

ISTITUZIONI E REGOLAMENTAZIONE DEI TRASPORTI: TEMI DI RIFLESSIONE

RAPPORTO DELL'ADVISORY BOARD – 2015

Sommario

1	INTRODUZIONE.....	3
2	ASSETTO DI SISTEMA E REGOLAZIONE	4
2.1	Diritto dell'Unione Europea, attualità e falsi miti della regolazione dei trasporti: alcune proposte concrete per cambiare l'organizzazione delle infrastrutture e dei trasporti (M. Maresca)	4
2.1.1	Premessa.....	4
2.1.2	I principi dell'ordinamento dell'Unione Europea e la regolazione	4
2.1.3	Le conseguenze dell'opzione neoliberista e il definirsi di alcuni principi di origine giurisprudenziale	5
2.1.4	Alcuni dogmi post liberisti	7
2.1.5	Le deviazioni del neoliberismo	9
2.1.6	Diritto dell'Unione e regolazione: cenno	13
2.2	I servizi di interesse economico generale nei trasporti (M. Sebastiani)	20
2.2.1	Definizione e criteri di individuazione dei servizi di interesse economico generale	20
2.2.2	Regolazione e concorrenza nei SIEG.....	22
2.3	Rapporti tra l'ART e le amministrazioni non indipendenti (M. D'Alberti e C. Iacolucci)	46
2.4	Rapporti tra l'ART e altre autorità indipendenti di vigilanza e garanzia (G. Bruzzone).....	50
2.4.1	Premessa.....	50
2.4.2	Rapporti con l'Autorità garante della concorrenza	50
2.4.3	Rapporti con l'ANAC	57
2.5	Rapporti fra la regolazione dei trasporti e la regolazione di altre <i>utilities</i> (M. Sebastiani)	59
2.5.1	La regolazione dei trasporti e di altre <i>utilities</i>	59
2.5.2	Diversità settoriali	60
2.5.3	"Importazione" di <i>best practices</i>	60
2.5.4	Armonizzazione delle regolazioni fra settori	63
2.5.5	Assetti istituzionali e delle competenze	65
2.5.6	Conclusioni.....	66
2.6	Regolazione dei mercati e interazione con gli <i>stakeholders</i> (E. Cascetta, S. Battini, C. De Luca).....	67
2.6.1	Premessa.....	67
2.6.2	La regolazione come processo di decisione pubblica: le decisioni dell'ART, gli impatti sugli <i>stakeholders</i> ed i modelli decisionali	67
2.6.3	La giustificazione del modello partecipativo nella regolazione indipendente dei mercati	70
2.6.4	Linee guida per un processo di <i>stakeholder engagement</i> nelle attività di ART.....	73
2.6.5	Alcuni riferimenti internazionali	78
2.7	La regolazione modale e intermodale (M. Ponti)	79
2.7.1	I mercati rilevanti e la competizione intermodale	80
2.7.2	La regolazione e la competizione all'interno dei diversi modi	83
2.8	La regolazione delle esternalità (M. Ponti)	91
2.8.1	Aspetti generali	91
2.8.2	Problemi specifici	93
2.9	Raccomandazioni.....	95
3	TEMI DI REGOLAZIONE ECONOMICA.....	97
3.1	Accesso alle infrastrutture e ai servizi (M. D'Alberti e C. Iacolucci)	97
3.2	La regolazione economica degli investimenti infrastrutturali (M. Ponti)	103
3.2.1	Aspetti generali	103
3.2.2	Problemi specifici	103

3.2.2.1	Investimenti "endogeni" (a tariffe date), "esogeni" con aumenti di tariffa , esogeni con aumenti tariffari parziali	104
3.2.2.2	Concessioni e investimenti: durata ottima e subentri	106
3.2.2.3	Obiettivi sociali	106
3.2.2.4	Infrastrutture autostradali già ammortizzate: perché affidarle in concessione?	107
3.2.3	Soluzioni	108
3.3	Rischio regolatorio e allocazione dei rischi di investimento (C. Cambini e L. Abrardi)	111
3.3.1	Tipi di rischio e sua allocazione nei principali modelli regolatori	111
3.3.2	Redditività e rischio	113
3.3.3	Conclusioni.....	116
3.4	La <i>smart mobility</i> : opportunità e problemi regolatori (E. Cascetta e C. De Luca).....	117
3.4.1	Introduzione.....	117
3.4.2	Innovazione nei veicoli	118
3.4.3	Innovazioni applicate alle politiche di gestione della domanda	118
3.4.4	Innovazioni legate a nuovi servizi digitali	120
3.4.5	Le opportunità ed i problemi di regolazione	121
3.5	Aiuti di Stato e uso efficiente delle risorse pubbliche nel settore dei trasporti: quale ruolo per l'Autorità di regolazione? (G. Bruzzone).....	123
3.5.1	Controllo degli aiuti di Stato: i compiti degli Stati membri	123
3.5.2	Compensazione degli obblighi di servizio pubblico	124
3.5.3	Aiuti di Stato e infrastrutture	127
4	CONCLUSIONI	131

Questo studio è stato richiesto dall'Autorità di regolazione dei trasporti all'*Advisory board* nel giugno 2014. La sua struttura è stata inizialmente condivisa con l'ART ma lo svolgimento dei singoli temi è stato realizzato dai componenti del *Board* nella più assoluta autonomia di analisi.

Lo studio non ha pretesa di completezza e di sistematicità. La sua finalità è fornire un primo contributo di riflessione, intellettualmente indipendente, agli addetti ai lavori, con specifico riferimento alla regolazione del settore dei trasporti e al ruolo che al suo interno l'Autorità può svolgere. I temi affrontati vanno tuttavia oltre il perimetro proprio del regolatore "tecnico" e tentano di analizzarne operare e potenzialità – più in generale la qualità possibile della regolazione - nell'assetto normativo e istituzionale dato (comunitario, nazionale e locale) in cui agisce, mettendone in evidenza criticità e problematiche aperte. Infatti la regolazione è un processo che va ben oltre l'aspetto tecnico-economico, è una catena la cui efficienza dipende dai singoli anelli che la compongono e dalla collaborazione fra di essi. Più oltre, la regolazione economica è diretta a promuovere il buon funzionamento dei mercati, tenuto conto del quadro di politiche industriali e sociali, cosicché le autorità di regolazione debbono interfacciarsi con una vasta messe di attori: dai governi a cui sono affidati più ampi compiti "regolatori" e di indirizzo, alle autorità di garanzia e vigilanza, alle autorità di regolazione di altri settori, agli organismi comunitari.

Da precisare ancora che lo studio non rappresenta sempre la sintesi di orientamenti comuni ai suoi autori. Ciò appare non solo inevitabile – considerata la diversa estrazione, e talvolta visione, di essi – ma è un valore aggiunto a una riflessione comune ma libera e stimolante per chi vi ha partecipato. La discussione all'interno del gruppo, anche sui singoli capitoli, è stata infatti intensa e talvolta vivace, fermo restando il diritto degli autori di ciascuno di essi di mantenere in definitiva le proprie posizioni.

La trasversalità di molte delle tematiche affrontate ha comportato una certa sovrapposizione di aree, con argomenti talvolta concordanti talvolta no, come verrà messo in luce nelle conclusioni.

Infine, il lavoro svolto potrà essere approfondito e allargato ad altre problematiche in ulteriori studi che, in linea di massima con cadenza annuale, il *Board* dovrebbe poter elaborare.

Pur con la trasversalità delle problematiche affrontate, queste possono essere raggruppate in quattro grandi aree tematiche:

- rapporti fra decisori politici e autorità indipendenti (capitoli 2.1, 2.2, 3.2 e 3.5);
- servizi di interesse economico generale, liberalizzazioni e ruolo delle autorità indipendenti (capitoli 2.1, 2.2 e 3.5);
- rapporti fra l'Autorità di regolazione dei trasporti, altre istituzioni e *stakeholders* (capitoli 2.3, 2.4, 2.5 e 2.6);
- temi specifici di regolazione economica (capitoli 3.1, 3.2, 3.3, 3.4).

I componenti dell'*Advisory board* che hanno partecipato all'elaborazione dello studio sono: Stefano Battini (Università della Tuscia), Ginevra Bruzzone (Assonime), Carlo Cambini (Politecnico di Torino), Ennio Cascetta (Università di Napoli Federico II), Marco D'Alberti (Università di Roma La Sapienza), Maurizio Maresca (Università di Udine), Marco Ponti (Politecnico di Milano), Ernesto Somma (Università di Bari) e Mario Sebastiani (Università di Roma Tor Vergata) che ne ha coordinato i lavori. I capitoli 2.3 e 3.1 sono scritti in collaborazione con Cecilia Iacolucci, Università di Roma La Sapienza, i capitoli 2.6 e 3.4 in collaborazione con Chiara De Luca, Società Italiana di Politica dei Trasporti, il capitolo 3.3 in collaborazione con Laura Abrardi, Politecnico di Torino.

2 ASSETTO DI SISTEMA E REGOLAZIONE

2.1 DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, ATTUALITÀ E FALSI MITI DELLA REGOLAZIONE DEI TRASPORTI: ALCUNE PROPOSTE CONCRETE PER CAMBIARE L'ORGANIZZAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI

Maurizio Maresca

2.1.1 PREMESSA

L'ordinamento dell'Unione Europea influenza, talora direttamente e talora indirettamente, lo svolgersi della concorrenza nel, e per il, mercato così come le stesse relazioni fra l'autorità pubblica preposta alla regolazione e le imprese chiamate a prestare servizi (di interesse generale). Il punto è che l'influenza dell'ordinamento europeo, da una parte cresce sulla base del diritto positivo e di strumenti che prevalgono sulle norme interne configgenti e, dall'altra parte, incide sulle competenze degli Stati nazionali in virtù di meccanismi di (auto) promozione che di fatto si impongono agli stati membri.

Obbiettivo del presente contributo è doppio: in una prima parte dell'indagine ci proponiamo di riflettere, anche criticamente, sugli ambiti espansivi dell'ordinamento europeo vivente; in una seconda parte dell'indagine cercheremo di ricostruire l'impatto che tale ordinamento produce nei differenti campi dei trasporti per quanto attiene alla regolazione del mercato. La conclusione sarà dedicata ad alcune proposte concrete, in un periodo di riforma e di grave crisi (economica ma anche di sistema avuto riguardo al futuro ed al senso del fenomeno dell'integrazione europea) sugli assetti della regolazione dei trasporti come influenzati dal divenire dell'ordinamento dell'Unione europea.

2.1.2 I PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA E LA REGOLAZIONE

L'ordinamento dell'Unione, come è noto, specie dagli anni '70 e '80, diviene il "protagonista" e la stessa fonte/ragione giustificativa del "mercato", selezionando un modello che tende via via a diventare egemone. Il modello del c.d. "buon funzionamento del mercato"¹ in congiunzione con il metodo comunitario, ad esempio, reagisce sollecitando alcune misure di diritto derivato ricostruite ad opera di una giurisprudenza della Corte che, in quel periodo, presentava caratteri molto innovativi e di prospettiva sinteticamente riassumibili:

A. nell'accesso al mercato e nell'espansione della nozione di "misure di effetto equivalenti"² mutuato dai grandi *arrets* sulla circolazione delle merci: questo principio è andato consolidandosi persino nella materia dei servizi di trasporto (anche se espressamente esclusi dall'ambito di operatività della disciplina dei servizi) in considerazione dell'operare comunque delle regole sulla concorrenza e delle norme sulla libertà di stabilimento;

B. nella concorrenza, il cui più importante percorso propulsivo è costituito (i) dal tendenziale superamento della separazione della fattispecie dell'abuso dalla figura della posizione dominante completato con la sentenza *Porto di Genova*³, (ii) dal ruolo che la DG concorrenza inizia a svolgere nella amministrazione del diritto della concorrenza (ma anche del diritto dell'economia in generale) con le differenti procedure a sua disposizione per l'affermarsi di un approccio in termini di ragionevolezza (contrario alla visione tedesca di quegli anni) per quanto riguarda le fattispecie delle concentrazioni e

¹Data la particolare occasione di questo contributo, si è ritenuto di limitare l'apparato delle note alle sole indicazioni di giurisprudenza e dottrina essenziali. M. Maresca, *L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea in materia di infrastrutture e trasporto. Una riforma dell'ordinamento italiano fra regolazione e promozione del mercato*, Giuffrè, 2013.

² Sentenza della Corte di giustizia "*Cassis de Dijon*" del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, causa 120/78, racc. della giurisprudenza 1979 p. 00649; sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard, cause riunite C-267/91 e C-268/91, racc. della giurisprudenza 1993 p. I-06097.

³ sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1991, *Mercati Convenzionali Porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, causa C-179/90, racc. della giurisprudenza 1991 p. I-05889, in cui si afferma che, in alcune condizioni, l'abuso non andrebbe provato poiché si presume indotto dalla posizione dominante.

degli aiuti di stato, e (iii) dall'espansione della disciplina degli aiuti di stato, originariamente configurabile solo come misura rivolta agli Stati ed oggi tendenzialmente indistintamente applicabile anche alle imprese, non solo chiamate alla restituzione, ma anche potenzialmente in grado di fare valere i diritti nei confronti dei concorrenti che abbiano beneficiato di aiuti illeciti⁴;

C. nel governo del mercato, dapprima con la crescita del c.d. “servizio di interesse economico generale” all'origine della fattispecie della “concorrenza per il mercato”⁵, quindi con la trasformazione dell'istituto in un vero e proprio “diritto fondamentale di cittadinanza” del consumatore utente e della piccola e media impresa (art.14, TFUE): una figura che si qualifica viepiù alla luce del noto caso *Courage* che ha offerto del mercato una lettura molto evoluta non ancorata ai soli concorrenti ma estesa a tutti i soggetti che vi partecipano⁶;

D. nell'assoggettamento di qualsivoglia impresa, inclusa l'impresa pubblica, alle regole in materia di concorrenza in omaggio al principio di parità fra impresa pubblica e imprese privata gara (art. 345, TFUE);

E. nella lettura delle regole sul “mercato interno”, contemperando l'esigenza della trasparenza con quella della flessibilità⁷ e, nel caso dei servizi di interesse generale della gestione delle reti, coordinando l'apertura del mercato, voluta specie nei Paesi del Sud, con la gestione pubblica diretta di porti, autostrade e servizi pubblici locali, della quale appaiono gelosi specie i Paesi del Nord⁸;

F. nel “principio di separazione”, come fattispecie indirettamente generata dalle figure della “posizione dominante” e del “buon funzionamento”. Una figura che svolge, come vedremo, una doppia funzione: (i) quella tipicamente regolatoria volta ad assicurare, appunto, il buon funzionamento del mercato perché prevalgano imprese efficienti e competitive e siano espulse quelle marginali e(ii) quella volta alla promozione di una vera e propria politica dei trasporti per assicurare lo sviluppo dei traffici;

G. nella figura terza e neutrale del regolatore: essenziale in un mercato fatto per la competizione fra imprese, il vero dogma degli anni '90, quando si tratta di dirimere i conflitti anche di segno verticale e di ri-regolare l'esercizio dell'attività economica per attuar i diritti degli utenti. Il crescere della figura del regolatore, anche nella prospettiva, prima dell'art.16 del Trattato di Amsterdam, e quindi dell'art.14, TFUE, chiamato a garantire il buon funzionamento del servizio secondo specifiche caratteristiche. Con la conseguenza di una forte delegittimazione dello stato che governa e amministra per il compimento delle inevitabili scelte di politica dei trasporti.

2.1.3 LE CONSEGUENZE DELL'OPZIONE NEOLIBERISTA E IL DEFINIRSI DI ALCUNI PRINCIPI DI ORIGINE GIURISPRUDENZIALE

La scelta neoliberista, che indubbiamente si desume dall'evoluzione ora riassunta, corretta con una serie di principi a contenuto sociale sui quali ritorneremo, che si sovrappongono al diritto europeo dell'economia con l'evoluzione in chiave sociale maturata nel corso degli anni 80, in un momento di forte ripresa economica (che si è protratto fino alla metà degli anni '90), non hanno ostacolato il sorgere di alcuni dogmi/deviazioni che a ben vedere solo parzialmente sono giustificati da regole di diritto positivo, ma spesso risultano prodotti e sanzionati da prassi o comportamenti che di fatto si impongono nella società agevolati da una sanzione delle istituzioni dell'Unione europea o degli Stati membri. Gli

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 *Tubemuse*, Regno del Belgio c. Commissione, causa 142/87, racc. della giurisprudenza 1990, p. I-959.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia *Altmark* del 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, racc. della giurisprudenza 2003 p. I-07747; sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2001, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, causa C-53/00, racc. della giurisprudenza 2001 p. I-09067.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, causa C-453/99, racc. della giurisprudenza 2001 p. I-06297.

⁷ Si veda lo *ius variandi* di cui alla sentenza della Corte di giustizia “*Presstext*” del 19 giugno 2008, *presstext Nachrichtenagentur GmbH c. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH e APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, causa C-454/06, racc. della giurisprudenza 2008 p. I-04401 e alla sentenza della Corte di giustizia “*Wall*” del 13 aprile 2010, *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main e Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, causa C-91/08, racc. della giurisprudenza 2010 p. I-02815.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, causa C-458/03, racc. della giurisprudenza 2005 p. I-08585.

indicati *bullet points*, riassuntivi di una evoluzione storica e straordinaria dell'ordinamento dell'Unione, servono per comprendere gli esiti delle spinte più recenti, di origine non giuridica, che descrivono una evoluzione ulteriore, ancora a tinte neoliberaliste, che va, tuttavia, ben oltre i contenuti del diritto positivo ma che pare revocare in dubbio alcune delle conquiste di ordine sociale maturate dopo gli anni '70. Ben oltre il modello, che anche la dottrina italiana ha ricostruito a partire dalle diverse sintesi (e dai diversi stili) di Giuseppe Tesauro⁹ e Sabino Cassese¹⁰, declinato in diversi principi, si è assistito in Italia ad una evoluzione che va oltre la regola di diritto. Certo le indicate soluzioni, che hanno originato persino movimenti politici impostati sugli "eccessi della concorrenza", hanno trovato più facile ed acritico riconoscimento in Paesi dove l'interesse pubblico trova tradizionalmente minore presidio e il comparto delle imprese riesce in misura maggiore a influenzare le istituzioni (quando non ad esse sostituirsi in virtù di vecchi modelli corporativi che fanno fatica ad essere superati). L'Italia è il Paese fra i più propizi per contribuire ad una evoluzione nella chiave indicata proprio perché tradizionalmente debole dal punto di vista politico, inadatto alla tutela del servizio di interesse economico generale e che tendenzialmente fatica ad esprimere una amministrazione pubblica in grado di imporsi ai soggetti amministrati. In Italia si è così avviato, più che altrove, un nuovo modello con le caratteristiche indicate che ha prodotto esiti non uniformi.

A. Si pensi alla evoluzione dell'*in house providing* nel nostro Paese: proprio nel momento in cui l'ordinamento europeo evolveva verso una apertura della nozione che configurava l'applicabilità dell'*in house* anche ad imprese pubbliche partecipate da privati (siamo nel 2007 con il regolamento sul trasporto pubblico locale), su spinta dei paesi del Nord Europa (che ritengono che il coinvolgimento del pubblico costituisca la massima garanzia per il perseguimento del servizio di interesse generale, senza rinunciare tuttavia ai supporti che, sotto il profilo finanziario e industriale, potrebbero provenire da gruppi privati), in Italia entra in vigore il c.d. Decreto Bersani¹¹ che limita ben oltre il diritto europeo il ricorso a pratiche di appalto diretto e penalizza le imprese proprio in quanto a controllo pubblico. Una cosa è dire che il servizio pubblico non si realizza solo con imprese pubbliche (il dogma francese e italiano intorno alle nozioni di servizio pubblico e di "service public"), ma anche, e più propriamente, con procedure di affidamento impostate sulla trasparenza, essendo indifferente ex art.345, TFUE la natura dell'impresa; altra cosa è dire che il fenomeno dell'impresa pubblica sia vietato dal diritto comunitario e che non possa essere strumento utile specie laddove vengano in rilievo esigenze di gestione di infrastrutture territoriali sempre che sia rispettato lo standard della parità di trattamento.

B. Ancora, è difficile dire che il fenomeno delle gare non sia utile, non solo per assicurare il realizzarsi del mercato, ma anche per evitare corruzione e malaffare: ma è altrettanto vero che in Italia, nel campo della gestione delle infrastrutture, un mercato prevalentemente impostato su gare fino ad oggi si è prestato non certo meno di altri modelli ad abusi e violazioni. È noto, infatti, che (a) la moltiplicazione dei livelli di amministrazione pubblica e (b) l'aumento della discrezionalità della pubblica amministrazione sono elementi che favoriscono la corruzione e i ritardi nella attuazione dei progetti infrastrutturali. E d'altra parte sempre di più matura la consapevolezza che chi invoca la gara, magari in nome di esigenze del tutto condivisibili (come appunto il contrasto alla corruzione o l'efficienza sul mercato), molto spesso persegue invece il mantenimento dello status quo quando non addirittura il consociativismo fra politica (vecchia) e affari (ancor più vecchi, cioè quelli che si perseguono non con investimenti, efficienza e merito, ma con relazioni e rendite di posizione).

C. L'Accordo Andreatta-Van Miert, negli anni '90, ponendo le premesse per la privatizzazione dell'industria italiana in omaggio, non al diritto comunitario, che ancora oggi si regge sul principio della parità fra impresa pubblica e impresa privata, ma ad una spinta della Commissione europea che traguadava un'ulteriore evoluzione ben oltre i principi di diritto dell'Unione Europea, ha segnato una tappa fondamentale e forse irreversibile in funzione della modernizzazione del Paese ma anche per l'affermazione di un preciso modello di governo del mercato. Beninteso, il nostro, come altri Paesi del sud, ce ne ha messo del proprio se, per anni, specie a cavallo degli anni '80, ha sistematicamente abusato della sua sovranità malgrado alla stessa avesse rinunciato con la stipulazione del Trattato. Ma, per certo, il sistema industriale pubblico italiano (sofferente, persino per certi versi criticabile per le

⁹ G. Tesauro, Diritto dell'Unione Europea, Padova, 2012

¹⁰ S. Cassese, La nuova costituzione economica, Roma, 2013

¹¹ Decreto Legge del 04/07/2006 n° 223, pubblicato in G.U. del 11/08/2006.

deteriori influenze della politica, ma certamente non meno efficiente del comparto privato del tempo) ne è risultato fortemente indebolito a favore di imprese private italiane e straniere. Il che non significa che quell'accordo, nel campo delle infrastrutture, ma anche nel campo del credito ad esempio (davvero non vi è ruolo per la banca pubblica locale in grado di svolgere un'azione di promozione della crescita del territorio?), non abbia significato una scelta costituzionale "senza ritorno": essendo difficilmente proponibile, anche dal punto di vista giuridico, un ritorno al passato della impresa pubblica di gestione delle infrastrutture una volta che il mercato sia stato ormai aperto e la liberalizzazione connessa alla privatizzazione del servizio si è consolidata.

