ermeneutico, richiede alle autorità competenti di pubblicare alcune informazioni.

Tale obbligo di pubblicazione degrada a mera facoltà solo nell'ipotesi in cui si tratti di aggiudicare un contratto di servizio pubblico riguardante una fornitura annuale di meno di 50.000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri.

L'art. 7, par. 4, impone invece che, nell'ipotesi in cui ciò sia richiesto da una parte interessata, l'autorità competente le trasmetta la motivazione della decisione di aggiudicazione diretta del contratto di servizio di trasporto.

Al fine di verificare se tali norme potessero interpretarsi nel senso di richiedere alle autorità competenti, in primo luogo, di pubblicare tutte le informazioni necessarie per permettere agli operatori interessati di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e, in secondo luogo, di effettuare una valutazione comparativa tra tutte le offerte pervenute, l'A.G.C.M. insisteva affinché venissero presi in adeguata considerazione non solo il tenore letterale delle disposizioni, ma anche il contesto, gli scopi perseguiti dalla normativa nel suo complesso e la genesi delle disposizioni.

La risposta della Corte di Giustizia dell'UE, in primo luogo, ha escluso che il contenuto letterale delle disposizioni controverse potesse essere interpretato nel senso sperato dall'A.G.C.M.

Con riferimento a tale assunto, non può che convenirsi con la ricostruzione operata dai Giudici europei. Infatti, l'art. 7, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 predispone un elenco degli elementi che l'autorità competente deve necessariamente pubblicare un anno prima dell'aggiudicazione diretta e tali elementi non sono senz'altro idonei a consentire agli interessati la formulazione di una proposta suscettibile di una successiva valutazione comparativa.

In secondo luogo, la CGUE ha escluso che la previsione di un obbligo di esternare la motivazione in ordine alla decisione di aggiudicazione in via diretta, di cui all'art. 7, par. 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, possa tradursi nell'obbligo di effettuare delle valutazioni quantitative o qualitative delle offerte che l'autorità competente abbia eventualmente ricevuto⁶⁰.

L'aspetto sul quale non può convenirsi con la ricostruzione dei giudici europei riguarda la valutazione del contesto delle disposizioni oggetto di interpretazione e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui le stesse fanno parte⁶¹.

Orbene, la Corte di Giustizia UE ha risolto la questione a partire dalla distinzione esistente tra due regimi di aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

Nella specie, il Regolamento (CE) n. 1370/2007 distingue tra «aggiudicazione diretta» e aggiudicazione previo esperimento di una procedura di gara.

⁶⁰ In questo senso, si veda il punto n. 26 della parte motiva della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 ottobre 2019, cit..

⁶¹ Sul punto, si vedano i punti nn. 27 e seguenti della parte motiva della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 ottobre 2019, cit..

La Corte, effettuata la suddetta premessa, ha concluso rilevando che l'aggiudicazione diretta esclude qualsiasi previa procedura di gara e che la distinzione tra i due regimi di aggiudicazione verrebbe meno se le disposizioni dell'art. 7, paragrafi 2 e 4, venissero interpretate nel senso di ritenere necessaria, in ipotesi di aggiudicazione diretta, una valutazione comparativa delle offerte eventualmente ricevute.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, la distinzione tra i due regimi di aggiudicazione permane anche a voler ritenere sussistente un obbligo di comparazione delle offerte pervenute a seguito della formulazione dell'avviso di pre-informazione.

E infatti, se da un lato, le cautele richieste in ipotesi di affidamento diretto non possono considerarsi tali da elidere qualsivoglia differenziazione tra la procedura di gara e l'aggiudicazione diretta; dall'altro lato, le stesse cautele risulterebbero prive di qualsivoglia risvolto pratico se non venissero interpretate nel senso di garantire, quantomeno, un diritto di reazione in capo agli operatori interessati.

Il diritto di reazione in capo agli operatori interessati non solo discende dall'avviso di pre-informazione, ma anche dal necessario rispetto dei principi generali del Trattato, in ipotesi di aggiudicazione diretta. I principi generali che ivi vengono in gioco si individuano nella trasparenza e nella parità di trattamento: ciò in quanto i contratti aggiudicati direttamente non sono esentati dal rispetto dei citati principi del Trattato⁶².

