

**Documento di consultazione sulle
questioni regolatorie relative alla
assegnazione in esclusiva dei
servizi di trasporto pubblico locale**

INDICE

1. premessa
2. i temi sensibili
3. conclusioni

1. Premessa

Massimo Malena & Associati è uno studio legale che da venti anni eroga servizi legali in favore di operatori e regolatori del trasporto pubblico.

Si tratta di una attività specialistica che da oltre un decennio è diventata esclusiva, sicchè all'attualità lo studio non assiste alcun soggetto che non operi nel TP.

La condizione descritta ha favorito la migliore conoscenza delle problematiche legali connesse alla erogazione del servizio di trasporto sotto ogni profilo.

L'attività è articolata in dipartimento distinti, ciascuno dei quali si occupa di temi specifici, come ad esempio l'attività di regolazione, la tutela della concorrenza, le relazioni sindacali, la litigation connessa ai contratti di servizio.

Il dialogo con le associazioni di categoria è continuo e proficuo.

2. I temi sensibili

Con specifico riferimento alla indagine conoscitiva avviata da codesta Autorità ci permettiamo di evidenziare quelli che, sulla base della esperienza soggettiva, costituiscono temi sensibili che necessitano l'attenzione del regolatore e partitamente della ARC:

a. I livelli normativi.

La regolazione dei servizi di TPL risulta in massima parte compiuta nella normativa europea. Ciononostante numerosi sono gli interventi del legislatore nazionale, spesso in contrasto con la normativa europea, se non anche con le stesse norme nazionali previgenti. L'auspicio che si formula è quello di limitare gli interventi normativi nazionali agli ambiti espressamente definiti dal reg.1370/2007. Inoltre assai spesso si sono registrati interventi nella generale materia dei servizi pubblici locali in evidente contrasto con la normativa di settore del TPL, nel – forse ansioso – tentativo di risolvere con un solo articolo i problemi di un intero comparto economico (cfr. art.23 bis). Dall'esame del quadro normativo nazionale emerge la necessità fondamentale di uno "sfoltoimento" normativo più che di una nuova costruzione. I nuovi interventi, come si è scritto, dovrebbero essere organici e vertere sulle materie rimesse dalla normativa europea.

b. Adeguamento delle compensazioni.

(Riferimenti al questionario: Parr. 2.3 – 4.3 – 4.4)

I contratti di servizio – nella maggiore parte dei casi – non contengono clausole di adeguamento della compensazione

degli oneri di servizio ed in nessun caso del livello tariffario. Tale condizione determina due effetti: il primo è quello che nella maggiore parte dei casi dopo alcuni anni, le imprese attivano contenziosi nei confronti degli enti affidanti per vedersi riconoscere l'attualizzazione dei valori delle compensazioni, il secondo è quello di restringere la platea dei concorrenti alle procedure concorsuali. Infatti l'assenza di meccanismi chiari ed adeguati di mantenimento per la durata contrattuale dei valori economici consente l'accesso solamente a quelle imprese disposte ad affidare tale garanzia ad un futuro contenzioso con l'ente affidante. In altri termini solo chi è disposto a proporre un giudizio contro l'ente affidante può partecipare alle procedure concorsuali.

Il tema si pone con maggior evidenza in ragione della durata – comprensibilmente estesa – degli affidamenti e dei conseguenti contratti di servizio, circostanza che pone l'affidatario in una condizione di incertezza sulla sostenibilità economica della commessa, specie in ragione della crescita del prezzo dei fattori produttivi.

Si auspica, pertanto, che nella definizione dei bandi-tipo vengano disciplinati idonei e chiari strumenti di adeguamento delle compensazioni e delle tariffe, in ragione dell'andamento dei costi dei fattori produttivi, sì da ingenerare negli operatori economici un quadro di riferimento più completo in ordine alla redditività della commessa.

c. Predeterminazioni di un metodo equo per la revisione dei programmi di esercizio.

(Riferimenti al questionario: Parr. 4.2 – 4.3)

L'attuale crisi finanziaria ha indotto numerosi enti affidanti a drastiche ed unilaterali riduzioni delle compensazioni erogate ai gestori. Tale condizione si è verificata non solamente nei casi di affidamenti diretti del servizio, ma anche in casi affidamento con gara. Si comprende agevolmente come tale prassi costituisca un elemento di incertezza tale da negare nelle fondamenta la possibilità dell'apertura di un mercato dei servizi di TP, anche in questo caso restringendo l'ambito ad imprese disponibili ad attivare contenziosi contro i propri enti affidanti. Va da sé che il problema qui posto può essere risolto introducendo meccanismi predeterminati ed equi di revisione delle obbligazioni contrattuali, che, per il caso di modificazioni dei programmi di esercizio, tengano conto di fattori quali l'incidenza dei costi fissi, gli scarsi benefici economici della riduzione nelle fasce di morbida, la velocità commerciale, l'incidenza delle modifiche sul livello degli introiti.

Anche la presente tematica, pertanto, può trovare la propria disciplina naturale nella costruzione dei bandi-tipo e convenzioni-tipo.

d. Il diritto di esclusiva.

(Riferimenti al questionario: Par. 4)

La normativa europea (reg.1370/2007) e gli orientamenti interpretativi della Commissione hanno ribadito come la

concessione di diritti di esclusiva costituisca un fattore con rilevante incidenza economica. Pertanto risulta irrinunciabile che tale fattore sia regolato in maniera compiuta nei contratti di servizio. Sarà poi cura dell'ente affidante valutare gli effetti benefici sulle proprie finanze del ricorso allo sfruttamento dei cosiddetti sussidi incrociati.

e. La terzietà della stazione appaltante.