D. Si consideri, ancora, l'imbarazzante ed emblematica vicenda dell'Alitalia: una impresa che nei tardi anni '90 è stata letteralmente "smontata" dalla Commissione europea che, proprio in virtù del principio della ragionevolezza, ha esercitato penetranti poteri di segno allocativo (o di politica dei trasporti) in una indagine in materia di aiuti di Stato (industrialmente convinta che la compagnia dovesse concentrarsi su un ruolo *regional* abbandonando le ambizioni di alleanza con KLM) e da una amministrazione italiana allora ed oggi incapace di reagire. Solo tardivamente, ed inutilmente, è stata infatti pronunciata una sentenza della Corte Europea che ha dichiarato l'illecito comunitario allorché, sulla base di un tasso atteso di redditività irrealistico, ai sensi dell'art. 108, TFUE, la stessa Commissione, addirittura d'intesa con il Governo italiano, ma contro le conclusioni alle quali era pervenuto l'organo di gestione della compagnia, aveva imposto non consentite restrizioni all'operativo della compagnia in termini di posti venduti e di aerei utilizzati. Da allora Alitalia è passata di mano molte volte con operazioni quantomeno *borderline* sotto il profilo del diritto interno e comunitario, totalmente a carico dei creditori e dei contribuenti e quando assai tenue appariva il perseguimento dell'obiettivo della tutela dell'interesse generale.

Le indicate significative emergenze costituiscono una immediata riprova dell'approssimazione del Paese, delle sue classi dirigenti e, purtroppo, anche della sua classe accademica, quando si trova ad elaborare politiche a confronto con le istituzioni dell'Unione e segnatamente la Commissione europea. Un Paese che, nelle sue varie espressioni, si è rivelato tendenzialmente pronò ai poteri forti e meno forti, alle istituzioni dell'Unione e ad una politica che sempre meno è riuscita a sovrapporre valutazioni di qualità. Ed ha così sacrificato, fra il 1999 ed il 2015, una parte importante della propria industria: ma specialmente ha posto in essere scelte di governo dei mercati (specie del trasporto e del credito) di segno costituzionale del tutto irreversibili.

2.1.4 ALCUNI DOGMI POST LIBERISTI

Nel settore dei trasporti e delle infrastrutture l'evoluzione indicata è riassumibile in alcuni falsi dogmi che meritano di essere sinteticamente riassunti.

A. Il dogma delle privatizzazioni, che, come si osservava, assume un connotato di centralità in un'ottica pan liberista (più che neolibrista), ma che certamente non si desume dall'ordinamento dell'Unione Europea (tanto più come perfezionato nel corso del decennio 1980-1990): un ordinamento che, come è noto, è impostato sul principio della indifferenza del regime proprietario dell'impresa e dei beni (un dogma – quello delle privatizzazioni – certamente respinto dai grandi Paesi del Nord Europa, che mettono al centro l'interesse pubblico e il ruolo dei territori). Non vi è dubbio che, se l'obiettivo è la tutela del mercato e la promozione dei diritti degli utenti, il ruolo dell'impresa pubblica non può non essere valorizzato quando necessario per assicurare la gestione ed integrazione delle infrastrutture indispensabili alle comunità locali secondo le caratteristiche di cui all'art. 14, TFUE. Nel senso che, molto probabilmente, in alcuni casi, la gestione pubblica delle infrastrutture è inevitabile e forse ineludibile; ciò si verifica particolarmente quando si tratti (a) di assicurare importanti investimenti di durata e contemporaneamente (b) di mantenere un regime tariffario coerente con il principio sancito all'art. 14, TFUE, ricordato e nella Comunicazione della Commissione europea del 2004 sul servizio di interesse economico generale¹². Ma è anche da dire che l'impresa incaricata di un servizio pubblico, anche se *in house*, deve comportarsi nel rispetto del principio di cui all'art. 345, TFUE: e quindi, non solo non abusare della sua posizione dominante (e quindi astenersi dall'illecito concorrenziale) ma anche rispettare il principio dell'investitore che opera in economia di mercato ricostruito dalla

¹² Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale [COM(2003) 270 def, GUCE C 76 del 25.03.2004.

giurisprudenza della Corte (*Meipp*). In questo senso l'operatore infrastrutturale, ancorché *in house*, e quindi costituente un pezzo della pubblica amministrazione concedente, è comunque tenuto al rispetto delle norme in materia di concorrenza ove costituisca a tutti gli effetti impresa ex art. 101, TFUE¹³ (con tutte le conseguenze autorizzatorie ad esempio ex art.108, TFUE che ne derivano).

B. Il dogma delle gare trasparenti per il mercato interno, che pretende, con una non trascurabile quota di ipocrisia, di influenzare le vicende dell'economia rinunciando alla flessibilità evidentemente necessaria in tutti i casi in cui vengano in rilievo contratti pubblici è smentito – o comunque ridimensionato - alla luce della evoluzione del diritto positivo: prova ne è che il dato più recente dell'ordinamento è nel senso di ricondurre il principio della trasparenza entro limiti della ragionevolezza e della flessibilità (art. 43, Direttiva n. 23/2014/UE). Proprio l'ordinamento dell'Unione, in breve, mostra maggiore serietà (e appunto meno ipocrisia) rispetto alle tendenze che emergono talora nel nostro Paese (spesso, a ben vedere, per conseguire obbiettivi che nulla hanno a che fare con il governo del mercato). Giova ripetere che non vi è dubbio che in Italia, a differenza di alcuni anni orsono, le spinte al mantenimento dello status quo e al sostegno ad imprese che non investono, se non in termini di relazioni con politica e istituzioni, viene proprio dal richiamo necessario alla gara. La gara, infatti, anche nei casi in cui sia inappropriata per la crescita secondo il diritto dell'Unione Europea, in qualche modo consente di dare una copertura alla conservazione del sistema. .

C. Il dogma del divieto degli aiuti di stato (persino nelle infrastrutture pubbliche), invocato essenzialmente per irreggimentare il mercato, che tuttavia viene meno nei casi in cui si tratti di finanziare il servizio di interesse economico generale secondo le linee di cui al caso *Altmark*¹⁴ per la promozione tutela del consumatore/utente. Anche su questo argomento sono note le divergenze interne alla stessa Commissione europea. Negare, infatti, che gli aiuti alle infrastrutture rilevino direttamente nella prospettiva del compimento di alcune scelte di politica dei trasporti è del tutto privo di senso. Va segnalato, a conferma di quanto sopra, il procedimento avviato dalla Commissione contro la Germania sul mercato autostradale, i cui documenti non sono ancora disponibili. E' evidente che, configurandosi una violazione delle regole sul mercato interno e di quelle sugli aiuti di Stato nel caso di una norma tedesca che consente ai soli cittadini tedeschi di dedurre dalle imposte una quota delle tariffe autostradali pagate, si mette in dubbio che la realizzazione e gestione delle autostrade possa avere luogo ad opera dello Stato assimilato ad un bene comune a disposizione di tutti. Questa lettura significa in breve sposare come unico modello quello del "chi usa paga" senza consentire, ad esempio, una redistribuzione sociale in funzione della garanzia della mobilità. Una operazione che pare difficile in Paesi come l'Italia, dove l'opzione neoliberista (con tutte le conseguenze in termini di governo del mercato e di liberalizzazione) si è ormai completata.

In breve, si profila in Italia la costante strumentalizzazione delle grandi battaglie di civiltà (il contrasto alla corruzione, la promozione dell'ambiente, la tutela dell'ambiente di lavoro ecc.) per garantire l'assetto degli interessi economici costituiti, alimentata dalle istituzioni dell'Unione, dal sistema delle imprese meno efficienti (che tollera male la presenza nell'economia del pubblico) e della politica meno riflessiva. E, come meglio vedremo nel prosieguo, questo eccesso di neoliberismo economico non significa affatto che si rispettino le norme comunitarie di diritto positivo in materia di economia. Quasi che si preferisca teorizzare un modello rigido (e aggressivo) pur dando per scontato che non sarà in concreto effettivo.

Un esempio per tutti: si è mai presa in considerazione davvero l'adozione di una disciplina di protezione del mercato penalizzando con sanzioni (appunto di mercato) le imprese che producono externalità negative, nel campo del diritto della concorrenza, della tutela dell'ambiente o della protezione dell'ambiente di lavoro? Non è forse la sanzione di mercato – assai più di quella criminale – la più idonea al perseguimento dei valori sociali evitando che restino sul mercato (o si giovino delle violazioni poste in essere) imprese marginali ed inefficienti? Ancora, mentre il diritto comunitario viene letto in chiave molto più rigida rispetto ai principi tradizionali dell'ordinamento, è fenomeno di ipocrisia giuridica negare che, invece, da una parte il governo del mercato si è rivelato molto debole e, dall'altra

¹³ D. Maresca, Principi europei in materia di partecipazione pubblica nelle imprese. La doppia accezione della separazione tra l'azione amministrativa, attività d'impresa e prestazione di servizi di interesse economico generale, in *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali. Assetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2012, p. 41.

¹⁴ Cit. sub 5.

parte le imprese incidono massivamente sulla – quando non sottraendosi alla – amministrazione pubblica. Ma, specialmente, non pare proprio che, a fronte del rigore che connota il modello, si affermi una idea di mercato evolutiva coerente con gli obiettivi ed il principio di cui all'articolo 14, TFUE. Più precisamente, si impone a ben vedere un modello rigidamente conservatore che smentisce le stesse evoluzioni offerte dall'ordinamento: una nozione di “mercato” che non è sintesi di una molteplicità di attori, come ha insegnato *Courage*¹⁵ e la stessa Suprema corte italiana¹⁶, ma costruito per conseguire obiettivi di (auto?)coordinamento delle imprese e semmai degli Stati.

2.1.5 LE DEVIAZIONI DEL NEOLIBERISMO

Prima di esaminare nel dettaglio quanto sopra è forse opportuna una considerazione metagiuridica. Da più parti si è inteso proseguire il neoliberismo che ha originato Bretton Woods e il Gatt, non già ricordando le analisi serie e documentate di Andrea Comba¹⁷ offerte agli studiosi dell'organizzazione internazionale ed ai suoi allievi dell'Università di Torino, né tantomeno prendendo atto delle evoluzioni sotto il profilo sociale ed umanitario che sono occorse negli anni '80, ma superando il (o abusando del) modello originario: e sostituendo ad esso un nuovo modello assai più rigido (è noto che nei Trattati troviamo risposte assai meno rigide). Infatti il modello che va accreditandosi non è costruito sulla base delle regole di diritto desumibili dai Trattati, tanto meno dai principi desumibili dal diritto dell'Unione Europea o dal diritto internazionale, ma utilizzando elementi di para-diritto (o pseudo diritto) interpretato, ora dalla Commissione UE, ora dalla politica, ora, molto spesso, dalle imprese e dalle istituzioni. Bisogna dire incidentalmente che le responsabilità dell'Accademia sono in larga parte condivise in Italia anche dalla magistratura: entrambe le istituzioni hanno dato un contributo purtroppo timido e che si è rilevato decisivo nella direzione di non costruire un sistema impostato sul diritto oggettivo e sugli stessi principi fondanti l'ordinamento europeo evitando letture e posizioni politiche o sociali di segno conformista. Vale la pena di soffermarci, invece, sul ruolo svolto dal Consiglio di Stato italiano: che si è sottratto alla critica di cui sopra, e che ha avuto il coraggio di un atteggiamento ispirato al rigore giuridico provando a definire il perimetro di alcuni istituti centrali del diritto comunitario dell'economia. Ci riferiamo alle numerose pronunce che hanno seguito la “storica” decisione del 2005¹⁸ a seguito di *Telaustria*¹⁹: che hanno avanzato davvero l'ordinamento europeo influenzando anche la Corte costituzionale italiana e la Corte di Lussemburgo, disarticolando l'obbligo di trasparenza dalla libera circolazione dei servizi per ricondurlo e fondarlo su un più generale principio di “concorrenzialità” desumibile dall'ordinamento. Con la conseguenza di estendere l'ambito del diritto Ue in materia di trasparenza a rapporti che non hanno per oggetto la prestazione di servizi (si pensi alla mera concessione demaniale marittima tradizionalmente intesa dalla Corte europea come strumento per mettere a disposizione aree e non per consentire l'erogazione dei servizi) e dall'altra di superare i tradizionali istituti della concessione e dell'appalto intorno ai quali si era concentrato il diritto derivato. È vero che la lettura del Consiglio di Stato ha significativamente ampliato l'ambito dell'ordinamento comunitario in materia di trasparenza ricostruendolo come vero e proprio principio autonomo fondato sui principi di buona amministrazione e di concorrenza (quest'ultimo peraltro la Corte costituzionale ha negato sia leggibile come tale nella pronuncia n. 299 del 11/12/2012): ma è anche vero che si tratta di una operazione giuridica tipica della migliore tradizione comunitaria posta in essere dal giudice naturale del diritto comunitario, ne più ne meno di quelle poste in essere, ad esempio, dalla Corte europea con *Porto di Genova*²⁰ (quando si è superato il dogma dell'abuso ex art.102, TFUE) o con *Cassis de Dijon*²¹ (quando il principio di non discriminazione in materia di merci è stato letto come principio che assicura la libera circolazione *tout court*). Tanto che il Consiglio di Stato non ha esitato ad offrire una lettura dell'ordinamento europeo anche in una direzione del tutto opposta alla trasparenza riaffermando la centralità del principio di parità tra impresa pubblica e impresa privata di cui abbiamo trattato in

¹⁵ Cit. sub 6.

¹⁶ Cass. Civ. SU 4 febbraio 2005 n.2207

¹⁷ A. Comba, *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*. Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti, Torino, 2013.

¹⁸ Sentenza del Consiglio di Stato n. 272 del 3 marzo 2005.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, interveniente: *Herold Business Data AG*, causa C-324/98, racc. della giurisprudenza 2000 p.I-10745.

²⁰ Cit. sub. 3.

²¹ Cit. sub 2.

precedenza segnalando l'*in house* (addirittura aperto ai privati) come strumento non eccezionale di scelta del contraente a disposizione dell'amministrazione²².

Riprendendo il filo del ragionamento sulla (in)voluzione del diritto dell'Unione al di là della *Rule of Law*, questi mondi (istituzioni europee, politica, imprese) hanno elaborato soluzioni prive, in realtà, di una convincente base giuridica e sanzione pubblicistica che hanno, tuttavia, profondamente influenzato la crescita di uno pseudo modello che valorizza alcuni principi della tradizione neoliberista (il superamento dell'impresa pubblica, il divieto di sussidi e sovvenzioni, la trasparenza come strumento per fronteggiare la corruzione e per promuovere il mercato, l'accesso al mercato ecc...) ma rinuncia, in realtà, alla prospettiva dell'interesse pubblico, della crescita e della politica economica. E specialmente della tutela di altri valori non meno "rinunciabili" come la tutela dell'ambiente e quella dell'ambiente di lavoro. In nome del modello nuovo, funzionale alla conservazione degli equilibri economici del Paese, si rinuncia in breve al perseguimento dell'interesse generale e specialmente ad una qualsivoglia politica economica industriale e dei trasporti ed alla tutela trasversale di valori non economici. E questo, tuttavia, si noti, tollerando, invece, la sistematica violazione degli stessi presupposti del neoliberismo e del mercato in pressoché tutti i comparti del trasporto. Ed a maggior ragione mai ricostruendo il mercato nelle nuove dimensioni di cui a *Courage*²³: che, ad esempio, estromette le imprese che non sanno starci producendo esternalità negative o che impone precisi oneri di servizio pubblico a carico delle imprese alle quali sono affidati servizi di interesse generale. In breve, tutti d' accordo per costruire un'idea di mercato molto rigorosa e poco flessibile: da sistematicamente violare, tuttavia, per assicurare la realizzazione degli interessi particolari e per descrivere un assetto internazionale dell'economia che va spostandosi, soffuse nei Paesi più deboli, verso modelli liberisti puri.

2.1.5.1 IL LIVELLO NAZIONALE

Purtroppo il nuovo assetto del mercato delle infrastrutture e dei trasporti è definito in Italia solo marginalmente attraverso lo sviluppo di regole di diritto, ma assai più per l'operare di una molteplicità di regole di comportamento, standard e consuetudini, vissuti come obbligatori o meno, comunque costituenti il modello generale. Regole, standard ecc. non sempre giustificati nella prospettiva dell'interesse generale ma, indubbiamente, funzionali alla realizzazione di interessi particolari. La stessa funzione delle Autorità di garanzia, e dell'Autorità dei trasporti in ispecie, non si sottrae affatto a questa considerazione. Seppure in nome del mercato, ancora troppo inesplorato e impreciso (oltre a *Courage*²⁴ e a *La Poste*²⁵), si accreditano standard più perché ispirati alla logica della efficienza che perché basati su una rigorosa selezione giuridica. Una operazione tanto più facile e a rischio se condotta in quei Paesi le cui istituzioni e università sono deboli e dove la regolazione è ancora all'inizio. Certo quella dell'efficienza è una commendevole finalità che ha a che fare, ad esempio, con il diritto della concorrenza, ma non è certo un principio di diritto in grado di fondare autonomamente la regolazione (anche per evitare spiacevoli conseguenze in termini di base giuridica e rischi in sede giurisdizionale). A ben vedere alla stessa carenza di una base giuridica convincente i pochi giuristi che ci hanno provato tendono a ovviare ricorrendo al c.d. principio del buon funzionamento del mercato (Maresca) od al principio di leale collaborazione in sintesi con il principio di uguaglianza (Merusi): principi che la Corte europea valorizza indubbiamente nel corso degli anni 80, ma per loro natura certo insufficienti a consentire un sacrificio così forte sul piano dei diritti inviolabili delle imprese e delle persone come quello che si prefigura andando oltre il diritto positivo. Il dialogo fra i diversi poteri dello stato (amministrazione/ Governo, giurisdizione e regolazione/controllo) non sembra aiutare in questa fase: anche se proprio il tempo della crisi dovrebbe favorire soluzioni che promuovono la *predictability* ed un *level playing field* che incentivi gli investimenti di durata, l'espansione dei traffici e la tutela corrispondente dei diritti della persona. Le stesse indagini della magistratura paiono più volte orientate al perseguimento dei reati a sfondo sociale che alla celebrazione di processi, quasi che la sanzione della esclusione dal gruppo sociale e della squalificazione sociale in conseguenza di misure preventive, ma

²² Parere del Consiglio di Stato n. 298 del 30 gennaio 2015.

²³ Cit. sub 6.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, Causa C-453/99, racc. della Giurisprudenza 2001 I-06297

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2014, *Repubblica francese contro Commissione europea*, Causa C-559/12 P, GUUE 2014 p. 217.

senza alcun accertamento giurisdizionale, sia sufficiente. La gara trasparente è considerata un obiettivo per evitare la corruzione: ma è del tutto chiaro che la proliferazione di norme e procedure, non solo non evita la violazione delle regole in materia di etica pubblica, ma anzi ne costituisce la assoluta garanzia. Il Parlamento, dopo aver avviato un disegno di legge sul recepimento delle direttive nn. 23 e 24 del 2014 impostato sul principio del c.d. *gold plating*, una regola recente desumibile dal diritto dell'Unione in materia di servizi finanziari, e poi esteso anche alle infrastrutture, ricostruito di recente da A. Manzione²⁶, volta a favorire il minimo livello possibile di regole per favorire la crescita e la uniformità, pare orientato ad approvare un emendamento che, implicando un successivo livello di trasparenza a valle, moltiplica sia i livelli di amministrazione sia la discrezionalità della pubblica amministrazione. Una evoluzione che potrebbe non essere coerente né con il diritto dell'Unione Europea, che tende ad aprire il mercato una sola volta, e neppure con le esigenze di promuovere la crescita e gli investimenti.

È evidente che, specie in alcune fasi di transizione organizzativa e dell'economia, il nostro Paese sovrappone obiettivi fra loro non coordinati, estemporanei e talora contraddittori che finiscono per influenzare, non solo la regolazione, ma anche gli stessi assetti normativi. Dall'Autorità dei trasporti, di recente costituzione, si attende, pur nel rispetto della sua indipendenza, un contributo attivo a stabilizzare l'odierna fase di riforma nei trasporti e nelle infrastrutture partendo proprio dalla *Rule of Law* e quindi dai principi di diritto e lasciando ad altre forze il perseguimento dei loro conflittuali interessi.

2.1.5.2 IL LIVELLO COMUNITARIO

La Commissione europea non vi è dubbio appaia, in questa fase declinante dell'ordinamento dell'Unione, orientata, non tanto alla conservazione del modello neoliberista (o liberale sociale) che ha originato l'esperienza comunitaria, ma, come si osservava in precedenza, a sovrapporre un modello diverso che va oltre alle regole classiche del neoliberismo corrette dagli obiettivi sociali (tutela del lavoro, tutela dell'ambiente) ed umanitari maturati nel corso del decennio degli anni '80. Regole che non hanno mai messo in dubbio il servizio pubblico: da perseguire sulla base del principio di equivalenza fra impresa pubblica e impresa privata e fra proprietà pubblica e proprietà privata, anche attraverso strutture di imprese e beni riconducibili allo stato e alle comunità territoriali. Regole, ancora, che hanno costantemente garantito un loro coordinamento con i valori e diritti fondanti l'Unione (si pensi a Albany²⁷ per tutte) sposando totalmente il modello degli incentivi e dei sussidi di cui al Gatt²⁸ prima e all'Omc²⁹ poi.

Il nuovo assetto "post liberista", che le élite europee, prima ancora della Commissione, con il supporto della politica più inconsistente dei Paesi membri, è sostenuto persino contro gli interessi collettivi: e si tendeva conservarlo anche quando inadeguato rispetto agli obiettivi della crescita e messo in dubbio dalla crisi economica. Non vi è dubbio che spesso gli ambienti della Commissione europea partecipano ad una azione generale di conservazione del nucleo socio economico volto a scongiurare il cambiamento del quadro dell'Unione. Un mondo lontano, sia dai valori che hanno originato la comunità degli anni 50, riassumibile nel Manifesto di Ventotene³⁰ e nella Dichiarazione Schumann³¹ (sembrano passati anni luce!), sia dalle spinte ideali anche più recenti degli anni difficili della crisi economica, del decennio del terrorismo in Italia, in Irlanda e nei Paesi Baschi. E questa azione conservatrice, che assume talora connotati di devianza rispetto alle regole vere del mercato, ed alla tutela dei diritti fondamentali delle persone, si persegue finanche controllando le nomine dei direttori generali delle varie strutture della Commissione e selezionando quelle dei giudici della Corte. L'atteggiamento delle *lobbies* di Bruxelles è assimilabile a quelli di fine impero: in un momento in cui l'esigenza di un profondo cambiamento (oltre che del fenomeno dell'integrazione) anche delle regole di governo dell'economia e

²⁶ A. Manzione, Relazione al convegno organizzato da Dipartimento delle politiche europee, 2014, Roma.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, Albany Internationa BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, racc. della giurisprudenza 1999 p. 05751.