A conferma della necessaria applicazione dei suddetti principi, va richiamata la Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 92/01 in materia di orientamenti interpretativi del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

La Comunicazione in oggetto, fatto richiamo ai principi di trasparenza e parità di trattamento, individua proprio nella necessità di dare attuazione a tali principi la ragione stessa per la quale è richiesta la pubblicazione di determinate informazioni prima di poter procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia.

La Comunicazione, peraltro, nell'affermare che l'obbligo di pubblicare determinate informazioni risponde all'esigenza di garantire obiettivi di trasparenza e parità di trattamento, sottolinea il tipo di rapporto di regola ed eccezione esistente tra aggiudicazione mediante gara e aggiudicazione diretta.

In altri termini, secondo la Commissione, il sistema delineato dal Legislatore comunitario con il Regolamento (CE) n. 1370/2007 si basa sulla regola generale della procedura a evidenza pubblica. Un'interpretazione dell'avviso di pre-informazione alla luce dei principi sin qui richiamati non può che andare nel senso di garantire una reazione in capo ai soggetti

⁶² In questo senso, si veda la Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 92/01, «Comunicazione della Commissione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia», che, al punto n. 2.3.5. «Articolo 5, paragrafo 6. Servizi ferroviari che possono essere oggetto della procedura di aggiudicazione diretta», richiama il *Considerando* n. 20 del Regolamento (CE) n. 1370/2007: «Quando l'autorità pubblica decide di affidare a un terzo un servizio d'interesse generale, la scelta dell'operatore di servizio pubblico deve avvenire nell'osservanza della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e di concessioni, quale risulta dagli articoli da 43 a 49 del trattato, nonché nell'osservanza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento». Il testo della Comunicazione della Commissione europea è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, n. C 92, del 29 marzo 2014, disponibile su www.eur-lex.europa.eu.

che abbiano manifestato il proprio interesse all'aggiudicazione del contratto di servizio. L'unica reazione plausibile si rinviene nella possibilità di proporsi, quale possibile aggiudicatario, all'autorità competente. Diversamente, l'avviso di pre-informazione sarebbe «un mero atto di pubblicità fine a se stesso»⁶³.

Perché vi sia trasparenza e parità di trattamento, una risposta esaustiva dell'autorità, a fronte di una ulteriore proposta, non può che coincidere con un confronto comparativo delle offerte, che dia conto della motivazione per la quale si ritiene comunque maggiormente opportuno procedere mediante l'affidamento diretto.

Quanto poi agli obiettivi perseguiti dalla normativa analizzata, allo scopo di garantire una corretta interpretazione delle disposizioni dall'oscura formulazione, i Giudici dell'Unione europea hanno effettuato richiamo ad alcuni *Considerando* del Regolamento (CE) n. 1370/2007: trattasi dei *Considerando* n. 25, 29 e 30.

I suddetti richiami non possono che considerarsi insufficienti al fine di dare risposta a un così difficile interrogativo.

Anzitutto, pare opportuno, fare un breve cenno a quanto affermato dai *Considerando* richiamati dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, al fine di fornire un quadro maggiormente completo della questione oggetto d'interesse.

Il *Considerando* n. 25 viene considerato, invero senza addurre all'uopo giustificazione, quale vera e propria espressione di una manifestazione d'intenti del Legislatore comunitario: in questo senso, il Regolamento (CE) n. 1370/2007 si prefiggerebbe lo scopo di definire un quadro giuridico per le compensazioni e/o i diritti di esclusiva per i contratti di servizio e non, invece, l'obiettivo di realizzare un'ulteriore apertura del mercato dei servizi ferroviari⁶⁴.

Attribuire una tale rilevanza al *Considerando* n. 25 è quanto meno privo di giustificazione e infatti, il Regolamento (CE) n. 1370/2007, come confermato dalla Comunicazione della Commissione europea n. 2014/C 92/01, del 29 marzo 2014 sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento stesso, «mira a creare un mercato interno per la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri. Nel perseguire tale obiettivo, punta a integrare le norme in materia di appalti pubblici».