(Riferimenti al questionario: Par. 3)

È acceso il dibattito sulla necessità di individuare meccanismi di garanzia di imparzialità nel caso di procedure concorsuali alle quali partecipano imprese partecipate dall'ente affidante. Nella esperienza pratica il tema non riveste grande rilevanza. Non si registrano, infatti, sullo specifico tema contenziosi di alcun tipo. L'adozione di misure di spostamento della competenza non sarebbero idonee ad eliminare l'influenza dell'ente ed avrebbero l'effetto paradossale di risolvere il problema solo formalisticamente. Non va sottaciuto sul punto che nel nostro ordinamento vige il principio di imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione. La tutela di tale principio risulta ancora più stringente nei casi di potenziale conflitto di interessi. Pertanto in caso l'ente affidante travalichi tali limiti, i concorrenti avrebbero facile ricorso alla tutela giurisdizionale. Tale ricorso sarebbe più difficile se esistessero meccanismi formalistici di sottrazione di competenza; in tali casi, infatti, l'influenza dell'ente pubblico resterebbe, ma sarebbe

difficile dimostrarne in giudizio l'esistenza. In conclusione la soluzione preferibile è il ricorso al principio di imparzialità lasciando la responsabilità agli enti competenti.

f. I sussidi incrociati e gli effetti di rete

(Riferimenti al questionario: Par. 4)

In ordine al contenuto delle convenzioni è opportuno riprendere l'approdo da ultimo raggiunto con la Comunicazione interpretativa della Commissione europea, recante Linee Guida in tema di applicazione del Reg. UE n. 1370/2007.

In verità negli ultimi anni si è assistito, in particolar modo da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma anche da parte del legislatore nazionale (v. art. 4 del D.L. 138/2011 e s.m.i.) all'adozione di un approccio di regolazione che tendeva a separare, nell'ambito delle reti di servizi di TPL, le linee e finanche le corse più profittevoli, da quelle meno remunerative.

Tale orientamento tendeva, pertanto, ad escludere dall'ambito dei contratti di servizio pubblico tutte quelle linee che, potenzialmente, potevano essere esercite senza alcuna contribuzione pubblica poiché economicamente sostenibili con i soli ricavi da tariffa, le quale avrebbero dovuto seguire un regime di liberalizzazione nella forma della concorrenza nel mercato, previa autorizzazione amministrativa.

Viceversa, i contratti di servizio pubblico, affidati mediante lo svolgimento di procedure concorsuali e

secondo lo schema della concorrenza per il mercato, potevano includere esclusivamente linee non profittevoli.

La tesi addotta sulla scorta dell'orientamento appena enunciato, era quella di evitare, in tal modo i sussidi incrociati tra attività redditizie svolte in regime di libera concorrenza ed attività assistite da finanziamento pubblico. Attualmente, tale approccio non trova alcun riferimento nella legislazione nazionale (stante la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 D.L. 138/2011), ma nondimeno riaffiora negli orientamenti dell'AGCM.

E' opportuno, pertanto, rilevare che l'inclusione nei contratti di servizio pubblico sia di servizi a bassa o nulla redditività che di servizi ad alta redditività, è un elemento essenziale non soltanto sotto il profilo della gestione coordinata e complessiva della rete dei servizi di trasporto pubblico, ma soprattutto poiché, mediante tale inclusione, l'ente affidante consegue ingenti risparmi nell'ambito dei contratti di servizio pubblico, poiché è in grado di compensare, per usare la terminologia adoperata dallo stesso legislatore comunitario, *“costi sostenuti in relazione a un obbligo di servizio pubblico”* con gli *“eventuali effetti finanziari positivi generati all'interno della rete gestita in base all'obbligo o agli obblighi di servizio pubblico”*.

In altre parole, proprio mediante il sussidio incrociato, il regolatore consegue ingenti risparmi di spesa, gravando in minor misura sulle risorse disponibili del FNT.

D'altra parte, proprio i criteri di premialità definiti all'art. 16bis D.L. 95/2012, tendono ad incentivare un'organizzazione del servizio tendente:

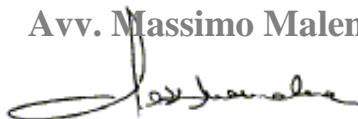
- a. all'incremento dei servizi ad alta frequentazione;
- b. all'incremento del rapporto tra costi operativi e ricavi da traffico.

Da ultimo, un approccio di netto favore alla concessione di sussidi incrociati alla stregua di quanto ora evidenziato, è stato accolto dalla citata Comunicazione interpretativa della Commissione, la quale al par. 2.2.5 recita espressamente:

“La portata geografica dei contratti di servizio pubblico deve essere tale da permettere alle autorità di gestire nel modo più economicamente vantaggioso i trasporti effettuati sotto la loro responsabilità, compresi gli effetti a livello di rete locale, regionale e sub-nazionale. La valorizzazione degli effetti di rete consente una fornitura di servizi di trasporto pubblico efficiente sotto il profilo dei costi grazie al finanziamento incrociato tra i servizi che garantiscono ricavi superiori ai costi sostenuti e quelli che invece non riescono a coprire tali costi. Ciò, a sua volta, dovrebbe consentire alle autorità di raggiungere gli obiettivi stabiliti nella politica dei trasporti, garantendo al contempo — se del caso — le condizioni per una concorrenza efficace ed equa sulla rete, soprattutto nel settore dei servizi ferroviari ad alta velocità”.

Roma, 30 luglio 2014

Avv. Massimo Malena



Avv. Bruno Bitetti