²⁸ Accordo Generale sulle Tariffe ed il Commercio, (GATT) firmato il 30 ottobre 1947 a Ginevra (Svizzera).

²⁹ L'Organizzazione Mondiale per il Commercio (OMC) è stata istituita il 1° gennaio 1995 a seguito del perfezionamento dell'Accordo di Marrakech del 15 aprile 1994.

³⁰ Il Manifesto di Ventotene fu scritto verso la metà del 1941 da Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, di stampo neoliberista, al fine di avviare un movimento per promuovere una federazione europea.

³¹ La dichiarazione Schuman, rilasciata dall'allora ministro degli Esteri francese Robert Schuman il 9 maggio 1950, proponeva la creazione di una Comunità europea del carbone e dell'acciaio, i cui membri avrebbero messo in comune le produzioni di carbone e acciaio.

da tutti avvertita, probabilmente anche a causa della crisi economica e di certo delle nuove sfide epocali transcontinentali, le direzioni che vengono offerte, e che attecchiscono immediatamente nei Paesi più conservatori e populistici, sono ancora nel segno del liberismo pre-Bretton Woods³². Altro che accogliere sfide diverse. La spinta che viene dalle *lobbies* di Bruxelles e di provare a “tirare lungo” nella consapevolezza che nulla deve cambiare: e che comunque, ove qualcosa cambiasse, si trascinerà istituzioni e idee. Per questo la Commissione europea, anche a prescindere dalla politica, tende a conservare per quanto possibile, finanche in casi non difendibili, alla luce della volontà degli Stati.

A fronte del monolite autoreferenziale che si desume da una pluralità di soggetti interessati alla conservazione di un ordinamento che evidentemente fatica (e che difficilmente è in grado di raccogliere in chiave inclusiva le sfide nuove dell'epoca), se il punto della crescita ha indotto una deviazione solo marginale dalle regole sui conti pubblici, è difficile negare che la premessa di infrastrutture gestite a prezzi ragionevoli che favoriscano la competitività, specie in un periodo di grave ed irrisolta crisi economica, può ben essere costituito da imprese pubbliche pronte a realizzare e gestire le infrastrutture necessarie alla crescita in modo da assicurare la competitività o da modificazioni non sostanziali ai contratti pubblici fermo restando l'equilibrio originario. Ancora, va dato atto alla politica ed alla giurisprudenza italiana, ma oggi ad alcune letture dei servizi della Commissione europea, di aver sovrapposto agli orientamenti di Bruxelles un'azione convincente, anche se appena di avvio, per nulla velleitaria, per il recupero della legalità introducendo nelle direttive 23 e 24, in materia di appalti e concessioni, una quota significativa di flessibilità nei contratti pubblici attraverso il cd *ius variandi* nei termini a suo tempo affermati dalla giurisprudenza della Corte europea (*Presstext* e *Walls*³³).

2.1.5.3 IL LIVELLO DELLA SOCIETÀ

Preoccupano le spinte che provengono dalla società dell'economia: spesso disarticolate da obbiettivi di interesse pubblico desumibili nell'azione dell'impresa e dei sindacati ma anche dalla società c.d. civile e specialmente politica. E che genera il consociativismo, che si definisce in concreto come l'azione verso la società di forze tra loro configgenti in nome di un obbiettivo comune e contro l'interesse pubblico. Un ambiente socio economico che “se la suona e se la canta” pur di mantenere, in un contesto di ideali e di valori così lontano da quello originario, che “strizza l'occhio” ad una impresa senza limiti e valori, e su una politica che non è in grado di reagire e produrre un'azione di amministrazione pubblica e di regolazione convincente.

Tanto che, come abbiamo richiesto appena in precedenza, la stessa politica e i giudici nazionali sono dovuti intervenire per riaffermare alcuni presupposti dell'ordinamento che venivano messi in dubbio: ricordando, ad esempio,

- che i diritti sociali come il diritto dell'utente, il diritto all'ambiente di lavoro, il diritto alla riservatezza ed alla dignità personale, assumono connotati trasversali che vanno al di là del modello di governo del mercato;
- che *l'in house providing* costituisce una modalità ordinaria per la garanzia del servizio di interesse generale di cui agli articoli 14 e 106, TFUE (si pensi alle infrastrutture autostradali, ferroviarie ed al trasporto pubblico locale) ed è strumento per assicurare la crescita economica e gli investimenti ove interpretato correttamente a favore di territori che non abusano degli strumenti privatistici e che sanno stare sul mercato nel rispetto del *Market Economy Investor Principle (Meipp)* (*Lanerossi*³⁴, *Alfa Romeo*³⁵ ed *Alitalia*³⁶).
- che il mercato in breve non è l'arena delle imprese, che ne sono i protagonisti: ma il luogo di una pluralità di attori anche in conflitto fra loro che sollecita una costante sintesi di interessi.

³² La conferenza di Bretton Woods si tenne dal 1° al 22 luglio 1944 al fine di stabilire le regole internazionali delle relazioni commerciali e finanziarie tra i principali paesi industrializzati del mondo.

³³ Cit. sub 7.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991, Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee, Causa C-303/88, racc. della giurisprudenza 1991 p. 1433.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991, Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee, Causa C-305/89, racc. della giurisprudenza 1991 p. 1603.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia, 13 giugno 2013, Ryanair Ltd/Commissione europea, Repubblica italiana, Alitalia — Compagnia Aerea Italiana SpA, Causa C-287/12, racc. della giurisprudenza 2013 p. 0.

2.1.6 DIRITTO DELL'UNIONE E REGOLAZIONE: CENNO

Un profilo sul quale merita soffermarci è quello che riguarda l'impatto del modello comunitario sul ruolo del regolatore rispetto al contemporaneo ruolo del concedente. Spesso non è chiaro, infatti, il riparto di ruolo fra l'amministrazione e la regolazione del mercato rispetto al modello che origina dall'ordinamento dell'Unione Europea quasi che il diritto positivo non definisca un perimetro chiaro. Non è obbiettivo del presente studio una verifica approfondita, ma un minimo cenno pare utile sul punto. Ci limitiamo ad osservare che, proprio la funzione intrinsecamente comunitaria, e la stessa base giuridica europea della regolazione del mercato, selezionano l'Autorità come espressione di un sistema di garanzie di accesso ordinato al mercato e di permanente integrazione dell'autonomia privata con base giuridica art. 41 della costituzione e metodo di cui all'art. 1349, cod. civ.: con l'obbiettivo di estendere o di restringere lo spazio di capacità delle imprese in funzione degli interessi collettivi e comunque per assicurare il "buon funzionamento del mercato"³⁷. Inoltre l'ente di regolazione, proprio per le sue caratteristiche di indipendenza e neutralità rispetto all'amministrazione pubblica e alle imprese svolge una funzione di segno para-giurisdizionale o arbitrale nel caso di controversie fra le parti contraenti di un contratto pubblico: una funzione della massima delicatezza che si iscrive totalmente nella politica di crescita e nelle garanzie degli investimenti privati. Proprio un paese come l'Italia ha bisogno di assicurare gli investitori in ordine al rispetto dei contratti in vigore specialmente quando, essendo di durata, sono assoggettati all'invecchiamento naturale ed impongono strumenti di correzione all'interno del c.d. *ius variandi* (una presa d'atto molto importante che viene, di recente, sia dallo stesso servizio giuridico della Commissione europea sia dagli uffici della Presidenza del Consiglio italiana). In questo contesto è fondamentale la *predictability* anche per quanto riguarda il riparto dei ruoli istituzionali. E appena da osservare come occorra molta prudenza allorché si assegna all'Autorità di regolazione o all'autorità giurisdizionale, direttamente o indirettamente, funzioni di amministrazione pubblica (e finanche di consulenza).

2.1.6.1 UN ESAME SINTETICO DEI DIVERSI COMPARTI

Tanto sopra premesso è possibile svolgere alcune considerazioni sui differenti comparti del trasporti dove la regolazione autentica, il cui perimetro è determinato dal diritto dell'Unione Europea, è destinata a svolgere ruoli controversi.

A. Non vi è dubbio che la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e specialmente stradali impone alle parti contraenti (e quindi all'amministrazione pubblica concedente ed al terminalista od operatore infrastrutturale) il rigoroso rispetto dello statuto del contratto, non potendo certo lo stato rendersi inadempiente neppure imponendo modifiche contrattuali di cui esso sarebbe in fondo beneficiario. La certezza del diritto, che origina proprio in ambito europeo, costituisce un principio di diritto che serve a preservare la stabilità del contratto e ad assicurare agli investitori un quadro di sicurezze in ordine alla redditività e ai tempi di realizzazione delle opere. Trattandosi di infrastrutture a rete uno dei temi con i quali si è trattato di fare i conti consiste nella determinazione della tariffa di accesso. Tariffa che, nella logica dell'Autorità di regolazione, è funzionale al servizio di interesse economico generale, mentre nella logica dell'amministrazione concedente è funzionale all'adempimento del contratto di costruzione e gestione (o di concessione) e semmai ad obbiettivi di politica economica. Infatti, anche nel caso in cui non vengano in rilievo specifiche necessità di attuazione dello statuto contrattuale, è difficile dire, in assenza di norme comunitarie, che le tariffe di accesso abbiano solo una funzione regolatoria. Proprio in Italia pare evidente la necessità di preservare in capo al governo centrale o all'amministrazione attiva uno spazio per il compimento di specifici progetti di politica dei trasporti favorendosi, ad esempio, l'accesso a seconda degli obbiettivi che si intendono conseguire. Semmai all'Autorità, proprio per le sue caratteristiche di neutralità, terzietà ed indipendenza, sembra più logico riservare un ruolo di controllo: allo scopo di evitare o gestire le controversie nei rapporti fra l'amministrazione concedente e il privato gestore anche per assicurare la tutela dei diritti derivanti dal contratto. Una esigenza direttamente da mettere in relazione con la

³⁷ Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2013, p. 219 ss., M. Maresca, op. cit. sub 1, F. Merusi., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 313 ss., F. Merusi e F. Bassi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 150 ss., M. Clarich, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 39.

necessità di tutela degli investimenti e con la garanzia di legalità da offrire agli investitori. Non dimentichiamo che la stabilità del contratto, anche nei casi di situazioni in cui lo Stato contraente si rende inadempiente utilizzando il suo potere sovrano (e quindi legislativo), o si realizza con il ricorso all'arbitrato con clausole Isds, comuni alla maggior parte dei Bits, ed oggi presente nel Ttip, oppure impone la costituzione di istanze ad hoc di segno nazionale anche non giurisdizionali che, tuttavia, come si osservava, devono qualificarsi come estremamente professionali, indipendenti rispetto al Governo centrale e del tutto terze rispetto alle parti. In breve se l'Autorità di regolazione si coinvolge o comunque incide su fattispecie di rilevanza contrattuale che impegnano i contraenti, perdendo di fatto la sua neutralità rispetto alle parti, da una parte inevitabilmente inizia a svolgere un'azione allocativa, e quindi di segno politico, e dall'altra non è nella possibilità di svolgere la funzione di risoluzione delle controversie così importante per dare certezze al mercato e segnatamente agli investitori.

B. L'indicata *querelle* sulla determinazione delle tariffe di accesso all'infrastruttura si pone in Italia per ogni tipologia di infrastruttura a rete. Nel caso della ferrovia l'attuazione della direttiva Recast costituisce l'occasione in cui per la prima volta si è posto il tema della incidenza di un regolatore terzo rispetto allo stesso mercato. Tanto che il decreto di attuazione della medesima direttiva, pur riservando un ruolo di orientamento e consultivo al Governo, nondimeno affida l'elaborazione tariffaria all'Autorità dei Trasporti. Una scelta che introduce certamente elementi di trasparenza ma sottrae all'amministrazione precisi spazi di azione in materia di politica economica oltre che privare l'Autorità di un ruolo neutrale e terzo. Non si è ancora avuto invece il coraggio di prendere una stessa posizione per quanto attiene alla determinazione delle tariffe aeroportuali ai sensi della direttiva 2009/12 a seguito di un Pilot aperto dalla Commissione europea. In questo caso il mercato italiano degli aeroporti è stato suddiviso artificialmente ponendo, da una parte i tre aeroporti principali, dove l'esigenza è quella di assicurare tariffe che consentano di attuare i piani convenuti, pertanto regolati da Enac, e dall'altra gli altri aeroporti nei quali presumibilmente la quota di investimenti è molto minore e la cui regolazione tariffaria è rimessa all'Autorità dei Trasporti. Ancora, non risulta che il nostro Paese abbia chiarito in modo convincente la sua posizione alla Commissione europea, e precisamente non si comprende se Enac e Autorità dei Trasporti costituiscano autorità designate ai sensi della direttiva in struttura parallela (una soluzione che non pare vietata dal diritto comunitario) oppure se l'Autorità dei trasporti svolga un ruolo generale di regolazione mentre, provvisoriamente, l'Enac presidia l'attuazione dei contratti di investimento. Certo è che il ritardo favorisce una incertezza che fa male allorché vengono in rilievo investimenti da parte di società quotate straniere. Anche in questo caso una soluzione potrebbe essere offerta da una positiva cooperazione fra l'ente contraente/concedente, tenuto a rispettare il contratto in ogni suo elemento, al quale potrebbe essere affidata una funzione di amministrazione attiva e la essa Autorità dei trasporti, alla quale potrebbe essere affidato un ruolo di *advisorship* allo scopo di tenere conto degli elementi inerenti il mercato che prescindono dall'equilibrio contrattuale.

Nel comparto autostradale l'esigenza di un riordino è ineludibile. Da una parte si profila una netta distinzione fra l'operatore dominante che controlla tre quarti della rete con inevitabili economie di scala e specialmente con una strumentazione contrattuale che consente di spalmare il finanziamento sull'intera rete: dall'altro tante piccole concessionarie chiamate a costruire opere spesso senza alcun contributo pubblico con la tariffa e che, quindi, in periodi di crisi non reggono (o scaricano sul consumatore utente tariffe e condizioni che limitano la crescita). E questo utilizzando strumenti regolatori/ finanziari come il *Wacc*, il *Rab*, il *claw back* ecc. Un settore che va ripensato sulla base di nuovi strumenti contrattuali certo, ma prima ancora selezionando un nuovo approccio che metta al centro il diritto del consumatore/utente e della piccola impresa a servizi di qualità, in regime di continuità ed condizioni economiche ragionevoli (l'art.14, TFUE, come si è ricordato, introduce il diritto fondamentale di cittadinanza di cui è titolare il consumatore utente e la piccola impresa)³⁸. In questo settore non vi è dubbio che gli interessi imprenditoriali hanno costantemente trovato una logica di composizione con gli interessi pubblici: a seguito dei processi di privatizzazione degli anni 90, lo sviluppo e la gestione delle infrastrutture a rete si sono realizzati nel solco del diritto comunitario in materia di mercato interno anche se non sempre nel rispetto di tutte le sue regole (anche se in pressoché nessun Paese l'accesso al mercato si è verificato sulla base in virtù di procedure di gara) e finanche del principio "chi usa paga". Nondimeno è difficile dire che, specie nei tempi più recenti, sia stato

³⁸M. Maresca – Vincenzi, *Cittadini d'un Europa nuova*, Udine, 2008.

anteposto, negli strumenti contrattuali e nella stessa gestione del rapporto di investimento e di gestione, il pubblico interesse che individua l'utente ex art. 14 come titolare di un diritto di cittadinanza. A questo riguardo vale appena la pena di domandarsi se il modello impostato sui dogmi ricordati (trasparenza/impresa privata/divieto di sussidi) sia davvero coesistente rispetto all'ordinamento dell'Unione e, ed è quel che più rileva, funzionale ad obiettivi di interesse generale degli utenti; ovvero se, per caso, l'affidamento ad imprese dello Stato o delle Regioni ed il ricorso a incentivi non sia, almeno in alcuni casi, decisivo ai fini della gestione di infrastrutture a rete tanto più, in un periodo di crisi perdurante, in un contesto ispirato alla crescita. Temi che inevitabilmente dovranno essere chiariti nella procedura di recente aperta dalla Commissione europea in occasione della procedura sulle autostrade tedesche sulla quale ci siamo soffermati in precedenza. Ma intanto, nelle more di una valutazione approfondita – che sconta tuttavia il limite delle scelte già compiute sul finire degli anni 90- almeno assicurare l'attuazione del principio della neutralità fra impresa pubblica e impresa privata sul quale ci siamo soffermati.

Si consideri, da ultimo, il caso delle infrastrutture portuali: probabilmente il comparto meno trasparente e connotato da rendite di posizione che hanno costantemente rallentato, se non impedito, la crescita dei traffici. Infrastrutture gestite, fra politica (che esprime i presidenti dei porti) e industria locale (spesso d'intesa con la politica) senza alcuna reale selezione dei conflitti verticali³⁹. In questo caso, che si spera sia consegnato alla storia da una riforma che premi la professionalità e la trasparenza e riduca gli spazi di consociativismo, molto spesso il presidente dell'Autorità portuale non è vissuto come il vertice dell'amministrazione pubblica che controllo il rispetto delle regole ad opera delle imprese che accedono al mercato, ed eventualmente sovrappone regole aggiuntive anche in chiave di modificazione autoritativa dei contratti fra privati per assicurare il buon funzionamento del mercato; ma come l'"amministratore del condominio", che è scelto, non dallo stato regolatore, ma dagli operatori portuali in funzione esclusivamente dei loro interessi particolari e per mediare fra i contrapposti interessi privati, collettivamente intesi, e quelli della collettività in una logica di autorganizzazione corporativa da parte delle imprese. Proprio l'indicata incapacità di amministrazione e regolazione ha portato alla conseguenza che sino ad oggi i porti sono stati "zone franche" (sostanzialmente in mano alla politica locale e alle imprese) refrattarie al valore della concorrenza e dell'accesso al mercato (magari invocandosi inesistenti feticci di specialità offerti dal diritto interno o internazionale). Se poi si considera che, da una parte, fino ad oggi, l'azione di politica economica del Governo è stata di fatto resa impossibile da un ruolo regolatorio attribuito alle Autorità e dall'altra la regolazione si è svolta in un contesto geografico di certo non coincidente con il mercato rilevante, si ha chiaro perché la logistica portuale abbia denotato un fenomeno di sottosviluppo a tutto vantaggio dei porti del Nord Europa. A Rotterdam, un porto, uno e non 35, che si candida a fare 30 milioni di Teus nel 2023 investendo oltre venti miliardi (a Genova, dall'altra parte del corridoio, nello stesso periodo 500 milioni); in Italia 35 amministrazioni portuali, nessuno delle quali in grado di contendere traffico al Nord Europa, e tutte pronte, fuori da qualsivoglia logica di piano, a investire senza nessun governo centrale dei processi. La riforma in corso di elaborazione di certo risponde ad alcune esigenze poste dall'ordinamento dell'Unione imprescindibili per realizzare una politica dei trasporti e così il superamento di strutture che consumano risorse divenute autoreferenziali.

Nel caso della ferrovia, un comparto dove il diritto Ue è cresciuto più di altri, i progressi non sono certo stati significativi: non vi è dubbio, infatti, che l'interesse degli Stati alla protezione dei loro campioni nazionali ha giocato un ruolo decisivo. Una lettura dell'ordinamento comunitario che valorizza il principio di separazione come strumento che evita l'abuso al quale è indotto il gestore dell'infrastruttura, e che opera anche nel parallelo mercato dei traffici, indurrebbe, proprio sulla scorta di *Porto di Genova* e della teoria dell'*abuso in se*, a spezzare il legame fra la trazione e la gestione dell'infrastruttura essendo fin troppo evidente che il gestore dell'infrastruttura è "indotto" ad abusare della sua posizione pubblicistica, o quantomeno del suo ruolo, quando chiamato a contrattare con la propria *subsidiary* o *sister company*. Dalla sentenza *Porto di Genova*⁴⁰ ci sarebbe stato da attendersi, proprio nel campo della ferrovia, se l'obiettivo è quello di aprire il mercato dei servizi ferroviari non

³⁹D. Maresca, *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali*, cit. sub 13, M. Maresca, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia, del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli Spa*, racc. della giurisprudenza 1991 p. 5889.

regionali, l'affermazione di un principio di separazione del tipo di quello configurabile nel comparto del trasporto aereo. E questo in via di ricostruzione giurisprudenziale o normativa. Forse che è più facile ricondurre al diritto comunitario, escludendo qualsivoglia protezione di mercato, i camalli genovesi (ma non anche quelli di Gent) ed i terminalisti rispetto ai dipendenti delle imprese pubbliche ferroviarie? Evidentemente questo non è avvenuto se tuttora i passi avanti nella apertura del mercato dei servizi ferroviari sono così trascurabili (malgrado le centinaia di riunioni su “terzi e quarti pacchetti”, “direttiva Recast” ecc.). La realtà è che la scelta di separare o meno le imprese ferroviarie dal gestore dell'infrastruttura non è identica – e non ha identico valore – per tutti i Paesi membri. Ve ne sono alcuni il cui operatore ferroviario opera in ambito internazionale ed è in grado di alimentare il territorio, i suoi porti e la sua industria, specie nella logistica, ed altri che invece non sono presenti in modo significativo sui mercati europei. Ancora, alcuni operatori sostengono la portualità con riguardo ai mercati rilevanti di destinazione (Baviera, Baden Württemberg ecc.) ed altri, invece, questa funzione non riescono a svolgerla. In breve, è fondamentale capire l'interesse del singolo Paese alla separazione, non tanto alla luce del diritto della concorrenza (e quindi per ragioni che attengono alla regolazione del mercato), ma proprio nelle prospettive di politica economica o dei trasporti della crescita, della coesione e del diritto fondamentale di cittadinanza introdotto all'art. 14 TFUE da una parte e della necessità di assicurare servizi ferroviari merci internazionali e di qualità per sostenere i distretti industriali dall'altra. Guardando all'esperienza italiana, ad esempio, davvero ha poco senso investire sul campione nazionale (pubblico o privato che sia) se si guarda all'interesse pubblico (lo sviluppo dei traffici portuali, il riequilibrio modale, lo sviluppo dei corridoi, la tutela del consumatore/utente e, specialmente, l'industria di distretto che reclama collegamenti efficienti con l'Europa, il Far East e il Nord Africa) e mantenere unito dentro Ferrovie dello Stato il comparto infrastrutture con quello del traffico. Il nostro Paese con Trenitalia ha una posizione di mercato molto forte nei passeggeri, ma è inadeguato nella logistica a servire i mercati stranieri in connessione con i porti o ad alimentare i distretti industriali. Viceversa è molto comprensibile la posizione della Germania che, attraverso DB Schenker (una impresa nata dalla concentrazione fra DB Cargo e Shenker nei primi anni 2000) detiene una posizione molto forte nel comparto della logistica e quindi assicura una risposta di eccellenza al soddisfacimento dei bisogni pubblici di crescita dei distretti. Una considerazione sulla quale ritorneremo in prosieguo anche allorché affronteremo il tema della privatizzazione della società Ferrovie dello Stato. Il profilo regolatorio delle infrastrutture ferroviarie ha trovato di recente una ulteriore occasione di riflessione. Ci riferiamo alle modalità di determinazione della tariffa di accesso all'infrastruttura ai sensi della direttiva Recast su cui ci siamo soffermati in precedenza.