L'obiettivo di definizione del quadro giuridico delle compensazioni è senz'altro sussistente, ma secondario, o quanto meno, da porsi sullo stesso piano rispetto all'obiettivo di incentivare la concorrenza nel settore dei pubblici trasporti.

Infatti, solo dopo aver individuato lo scopo di creazione di un mercato interno dei servizi pubblici di trasporto passeggeri, la Comunicazione interpretativa ricorda che «il regolamento stabilisce altresì le condizioni alle quali le compensazioni stabilite nei contratti e nelle concessioni per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri sono ritenute compatibili con il mercato interno ed esentate dall'obbligo di notifica preventiva degli aiuti di Stato alla Commissione».

A una tale conclusione è possibile pervenirsi anche dalla lettura dei *Considerando* che sono in larga parte dedicati all'importanza di introdurre nel settore dei trasporti una concorrenza

⁶³ M. SEBASTIANI, *La Segnalazione di AGCM, ART e ANAC*, cit., 2.

⁶⁴ In questo senso, si veda il punto n. 31 della parte motiva della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, del 24 ottobre 2019, cit..

regolamentata al fine di accelerare, anzitutto, la liberalizzazione del settore⁶⁵ e di «garantire servizi di trasporto passeggeri sicuri, efficaci e di qualità» assicurando altresì «la trasparenza e l'efficienza dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri, tenendo conto, in particolare, dei fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale, o nell'offrire condizioni tariffarie specifiche a talune categorie di viaggiatori, ad esempio i pensionati, e nell'eliminare le disparità fra imprese di trasporto provenienti da Stati membri diversi che possono alterare in modo sostanziale la concorrenza»⁶⁶.

Sicuramente maggiore rilievo può attribuirsi al richiamo dei *Considerando* nn. 29 e 30 del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

Nei suddetti *Considerando* si afferma che «I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza» e che «ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio di attivarsi».

Ebbene, tali affermazioni non possono tradursi in un diritto di mera contestazione della scelta di procedere mediante un affidamento diretto: si tratterebbe, in tal caso, di un diritto svuotato di qualsivoglia contenuto concreto.

Una mera contestazione relativa al principio stesso dell'aggiudicazione diretta⁶⁷, al più, potrebbe determinare l'esercizio del diritto di revoca in via di autotutela da parte della Pubblica amministrazione aggiudicatrice della determinazione con la quale assume l'impegno ad aggiudicare direttamente un determinato contratto di servizio nel settore dei trasporti.

Tuttavia, non si vede come l'autorità competente potrebbe essere realmente spinta a una tale reazione se non in forza della valutazione di un'offerta migliore rispetto a quella dell'operatore cui si intendeva affidare direttamente il contratto di servizio. Una siffatta migliore offerta, infatti, rimanendo l'avviso di pre-informazione ingessato nei contenuti di cui al paragrafo 2, dell'art. 7, non può neppure venire a esistenza.

Attribuendo tale ruolo all'avviso di pre-informazione, l'obbligo di motivazione varierebbe a seconda che vi sia stata o meno una manifestazione di interesse da parte di altri operatori. Laddove infatti, a seguito della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione, vi sia stata la presentazione di un'offerta alternativa, sarà necessario procedere ad un confronto comparativo e la motivazione dovrà esplicitare anche le ragioni per le quali sia stato preferito l'affidatario prescelto rispetto ad un gestore in via alternativa.

La motivazione, solo a seguito dell'espletamento di un'analisi comparativa, deve quindi rendere nota la correttezza della scelta posta in essere dall'ente affidante alla stregua dei canoni di efficacia, efficienza, economicità e qualità del servizio e di razionale e migliore utilizzo delle pubbliche risorse.

⁶⁵ In questo senso, si veda il *Considerando* n. 7 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, cit..

⁶⁶ Il riferimento è al *Considerando* n. 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, cit..

⁶⁷ Così si esprime la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza del 24 ottobre 2019, punto n. 33 della parte motiva, cit..

6. Prospettive per una valutazione comparativa conforme al principio di tutela della concorrenza

In una prospettiva *de iure condendo*, trattasi ora di verificare in quale modo debba effettuarsi il confronto competitivo⁶⁸, che pur la Corte di Giustizia UE e la giurisprudenza più recente in merito all'ordinarietà del ricorso all'*in house* hanno escluso.

La questione è demandata alla corretta interpretazione del Regolamento di settore, la quale non può che essere sistematica, vale a dire collocata all'interno del sistema di norme che governano la più generale materia degli affidamenti dei pubblici servizi.

In un tale contesto, assume fondamentale rilievo il disposto dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici.

Il Legislatore nazionale, infatti, nonostante abbia escluso la materia degli affidamenti del servizio di trasporto pubblico locale dei passeggeri dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ha comunque attribuito all'art. 4 del medesimo codice⁶⁹ portata generale, perché espressione di principi di fondamentale interesse.

Secondo la Segnalazione congiunta, leggendo le disposizioni del Regolamento di settore n. 1370/2007, alla luce dei suddetti principi, gli enti affidanti avrebbero dovuto trovare un criterio guida nell'effettuazione del confronto competitivo.

Proprio a questo proposito, si è parlato in dottrina di una segnalazione "normativa"⁷⁰, perché nata con l'intento di incidere in termini di *dictum* normativo sui successivi comportamenti degli enti affidanti, i quali, laddove venissero meno a quanto "stabilito" entro tale segnalazione avrebbero potuto andare incontro all'irrogazione di sanzioni.

Ciò che ci si è domandati è se le Autorità adottanti la segnalazione congiunta potessero effettivamente farsi portatrici di un potere di tale portata e come il contenuto di tale atto debba coordinarsi con la soluzione contrastante della Corte di Giustizia UE.

La soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea risulta, ad avviso di chi scrive, sottoponibile a visione critica. Ciò, non solo in guisa di tutte le considerazioni

⁶⁸ Concordemente rispetto alla tesi per la quale non può sussistere una motivazione adeguata senza procedere a una valutazione comparativa, si legga la deliberazione n. 62/GEST/2017 della Corte dei conti, Sezione regionale Sicilia, con la quale è stata approvata la «*Relazione relativa alla verifica del piano operativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie dirette e indirette della Regione siciliana*», il cui testo è reperibile in www.banchedati.corteconti.it. In tale relazione, oltre a ribadire l'inefficienza delle società pubbliche, si rileva altresì la necessità di prendere in considerazione altresì l'offerta del servizio da parte del mercato. In particolare, si legge che: «Non è ammissibile che siano mantenute società pubbliche se il mercato può rispondere in maniera adeguata ed efficiente alla domanda di beni e servizi proveniente dalla pubblica amministrazione; né è pensabile che i contratti di servizio siano stipulati senza avere valutato se il corrispettivo previsto per l'erogazione delle commesse pubbliche sia corrispondente o meno a quelli di mercato; allo stesso modo non risulta che, nel settore dei servizi a rilevanza economica (come il trasporto pubblico locale), sia stata effettuata un'analisi attenta in ordine alla compatibilità dei contributi erogati dalla Regione, ammissibili solo in termini di compensazioni per gli obblighi di servizio pubblico», 14.

⁶⁹ L'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 50/2016, rubricato «Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi», così recita: «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».

⁷⁰ L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., come si evince già dal titolo del contributo.

sinora svolte, ma anche e soprattutto avuto a riguardo al quadro normativo di riferimento esistente a livello euro-unitario⁷¹, manifestamente improntato a rendere effettivo, seppur con le proroghe concesse, un generale principio pro-concorrenziale.

Il miglior pregio della Segnalazione congiunta di cui si è già ampiamente detto poteva infatti individuarsi nell'aver fornito un'interpretazione delle norme oggetto di dubbio interpretativo in via sistematica e, dunque, in senso sostanziale.

In particolare, si ritiene che i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, ai quali va attribuita valenza permeante dell'intero sistema economico-giuridico delineato a livello euro-unitario, devono orientare l'interprete nella lettura di qualsivoglia disposizione in materia di procedure di affidamento in via diretta.

Inoltre, deve ricordarsi che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia UE⁷², anche in ipotesi di concessioni sotto soglia, per le quali non trovano applicazione le disposizioni di cui alla Direttiva 2014/23/UE, si applicano i principi generali del TFUE e, nello specifico, i richiamati principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, oltre all'art. 86 TCE che, in relazione ai servizi pubblici economici, prevede che il regime monopolistico possa giustificarsi solo se indispensabile per il raggiungimento degli obiettivi di servizio pubblico⁷³.