2.1.6.2 UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA NON DIFFERIBILE DI ALCUNI COMPARTI DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI

Concluderemo il presente studio scientifico con alcune proposte di riforma non differibili.

A. SUI COMPARTI AUTOSTRADALE E AEROPORTUALE

A.1 Non vi è dubbio che i principi della crescita e dell'apertura del mercato (ormai scelto, quest'ultimo, sul finire degli anni 90 con la privatizzazione di Autostrade per l'Italia e di Aeroporti di Roma e con l'avvio di varie nuove gestioni private) costituiscono punti di riferimento ineludibili. Poiché occorre solidificare la prospettiva del servizio di interesse economico generale di cui all'art.14, TFUE, è indispensabile una revisione a breve del comparto autostradale che comporti finanche l'adozione di modelli alternativi (come quelli che, ad esempio, socializzano le tariffe ecc.).

Nelle more, o in assenza, di una riforma radicale, i protagonisti del mercato saranno ancora imprese (pubbliche o private) – sempre meno, forse, allo scopo di assicurare reti più efficienti secondo quando auspicato dall'Autorità di regolazione dei trasporti – che, tuttavia, sposino maggiormente la regola dell'investitore che opera in economia di mercato (*Meipp*) e quella della parità fra impresa pubblica e impresa privata.

AA QUANTO ALLE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO

A.2.1 In un mercato già aperto alla concorrenza, la regola è costituita dalla gara trasparente disciplinata dal diritto dell'Unione europea (sia essa regolata dalla nuova direttiva 23 ovvero dai

“principi Telaustria”), secondo la lettura innovativa (ed estensiva) del principio di “concorrenzialità” offerta dal Consiglio di Stato e dalla stessa Corte costituzionale. Il che non significa che, in un periodo di grave crisi, il principio “chi usa paga”, che ispira i Pef autostradali in Italia, non possa essere temperato con la necessità di segno pubblicistico di assicurare gli investimenti e contemporaneamente il rallentamento delle dinamiche tariffarie quali previsti nei contratti in vigore. Sotto questo profilo, quindi, occorre utilizzare al meglio la nuova flessibilità offerta dall’ordinamento dell’Unione, oggi ripresa anche alla direttiva 23 nel caso di “lavori aggiuntivi” (art.43, n.1, lett. b) o specialmente di “modifiche non sostanziali” allo scopo di assicurare gli investimenti già previsti riducendo tuttavia l’impatto tariffario previsto dai contratti esistenti (duramente ispirati alla regola del “chi usa paga”) sostituendo “tariffa con durata” (art.43, n.1, lett. e) e n. 4).

A.2.2 L’ordinamento non esclude affatto che, sussistendo i requisiti della prevalenza e del controllo analogo, l’affidamento possa avere luogo anche *in house*: in questo caso, avuto riguardo all’art.17, direttiva 23, in un primo tempo, l’impresa dovrà essere a totale controllo pubblico, potendo successivamente essere aperta a soci privati nei limiti di quanto imposto dalla legge (che dovrà altresì prevedere le caratteristiche dei soggetti privati ammessi e le modalità per la loro selezione). La scelta dell’*in house*, se pare destare perplessità in situazioni in cui il mercato abbia già fatto il suo gioco, e quindi sia stato connotato da un processo di privatizzazione o di selezione a valle, pare, invece, condivisibile in situazioni particolari, e così ad esempio

- in contesti territoriali specifici che rispondono ad una esigenza particolare sotto il profilo della qualità del servizio e delle regole di ingaggio, e specialmente

- quando si tratti di “premiare” i territori che hanno in concreto dimostrato di realizzare i diritti degli utenti e delle comunità locali offrendo servizi efficienti e di qualità senza abusare degli strumenti privatistici e societari. E inutile dire che, comunque, dovrà sussistere il “controllo analogo”. In ogni caso il modello di segno marcatamente neoliberista impiegato nel nostro Paese, rigidamente impostato sulla regola del “chi usa paga”, impone che i principi ai quali l’impresa pubblica è tenuta ad ispirarsi dovranno coincidere con quelli che disciplinano l’operare delle imprese private sia quanto alle caratteristiche della gestione sia quanto alla natura ed ai contenuti del rapporto contrattuale con le amministrazioni concedenti.

A.2.3 Vi è poi una terza via che pare il nostro Paese intenzionato a seguire attraverso un ruolo forte da attribuire ad Anas. Nulla esclude, infatti, che, anche per favorire la costituzione di reti che presentino le caratteristiche dimensionali minime, Anas promuova la costituzione di imprese alle quali affidare la costruzione e gestione, per essere quindi privatizzate con il metodo a suo tempo seguito nel caso di Autostrade per l’Italia e di Aeroporti di Roma. In questo caso, tuttavia, il ricorso all’affidamento *in house* non è fine a se stesso, ma costituisce solo una modalità procedimentale funzionale all’apertura del mercato, con che la procedura abbia per oggetto, non la concessione, ma le quote della società affidataria.

B. SULLA RIFORMA DEI PORTI E SUL PIANO STRATEGICO DELLA LOGISTICA.

B.1 La legge 28 gennaio 1994 n. 84, che ha innovato la legislazione portuale proprio per adattarla all’ordinamento dell’Unione europea a seguito della sentenza Porto di Genova, si è rivelata un’occasione perduta. Da una parte tante piccole autorità che, insieme, non muovono il traffico di uno solo dei tre porti principali del Nord Europa; dall’altra un insieme di norme autorizzatorie dell’attività di impresa e del lavoro portuale che, di fatto, consegnano ciascun micro mercato a piccole imprese locali spesso inefficienti, ancorate (dove più dove meno alla politica locale) ed incapaci di giocare un ruolo nello scenario dei traffici.

B.2 Per questo la riforma della legge 84 dovrà

- a. rivedere la *governance* dei porti inclusi nel core network europeo (descritto con i richiamati regolamenti 1315 e 1316) rafforzando il ruolo del Governo centrale quanto (i) alla regolazione del mercato e (ii) alla selezione degli investimenti e istituendo alcune amministrazioni di distretto che attuano le direttive centrali.

- b. sopprimere le barriere di accesso al mercato, non per attuare una liberalizzazione selvaggia, ma per superare quelle rendite di posizione che influenzano molto negativamente il mercato. Il che non

significa che i servizi di interesse economico generale, come il lavoro interinale, i servizi tecnico nautici, i servizi ambientali ecc. non possano essere resi in un contesto di “concorrenza per il mercato” nel rispetto dei limiti di cui all’art. 106, TFUE. La recente proposta della Culmv di Genova, è tanto più coraggiosa in quanto si colloca nella direzione di attuare il vero ordinamento Europeo. E necessario smettere di gettare risorse e di contribuire periodicamente al bilancio di una impresa, che svolge comunque un servizio di interesse generale, senza mettere tale impresa nella condizione di rinnovarsi e di stare sul mercato in modo efficiente (un’amministrazione portuale dovrebbe anzitutto affrontare la riforma del lavoro, che incide drammaticamente sulla competitività del porto). D’ altra parte, le regole che disciplinano l’attività nei porti non possono essere applicate in modo differenziato da porto a porto: ed anzi alcune di esse (come appunto quella di cui all’art.17 sul lavoro portuale), vanno probabilmente al di là delle sintesi a suo tempo poste in essere da” Porto di Genova” e meriterebbero di essere riconsiderate proprio per rispettare nella sua pienezza l’ordinamento dell’Unione (artt.106 e segg., TFUE).

c. prendere atto della necessità di una profonda discontinuità ideale: la portualità italiana acquista un senso internazionale se si guarda

(c1) al singolo porto in se considerato, ma anche

(c2) allo stesso porto in un contesto di sistema porto/retro porto (Genova e Rivalta sono lo stesso sistema con Savona e S. Giuseppe di Cairo)

(c3) ai valichi alpini che costituiscono la rete e

(c4) ai mercati industriali serviti.

(c5) Inoltre, se l’obiettivo che la Repubblica italiana è quello indicato dall’Unione Europea con i regolamenti 1315 e 1316 del 2013 (in attuazione delle politiche di coesione di cui all’art.271, TFUE, occorre mettere mano a una riforma radicale del comparto ferroviario che apra il mercato merci almeno sui corridoi.

(c6) Da ultimo la riforma dovrà prevedere specifiche misure di politica dei trasporti fortemente discontinue che premiano le organizzazioni di traffico pronte a investire in Italia realizzando nuove basi di traffico in grado di servire i mercati utilizzando strumenti di natura fiscale, contributiva e tariffaria. Non vi è dubbio che il gap di sviluppo della portualità italiana rispetto ai sistemi nordeuropei va recuperato “ricomprando” il traffico collocato nei mercati interessati. Misure che andranno notificate, ovviamente, alla Commissione europea ex art. 108, TFUE.

B3. L’integrazione dei corridoi deve essere curata con strumenti legislativi ed amministrativi appropriati anche ad opera dei territori interessati: che vanno quindi responsabilizzati nella realizzazione di un piano complessivo strategico. Non vi è dubbio che, se il porto di Genova oggi muove circa 2 milioni di teu (essendo largamente il primo in Italia), è perché non costituisce un impianto di servizio al corridoio Reno Alpi, l’ unico a breve in grado di produrre traffici competitivi. Occorre cambiare mentalità: e pensare a Genova/La Spezia/Savona come a un sistema portuale parte integrante di un’area di sviluppo economico molto ricca e di un territorio che non si limita a Liguria, Piemonte e Lombardia, ma include anche, come aree di transito, Vallese (che mette in contatto con il nodo di Basilea) e Ticino (che mette in contatto con Zurigo) e, come aree di destinazione/provenienza, Baden Wurttemberg (Stoccarda) e Baviera (Monaco). In breve, una forma di cooperazione rafforzata fra Regioni, Cantoni e Land, nel contesto dell’art.20, TUE, per dare vita ad un’area economica di traffico e di crescita a cavallo di Italia, Svizzera e Germania costituisce un obiettivo che devono porsi essenzialmente i territori che si riconoscono nei tunnel del Loetschberg e del Gottardo e che hanno bisogno, uniti, di

- realizzare le necessarie infrastrutture (il Terzo valico, la diga di Genova, il riordino di Brebemi, Te, Tem e Serravalle ed infine i due accessi ferroviari di corridoio a Loetschberg e Gottardo),

- promuovere i traffici e i servizi connessi attraverso alleanze con imprese internazionali (ricorrendo a strumenti fiscali, contributivi, e tariffari di politica premiale ancorati al risultato), e

- promuovere l’efficienza delle imprese che vi operano (da tenere conto che solo nei porti italiani l’incidenza del lavoro sul fatturato per contenitore supera l’85% contro il 55% ad esempio ad Anversa).

D’altra parte, non vi è alcuna contraddizione rispetto alle esigenze del rilancio del mezzogiorno. Solo un’area di sviluppo economico forte, in grado di porsi come alternativa ai porti del Nord Europa, e’in

grado di trainare almeno un sistema di *transshipment* nel mezzogiorno malgrado la competizione a Taranto e Gioia Tauro che viene dai porti del medio oriente, greci, turchi e nordafricani.

C. SUI SERVIZI FERROVIARI

La riforma alla quale lavorare, anche in vista della privatizzazione, deve presentare le seguenti caratteristiche.

C1 La Divisione passeggeri di Trenitalia deve essere avviata al mercato: si tratta di una buona azienda competitiva e seria che merita di essere rilanciata anche con alleanze internazionali.

C2 Del pari, ma separatamente, va affrontato, il problema del “cargo”: un settore che da solo non da affidamento ma che può essere messo sul mercato, sia in una logica di alleanza con operatori di traffico marittimo, sia in una logica di integrazione con operatori intermodali (il c.d. Modello tedesco). Certo è che, per il cargo, l’apertura del mercato ai grandi operatori stranieri pare indispensabile, non solo nella prospettiva evolutiva della sentenza Porto di Genova, ma proprio per favorire la crescita del territorio.

C3 Quanto all’infrastruttura, la privatizzazione di Rfi può essere opportuna con una logica simile a quella che ha ispirato il progetto autostrade negli anni 90: con che, tuttavia, tale impresa operi un servizio di interesse economico generale da considerarsi del tutto separato ed estraneo all’attività del trasporto.

D. CERTEZZA GIURIDICA E STABILITÀ DEL CONTRATTO

In ogni caso deve essere posta attenzione al rispetto dei contratti in essere in omaggio ai ricordati principi della certezza giuridica e della stabilità contrattuale: la loro attuazione o modificazione, oggi consentita dall’ordinamento dell’Unione, è possibile, ed anzi auspicata per spingere la crescita, alla luce delle scelte a suo tempo compiute, solo rispettando l’equilibrio del piano che ha ispirato la privatizzazione o l’affidamento. Ne deriva, evidentemente, un minor ruolo della regolazione laddove vengano in rilievo contratti di programma e contratti/concessioni fra Stato e privati: in questo caso, anzi, l’Autorità, lungi dal sovrapporre all’autonomia privata obbiettivi di segno pubblicistico, diviene lo strumento di tutela del contratto, proprio per la sua terzietà ed indipendenza, a garanzia del privato investitore.

Mario Sebastiani

2.2.1 DEFINIZIONE E CRITERI DI INDIVIDUAZIONE DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

Secondo la nozione comunitaria i servizi di interesse economico generale (SIEG)⁴¹ sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale, che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale oppure che lo sarebbero ma a condizioni non conformi agli obiettivi di qualità, sicurezza, accessibilità economica, continuità, parità di trattamento o accesso universale. Al fornitore incombe un obbligo di servizio pubblico (OSP) sulla base di un incarico che assicuri che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere la propria missione⁴².

Salvo i casi in cui esistano specifiche norme settoriali (c.d. “settori armonizzati”⁴³), non esiste una classificazione univoca ed esaustiva delle attività di mercato che rientrano fra i SIEG⁴⁴. Infatti il confine fra SIG non economici e SIEG, e fra queste ultime e attività puramente di mercato, è labile, cambia nel tempo e può dipendere da come i servizi sono organizzati nei vari Stati⁴⁵. La normativa e la giurisprudenza comunitaria riconoscono alle amministrazioni pubbliche “ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare” i SIEG (art. 14 e protocollo n. 26, art. 1, TFUE) nonostante rappresentino servizi potenzialmente di mercato, salvo intervenire nei casi di “errori manifesti” nell’individuazione di essi e di esercitare il controllo sulla proporzionalità di eventuali restrizioni della concorrenza e delle libertà fondamentali: infatti l’incipit della norma è “[...] fatti salvi gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato [...]”⁴⁶.

Pur con tutti i limiti derivanti dalla natura evolutiva dei mercati, la giurisprudenza ha comunque individuato come elementi costitutivi dei SIEG – oltre a quello di essere attività economiche⁴⁷ - che debbono congiuntamente ricorrere: (a) la rispondenza a obiettivi di interesse generale stabiliti dalle amministrazioni pubbliche, (b) il fallimento del mercato a fornirli spontaneamente in conformità con tali obiettivi; da cui scaturiscono le ulteriori condizioni (c) dell’assoggettamento dei prestatori a obblighi di servizio pubblico o di servizio universale (OSU), (d) attraverso un incarico formale e vincolante affidato loro dai pubblici poteri⁴⁸, che preveda l’obbligatorietà della prestazione e condizioni uniformi⁴⁹. Le

⁴¹ Il termine di pubblico servizio non è contemplato nei trattati europei (salvo che con riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato ai trasporti terrestri - art. 93 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) poiché ha contorni e significati differenti nei diversi Stati membri e il riferimento a esso nella normativa comunitaria avrebbe potuto ingenerare interpretazioni diverse. Peraltro il concetto di servizi di interesse generale (SIG) è di recente introduzione, menzionato solo nel protocollo n. 26 allegato al TFUE a seguito del Trattato di Lisbona, ed è stato ricavato come estensione di una fattispecie che invece ha ricevuto ben maggiore attenzione, quella appunto dei SIEG. A seguito di questa evoluzione sono ricompresi fra i SIG i servizi non economici di interesse generale, quelli economici e infine quelli sociali, i quali a seconda dei casi sono riconducibili agli uni o agli altri. Per l’indicazione di criteri di identificazione delle diverse fattispecie cfr. Commissione europea, COM 2012/C 8/02, par. 16; CGE, causa C-118/85, *Commissione/Repubblica Italiana*, punti 7-8; causa C.30/87, *Bodson*, punto 18; C-364/92, *SAT/Eurocontrol*, punto 30; Tribunale di I istanza, causa T-319/99, *FENIM*, punti 39-40; causa C-318/05, *Commissione/Repubblica Federale di Germania*, punto 68. Per dettagliate indicazioni al riguardo si veda Commissione europea - Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Guida relativa alla applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno* (SWD (2013) 53 del 29.4.2013).

⁴² Commissione europea, COM (2011) 900, Cap. 1.

⁴³ Settore postale, delle comunicazioni elettroniche, dell’energia elettrica e del gas, dei trasporti. Tuttavia anche in questi settori restano, per taluni servizi, ampi spazi di discrezionalità per le amministrazioni pubbliche.

⁴⁴ Cfr. ad esempio, Tribunale di I Istanza, causa T-289/03, *Bupa*, par. 165.

⁴⁵ Cfr. ad esempio, CGE, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*.

⁴⁶ Si veda Commissione europea, COM (2001) 17/04: “La libertà di definizione significa che spetta fundamentalmente agli Stati membri definire che cosa considerino ‘servizi di interesse economico generale’, in funzione delle specifiche caratteristiche delle attività. Tale definizione può essere soggetta a controllo solo in caso di errore manifesto” (par. 22); “La proporzionalità con riferimento all’articolo 86, paragrafo 2 [ora art. 106, par. 2] implica che i mezzi utilizzati per la missione di interesse generale [il riferimento è in particolare al riconoscimento di diritti esclusivi o speciali] non devono dare origine a distorsioni non indispensabili degli scambi [...] in particolare restrizioni alla concorrenza e alle libertà del mercato interno [...] La Commissione esercita tale controllo di proporzionalità [...]” (par. 23).

⁴⁷ Per la nozione di attività economica cfr. CGE, cause riunite C-180-184/98 *Pavel Pavlov*.

⁴⁸ Non è sufficiente che nell’interesse generale in senso lato lo Stato imponga requisiti di accesso al mercato e regole di comportamento, come avviene nel caso delle attività assoggettate a licenza e ad autorizzazione “[...] l’interesse generale o pubblico invocato dallo Stato membro non deve riassumersi nel bisogno di assoggettare il mercato considerato a talune regole o l’attività commerciale degli operatori interessati ad un’autorizzazione dello Stato. Infatti, la circostanza che il legislatore nazionale imponga, nell’interesse generale in senso lato, talune regole di autorizzazione, di funzionamento o di controllo all’insieme degli operatori di un settore non è di per sé, in linea di principio, costitutiva di una

condizioni indicate sopra debbono cumulativamente ricorrere per distinguere i SIEG da altre attività economiche e per permettere l'eventuale applicazione delle deroghe consentite dal paragrafo 2 dell'articolo 106 TFUE⁵⁰.

Nei grandi settori a rete, con diversa intensità, l'Unione europea ha introdotte norme di armonizzazione degli OSP, definendo requisiti comuni, settore per settore. E' il caso dei settori postale, delle comunicazioni elettroniche, dell'energia elettrica⁵¹, dove sono stati fissati requisiti minimi di universalità, pur non precludendo agli Stati membri di imporre obblighi addizionali e di maggiore portata, compatibili con il diritto comunitario, se non diversamente stabilito dalle misure di armonizzazione^{52,53}. Norme di armonizzazione fra le misure applicabili dagli Stati membri sono state introdotte anche nel settore del gas naturale⁵⁴ e in alcuni comparti di trasporto su cui si avrà modo di tornare.

Nel prosieguo di questo capitolo la materia viene affrontata "intersecando" due ordini di tematiche: le fattispecie giuridiche, da un lato, le principali attività interessate, dall'altro.

Sul primo punto, la massima parte della giurisprudenza SIEG si è concentrata sull'applicabilità della deroga alla disciplina generale sugli aiuti di Stato, all'affidamento di diritti esclusivi o speciali⁵⁵ e alle imprese pubbliche⁵⁶, agli abusi di posizione dominante. La disciplina degli aiuti di Stato ai SIEG è trattata in altro capitolo di questo Rapporto, al quale si fa rinvio⁵⁷. Restano dunque da esaminare essenzialmente i casi (1) di affidamento di diritti speciali o esclusivi e di affidamenti a imprese pubbliche, che rappresentano le modalità di gran lunga più frequenti di fornitura di SIEG e (2) gli abusi di posizione dominante.

Sul secondo aspetto (i mercati interessati), posto che la materia che qui più interessa riguarda il settore dei trasporti, vanno distinti i mercati dei servizi finali da quelli dei servizi infrastrutturali. La giurisprudenza comunitaria e la prassi della Commissione si sono esercitate nel definire la nozione di SIEG soprattutto con riferimento ai servizi finali, mentre meno attenzione è stata riservata alle infrastrutture⁵⁸. Del resto, fino alla fine degli anni '90 del secolo passato era questione controversa se la gestione di infrastrutture di interesse generale rappresentasse una funzione pubblica oppure l'esercizio di un'attività economica⁵⁹.

missione SIEG" (Tribunale di Prima Istanza, causa C-289/03, *Bupa*, punto 178), anche in quanto il titolare dell'autorizzazione può unilateralmente ritirarsi. In tal senso, Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, considerando n. 70.

⁴⁹ "[...] il carattere obbligatorio del servizio e, quindi, l'esistenza di una missione SIEG sono accertati se il prestatore è obbligato a contrattare a condizioni costanti, senza poter escludere l'altra parte contraente. Quest'ultimo elemento consente di distinguere il servizio rientrante in una missione SIEG da ogni altro servizio fornito sul mercato e quindi da ogni altra attività esercitata in modo completamente libero" (ibid., punti 189-190 - enfasi aggiunta).