E allora, non si vede il motivo per cui, nel caso dei pubblici trasporti, ove il Legislatore comunitario non ha individuato delle soglie, ma ha previsto la facoltà per le autorità locali competenti di aggiudicare direttamente le concessioni al di sotto di determinati valori, non debba considerarsi sussistente⁷⁴ la necessità di garantire il rispetto di principi di

⁷¹ In dottrina, con riferimento all'interpretazione dell'art. 7, par. 2, 3 e 4, del Regolamento CE n. 1370/2007, alla stregua della quale l'avviso di pre-informazione richiederebbe oltre all'adempimento di obblighi informativi e motivazionali anche di un obbligo di comparazione delle offerte pervenute, si parla di un'implicazione dell'interpretazione del Regolamento stesso alla luce dei principi generali in materia di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento posti a fondamento del TFUE e previsti altresì dall'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, norma, quest'ultima, di applicazione generale nonostante sia contenuta nel Codice dei contratti, dal quale risulta esclusa la disciplina dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia. In questo senso, L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" – Il commento*, cit., 260.

⁷² Il riferimento è, in particolare, a Corte di Giustizia dell'Unione europea, 16 aprile 2015, C-278/14, in www.curia-europa.eu.

⁷³ Così M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica*, cit., 1415 ss., ove si legge che la legittimità del monopolio è suscettibile di sindacato ai sensi dell'art. 86 TCE.

⁷⁴ Non manca in dottrina chi ritiene che in ipotesi di aggiudicazione diretta non debbano essere rispettati tali principi generali di parità di trattamento e non discriminazione, ma solo gli obblighi di pubblicità informativa, di cui all'art. 7 del Regolamento n. 1370/2007. In questo senso, si è espresso N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella Direttiva 2014/23/UE*, cit., 550. Tuttavia, l'Autore non sembrerebbe sostenere la suddetta tesi senza ammettere critiche in senso contrario, poiché nelle considerazioni conclusive, del contributo citato, afferma quasi in tono discordante che non sembra che possano escludersi: «in via interpretativa, forme di osmosi delle norme generali nella disciplina di settore. Ciò in particolare, potrebbe accadere laddove le norme generali, da un lato, costituiscono attuazione di principi di portata generale del TFUE, valevoli, in quanto tali, anche nell'ambito settoriale; dall'altro lato, laddove esse ammettano facoltà, escluse dalla disciplina di settore, la cui mancata estensione possa essere considerata cagione di ingiustificata disparità di trattamento», 552-553. Ebbene, proprio sulla scorta di tale ultima affermazione si ritiene di dover sostenere *a fortiori* la tesi della necessaria applicazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione precedente si sia determinata nel senso di

applicazione generale come quelli appena richiamati, nonostante l'esistenza del principio di libera amministrazione.

In un siffatto contesto, si auspica dunque che il Legislatore nazionale intervenga con maggiore incidenza rispetto al modello dei disincentivi economici, eventualmente, anche precisando i contenuti dell'avviso di pre-informazione, nel senso di rendere le residuali ipotesi di aggiudicazione diretta maggiormente conformi ai suddetti principi generali, mediante la previsione di una valutazione comparativa preventiva all'affidamento diretto.

7. Conclusioni

Sulla base dell'analisi proposta con il presente contributo in merito ai requisiti dell'*in house* e in ordine alla necessità per la pubblica Amministrazione procedente di esporre le ragioni per le quali l'affidamento *in house* avrebbe assicurato, a discapito del mercato, il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori e l'economicità del servizio, non si conviene con la conclusione raggiunta dai Giudici di Palazzo Spada, quanto meno sull'ordinarietà del ricorso all'*in house* nel settore in considerazione.