⁵⁰ Il contenuto di universalità dei diritti degli utenti può però anche essere flessibile: per un verso dipende dalle condizioni economiche e sociali degli Stati e dalla discrezionalità delle scelte loro riconosciute; per altro verso gli obblighi di servizio universale possono anche avere campo di applicazione a solo una parte della popolazione o del territorio (T-289/03, *Bupa*, cit., punti 186-187). Sul lato dell'offerta è possibile concepire anche una certa flessibilità negli obblighi imposti agli operatori (in termini di prezzi, contenuti e qualità dei servizi) (ibid., punto 189), specie allorché non siano in gioco diritti esclusivi o speciali, fermo comunque restando l'obbligo a contrarre.

⁵¹ Cfr. direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva "servizio universale"), modificata dalla direttiva 2009/136/CE; direttiva 97/67/CE, modificata dalle direttive 2002/39/CE e 2008/06/CE, relative al servizio universale postale; direttiva 2009/72/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

⁵² Cfr. COM (2003) 270, par. 78.

⁵³ Ad esempio, la direttiva postale impone agli Stati membri di garantire un minimo di cinque consegne giornaliere agli utenti finali alla settimana. Gli Stati membri potrebbero imporre un numero maggiore di consegne o specificare ulteriormente i termini delle consegne.

⁵⁴ Direttiva 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale; non si fa qui menzione di servizio universale ma della legittimità di imporre OSP se necessari a garantire accessibilità e abbordabilità.

⁵⁵ A seconda che siano riconosciuti a un'unica impresa o a un numero limitato di imprese.

⁵⁶ E' nozione oggi recepita nel diritto comunitario che è impresa pubblica "quella nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina" (direttiva 2006/111/CE, art. 1, c. 2, lettera b).

⁵⁷ Basta qui ricordare che la materia è stata sistematizzata in due pacchetti normativi ("Monti-Kroes" e "Almunia") che si sono susseguiti fra il 2005 e il 2012.

⁵⁸ La produzione comunitaria si è focalizzata soprattutto sulla legittimità degli aiuti di Stato al finanziamento per la realizzazione di infrastrutture e a compensazioni per la loro gestione, allorché siano necessari per la fornitura di SIEG finali: si veda l'art. 107, comma 3, lettera b), relativo alla realizzazione di importanti progetti di interesse europeo, la decisione della Commissione europea 2012/21/UE (art. 5, comma 3, lettera d), la comunicazione 2013/C 27/01 sugli aiuti di Stato alla realizzazione di reti a banda larga (par. 2.3), le direttive sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle ferrovie, ecc. Tuttavia la caratteristica di SIEG delle infrastrutture non è necessariamente legata alla erogazione di finanziamenti pubblici.

⁵⁹ La questione è stata risolta nel 2000 dal Tribunale di I istanza (causa T-128/98, *Aéroports de Paris*) nel riconoscimento di attività economica e confermata dalla Corte di giustizia (causa C-81/01).

Sembra dunque pacifico che i servizi infrastrutturali (dunque almeno la gestione delle infrastrutture) rientrino fra i SIEG purché presentino le seguenti caratteristiche: (a) siano input essenziali per assicurare obiettivi di interesse generale sul mercato a valle (anche indipendentemente da come si configurano i servizi finali⁶⁰); (b) non siano spontaneamente forniti dal libero mercato, e dunque (c) si renda necessario ricorrere a regimi concessori di attribuzione temporanea di diritti esclusivi ex par. 2 dell'art. 106 TFUE; d) e all'imposizione di OSP (obbligo a contrarre e regolazione tariffaria e della qualità); (e) nella massima parte dei casi la proprietà pubblica delle infrastrutture⁶¹ o l'obbligo di devoluzione delle stesse al concedente alla scadenza delle concessioni⁶². Non importa al riguardo che realizzazione e gestione non si avvalgano di finanziamenti pubblici, posto che in assenza delle condizioni riportate sopra non esisterebbero comunque operatori disposti a erogare i relativi servizi a condizioni conformi all'interesse generale^{63,64}.

2.2.2 REGOLAZIONE E CONCORRENZA NEI SIEG

Per più ragioni i SIEG costituiscono un terreno di particolare complessità per la regolamentazione e la tutela della concorrenza. A monte il ruolo rilevantissimo delle scelte pubbliche nel fissare l'"asticella" degli interessi generali da tutelare, nel determinare dove e in che misura il mercato "fallisca", nel definire la missione di interesse generale delle imprese incaricate; qui la sovrapposizione fra più livelli di governo, centrale e locale, solleva accesi conflitti di attribuzione. A valle la regolamentazione economica che deve applicare criteri di adeguatezza e di proporzionalità ai mezzi per raggiungere gli obiettivi fissati "più in alto", sia in termini di individuazione degli OSP indispensabili sia più in generale delle misure restrittive della concorrenza; un ruolo non infrequentemente contestato a livello statale e tanto più a livello locale. Un terreno dove le autorità settoriali di regolazione devono operare in stretto raccordo con le autorità della concorrenza: al tempo stesso, un terreno aperto a rischi di sovrapposizione fra le due, tenuto conto che – specie in materia di SIEG – entrambe operano anche sul fronte *ex ante*. Infine un terreno dove la promozione della concorrenza e dell'efficienza viene spesso strumentalmente vista come subordinata a obiettivi sociali, talvolta sventolati a conservazione dello *status quo*⁶⁵.

2.2.2.1 MERCATO VS. AFFIDAMENTO DI DIRITTI ESCLUSIVI O SPECIALI

L'articolo 14 TFUE lascia ampio potere alle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare, organizzare e finanziare i SIEG, seppure con rinvio agli articoli 106 e 107 TFUE. La fornitura può essere realizzata attraverso forme concorrenziali (nel e per il mercato) oppure con la gestione in economia o *in house providing*, o con forme di partenariato pubblico-privato.

La normativa italiana – dopo le aperture proconcorrenziali naufragate con il referendum sull'acqua bene pubblico" e con la sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, relative ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica – si è sostanzialmente acconciata a quella comunitaria, solo apparentemente più lasca.

⁶⁰ Derivare la natura delle infrastrutture solo da quella dei servizi finali che le utilizzano come input essenziale sarebbe, un'impostazione restrittiva, disomogenea e variabile nel tempo, dove la variabilità del perimetro dei SIEG finali a seguito dei processi di liberalizzazione si trasmetterebbe a caduta sulle infrastrutture: ad esempio le autostrade non sarebbero da considerarsi SIEG nella misura in cui siano percorse da mezzi non di trasporto pubblico; lo stesso per la rete ferroviaria se utilizzata da imprese in concorrenza, ecc.

⁶¹ Per le reti locali cfr. d.lgs. 267/2000, art. 113, commi 2 e 13.

⁶² La natura di SIEG delle infrastrutture in concessione è riconosciuta dall'AGCM (a titolo di esempio, cfr. provvedimenti 16452/2007 e 25206/2014 in relazione alla applicabilità del comma 2-bis dell'art. 8 della legge 287/1990 alle attività di *handling* svolte, rispettivamente, da AdR e da SAVE).

⁶³ Cfr. al riguardo COM 2013/C 27/01 sulle reti a banda larga, dove vengono classificate come SIEG quelle che non sarebbero realizzate da operatori guidati da moventi commerciali, con esclusione dunque delle reti esistenti. Da precisare che le reti di telecomunicazioni sono esercitate in regime di autorizzazione.

⁶⁴ Nell'ordinamento italiano la natura *ante litteram* di SIEG è nella riserva "*allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori*", anche in monopolio legale, di "*servizi pubblici di preminente interesse generale*" prevista dall'art. 43 della Costituzione.

⁶⁵ Del resto, soprattutto dopo la parabola segnata dal Trattato di Lisbona rispetto al "picco pro-concorrenziale" – all'"imperativo costituzionale" – del Trattato di Maastricht (cfr. L.Flynn, *Competition Policy and Public Services in EC Law after the Maastricht and Amsterdam Treaties*, in P.Twomey – D.O'Keeffe (eds.), "Legal Issues of the Amsterdam Treaty", Oxford, 1999, p. 186), nella gerarchia degli obiettivi la concorrenza ha assunto un ruolo subordinato rispetto alla missione di interesse generale da tutelare (cfr. art. 3, comma 1, lettera b), TFUE, dove ci si limita a stabilire la competenza esclusiva dell'Unione europea "*nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*". Non a caso, con specifico riferimento ai SIEG, l'art. 16 del Trattato CE (ora 14, TFUE) è stato oggetto di non marginale integrazione con aggiunta che è "*fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziarie tali servizi*" e che le condizioni a cui i SIEG debbono funzionare sono "*in particolare [quelle] economiche e finanziarie*".

La crucialità della definizione di SIEG è che, per un verso, in quanto attività economiche sono soggette alle regole dei trattati; per altro verso, in forza dell'art. 106, par. 2, le imprese incaricate possono godere di un trattamento differenziato non solo rispetto al diritto antitrust, ma anche alle norme sui monopoli commerciali (art. 37), sugli aiuti di Stato (art. 107) e sulle libertà di circolazione (artt. 18, 49, 56 e 57⁶⁶). Possono goderne nella misura strettamente necessaria e proporzionata agli obiettivi, inclusa l'attribuzione di diritti esclusivi o speciali che anzi dovrebbe poter rappresentare l'eccezione.

Va precisato però che il par. 1 dello stesso art. 106, che ha portata più ampia dei soli SIEG, non proibisce l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi in sé ma loro difformità con le regole della concorrenza⁶⁷. Nella maggioranza dei casi, ma in via sempre più elastica, le Corti europee hanno interpretato il par. 1 dell'art. 106 in combinazione con l'art. 102, dichiarando che l'esercizio di diritti esclusivi è illegittimo se il loro conferimento ha consentito o indotto le imprese che ne sono titolari ad abusare della propria posizione dominante⁶⁸. Soprattutto in una prima fase, in sostanza, si distingueva fra "esistenza" ed "esercizio" di diritti esclusivi o speciali, presupponendo l'ammissibilità della prima e il vaglio comunitario del secondo⁶⁹ (espressione della "chiara oscurità" dell'art. 106, nelle parole dell'Avvocato generale Tesaur⁷⁰).

La giurisprudenza comunitaria successiva⁷¹ ha però mutato orientamento, privilegiando gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di conseguenza abbandonando l'interpretazione minimalistica del combinato disposto delle due norme e il "dogma" della legittimità in sé dell'art. 106, fino a ribaltare la presunzione di legalità dei monopoli⁷². La prima e più esplicita espressione di questo nuovo orientamento è la sentenza *Corbeau* del 1993, riferita a un caso di un SIEG attribuito in monopolio, dove per la prima volta in modo esplicito il par. 1 viene letto in combinazione con il par. 2 dello stesso art. 106: la legittimità della riserva di diritti esclusivi va giustificata da ragioni di interesse generale, che dunque vanno ben oltre l'evitare abusi di posizione dominante. Con la sentenza la Corte ha giustificato l'esclusione della concorrenza nella misura in cui questa avrebbe pregiudicato la missione di interesse generale del titolare dei diritti esclusivi⁷³ (in questo caso il mantenimento dell'equilibrio economico). Di pari tenore la successiva sentenza *Bupa* del 2008 del Tribunale di prima istanza⁷⁴.

In conclusione, l'orientamento emerso in relazione ai SIEG è di valutare il riconoscimento di diritti esclusivi o speciali non già in base all'esercizio di essi ma in base alla necessità sotto il profilo dell'interesse generale. Ciò anche come contrappeso del fatto che, in forza dello stesso par. 2 dell'art. 106, sarebbe stato difficoltoso per i SIEG combinare il par. 1 dell'art. 106 con l'art. 102, posto che sul rischio di abuso di dominanza (più in generale di violazione delle regole della concorrenza) potrebbe prevalere l'interesse generale alla fornitura del servizio⁷⁵.

⁶⁶ L'art. 18 vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità e dunque, nei casi qui considerati, va letto congiuntamente agli artt. 49, 56 e 57 del TFUE, relativi alla libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi, prescindendo dalla natura delle attività (SIEG o attività di mercato).

⁶⁷ "Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi".

⁶⁸ Cfr. CGE, causa C-30/87, *Bodson*.

⁶⁹ Cfr. D.Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, Giuffrè 2010, p. 483.

⁷⁰ CGE, causa C-202/88, *Terminali di telecomunicazioni*, Conclusioni dell'Avvocato generale, punto 11.

⁷¹ A partire dalla sentenza CGE, C-202/88, *Terminali di telecomunicazioni*.

⁷² D.Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 481-3.

⁷³ "Questa disposizione [il par. 1 dell'art. 106] dev'essere interpretata congiuntamente al n. 2 dello stesso articolo che prevede che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale siano sottoposte alle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica funzione loro affidata. Quest'ultima disposizione consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi" (CGE, causa C-320/91, punti 13-14).

⁷⁴ "Dalla lettura combinata dei nn. 1 e 2 dell'art. 86 CE [ora 106 TFUE] risulta che si deve distinguere, da un lato, tra un diritto speciale o esclusivo conferito ad un operatore e, dall'altro, la missione SIEG che, se del caso, è ricollegata a tale diritto (v., in questo senso, sentenze *Merci Convenzionali Porto di Genova*, punto 97 supra, punti 9 e 27; *Almelo*, punto 97 supra, punti 46-50, e *Albany*, punto 101 supra, punto 98 e 104-111). La concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG" (Tribunale di I istanza, causa T-289/03, *Bupa*, punto 179).

⁷⁵ Si veda ad esempio la sentenza nella causa C-49/07, *Motoe*, dove la Corte di giustizia, giudicato che un servizio affidato in esclusiva non era un SIEG, e che dunque questa non poteva essere giustificata ai sensi del par. 2 dell'art. 106 (punti 44 e 47), ne sanciva l'illegittimità poiché la misura creava un rischio di abuso di posizione dominante (punto 50).

Seguendo questa linea giurisprudenziale, il punto centrale sta dunque nel verificare se sussista il presupposto che consente l'applicazione degli articoli del TFUE menzionati prima: precisamente, che i servizi – in concreto e caso per caso - costituiscano SIEG nell'accezione che consente l'applicazione di tali articoli, vale a dire, di attività economiche che non sarebbero spontaneamente fornite dal mercato in conformità con gli obiettivi di interesse generale perseguiti dagli Stati⁷⁶.

Fino a pochi decenni fa i “servizi economici a rete” erano in blocco considerati SIEG e affidati in monopolio legale a imprese pubbliche. Con i processi di liberalizzazione, lo sviluppo della domanda e il progresso tecnologico questi servizi non hanno perso il carattere di “interesse generale” ma è venuta meno la condizione di fallimento del mercato e dunque il diritto degli Stati di surrogarsi a esso: è il caso delle comunicazioni elettroniche, della fornitura di energia elettrica e di gas, dei servizi postali. La circostanza che siano liberamente forniti dal mercato non fa perdere ad essi la qualifica di servizi di “interesse pubblico” (ricorrendo a una nozione, come si è detto, estranea al diritto comunitario) e che dunque le condizioni di fornitura siano regolamentate al pari di tanti altri servizi (ad esempio i servizi commerciali, di ristorazione, assicurativi, ecc.): essi perdono invece la qualifica di SIEG nell'accezione comunitaria e dunque l'applicabilità delle deroghe consentite dal trattato.

Ne segue che la discrezionalità delle scelte gestionali andrebbe ridotta al ruolo che lo Stato può riservarsi di prestatore – diretto o indiretto che sia - di ultima istanza in caso di fallimento del mercato⁷⁷: verifica che va effettuata come presupposto stesso per l'applicazione dell'art. 14 e, dunque, delle deroghe ex par. 2 dell'art. 106 TFUE per i SIEG.

La Corte di giustizia ha stabilito che affinché una misura restrittiva della concorrenza possa beneficiare della deroga prevista dal par. 2 dell'art. 106 TFUE è necessario che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: (a) l'esistenza un nesso fra la misura adottata e l'obiettivo di interesse generale (di qui la verifica di “errori manifesti” nell'individuazione dei SIEG⁷⁸ - incluso il fallimento del mercato); (b) l'impresa deve essere espressamente incaricata del servizio⁷⁹, le relative attività indicate con precisione⁸⁰, il mandato affidato con un atto avente forza giuridica vincolante⁸¹ (ma non necessariamente ottenuto con una procedura di gara⁸²) (almeno prima della direttiva 2014/23/UE); (c) l'applicazione delle regole di concorrenza deve ostacolare l'adempimento delle funzioni affidate all'impresa; (d) le restrizioni causate dalla misura devono essere bilanciate da vantaggi per la collettività (ad esempio, in termini di qualità, continuità delle prestazioni, abbordabilità dei prezzi, costo minimo per la collettività); (e) non esistono misure alternative meno distorsive della concorrenza⁸³; (f) l'esenzione da tali regole non deve compromettere lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità (criterio di proporzionalità). Eventuali misure restrittive debbono essere comunque strettamente improntate al principio di proporzionalità richiamato dal par. 2 dell'art 106 (“nei limiti in cui l'applicazione di tali regole osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”)⁸⁴, salva la verifica da parte della Commissione.

⁷⁶ Gli «errori manifesti» nella valutazione che l'UE si riserva di verificare riguardano non solo i casi in cui determinate attività non rivestano interesse generale tout court ma anche i casi in cui queste verrebbero spontaneamente fornite dal mercato, in blocco o anche solo in parte. Cfr. ad esempio la Commissione europea:

«L'affidamento di una specifica missione di servizio pubblico implica la prestazione di servizi che un'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura e alle stesse condizioni»; conseguentemente “[...] non sarebbe opportuno attribuire obblighi specifici di servizio pubblico ad un'attività che è già fornita o che può essere fornita in modo soddisfacente e a condizioni, quali prezzo, caratteristiche obiettive di qualità, continuità e accesso al servizio coerenti con il pubblico interesse, quale definito dallo Stato, da imprese operanti secondo le normali regole del mercato» (Comunicazione 2012/C 8/02, punti 47-48).

⁷⁷ E' quanto è avvenuto, ad esempio, nel settore postale, in quelli delle comunicazioni elettroniche, dell'elettricità, del gas e dei trasporti, dove l'area del SU si è progressivamente ristretta.

⁷⁸ Cfr. ad esempio la citata COM (2003) 270: “Per quanto riguarda la questione se un servizio possa essere fornito dal mercato, la valutazione della Commissione si limita alla verifica di errori manifesti compiuti dagli Stati membri” (par. 48).

⁷⁹ Sentenza nella causa C-242/95, *GT-Link*.

⁸⁰ Cfr. al riguardo Commissione europea, Comunicazione COM 2009/C 257/01, par. 37-51, e sentenza nella causa C-172/80, *Zuechner*.

⁸¹ Legge, concessione, atto normativo, regolamento, contratto di servizio pubblico, ecc. cfr. ad esempio, per i numerosi riferimenti giurisprudenziali, Commissione europea, *Guida relativa alla applicazione ai servizi di interesse economico generale* [...] (SWD (2013) 53 final/2), punti 47-48.

⁸² Cfr. Tribunale di I Istanza, causa T-17/02, *Fred Olsen*: “D'altronde, non risulta né dal disposto dell'art. 86, n. 2, CE né dalla giurisprudenza relativa a tale disposizione che una missione d'interesse generale possa essere attribuita ad un operatore solo in seguito ad una procedura di gara d'appalto” (par. 239). Cfr. anche causa T-442/03, *SIC*, par. 144-154.

⁸³ Sentenza nella causa C-159/94, *EDF e GDF*.

⁸⁴ Si è assistito nel tempo a un'evoluzione della giurisprudenza in ordine alla natura e all'impatto dell'“ostacolo”, inizialmente inteso in termini di impossibilità al raggiungimento degli obiettivi assegnati (cfr. CGE, causa C-66/86, *Ahmed Saeed*, punto 58) più flessibile nell'interpretare la

Limitazioni alla concorrenza debbono essere quindi giustificate da oggettive vantaggi per la collettività⁸⁵. Fra queste assume preminente importanza anche la minimizzazione dei costi per la collettività, che dovrebbe – inter alia - essere la ratio di scelta della forma di fornitura.

Sotto l'aspetto economico-finanziario, la concessione di diritti esclusivi è giustificata: (1) laddove sussistano condizioni di monopolio naturale⁸⁶; o in alternativa (2) laddove permetta un'economia di risorse pubbliche che non potrebbe essere realizzata altrimenti; infine, (3) quando il servizio abbia natura di bene pubblico con conseguenti fenomeni di *free riding*.

Il ricorrere della prima condizione (presente soprattutto nei servizi infrastrutturali) è dirimente, mentre è materia di discussione la modalità di affidamento, la durata e l'estensione delle concessioni: tutti temi su cui si tornerà. Questo rimanda alla *proporzionalità* del perimetro degli affidamenti di diritti speciali o esclusivi rispetto agli obiettivi di efficienza perseguiti. Non ricorrendo il monopolio naturale non esistono *a priori* ragioni assolute per escludere l'accesso al mercato da parte di più operatori in concorrenza.

La seconda condizione (l'economia di risorse pubbliche e più in generale dei costi per la collettività) rappresenta anch'essa un obiettivo di interesse generale che «fa il paio» con le norme che impongono che sia raggiunto l'equilibrio economico-finanziario del gestore. A questo riguardo, con la più volte menzionata sentenza *Corbeau* del 1993 la Corte di giustizia si è pronunciata a favore dell'applicabilità della deroga ex art. 106, comma 2, stabilendo che fra le ragioni che possono giustificare l'attribuzione di diritti esclusivi – e dunque la restrizione o persino l'eliminazione della concorrenza - è di permettere al titolare “di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico [ciò che] presuppone la possibilità di una compensazione fra i settori di attività redditizie e quelli meno redditizi [...]”⁸⁷. Chiamamene la ratio della posizione della Corte non era la difesa in sé dell'interesse dell'impresa incaricata del SIEG (peraltro di proprietà pubblica) ma quella dell'interesse generale di ridurre gli oneri in capo alla collettività, a chiunque accollati.

Tuttavia, l'economia di risorse pubbliche può essere perseguita anche in modo diverso dal regime di riserva. Infatti, l'effetto di *cream skinning* derivante dall'entrata di nuovi operatori nell'offerta di servizi sostituibili a quelli forniti da un affidatario di SIEG può esser sterilizzato attraverso varie misure: (a) da quella “pay”⁸⁸, con l'obbligo di partecipare al finanziamento del costo netto evitabile del servizio universale attraverso la contribuzione a un fondo comune (è il caso del servizio universale nei settori postali e delle telecomunicazioni⁸⁹) o al versamento da parte di nuovi entranti di canoni di accesso con effetti equivalenti (caso trasporto passeggeri di linea per ferrovia⁹⁰); (b) al modello “play”, in forza del quale (in materia di trasporti) l'“operatore di mercato” può essere tenuto a garantire la regolarità dei servizi anche in periodi a bassa domanda, come nel caso del cabotaggio marittimo⁹¹; (c) a quello posto a carico della generalità degli utenti, come nel caso del mercato elettrico⁹².

nozione di proporzionalità a partire dalla sentenza *Corbeau* (causa C-320/91), su cui si avrà modo di tornare (cfr. al riguardo D.Gallo, I servizi di interesse economico generale, Giuffrè, Milano 2010, p. 506).