L'ordinarietà del ricorso a siffatte procedure di affidamento diretto, infatti, ad avviso di chi scrive, andrebbe esclusa anche solo in considerazione del disposto dell'art. 106, comma 2, TFUE, nella parte in cui contempla la possibilità di venir meno alle regole della concorrenza solo ove la loro applicazione risulti da ostacolo alla speciale missione perseguita dalle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Se è pur vero che il panorama ordinamentale esistente attualmente non consente di affermare che sussista un onere motivazionale rafforzato per gli Enti affidanti che scelgano di non ricorrere al mercato, permangono tutt'oggi dubbi interpretativi privi di soluzione inequivoca.

Si pensi, non solo, al contrasto esistente tra la segnalazione congiunta delle Autorità amministrative indipendenti e la successiva soluzione contrastante della Corte di Giustizia dell'Unione europea in merito alla valenza dell'avviso di pre-informazione, ma anche all'attuale pendenza del quesito posto alla medesima Corte circa l'esistenza o meno di un divieto previsto dalla legislazione nazionale di procedere mediante affidamenti diretti.

Si è accennato che, a fronte dell'inesistenza di un vero e proprio divieto di ricorrere ad affidamenti diretti del servizio di trasporto pubblico locale, il nostro ordinamento contempla norme orientate a promuovere la concorrenza.

Il riferimento è all'art. 18 del "Decreto Burlando", più volte richiamato, e all'art. 27 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50.

Tuttavia, va segnalato, come evidenziato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, A.R.T., nel sesto rapporto annuale al Parlamento, del 25 giugno 2019⁷⁵, l'attuazione della suddetta disposizione è stata rimandata dalla recente modifica di cui all'art. 21-bis, comma 1, del decreto-legge 23 ottobre 2018, n. 119, convertito dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136.

un'aggiudicazione diretta, il cui avviso di pre-informazione non può che confluire in una vera opportunità per gli operatori economici interessati di candidarsi quali, comunque, potenziali aggiudicatari diretti.

⁷⁵ Il Sesto Rapporto Annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, A.R.T. è reperibile sul sito internet dell'Autorità, www.autorita-trasporti.it. Attualmente, si precisa che è stato pubblicato anche il Settimo Rapporto Annuale al Parlamento dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, relativo all'anno 2019 e *ivi* pubblicato.

Nello specifico, l'intervento normativo del 2018 ha rinviato all'anno corrente – 2021 – l'applicazione delle disposizioni, dal chiaro intento pro-concorrenziale, che prevedono la riduzione della quota di ripartizione del fondo nazionale dei trasporti in ipotesi di ricorso ad affidamenti diretti, con procedure dunque diverse da quelle dell'evidenza pubblica e comunque non conformi alle delibere dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Un'ulteriore disposizione che contribuisce a neutralizzare la *ratio* di promozione della concorrenza, di cui all'art. 27 del decreto-legge n. 50/2017, è quella che esclude la riduzione *de qua* qualora le procedure di affidamento siano comunque conformi alle disposizioni del Regolamento CE n. 1370/2007 e alle disposizioni normative nazionali vigenti.

Entro lo scenario appena descritto, assume fondamentale importanza il contenuto di una delibera adottata dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti già nel 2015 e successivamente sottoposta a un processo di revisione.

La delibera in commento, del 17 giugno 2015, dal titolo «Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento», ha costituito oggetto di un procedimento di revisione avviato nel 2017, con la delibera n. 129/2017, del 31 ottobre 2017, conclusosi con l'approvazione della delibera n. 154/2019⁷⁶.

Le misure adottate con la delibera n. 154/2019 sostituiscono le precedenti contenute nella delibera n. 49/2015.

La pubblicazione del nuovo atto regolatorio ha costituito l'occasione per fornire importati dati di sintesi in ordine alle modalità di affidamento dei contratti di servizio di trasporto pubblico locale terrestre.

Le Misure proposte, in particolare, disciplinano lo svolgimento delle procedure di affidamento in esclusiva, secondo le diverse modalità della gara, dell'affidamento diretto e/o *in house*, dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su strada e per ferrovia, con distinzione tra gli affidamenti in appalto e quelli in concessione.

Nello specifico le suddette misure sono volte ad accompagnare i soggetti affidanti, quali le Regioni, le Province, le Città Metropolitane e le Agenzie di Ambito o del trasporto pubblico locale nelle distinte fasi nel percorso di definizione e gestione delle procedure di affidamento.