⁸⁵ Si vedano al riguardo le considerazioni dell'Avvocato generale G. Tesauro e l'ampia rassegna giurisprudenziale (causa C-320/91, *Corbeau*), sulla necessità che misure che conferiscono diritti esclusivi debbano rispondere a giustificazioni oggettive (in particolare punto 14). Cfr. anche CGE, causa C-205/99, *Analir*, dove si afferma che anche una procedura di autorizzazione è accettabile qualora “possa essere dimostrata l'esistenza di un'effettiva esigenza di servizio pubblico a causa dell'insufficienza di servizi regolari di trasporto in una situazione di libera concorrenza” (punto 40).

⁸⁶ Un unico operatore può offrire gli stessi servizi al costo più basso per la collettività, considerando anche eventuali costi esterni associati alla duplicazione dell'asset.

⁸⁷ CGE, causa C-320/91, cit., punti 16-18. Ovviamente la condizione di equilibrio economico-finanziario ha valenza ex ante (debbono sussistere le condizioni affinché il fornitore del servizio possa raggiungere l'obiettivo) non quella, ex post, di ripianamento a piè di lista dei costi: nel qual caso la sottrazione del rischio in capo all'impresa farebbe venir meno la nozione stessa di concessione ed emergere profili di aiuto di Stato. Con questa sentenza la Corte è andata oltre la legittimità di sussidi incrociati *all'interno* di un determinato servizio di interesse economico generale, sancendo l'ammissibilità della riserva legale anche su servizi redditizi in mercati collegati che potrebbero essere svolti in concorrenza, a condizione che ciò sia strettamente finalizzato a compensare le perdite dell'operatore incaricato del SIEG sul mercato principale.

⁸⁸ COM 2001, cit.: “Quando un operatore o un numero limitato di operatori concorrenti in un determinato mercato sono tenuti, a differenza di altri, ad assolvere obblighi di servizio pubblico può essere giustificato fare partecipare tutti gli operatori presenti nel mercato al finanziamento dei costi netti supplementari derivanti dal servizio di interesse economico generale in questione [...]” (par. 15).

⁸⁹ Rispettivamente direttiva 2008/6/CE e 2009/136/CE.

⁹⁰ Cfr. direttiva 2012/34/UE, “Recast”.

⁹¹ Cfr. ad esempio Commissione europea, Comunicazione COM (2014) 232, sezione 5.5.1, relativa al cabotaggio marittimo.

⁹² Cfr. direttiva 2003/54/CE.

Infine, la terza condizione (i casi di *free riding*) è più rara proprio in virtù della nozione dei SIEG come servizi prestati dietro corrispettivo (che tuttavia non esclude modalità diverse di pagamento, quali tasse di scopo e fiscalità generale): è il caso, ad esempio, della raccolta pubblica dei rifiuti e dell'illuminazione pubblica.

In conclusione, solo a valle della verifica di mercato gli Stati dovrebbero poter decidere se e in che misura ricorrere all'affidamento di diritti esclusivi o speciali. Ne segue che la cancellazione in blocco dell'art. 4 del d.l. 138/2011 (almeno per la parte che imponeva la previa verifica della possibilità di gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica) a seguito della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, è in contrasto con la disciplina comunitaria, poiché l'assenza di una verifica di mercato impedisce di accertare i requisiti stessi della sua applicabilità.

In effetti ciò è quanto aveva riconosciuto la stessa Corte costituzionale, conformemente alle sentenze *Corbeau* e *Bupa*, con la sentenza 325/2010 e confermato con quella successiva di abrogazione dell'art. 4: “*La normativa comunitaria ammette [la gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica] nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)*”. Dello stesso tenore la sentenza 199/2012, che richiama integralmente il passo citato.

La Corte si riferisce qui alla legittimità o meno dell'*in house providing* di servizi pubblici locali, oggetto specifico della controversia, ma è evidente che la portata della sua posizione è ben più ampia: (a) in primo luogo la Corte precisa la necessità che siano giustificate sia le restrizioni alla concorrenza *nel* mercato sia, a valle, quelle alla concorrenza *per* il mercato; (b) in secondo luogo, considera l'istituto dell'*in house* soggetto all'art. 106 TFUE; c) infine, riferendosi alla “*gestione diretta*” include anche la fornitura di servizi “in economia”, ossia in via diretta da parte delle amministrazioni pubbliche, senza avvalersi di soggetti giuridicamente distinti. In conclusione, deroghe al principio della concorrenza nel e per il mercato debbono essere adeguatamente giustificate dagli obiettivi di interesse generale.

Va precisato che con le citate sentenze la Corte costituzionale non fissa una norma interna ma offre la sua interpretazione della disciplina comunitaria a cui, con l'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011 rinvia quella nazionale. Sotto il profilo nazionale che qui interessa, questa posizione della Corte non può non essere considerata cogente.

2.2.2.2 MODALITÀ DI AFFIDAMENTO

La sezione precedente ha riguardato le condizioni di deroga alle regole della concorrenza nel mercato. La questione trattata qui è a valle e riguarda l'eventuale deroga alla concorrenza per il mercato.

Riguardo alle modalità di affidamento dei diritti speciali o esclusivi “la disciplina in materia di pubblici appalti trova applicazione ogniquale volta venga raggiunto un accordo tra due persone distinte, ossia ogniquale volta venga concluso un contratto”⁹³. Considerato che si tratta di materia affrontata in altro capitolo di questo Rapporto⁹⁴, ci si limita qui a pochi cenni, essenzialmente per completezza rispetto ai temi precedenti, salvo rinviare alcune questioni specifiche alla parte sui trasporti. Ovviamente l'interesse specifico è rivolto ai settori cd. “esclusi” o “speciali”, fra i quali rientrano i trasporti, il gas, l'energia, l'acqua e le poste.

IN HOUSE PROVIDING

Né l'art. 106 del TFUE né la normativa sugli appalti e concessioni di servizi si applicano ai casi in cui le pubbliche amministrazioni decidano di assolvere direttamente i propri compiti senza ricorrere a imprese – pubbliche o private – giuridicamente distinte⁹⁵: questo riguarda certamente sia i servizi strumentali⁹⁶ al funzionamento delle amministrazioni sia i servizi non economici di interesse generale.

⁹³ CGE, causa C-458/03, *Parking Brixen*, conclusioni dell'Avvocato generale, punto 43 (enfasi nel testo originale), ricavate dalla sentenza *Teckal* (CGE, causa C-107/98, punti 46, 49 e 50).

⁹⁴ M. D'Alberti - C. Iacolucci, capitolo 2.3 (*Accesso alle infrastrutture e ai servizi*).

⁹⁵ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 42. Cfr. anche CGE, causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 48.

Più controversa la questione sul terreno dei SIEG e, in particolare, della fornitura diretta da parte delle amministrazioni. Per un verso l'art. 14, mentre lascia liberi gli Stati di stabilire gli obiettivi e l'asticella delle prestazioni, sottopone le modalità non concorrenziali di fornitura all'art. 106: tutte le modalità, inclusa la gestione *in house* o, addirittura, in economia, trattandosi di attività economiche. Questa appare anche l'interpretazione della Corte costituzionale italiana, come ricordato prima.

Tuttavia la giurisprudenza comunitaria si è concentrata soprattutto sull'*in house*, non contestando la fornitura interna in economia. Il dibattito comunitario si è quindi spostato sul se, sotto il profilo del diritto della concorrenza e delle libertà fondamentali, l'*in house providing* - in virtù del controllo analogo e della concentrazione dell'attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice^{97,98} - sia assimilabile a una forma di gestione interna o a una esterna all'amministrazione concedente, e dunque se il fornitore sia "impresa" per il diritto comunitario. Dalla risposta che se ne dà deriva la legittimazione o meno della piena discrezionalità di scelta dell'ente concedente: nel primo caso, la materia esulerebbe dalle regole dei trattati (a cominciare dall'art. 106 perché a rigore non si potrebbe nemmeno parlare di affidamento vero e proprio ma di un mero rapporto interorganico in autoproduzione); nel secondo vi apparterebbe e dunque andrebbe giustificato ai sensi dell'art. 106, par. 2 del TFUE.

Gli orientamenti della Commissione europea e le posizioni prevalentemente espresse dalla giurisprudenza comunitaria, sebbene concordino sul carattere eccezionale dell'*in house*, non sono uniformi: da un lato la Commissione che considera il soggetto *in house* come impresa a tutti gli effetti⁹⁹; dall'altro la Corte di giustizia che ha escluso l'applicabilità dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi in presenza dei requisiti *Teckal*¹⁰⁰. Precisando tuttavia che: "*Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente [controllo analogo e attività dedicata] debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene*"¹⁰¹. Non è chiaro dal punto citato il significato delle "circostanze eccezionali" da verificare: se queste coincidano con le condizioni *Teckal*, oppure se siano condizioni aggiuntive (come sembra suggerire la Corte) rispetto ai requisiti *Teckal*, che dunque vanno accertate in funzione degli obiettivi che l'amministrazione persegue. Va da sé che, se prevalesse quest'ultima interpretazione, gli orientamenti della Corte di giustizia e quelli della Commissione risulterebbero alquanto ravvicinati.

L'interpretazione giurisprudenziale prevalente determina comunque una situazione ibrida sul terreno della concorrenza. Da un lato l'istituto dell'*in house* sarebbe sottratto agli articoli 49 e 56 del TFUE. Al tempo stesso l'operatore *in house* è comunque soggetto all'articolo 102 (si veda la sezione 2.3), il che dovrebbe presupporre un'autonoma capacità di fare intese o commettere abusi, laddove l'autonomia di condotta è esclusa in premessa¹⁰²; inoltre è soggetto alla normativa sugli aiuti di Stato, un vincolo difficile da immaginare se il servizio fosse direttamente erogato dall'ente attraverso un proprio dipartimento.

Sta di fatto che anche i soggetti *in house* svolgono attività economiche consistenti nell'offrire servizi sul mercato, sono incaricati dei servizi e come tali, intrattengono rapporti contrattuali con gli enti

⁹⁶ In materia di servizi strumentali si veda tuttavia la recentissima sentenza del Consiglio di Stato n. 2291/2015, interpretativa dei commi 7 e 8 dell'art. 4 del d.l. 95/2012. La sentenza ribadisce il carattere derogatorio dell'*in house providing* e, conseguentemente sancisce che l'affidamento *in house* di servizi strumentali va motivato rispetto a quello per gara.

⁹⁷ CGE, causa C-107/98, *Teckal*, cit., punti 49-50; causa C-458/03, *Parking Brixen*, punti 50-52; causa C-410/04, ANAV, punti 15-23.

⁹⁸ Da aggiungere che la nuova direttiva 2004/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione allenta (art. 17) alquanto le condizioni *Teckal*, soprattutto nel consentire partecipazioni private, purché non comportino il controllo e siano "prescritte" da normative nazionali. Risulta peraltro che l'orientamento governativo e parlamentare sia a favore del recepimento di questa previsione nell'ordinamento italiano. La previsione vale sia per le concessioni di soli servizi che per quelle di costruzione e gestione di infrastrutture.

⁹⁹ "I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi *in-house*, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi *in-house* o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86 [ora 106 del TFUE]" (COM (2003) 270, cit., par. 80, enfasi aggiunta).

¹⁰⁰ Cfr. al riguardo CGE, cause C-107/98, *Teckal*, C-458/03, *Parking Brixen*, C-26/03, *Stadt Halle*, C-410-04, AMTAB. Conclude infatti in quest'ultima che: "[...] gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene" (punto 33).

¹⁰¹ CGE, sentenza *Parking Brixen*, cit., punto 63 (enfasi aggiunta); sentenza *Stadt Hall*, cit., punto 46.

¹⁰² Su questi aspetti si torna nella sezione 2.3.

concedenti, per quanto atipici; i contratti di servizio debbono prevedere anche per essi un profitto ragionevole¹⁰³. Una terzietà che per quanto formale giustifica la necessità di imporre loro obblighi di servizio pubblico.

Ciò che però più conta sul piano interno - e ai fini delle considerazioni qui espresse - è l'orientamento della Corte costituzionale, la quale interpreta la normativa comunitaria nella chiave restrittiva della Commissione. In entrambe le sentenze ricordate prima l'art. 106, par. 2, del TFUE è espressamente considerato la fonte di legittimazione della gestione diretta o *in house*, nella misura in cui queste siano giustificate da motivi di interesse generale. La scelta della modalità di fornitura dovrebbe essere quindi giustificata da obiettivi di interesse generale, inclusa l'economia di costi per la collettività.

Ne segue che nella normativa comunitaria, così come interpretata dalla Corte costituzionale, esistono almeno due limiti al ricorso all'*in house providing* che vengono invece oggi spesso trascurati. Del primo si è già parlato: la verifica di mercato come presupposto stesso per parlare di SIEG e, dunque, di legittimità del ricorso all'affidamento di diritti speciali o esclusivi, a terzi come *in house*.

Il secondo limite, a valle dell'accertamento precedente, è che la discrezionalità di scelta delle modalità di gestione dei SIEG è finalizzata a conseguire al meglio obiettivi di interesse generale. Rientrano fra gli obiettivi di interesse generale non solo la qualità, continuità, universalità e abbordabilità delle prestazioni, ma anche la minimizzazione dei costi per la collettività, siano questi posti a carico degli utenti o dei contribuenti. La possibilità di deroga ex par. 2 dell'art. 106 TFUE e la discrezionalità delle scelte non sono dunque assolute ma stanno nella ponderazione dei *pros* e dei *cons*: a parità di efficacia rispetto agli altri obiettivi gli Stati dovrebbero optare per la modalità di affidamento che comporta il costo minimo per la collettività e la minore restrizione della concorrenza (inclusa quella per il mercato).

Per entrambi i casi indicati (verifica di mercato e analisi comparativa di convenienza di affidamenti diretti) gli enti concedenti debbono dunque motivare le proprie scelte, non solo su basi giuridiche¹⁰⁴ ma anche in funzione della convenienza comparativa delle alternative “*con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio*”¹⁰⁵.

Secondo la disciplina comunitaria anche gli affidamenti *in house* vanno disciplinati da contratti di servizio, per quanto atipici, di durata prefissata. Il criterio generale per fissare la durata degli affidamenti è che debba essere non superiore a quella ragionevolmente necessaria a permettere al gestore di recuperare il costo dei propri investimenti: non solo materiali ma anche immateriali (nell'organizzazione, formazione, *know how*, avviamento, ecc.). Il principio è sacrosanto nel caso l'azionista dell'impresa affidataria sia soggetto terzo rispetto all'amministrazione concedente; nel caso dell'*in house*, invece, le due figure coincidono e dunque la “perdita” da mancato ammortamento è una partita di giro al loro interno. Non vi è dunque ragione di applicare all'*in house* gli stessi criteri di durata degli affidamenti che valgono nel caso di terzi. Questo trattamento asimmetrico - coerente con la *ratio* delle norme comunitarie - potrebbe rappresentare un disincentivo a optare per l'*in house*, in quanto costringerebbe gli enti concedenti a procedure più ravvicinate di verifiche di mercato e di convenienza comparativa.

PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

Dall'art. 106, par. 1, del TFUE e dalle norme sulla libertà di circolazione si ricava che l'aggiudicazione di concessioni di servizi pubblici a imprese private, miste o controllate dall'amministrazione aggiudicatrice deve seguire una procedura a evidenza pubblica. A livello comunitario la materia è stata disciplinata da una serie di regolamentazioni trasversali¹⁰⁶ e da ultimo dalla citata direttiva 2014/23/UE sulle concessioni¹⁰⁷. A queste si sono aggiunte nel tempo regolamentazioni specifiche nei settori

¹⁰³ Così il regolamento 1370/07/CE del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

¹⁰⁴ Obbligo derivante dall'art. 3 della legge 241/1990.

¹⁰⁵ Legge 190/2014, comma 609.

¹⁰⁶ Commissione europea, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario* (COM 2000/C 121/01); direttive 2004/17/CE (settori esclusi) e 2004/18/CE (settori ordinari), che tuttavia non dispongono regole in materia di concessioni di servizi, recepite nel nostro ordinamento dal d.lgs. 163/2006, cfr. in particolare art 30.

¹⁰⁷ La direttiva non si applica (considerando n. 22 e art. 10) alle concessioni affidate conformemente a discipline comunitarie settoriali: in particolare, ai settori del gas, dell'elettricità, delle poste e dei trasporti terrestri e aerei.

armonizzati, vale a dire, in quelli liberalizzati. Siamo qui nell'ambito del partenariato pubblico-privato, di tipo "contrattuale", come rapporto fra l'amministrazione aggiudicatrice e il concessionario terzo¹⁰⁸ o di tipo "istituzionalizzato", mediante la partecipazione comune a società concessionarie¹⁰⁹, con la sola esclusione dell'*in house providing*. Più in generale, tutte le forme di PPP sono qualificabili come appalti pubblici o concessioni¹¹⁰.

I modelli di affidamento sono però diversi a seconda che il PPP sia di tipo contrattuale o istituzionalizzato.

Per il PPP contrattuale dall'insieme della disciplina comunitaria si ricava che pur non esistendo, salvo specifiche disposizioni settoriali, procedure obbligatorie codificate, alcuni principi base dovrebbero guidare le aggiudicazioni: rispetto delle libertà di stabilimento e di circolazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, concorrenza¹¹¹. Fondamentale al riguardo è che le procedure massimizzino il vantaggio economico per l'amministrazione aggiudicatrice¹¹² e adottino coerenti criteri di aggiudicazione: ad esempio, il prezzo più basso o anche l'offerta economicamente più vantaggiosa¹¹³.

Un impulso importante è stata dato dalla Corte di giustizia, in particolare con le sentenze *Teleaustria*¹¹⁴, *Parking Brixen* e *Coditel*, che in modo sostanzialmente concorde hanno stabilito che, qualora non esistano disposizioni più cogenti, le amministrazioni aggiudicatrici debbono "assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura delle concessioni di servizi pubblici alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione", pur senza necessariamente comportare un obbligo di far ricorso a una gara¹¹⁵. In sintesi è richiesta una procedura a evidenza pubblica, lasciando agli Stati la scelta della specifica modalità.

I principi indicati confluiscono dunque nel prevedere una procedura a evidenza pubblica, comunque soggetti a deroga ai sensi del par. 2 dell'art. 106 TFUE, come è stato affermato nel corso della causa *Parking Brixen*, seppure con riferimento alla discriminazione fra imprese pubbliche e imprese private¹¹⁶. Sembra però scontato che il medesimo divieto, ed eventualmente la medesima deroga, valga anche per discriminazioni fra imprese private.

Per il ricorso alla deroga dai principi enunciati sopra, va richiamato il set di condizioni anticipate alla sezione 2.1 e in particolare: (d) le restrizioni causate dalla misura devono essere bilanciate da vantaggi per la collettività (ad esempio, in termini di qualità, continuità delle prestazioni, abbordabilità, costo minimo per la collettività); (e) non esistono misure alternative meno distorsive della concorrenza. In altre parole, per un verso l'esistenza di un nesso sostanziale e dimostrabile fra il perseguimento della missione di interesse generale attribuita al prestatore dei servizi e una procedura di affidamento che non rispetti i principi indicati; per altro verso la proporzionalità della deroga a quei principi. Si vedrà nella sezione dedicata ai trasporti come questi principi siano stati sistematicamente disattesi o meglio interpretati in base a considerazioni alquanto elastiche dell'interesse generale.

Il PPP istituzionalizzato consiste invece nella creazione di un'entità mista (nell'entrata di un socio privato in una società pubblica) per l'esecuzione di concessioni, dove l'apporto privato consiste, oltre

¹⁰⁸ Commissione europea, COM (2004) 327, par. 22; cfr. anche COM (2005) 569.

¹⁰⁹ "La creazione di un PPP istituzionalizzato può avvenire sia attraverso la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato, sia tramite il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica già esistente" (COM (2005) 569, cit., par. 55); cfr. al riguardo anche COM C(2007) 6661.

¹¹⁰ COM (2005) 569, cit., par. 2.3.1.

¹¹¹ Cfr. al riguardo M. Maresca, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di infrastrutture di trasporto*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 73-76; D. Gallo, cit., pp. 582-585; G. Rizzo, *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 66-70.

¹¹² Direttiva 2014/23/UE, art. 41, par. 1.

¹¹³ Cfr. sentenza *Altmark*, cit., punto 93, e COM 2012/C 8/02, cit., par. 67. La circostanza che in entrambi i casi il riferimento sia alla disciplina degli aiuti di Stato, i criteri indicati sembra debbano avere valenza più generale.

¹¹⁴ CGE causa C-328/98, *Teleaustria*, che ha fatto da apripista alla problematica in questione.

¹¹⁵ CGE causa C-324/07, *Coditel*, punto 25; dello stesso tenore C-458/03, *Parking Brixen*, art. 2.

¹¹⁶ "Sulla base del principio della parità di trattamento di imprese pubbliche e private, segnatamente sancito dall'art. 86, n. 1, CE [ora 106, par. 1, TFUE], un'impresa pubblica - fatte salve le deroghe contenute nell'art. 86, n. 2, CE - non deve ricevere un trattamento migliore rispetto alla concorrenza privata. Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può incaricare direttamente della prestazione di servizi una sua società controllata senza aver prima valutato le offerte degli altri eventuali partecipanti ed avuto cura di espletare a tal fine una gara trasparente di aggiudicazione" (Conclusioni dell'Avvocato generale, punto 41).

che in risorse finanziarie, nella gestione o quantomeno nella partecipazione ad essa (“socio operativo”); non rappresenta invece un PPP istituzionalizzato il semplice conferimento di fondi privati¹¹⁷.

La selezione del socio operativo deve improntarsi ai criteri indicati prima per il PPP contrattuale, può seguire e la procedura semplificata della gara “a doppio oggetto”, dove l’oggetto è insieme la selezione del socio e al tempo stesso l’aggiudicazione dell’appalto o della concessione¹¹⁸. In sostanza, non viene messa a gara la concessione bensì la selezione del socio operativo di una società già titolare della concessione stessa, presumibilmente previo adeguamento della durata. Si tratta di una scorciatoia volta a evitare una doppia procedura difficilmente praticabile e che scoraggerebbe il socio privato a competere preliminarmente per partecipare a una scatola vuota, per poi nuovamente concorrere a riempirla.

2.2.2.3 TRASPORTI E SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

Gran parte delle questioni trasversali della filiera dei trasporti, comuni ad altri settori SIEG, sono state affrontate nelle sezioni che precedono. A esse si fa rinvio, aggiungendo qui alcune considerazioni con specifico riferimento al settore.