In particolare, le disposizioni dell'Autorità, ivi stabilite, sono destinate a trovare applicazione in fase propedeutica all'avvio della procedura, ai fini della definizione della disciplina dei beni strumentali, con particolare riferimento ai beni finanziati con risorse pubbliche e al materiale rotabile.

Per guidare le amministrazioni procedenti in fase propedeutica, l'Autorità ha inoltre dettato misure regolatorie finalizzate alla trasparenza, efficienza ed efficacia degli affidamenti, attraverso l'adozione da parte dei soggetti affidanti di una "matrice dei rischi" e di un

⁷⁶ La Delibera n. 154/2019, recante «Conclusione del procedimento per l'adozione dell'atto di regolazione recante la revisione della delibera n. 49/2015, avviato con delibera n. 129/2017» è stata pubblicata in data 29 novembre 2019, il cui testo è reperibile su www.autorita-trasporti.it.

“piano economico- finanziario simulato”, nonché l’individuazione di specifici obiettivi di efficacia ed efficienza, mentre gli affidatari sono soggetti a obblighi di contabilità regolatoria e di separazione contabile.

In fase di affidamento diretto dei servizi, le misure adottate dall’Autorità di regolazione sono volte a garantire agli interessati alle procedure di affidamento un *minimum* di informazioni.

In ipotesi di gara, le misure regolatorie disposte sono anch’esse volte a garantire un’equa e non discriminatoria possibilità di partecipare alla selezione a tutti i soggetti interessati.

Da ultimo, per la fase esecutiva del contratto di servizio, vengono individuate misure volte a garantire un adeguato monitoraggio del servizio e la relativa rendicontazione⁷⁷, un controllo periodico circa l’equilibrio economico del contratto e sui meccanismi di incentivazione e aggiornamento tariffario.

Assume notevole rilevanza anche la determinazione degli obiettivi di efficacia ed efficienza da parte dell’Ente affidante che, nel disciplinare la procedura di affidamento è tenuto a individuare gli obiettivi – in termini di efficacia-redditività, efficienza ed efficacia-qualità⁷⁸ – che l’impresa affidataria deve perseguire nel corso dell’affidamento, pena la configurazione di un inadempimento contrattuale.

A titolo di conclusione, può affermarsi che nel delineato contesto dei servizi di trasporto pubblico locale, l’Autorità di Regolazione dei Trasporti assume un ruolo di fondamentale importanza in quanto, attraverso l’emanazione dei propri atti di regolazione, guida gli enti affidanti dalla fase propedeutica alla fase di definizione della documentazione di supporto alla procedura di affidamento, quale che sia la procedura prescelta.

A fronte di una normativa che non muta, pertanto, il compito delle Autorità si fa sempre più rilevante, anche in considerazione della possibilità, per esempio, di rendere un

⁷⁷ In questo senso, si veda la «Misura 25 – Monitoraggio e rendicontazione del servizio» di cui all’allegato “A” della delibera n. 154/209, ove, al par. 1, si legge che: «L’Ente affidante definisce nel contratto di servizio un adeguato sistema di monitoraggio del servizio con riferimento alle prestazioni contrattuali di natura economica, tecnico-gestionale e qualitativa, specificando nel contratto di servizio responsabilità, modalità, strumenti, e tempi di rilevazione, rendicontazione e trasmissione dei dati, informazioni e documenti utili». A seguire, al par. 5 della suddetta misura, si precisa altresì che: «I predetti dati, informazioni e documenti rientrano nella titolarità dell’Ente affidante e, al fine di garantire la massima trasparenza nella gestione contrattuale, sono pubblicati sul sito web istituzionale dello stesso, con particolare riferimento a: a) contratto di servizio in vigore; b) le Carte della qualità dei servizi in vigore; c) i risultati delle indagini di *Customer Satisfaction*; d) i principali indicatori di natura economica, tecnico-gestionale e qualitativa previsti dal contratto di servizio».

⁷⁸ Il riferimento è alla «Misura 16 – Determinazione degli obiettivi di efficacia e efficienza», di cui all’allegato “A” della delibera n. 154/209, ove, al par. 1, si definiscono meglio gli obiettivi sopra richiamati, in tal senso: «a) efficacia-redditività, con riferimento al numero di passeggeri trasportati e al tasso di riempimento dei mezzi, e all’incremento della redditività che può conseguire dal recupero dell’evasione tariffaria e da altre politiche commerciali dell’impresa affidataria; b) efficienza, con riferimento alla riduzione del costo operativo del servizio derivanti dall’incremento della produttività dei diversi fattori di produzione. Il sistema di efficientamento dei costi trova applicazione nel Piano Economico Finanziario. Per i servizi ferroviari tale sistema è correlato al valore percentuale relativo al recupero di efficienza del costo operativo di cui alla delibera A.R.T. n. 120/2018; c) efficacia-qualità, in termini di miglioramento dei livelli corrispondenti alle condizioni minime di qualità definite dall’Autorità ai sensi dell’art. 37, comma 2, lettera d), del d.l. 201/2011. Per i servizi ferroviari si fa riferimento alla delibera A.R.T. n. 16/2018 ferma restando la possibilità dell’Ente affidante di estenderne anche ai servizi su strada l’applicazione».

affidamento diretto, attualmente non vietato dalla legislazione nazionale, maggiormente conforme ai principi di trasparenza e pubblicità, permettendo agli interessati di presentare una propria offerta da valutarsi.

Ciò che tuttavia risulta maggiormente auspicabile è senza dubbio un intervento del Legislatore in senso chiarificatore.

L'auspicato intervento legislativo dovrebbe volgere – se non all'introduzione di un vero e proprio divieto nazionale di procedere mediante affidamenti diretti nel settore dei trasporti pubblici locali – a prevedere un onere motivazionale rafforzato, sulla falsariga di quello contemplato dall'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici e a rendere l'avviso di preinformazione, in ipotesi di affidamenti diretti, idoneo a consentire agli operatori potenzialmente interessati, da un lato, di presentare una propria offerta "appetibile" e, dall'altro lato, di conoscere le ragioni giustificative del mancato ricorso al mercato, a seguito di un confronto comparativo tra le due opzioni.

Abstract

Il saggio, traendo spunto da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, n. 4310/2020, propone un'analisi critica dell'attuale quadro normativo in materia di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale, con particolare riferimento alla asserita ordinarietà del ricorso al modello dell'in house providing. L'Autrice dopo essersi soffermata sulle specificità del modello in house nel settore di interesse, sulla ritenuta inesistenza nella legislazione nazionale di un divieto di procedere mediante affidamenti diretti, avendo il legislatore nazionale optato per il diverso modello dei disincentivi e sulla natura dell'avviso di preinformazione in ipotesi di affidamenti diretti, alla luce di una segnalazione congiunta delle Autorità amministrative indipendenti operanti nel settore e di una pronuncia della CGUE, prospetta come altamente auspicabile un intervento normativo che dovrebbe volgere a prevedere, in ipotesi di affidamenti in house, quanto meno un onere motivazionale rafforzato e a rendere, in ipotesi di affidamenti diretti, l'avviso di preinformazione idoneo a consentire agli operatori potenzialmente interessati di presentare una propria offerta "appetibile" e di conoscere le ragioni giustificative del mancato ricorso al mercato.

In-house provision of local public transport services: the desired extra-ordinary nature of
this procedure
by Maria Francesca Tropea

The essay, drawing inspiration from a recent pronouncement of the Council of State, No. 4310/2020, proposes a critical analysis of the regulatory framework about the assignment of local public transport services and, in particular, on the alleged ordinariness of in house providing model. The Author, after focusing her attention on the specificities of the in-house model in the sector of interest, on the non-existence in national legislation of a prohibition on proceeding by direct assignments, having the national legislature opted for the different model of disincentives and on the nature of the pre-information notice in the case of direct assignments, in the light of a independent administrative authorities' report and a

pronunciation of the CJEU, it envisages that regulatory intervention is highly desirable, which should aim to provide, in the event of in-house assignments, at least, a strengthened motivation and to make, in the case of direct assignments, the pre-information notice suitable to allow potentially interested operators to submit their own "attractive" offer and to know the reasons for non-recourse to the market.