UN SETTORE SPECIALE

La “specialità” dei trasporti era già iscritta nel Trattato di Roma ed è tuttora oggetto di un titolo separato (titolo VI, artt. 90-100, TFUE). A esso fa rinvio l’art. 58 nello stabilire che “*la libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti*”. Da notare che le disposizioni del titolo VI riguardano i soli trasporti terrestri e per vie navigabili interne: questo non per assoggettare il resto del settore alla normale disciplina del trattato ma, al contrario, per rimarcare la specialità nella specialità, prevedendo che il Parlamento europeo e il Consiglio “*possono stabilire le opportune disposizioni*” per trasporti aerei e marittimi (art. 100, TFUE)¹¹⁹.

Il fatto di essere oggetto di una disciplina speciale in materia di libera circolazione dei servizi ha inizialmente alimentato il dibattito, fomentato dagli Stati membri, se il settore fosse o meno sottoposto alle norme generali del Trattato di Roma (TR) e in particolare alle norme sulla concorrenza, eccettuando che l’art. 75 del TR (che stabiliva una sorta di cronoprogramma di adempimenti da attuare entro il periodo transitorio) aveva natura puramente programmatica o addirittura che il mercato comune non lo comprendesse affatto¹²⁰. Così, al regolamento del 1962 che stabiliva l’applicabilità a tutti i settori economici delle regole della concorrenza in materia di accordi, pratiche concordate e abusi di posizione dominante¹²¹, ne è immediatamente seguito un altro che la sospendeva per un triennio per trasporti terrestri e a tempo indeterminato per quelli aerei e marittimi¹²². Va infine notato che solo nel titolo relativo ai trasporti si fa riferimento alla nozione di pubblico servizio e alla conseguente derogabilità al regime di aiuti di Stato¹²³. La contrapposizione fra Commissione europea e il conservatorismo degli Stati membri è stata risolta dalla Corte di giustizia con il sancire che la specialità della disciplina dei trasporti sta unicamente nell’essere questi sottratti a quella dei servizi, mentre soggiacciono alle norme generali del Trattato (dunque anche a quelle sulla concorrenza) nella misura in cui non siano in contrasto con quelle contenute nel titolo VI del TFUE^{124,125}.

¹¹⁷ In tal senso COM (2007) 6661, p. 2. La medesima comunicazione esclude dal suo campo di applicazione le concessioni ex regolamento 1370/07/CE relativo ai trasporti terrestri in OSP.

¹¹⁸ “La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall’aggiudicazione dell’appalto pubblico o della concessione all’entità a capitale misto” (ibid., p. 5).

¹¹⁹ Per una ricostruzione del processo di liberalizzazione nei trasporti cfr. M. Sebastiani, *I principali sviluppi del diritto della concorrenza dell’Unione europea e nazionale*, Associazione Italiana Antitrust, in Astrid 2013

¹²⁰ Cfr. al riguardo N. Bellieni, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea* (a cura di R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi), Giuffrè, Milano 1965, p. 551

¹²¹ Regolamento 17/1962 del 17 del 6 febbraio 1962 del Consiglio, relativo alla applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

¹²² “considerando [...] che nel campo della navigazione marittima e aerea non si può prevedere se e quando il Consiglio adotterà disposizioni appropriate [in materia di politica comune]” (Regolamento 141/62 del 26 novembre 1962 del Consiglio relativo alla non applicazione del Regolamento n. 17/62 del Consiglio al settore dei trasporti).

¹²³ “Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio” (art. 93, TFUE).

¹²⁴ CGE, cause C-167/73, *Marinai francesi*, C-97/78, *Fritz Schumalla*, C-209/84, *Nouvelles Frontières*, C-4/88, *Lambrechts Transportbedrijf*, C-49/89, *Corsica Ferries*. Su questo dibattito si veda M.L. Tufano, *I trasporti terrestri nella CEE*, Giuffrè, Milano 1990., e L. Daniele, *Il diritto materiale della Comunità europea: introduzione allo studio del mercato interno e delle politiche comunitarie*, Milano, 2000.

Più ragioni contribuiscono a spiegare l'iniziale timidezza della politica comunitaria della concorrenza e il più lungo periodo di incubazione che ha richiesto, rispetto ad altri settori.

Per lungo tempo i servizi pubblici a rete sono stati considerati in blocco di interesse economico generale, soggetti al regime di monopolio legale e beneficiari di corposi aiuti di Stato. Mentre però in altri settori, quali l'energia e le comunicazioni elettroniche - in parte per la maggiore dinamicità della domanda e del progresso tecnico, in parte perché le imprese erano state costrette a farsi le ossa confrontandosi a livello mondiale, in parte infine per il migliore rapporto fra costi e prezzi sostenibili che rendeva i servizi potenzialmente remunerativi - vi era la percezione che i processi di liberalizzazione avrebbero redistribuito le rendite a favore dei consumatori, nei trasporti si paventava che tali processi avrebbero messo a rischio la loro missione sociale o prodotto oneri aggiuntivi a carico dei contribuenti. Un divario amplificato dal costo degli investimenti infrastrutturali, dall'inefficienza dei monopolisti e da un'interpretazione alquanto generosa della nozione di abbordabilità: di qui il forte peso dei finanziamenti pubblici e un'accezione omnicomprensiva del diritto alla mobilità e della nozione di universalità. Questo quadro contribuisce a spiegare le resistenze degli Stati al processo di "comunitarizzazione" dei trasporti e la cautela della Comunità nell'intervenire sul settore. Agli ostacoli alla concorrenza, comuni al settore, se ne aggiungevano altri peculiari ai singoli comparti. Paradossalmente, ostacoli di segno contrario: l'essere alcuni comparti protetti da barriere "naturali" alla concorrenza (tipicamente le ferrovie e il trasporto pubblico locale, incluso il cabotaggio marittimo); e all'opposto l'essere altri, il trasporto aereo e quello marittimo, "troppo" esposti alla concorrenza mondiale.

Proprio a causa di queste caratteristiche, all'interno dei SIEG a rete i trasporti sono senza dubbio il settore per il quale si è fatto più ricorso alla deroga del par. 2 dell'art. 106, per il riconoscimento di diritti esclusivi e, in misura massiccia e in combinazione con l'art. 93 TFUE, per gli aiuti di Stato.

Sotto il primo profilo, anche i servizi finali di trasporto sono stati a lungo assoggettati in blocco al regime concessorio: così è stato fino al 2000 per i servizi ferroviari¹²⁶, fino a oltre la metà degli anni '90 per quelli aerei¹²⁷, fino alla fine del 1992 (fino alla fine del 1998 per i collegamenti fra il continente e le isole) per il cabotaggio marittimo¹²⁸, tuttora per il trasporto locale e regionale¹²⁹. In concreto il *timing* della liberalizzazione è stato ancor più lento. In campo aereo la convenzione del 1979 di concessione di servizi aerei ad Alitalia fu rinnovata nel 1992, tre mesi dopo l'emanazione del terzo pacchetto, e solo nel 1997 è stata *oborto collo* profondamente riformata nell'ambito della procedura per aiuti di Stato della ricapitalizzazione della compagnia. Dal canto suo il Gruppo Tirrenia ha seguito a operare con convenzioni ventennali, scadute alla fine del 2008, prorogate fino al 2012 e riformulate in concomitanza con la privatizzazione di Tirrenia S.p.A. e con la cessione delle società regionali.

Sotto il secondo profilo, solo per i trasporti terrestri i trattati prevedono espressamente la deroga alla disciplina generale sugli aiuti di Stato. Ancor oggi, in forza del regolamento 1370/07/CE e diversamente dagli altri SIEG, le compensazioni per oneri di servizio pubblico nei trasporti terrestri sono considerate compatibili e senza obbligo di notifica, a norma dell'art. 93 TFUE¹³⁰, e a condizioni ben meno stringenti dalla quarta condizione *Altmark*^{131,132}, il cui riferimento nel TFUE è il par. 2 dell'art. 106. Questa

¹²⁵ Il quadro dell'epoca verrà poi così efficacemente sintetizzato dalla Commissione: "Per lungo tempo, la Comunità europea non ha saputo o voluto attuare la politica comune dei trasporti prevista dal trattato di Roma. Il Consiglio dei ministri non è stato capace, per quasi trent'anni, di tradurre in azioni concrete le proposte della Commissione. Solo quando nel 1985 la Corte di giustizia ha ufficialmente riconosciuto le carenze del Consiglio, gli Stati membri hanno accettato che la Comunità operasse i necessari interventi legislativi." (Commissione europea, Libro Bianco "La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte" [COM (2001) 370 def. del 12 settembre 2001], p. 1).

¹²⁶ Con l'art. 131, comma 1, della legge 388/2000 è stato soppresso il sistema della concessione per la parte concernente il trasporto ferroviario non in obbligo di servizio pubblico e sostituito da quello delle licenze.

¹²⁷ Il III pacchetto di liberalizzazione del mercato aereo è del 1992 (regolamento (CEE) 2407/92 sul rilascio delle licenze ai vettori aerei e regolamento (CEE) 2408/92 sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, che completava la liberalizzazione a partire dal 1° aprile 1997, poi modificati dal regolamento 1008/2008/CE).

¹²⁸ Regolamento (CEE) 3577/92, tuttora in vigore.

¹²⁹ Regolamento 1370/07/CE.

¹³⁰ "L'articolo 73 del trattato [ora 93 TFUE] costituisce una *lex specialis* rispetto all'articolo 82, paragrafo 2 [ora 106, par. 2, TFUE]. Esso stabilisce norme applicabili alle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico nel settore dei trasporti terrestri" (regolamento 1370/07/CE, cons. n. 3). Cfr. anche, ad esempio, Commissione europea, COM 2001/C 17/04, par. 34.

¹³¹ CGE, causa C.280/00, *Altmark*. Ai sensi del regolamento 1370/07/CE, in caso di affidamento diretto la compatibilità delle compensazioni con la disciplina sugli aiuti di Stato è assicurata dalla congruità della compensazione non in base a costi efficienti ma a quelli netti incrementali effettivamente sostenuti dalla specifica impresa affidataria.

¹³² Si questa materia si veda G. Bruzzone, R. Marzulli, M. Sebastiani, *Aiuti di Stato e servizi pubblici locali*, in "La disciplina dei servizi pubblici locali" (a cura di A. Vigneri), Maggioli editore (in via di pubblicazione).

generosità e la poca vigilanza esercitata dalla Commissione sono cause non secondarie dell'estensione dei servizi di trasporto "onerati" e della loro scarsa efficienza, così come della loro dispendiosità per la finanza pubblica.

La "specialità" del settore dei trasporti si è riflessa anche nell'assetto regolatorio europeo, dove – diversamente da altri settori quali l'energia e le comunicazioni elettroniche – l'indipendenza dei regolatori dagli esecutivi è stata promossa molto più tiepidamente. L'Italia è stato un caso nel caso. Ha prevalso a lungo una concezione pubblicistica (di SIEG appunto) dei servizi di trasporto nella loro interezza, cosicché la convergenza in capo ai governi delle tante anime dello Stato (azionista, concedente, finanziatore, regolatore, protettore dell'industria aerea nazionale, tutore dei lavoratori, ecc.) veniva dichiaratamente considerata una felice combinazione di strumenti complementari al servizio della "politica industriale". Con la conseguenza che non vi era motivo (anzi, tutt'altro) di distinguere la "politica" (industriale, sociale, ecc.) dalla regolazione economica, di spogliare i governi da funzioni "tecniche", il cui divorzio avrebbe potuto mettere a repentaglio la "naturale" funzione sociale dei trasporti¹³³. Solo a partire dagli anni '90 inoltrati si converrà (sulla carta) che l'accentramento di questa messe di ruoli era portatore di cospicui conflitti di interesse: una scoperta di cui ancora oggi si stenta a prendere effettiva consapevolezza.

Così, il quadro della regolazione dei trasporti è stato storicamente caratterizzato da incertezza, discontinuità, disapplicazione e frammentarietà delle regole; talvolta da inutile invasività e, non rara reazione, dalla "blindatura" delle regole a favore delle imprese affidatarie. Un caos il cui complemento è stata la frammentarietà delle competenze nei comparti e fra i comparti di trasporto, che hanno visto il concorso di una pletora di apparati fra rivendicazione di funzioni, veti incrociati e rimpalli di responsabilità. A questo quadro di competenze statali si aggiungono quelle regionali e locali, terreno elettivo di conflitti di attribuzione fra centro e periferia, e dove le burocrazie sono spesso ancor meno adeguate. La catena era di tale estenuante lentezza e complessità che il completamento del processo avveniva spesso con ritardi tali da vanificarne gli obiettivi. Con la conseguenza ultima di determinare un assetto confuso e non credibile di *governance*, di soffocare l'iniziativa privata e di comprimere l'incentivo a investire; non di rado di costringere l'Autorità antitrust a un improprio ruolo di supplenza.

La principale novità degli ultimissimi anni è stata l'istituzione di una Autorità indipendente di regolazione (ART) del settore¹³⁴, che per le ragioni ambientali indicate ha richiesto quasi vent'anni di gestazione¹³⁵. E tuttavia già dalla legge istitutiva e da provvedimenti successivi emerge che è tutt'altro che spenta la vena dell'attutire, smorzare, tamponare (come suggeriva il Conte Zio dei Promessi Sposi), di cercare contrappesi e di conservare equilibri consolidati di potere delle burocrazie ministeriali o paraministeriali¹³⁶.

Prescindendo dai limiti normativi, il **ruolo dell'Autorità** è tutt'altro che agevole, stretto fra due distinti livelli di competenza spettanti ad altre amministrazioni pubbliche: da un lato, quello della definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti¹³⁷; dall'altro quello di amministrazione attiva o di controllo. L'Autorità si interpone fra queste due livelli con il compito di "*dettare una cornice di regolazione economica, all'interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito*"¹³⁸.

¹³³ Su queste problematiche cfr. M. Sebastiani, *Concorrenza, competitività e regolazione nei trasporti*, www.astrid-online.it, ottobre 2013.

¹³⁴ Art. 37, d.l. 201/2011.

¹³⁵ Tanti ne sono passati dalla legge 481/95 che ha condotto alla istituzione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e di lì a non molto quella per le comunicazioni. L'istituzione di un'autorità per i trasporti (inizialmente prevista dal disegno di legge che poi condusse alla legge citata sopra) venne considerata "prematura" da una maggioranza trasversale e comunque non obbligatoria ai sensi dell'art. 1-bis del d.l. 332/1994, secondo il quale "*Le dimissioni della partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di cui all'art. 2 [società operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri servizi pubblici] sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico*". In effetti la previa istituzione di un organismo indipendente di regolazione è prescritta come obbligatoria dalla norma citata solo per le società, fra quelle operanti nei settori indicati sopra, per le quali sia stato deciso il mantenimento in mano pubblica di poteri speciali, caso che qui non è ricorso. E' evidentemente sfuggito che il mantenimento in mano pubblica tanto più richiedeva un regolatore scevro da conflitti di interesse.

¹³⁶ M. D'Alberti – C. Iacolucci, capitolo 2.3 (*I rapporti fra l'ART e i regolatori non indipendenti*).

¹³⁷ D.l. 201/2011, art. 37, comma 4.

¹³⁸ Corte costituzionale, sentenza 41/2013: "*Valgono anche in questo caso i principi affermati dalla Corte in una fattispecie analoga: 'le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo' (sentenza n. 482 del 1995)*". La sentenza si riferisce espressamente alle attribuzioni dell'ART in materia di trasporto pubblico regionale e locale ma fornisce una "cornice" di valenza più generale.

La sua funzione non dovrebbe essere dunque solo quella di colmare lo spazio fra i due livelli indicati sopra, ma – dettando la cornice di regolazione economica ed eventualmente esercitando il potere di *advocacy* – di fornire “ricette” che agevolino scelte pubbliche che, pur nella loro autonomia, siano adottate in un quadro di trasparenza e di razionalità.

Nella trattazione che segue si affrontano separatamente:

- i servizi di trasporto forniti al pubblico in OSP (terrestri, aerei e marittimi);
- i servizi infrastrutturali, ossia le concessioni di costruzione e gestione di infrastrutture di trasporto (reti stradali, autostradali e ferroviarie, porti e aeroporti), incluse le sub concessioni di spazi e di servizi;
- infine i servizi “intermedi”, che utilizzano le infrastrutture come input e che sono forniti alle imprese di trasporto da soggetti terzi o in autoproduzione.

Per ciascuna delle aree tematiche vengono individuate le principali criticità concorrenziali e regolatorie e il ruolo che l’Autorità dovrebbe poter svolgere – anche a prescindere dalle vigenti limitazioni normative - sia attraverso strumenti di diretto intervento che utilizzando i propri poteri di *advocacy*.

I SERVIZI FINALI

Parte dei SIEG di trasporto sono stati oggetto di armonizzazione, sebbene non siano stati fissati per essi specifici requisiti minimi di universalità come per altri settori (ad esempio le poste), ma regole comuni per la loro gestione e il finanziamento: è il caso dei collegamenti aerei con regioni periferiche¹³⁹, del cabotaggio con le isole¹⁴⁰, dei servizi passeggeri di linea su strada e ferrovia¹⁴¹.

Sul piano interno, come discusso nel capitolo 2.3, le competenze regolatorie sono ancora oggi alquanto “diffuse” in concreto: il cabotaggio marittimo di interesse nazionale in OSP sembra materia riservata al MIT, quello di interesse regionale alle regioni, mentre i collegamenti aerei in continuità territoriale sono per il momento di competenza dell’ENAC e del MIT. Il trasporto terrestre di linea di interesse regionale e locale è invece regolamentato dalle regioni.

CONCORRENZA NEL MERCATO

Come si è argomentato in precedenza, regola comune è che la concessione di diritti esclusivi o speciali andrebbe preceduta dall’accertamento sul sé e sulla misura in cui il mercato è in grado di fornire i relativi servizi¹⁴²: su questo si fa rinvio alle considerazioni nella sezione 2.1.

L’attribuzione all’Autorità di compiti di regolazione tariffaria nei mercati non caratterizzati da condizioni di effettiva concorrenza richiede ovviamente la previa verifica del mercato. Logica vorrebbe anche che, nel caso le amministrazioni intendano procedere ad affidamenti di diritti esclusivi, la competenza dell’Autorità non sia limitata a predisporre schemi di bandi e convenzioni ma a verificarne preliminarmente la necessità e a proporre eventualmente misure alternative meno limitative della concorrenza¹⁴³.

¹³⁹ Regolamento 1008/2008/CE che sostituisce, i regolamenti (CEE) 2407/92 e 2408/92 e che consente (artt. 16-17) l’imposizione di OSP, incluso se necessario l’affidamento di diritti esclusivi attraverso gara, per collegamenti con regioni periferiche; cfr. anche CGE, causa C-66/86, *Ahmed Saeed*, per la qualificazione come SIEG.

¹⁴⁰ Regolamento (CEE) 3577/92 e comunicazione interpretativa della Commissione COM (2014) 232, relative al cabotaggio marittimo e alla possibilità di imporre OSP sui collegamenti con le isole.

¹⁴¹ Regolamento 1370/07/CE (che consente agli Stati di regolamentare anche i collegamenti per vie navigabili interne e in acque marine nazionali).

¹⁴² Cfr. per il cabotaggio marittimo con le isole la comunicazione COM (2014) 232, cit. (“[...] gli obblighi di servizio pubblico possono essere previsti per servizi regolari (di linea) per il cabotaggio con le isole in caso di fallimento del mercato con conseguente incapacità di assicurare servizi adeguati”), par. 5.2. Di pari tenore, per i servizi aerei, l’art. 16, punti 1 e 2, del regolamento 1008/08/CE.

¹⁴³ D.l. 201/2011, art. 37, comma 2: l’ART è competente “a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi [...]” (lettera b) e “a definire gli schemi dei bandi delle gare per l’assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici” (lettera f).

Se ne discutono alcune qui sotto, di diversa applicabilità a seconda dei comparti di trasporto. Sarebbe comunque opportuno che l'obbligo di motivare scelte restrittive della concorrenza nelle relazioni previste dall'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012 (rinforzato dal comma 609 della legge 190/2014) sia, per un verso esteso a tutte le amministrazioni – statali e periferiche - e dall'altro che le relazioni siano sottoposte al parere dell'Autorità.

Una prima alternativa alla libera concorrenza è stata introdotta dall'art. 59 della legge 99/2009 che consente l'entrata di nuovi operatori su servizi in sovrapposizione con quelli già forniti in forza di contratto di servizio pubblico, a condizione di versare al concedente un canone diretto a compensare l'eventuale effetto di *cream skimming* a danno del titolare del contratto di servizio. La norma, limitata al solo trasporto ferroviario, andrebbe però emendata da criticità concorrenziali¹⁴⁴ ed estesa al trasporto pubblico su strada, per vie navigabili e di cabotaggio marittimo. Andrebbe previsto al riguardo: (a) che l'Autorità di regolazione dei trasporti stabilisca i criteri per il calcolo dei canoni di accesso, se necessari; (b) che questi siano quantificati in base al costo netto insorgente per il titolare del contratto di servizio – il costo netto efficiente ad evitare che l'inefficienza di questi si traduca in barriera all'entrata; (c) che l'ente concedente che intenda negare l'autorizzazione richieda preventivamente il parere dell'Autorità¹⁴⁵.

In alternativa parallelamente a un contratto di servizio pubblico con un operatore si potrebbero imporre più blandi obblighi di servizio pubblico a tutti gli operatori attivi sulle stesse linee¹⁴⁶.

Una terza via potrebbe essere il ricorso al par. 2, lettera a) dell'art. 107 TFUE, che dichiara compatibili gli aiuti a carattere sociale concessi a singoli consumatori (nel caso specifico sotto forma di rimborso di parte del costo del viaggio) quale che sia l'impresa che presta il servizio. Si tratta di un modello che non restringe la concorrenza e che può anche essere limitato a fasce orarie o stagionali a basso traffico. E' stato in passato applicato ai collegamenti fra la Sicilia e le isole minori, ma ne potrebbe essere valutata l'applicabilità anche al cabotaggio marittimo.

Infine, come quarta via, l'affidamento di diritti speciali a un numero limitato di operatori in OSP, presenti su di uno stesso mercato geografico rilevante del prodotto, può consentire la compresenza di concorrenza per e di concorrenza nel mercato. Questa alternativa alla concessione di diritti esclusivi appare applicabile soprattutto al trasporto pubblico extraurbano, su strada o per ferrovia¹⁴⁷, al trasporto aereo e al cabotaggio marittimo. Il bacino di utenza andrebbe definito in modo da permettere la compresenza di (supponiamo) due operatori in concorrenza, ciascuno di dimensione minima ottimale secondo quanto illustrato nella sezione che segue. Dunque: (a) due lotti di linee in sovrapposizione ma omogenei (orari di servizio buoni e cattivi), (b) prezzi al pubblico regolamentati e comuni, (c) integrazione tariffaria. In aggiunta: (c) possibilità per ciascun operatore di praticare a suo carico prezzi più bassi (senza interscambiabilità dei biglietti) e (d) di aggiungere ulteriori corse, in questo caso senza compensazione pubblica. In tal modo gli operatori sarebbero costretti a competere nel mercato attraverso la qualità, i prezzi, e aumento di offerta, eventualmente permettendo all'ente concedente di ridurre il pacchetto minimo di servizi che beneficiano di compensazione.

DIRITTI ESCLUSIVI

Il ricorso all'*in house providing* è oggi possibile in Italia solo nel trasporto pubblico locale su strada e per le ferrovie di proprietà regionale e, ancora in alcuni casi, per il cabotaggio marittimo. In altri comparti infatti le imprese sono state privatizzate o non posseggono i requisiti *Teckal*, nemmeno quelli più laschi introdotti dalla direttiva 2014/23/UE sulle concessioni. Sulle misure per limitare il ricorso all'*in house* o accorciarne la durata si rinvia alla sezione 2.2.2.1.

¹⁴⁴ Basti ricordare che il comma 4-ter dell'art. 59 della citata legge stabilisce che i canoni non sono dovuti “*se i livelli medi tariffari applicati [dall'impresa entrante] risultino di almeno il 20% superiori a quelli dei servizi a committenza pubblica*”.

¹⁴⁵ In questo senso la segnalazione AGCM 1137/2014 relativa alla legge sulla concorrenza per il 2015.

¹⁴⁶ In tal senso Commissione europea (COM (2014) 232, cit. par. 5.51) in riferimento al cabotaggio marittimo; cfr anche CGE causa C-205/99, *Analir*, punti 61-62.

¹⁴⁷ Un'apertura in questa direzione è contenuta nella proposta di revisione del comma 6 dell'art. 5 del regolamento 1370/07/CE di cui alla comunicazione COM (2013) 28.

Per il resto la regola è che l'affidamento di diritti esclusivi segua procedure non discriminatorie nella forma di gare o di PPP a doppio oggetto, secondo i criteri già indicati nella sezione 2.2.2. La materia è disciplinata dal regolamento (CEE) 3577/92, art. 4, per il cabotaggio marittimo, dal regolamento 1008/08/CE, artt. 16 e 17, per i collegamenti aerei con aree periferiche o in via di sviluppo¹⁴⁸ e dal regolamento 1370/07/CE, art. 5, per i trasporti terrestri¹⁴⁹; fa eccezione il trasporto per ferrovia, che può essere affidato in via diretta ai sensi del comma 6, dello stesso articolo. Va aggiunto che la nuova direttiva concessioni esclude dal suo campo di applicazione la concessione di servizi aerei su licenza (ex regolamento 1008/08/CE) e il trasporto pubblico passeggeri ex regolamento 1370/07/CE (art. 10, comma 3), mentre si applica ai servizi di cabotaggio marittimo, per i quali è previsto l'obbligo di pubblicazione dei bandi¹⁵⁰.

In concreto in Italia di procedure a evidenza pubblica se ne sono finora viste poche, specie in casi di affidamenti regionali o locali di servizi ferroviari e stradali, complici il referendum del 2011 e la successiva sentenza 199/2012 della Corte costituzionale. Gare atipiche, peraltro, quelle caratterizzate da un solo concorrente. Persistono contratti di servizio statali in affidamento diretto per il trasporto passeggeri media e lunga percorrenza in OSP e, addirittura, per alcuni segmenti del trasporto di merci¹⁵¹. Per il cabotaggio con le isole è prevalso il modello della gara a doppio oggetto, di cui si è trattato nella sezione 2.2.2. E' precisamente su questo modello che si indirizza il comma 609 della legge 190/2012, che integra il citato articolo 3-bis incentivando fusioni e acquisizioni di società partecipate da enti locali.

Spetta all'ART la competenza a fissare i criteri per i bandi di gara e le convenzioni per servizi in esclusiva¹⁵². Infatti con la delibera 49/2015 l'ART ha stabilito una disciplina uniforme per le procedure di gara per l'affidamento in esclusiva del servizio di trasporto pubblico di passeggeri su strada e per ferrovia ex d.lgs. 422/97 e regolamento 1370/2007/CE¹⁵³.

Mentre la "qualità" dei bandi di gara ha la finalità di promuovere la concorrenza, quella dei contratti di servizio è diretta a stimolare l'efficienza e, per questa via, incentivare anche la competizione nelle gare: il tutto a beneficio dei consumatori e, se del caso, della finanza pubblica. Contratti di servizio che contengano corrette misure di incentivazione della qualità e dell'efficienza, così come di equilibrata allocazione dei rischi, assumono dunque una funzione centrale¹⁵⁴.

Qui l'ART può svolgere un ruolo fondamentale in forza dei poteri assegnati dalle lettere b) e d) del comma 2 della legge istitutiva¹⁵⁵. A sensi della citata lettera b) l'ART stabilisce criteri di determinazione delle tariffe e della loro dinamica, orientati fra l'altro al contenimento dei costi.

Tuttavia il controllo dei costi e quello delle tariffe coincidono solo in assenza di finanziamenti pubblici, situazione rara nei servizi finali in OSP. In quest'ultimo caso i criteri da inserire nei contratti di servizio dovrebbero riguardare piuttosto la dinamica massima dei costi per unità di servizio (*cost cap*): in che misura poi questi costi verranno accollati agli utenti o ai contribuenti è tipicamente una scelta pubblica

¹⁴⁸ Il quale (art. 16, comma 2) prescrive altresì come condizione che non siano forniti servizi con altre modalità con almeno due frequenze giornaliere tutto l'anno.

¹⁴⁹ Il regolamento lascia agli Stati la facoltà di estenderne le previsioni anche alle vie navigabili interne e alle acque marittime nazionali, in tal modo sovrapponendosi al regolamento CEE 3577/92. Secondo la Commissione, in caso di conflitto prevalgono le disposizioni del secondo regolamento (cfr COM (2014) 232, cit. par. 8).

¹⁵⁰ Si veda al riguardo la comunicazione COM (2014) 232, cit., in particolare par. 5.4.1.

¹⁵¹ Il regolamento 1370/07/CE ha abrogato il precedente regolamento CEE 1191/62 e con esso la possibilità di attribuire – a partire dal 3 dicembre 2012 - diritti di esclusiva per il trasporto merci per ferrovia. Ciononostante nella stessa data menzionata è stato stipulato un contratto di servizio pubblico fra Stato e Trenitalia per il periodo 2009-2014 (i primi tre anni a sanatoria del pregresso, gli ultimi due palesemente illegittimi) su cui la Commissione ha avviato una procedura di infrazione per aiuti di Stato (2014/C 156/08). L'UE riconosce tuttavia fra le proprie priorità il trasferimento di traffico dalla strada alla ferrovia e pertanto non esclude la possibilità di un sostegno pubblico. Questo va tuttavia affrontato come aiuto di Stato a tutti gli effetti, senza possibilità di ricorrere al par. 2 dell'art. 106 del TFUE, trattandosi di attività fuori dal perimetro dei SIEG.

¹⁵² La nozione di convenzione è alquanto ampia ma nel caso dei servizi finali sostanzialmente equivale a quella di contratto di servizio.

¹⁵³ Come precisato dalla Commissione europea, il regolamento 1370/2007/CE costituisce un *corpus* di norme speciali sia rispetto alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, concernenti gli appalti di servizi, sia rispetto alla direttiva 2014/23/UE, sulle concessioni di servizi (Commissione europea, Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007, (2014/C 92/01), punto 2.1.1).

¹⁵⁴ In materia di allocazione dei rischi si rinvia al capitolo 3.2 (M. Ponti – C. Cambini, *La regolazione economica delle scelte di investimento*).

¹⁵⁵ L'Autorità è competente: "b) a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori; [...] d) a stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta".

di competenza dell'ente finanziatore o di leggi, statali o regionali. Utile sarebbe anche che i contratti di servizio fossero di tipo *net cost*, sì da incentivare l'affidatario anche a promuovere la domanda.

Sul terreno dell'efficienza delle gestioni è d'obbligo oggi un riferimento al **costo standard**. A questo riguardo vanno sollevati alcuni aspetti: uno di "titolarità", l'altro di merito.

Sul primo l'iniziativa di definire il costo standard per i trasporti è stata assunta dal MIT in forza della legge 147/2013 (art. 1, c. 86), che invece non investe al riguardo l'Autorità che pure ha la missione di indicare metodologie che incentivano l'efficienza produttiva e il contenimento dei costi¹⁵⁶.

Nel merito, l'obiettivo della riforma avviata dalla legge 42/2009 - la chiave del superamento del criterio della spesa storica, con annesse storiche inefficienze delle prestazioni e dei costi - è la definizione del fabbisogno standard. Logica vorrebbe dunque che questo rappresenti il punto di arrivo della determinazione, in successione: (a) dei livelli adeguati di servizio; (b) dei costi standard per unità di servizio; (c) dei ricavi da mercato, anche essi standardizzati per unità di servizio; dunque (d) del fabbisogno standard, come prodotto fra i livelli di servizio e il costo standard netto per unità di servizio; (e) delle modalità di copertura di tale fabbisogno.

Sebbene proliferino modelli applicativi al TPL¹⁵⁷, mancano allo stato misure attuative per tutta la filiera indicata sopra. Il modello MIT sembra essere prossimo al varo ma ha il limite di focalizzarsi sul solo costo standard, rinviando dunque gli altri anelli a successivi provvedimenti. Non a caso il d.l. 95/2012¹⁵⁸ fa riferimento al costo standard come base per la determinazione delle compensazioni e per l'accesso al fondo nazionale¹⁵⁹. Si tratta di una visione fondamentalmente aziendalistica che assume che ricavi siano di carattere esogeno (o parametrati ai costi¹⁶⁰), senza dunque introdurre incentivi virtuosi di efficienza su entrambi i lati e senza accollarne l'onere agli enti concedenti.

Dovrebbe essere invece il fabbisogno standard il corretto *driver* di incentivazione. Infatti esso produrrebbe un effetto doppiamente incentivante: quello di abbattere i costi e di innalzare i ricavi, adeguando le tariffe e adottando politiche di promozione della domanda di TPL. In altre parole, la finanziabilità del fabbisogno standard e il ricorso al fondo nazionale andrebbero subordinati a condotte efficienti anche da parte degli enti concedenti che ne sono i diretti beneficiari, inclusa la parametrizzazione a dimensioni efficienti dei lotti di affidamento, a politiche di mobilità urbana che accrescano la velocità commerciale, a maggiore flessibilità della programmazione dei servizi e alla adozione di modelli contrattuali virtuosi, quali i contratti di servizio *net cost*.

Da aggiungere la staticità dell'approccio attualmente seguito al costo standard, che invece dovrebbe essere, per un verso, combinato con criteri di programmazione della dinamica dei costi unitari dei servizi - un *cost cap* a partire da (o a tendere verso) il costo standard; per altro verso con obiettivi di evoluzione dei ricavi unitari. Come ultima considerazione, non si vede perché il criterio del fabbisogno standard non venga considerato come base d'asta per l'attribuzione di OSP, quale che sia la tipologia di servizi di trasporto.

Tema diverso e altrettanto delicato sotto il profilo concorrenziale e dell'efficienza è l'**oggetto degli affidamenti**. Come argomentato prima, è prerogativa dell'ART indicare le misure che al tempo stesso massimizzino l'efficienza e che siano meno restrittive possibile della concorrenza, inclusa la concorrenza per comparazione. Questa funzione dovrebbe poter essere esercitata anche in riferimento all'aspetto indicato.

Come è noto l'art. 3-bis del d.l. 138/2012 ha introdotto nei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica (SPL) la nozione di ambito territoriale ottimale (ATO). Successive integrazioni della norma hanno reso più flessibile una prima interpretazione che vedeva coincidere l'ATO con il lotto di

¹⁵⁶ D.l. 201/2011, art. 37, comma 2, lettera a).

¹⁵⁷ Modello Asstra, modello Anav, modello MIT.

¹⁵⁸ Per il TPL decreto legge 95/2012 integra l'art. 17 del d.lgs. 422/97, stabilendo che le compensazioni alle aziende esercenti servizi di TPL terrestre siano "determinate secondo il criterio dei costi standard, che dovrà essere osservato dagli enti affidanti nella quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta previsti nel bando di gara o nella lettera di invito delle procedure concorsuali [...] e dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità". L'introduzione dei costi standard è destinato peraltro a impattare in misura crescente anche sull'accesso al fondo nazionale, come sancito dall'art. 1, c. 85, della legge 147/2013.

¹⁵⁹ Cfr. art. 16-bis del decreto legge 95/2012 e s.m.i., che istituisce il fondo nazionale per il TPL e individua, fra i criteri per l'accesso a esso, il riequilibrio territoriale fra l'offerta e la domanda.

¹⁶⁰ Il riferimento normativo è il 35% di incidenza sui costi operativi stabilito dall'art. 19, comma 5, del d.lgs. 422/1997.

affidamento, distinguendo così l'ambito ottimale di organizzazione dei servizi con quello della gestione degli stessi. La dimensione ottimale di quest'ultima dovrebbe essere "a misura di impresa", quella che cattura al meglio le potenziali economie di scala. Le analisi sembrano concordemente concludere che nei servizi di trasporto regionale e locale le economie di scala in funzione del traffico si esauriscono rapidamente e dunque non giustificano in linea di principio grandi dimensioni di affidamenti, come dimostrano peraltro esperienze di altri primari paesi europei. La dimensione ottima del gestore dovrebbe dunque essere quella oltre la quale i costi per unità di servizio cessano di ridursi – dunque la dimensione minima ottima. Se individuato secondo i criteri indicati, il lotto di affidamento, oltre a minimizzare i costi per l'utenza e per l'amministrazione, può assicurare maggiore pluralismo a condizioni di efficienza e dunque soddisfare uno dei requisiti perché la gara si concluda con la selezione del gestore più efficiente, e concorrenza per comparazione anche fra affidatari *in house*¹⁶¹.

La "cornice regolatoria" di promozione dell'efficienza e della concorrenza (nello specifico per comparazione) dovrebbe implicare la competenza dell'ART a dettare criteri al riguardo e a verificarne poi il rispetto sulla base delle menzionate relazioni ex d.l. 179/2012. A questo riguardo andrebbe valutata la possibilità di estensione della funzione espressamente attribuitale per il solo settore autostradale¹⁶².

Vi è però un'altra "dimensione" da considerare e che riguarda il **consolidamento** del settore del trasporto regionale e locale. I più significativi *benchmarks* internazionali, anche in campo trasportistico, indicano che un'impresa può rendersi competitiva non necessariamente crescendo nello stesso mercato ma diversificando il proprio operare su mercati geografici diversi. Ne è prova la compresenza in altri paesi di affidamenti piccoli di TPL¹⁶³ e al tempo stesso di colossi imprenditoriali cresciuti diversificandosi su più mercati locali, su più paesi, europei e non, e su più modalità. Queste esperienze confermano che le economie di scala a livello di affidamento sono modeste mentre sono elevate le economie di scala e di gamma a livello di gruppo¹⁶⁴. Nel quadro italiano degli OSP di trasporto su strada prevale invece l'impresa *mono-utility* e "mono-impianto". La combinazione fra affidamenti troppo piccoli o, all'opposto, di dimensioni troppo grandi (in entrambi i casi non giustificati da ragioni di economicità) e "imprese" comunque eccessivamente piccole, in genere mono-impianto e mono-produzione, è la peggiore sotto il profilo dell'efficienza, poiché alle diseconomie di scala a livello locale si somma la mancata cattura di economie di scala a livello di gruppo. Il quadro da promuovere dovrebbe essere dunque per un consolidamento non nei mercati locali – come suggerisce la legge 190/2014¹⁶⁵ – ma, orizzontalmente, nel mercato (almeno) nazionale: non necessariamente l'aggregazione locale di lotti di affidamento in capo a un unico soggetto (semmai l'opposto, dove gli attuali affidamenti siano ingiustificatamente grandi) ma pochi grandi soggetti diversificati territorialmente e per modalità.

L'ART dovrebbe poter dire la sua al riguardo, eventualmente utilizzando i poteri di segnalazione.

LE GESTIONI INFRASTRUTTURALI

Come è stato argomentato nella sezione I i servizi infrastrutturali che si configurano come *essential facilities* rientrano fra i SIEG. Ciò vale anche per le infrastrutture di trasporto assoggettate a regime concessorio e poste a disposizione dei richiedenti contro un corrispettivo¹⁶⁶. Scontata la legittimità

¹⁶¹ Maggiore è la dimensione degli affidamenti minore il numero degli affidatari e dunque: (i) più elevati i requisiti soggettivi di cui debbono disporre gli operatori interessati alla gestione e più elevate quindi le barriere all'entrata sul mercato; (ii) minore la concorrenza per comparazione (tanto più utile nel caso di affidamenti diretti).

¹⁶² D.l. 201/2011, art. 37, comma 2, lettera g.

¹⁶³ Come in Svezia, Danimarca, Finlandia, Germania, Francia (limitatamente all'extra-urbano), o per singole linee, come a Londra.

¹⁶⁴ Questi fattori consistono nelle economie di gamma, nelle economie di scala negli acquisti, in quelle manageriali e di accumulazione di *know how*, nella solidità patrimoniale e nella capacità di ampliare e diversificare le fonti di finanziamento, di attrarre soci privati, nella capacità di importare *best practices* maturate in realtà diverse, nella flessibilità di gestione degli asset e del personale, inclusa la gestione di eventuali esuberanti *in loco* di personale, nella diversificazione del rischio, nella reputazione e nella necessità di preservarla, nella *yardstick competition* infra-gruppo, nella maggiore indipendenza dai singoli committenti e dunque nella capacità di imporre loro modelli gestionali più efficienti e di "addestrare" (non catturare) le burocrazie locali, di diluire il controllo politico sulla gestione, di ricorrere a modelli meno convenzionali di *corporate governance*, ecc.

¹⁶⁵ Comma 611.

¹⁶⁶ Diverso il caso delle strade non a "pedaggio", gestite direttamente da regioni e comuni – o, per quelle statali, attribuite in concessione ad Anas – dove le amministrazioni agiscono in veste di pubbliche autorità e che rappresentano servizi di interesse generale non economico. Questa caratteristica dovrebbe estendersi anche al caso in cui siano introdotte misure di *road pricing*.

dell'applicazione della deroga del par. 2 dell'art. 106 TFUE quanto alla concessione di diritti esclusivi di sfruttamento (sull'estensione alla realizzazione si può discutere – è soprattutto questione di distribuzione intertemporale di oneri per la finanza pubblica), è da vedere se la portata di tale deroga possa andare oltre: in particolare, quale sia l'interesse generale da tutelare che giustifica il ricorso ad affidamenti diretti e la lunghezza della loro durata.

La storia patria ha risposto con chiarezza a questa domanda: l'interesse generale perseguito è stato, nel più nobile dei casi, quello delle privatizzazioni, le quali sono state a loro volta attuate in funzione di fare cassa per la finanza pubblica e a scapito di altri più generali e di più ampio respiro interessi pubblici. Una breve cronistoria può essere utile.

AFFIDAMENTI E PRIVATIZZAZIONI

Il d.l. 333/1992 ha direttamente o indirettamente trasformato in S.p.A. a totale proprietà pubblica (art. 15, comma 1) i principali enti pubblici economici (IRI, ENI, ENEL, Ferrovie dello Stato, Poste, ecc.), contemporaneamente trasferendo ai nuovi soggetti la titolarità delle concessioni di costruzione e gestione delle infrastrutture per un periodo minimo di venti anni (art. 14, comma 1), poi esteso a quaranta nella prospettiva del passaggio a privatizzazioni sostanziali¹⁶⁷.

Per le autostrade nel 1993 verrà infatti sancita la natura privata dell'attività delle società concessionarie, abolito l'obbligo di partecipazione maggioritaria dell'IRI in Autostrade S.p.A.¹⁶⁸ e nel 1998 poste le basi per la proroga delle concessioni in essere¹⁶⁹, senza gara ma in funzione di operazioni di privatizzazione. E' seguito un proliferare di norme, anche contraddittorie, culminato nel 2008 con l'approvazione per legge degli schemi di convenzione sottoscritti con l'Anas dai concessionari autostradali "*alla data del 31 luglio 2010*" – caso esemplare di regolarizzazione "pro-attiva"¹⁷⁰. Sta di fatto che delle 23 società concessionarie nazionali al momento solo due lo sono in forza di procedure a evidenza pubblica e che per oltre il 70% della rete autostradale complessiva le concessioni in essere scadranno dopo il 2030¹⁷¹.

Le concessioni aeroportuali più importanti sono state affidate con leggi speciali fin dagli anni '60 del secolo scorso¹⁷² e le altre, sempre direttamente, in via amministrativa. Così nel 1993 è stata emanata una norma per la costituzione di società di capitali, nel 1995 per rimuovere il vincolo di partecipazioni maggioritarie pubbliche (statali, regionali o locali) e stabilire che le concessioni sono rilasciate per un massimo di 40 anni dal Ministero dei trasporti e della navigazione, nel 1997 per la trasformazione delle concessioni parziali in essere in concessioni di gestione totale¹⁷³.

La concessione della rete ferroviaria nazionale è stata affidata a Ferrovie dello Stato con decreto ministeriale del 1993 e adeguata nel 2000 per un periodo di 60 anni¹⁷⁴. A seguito del riassetto societario del Gruppo, la concessione è stata trasferita nel 2001 a Rete Ferroviaria Italiana. La peculiarità del caso è, per un verso, che RFI è proprietaria dell'infrastruttura e, per altro verso, che la concessione non prevede la devoluzione degli asset al concedente alla sua scadenza - combinato disposto che contribuisce a rendere viepiù complessa l'operazione di privatizzazione *in fieri*.

¹⁶⁷ Relativamente alle concessioni nei mercati dell'energia, del gas, delle telecomunicazione e dei sistemi idrici (legge 481/95, art. 2, commi 1 e 35).

¹⁶⁸ Legge 537/93, art. 10, commi 6 e 8.

¹⁶⁹ Il terreno è stato propiziato dalla citata direttiva Costa-Ciampi (DM 283/98, artt. 2 e 3) che consentiva il prolungamento delle concessioni a definizione del contenzioso per il recupero di mancati adeguamenti tariffari e per il completamento dell'ammortamento degli investimenti realizzati o in corso.

¹⁷⁰ "*Sono approvati tutti gli schemi di convenzione con la società ANAS S.p.a. già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data del 31 luglio 2010*" (d.l. 59/2008, art. 8-duodecies, comma 2). Lo stesso comma consente ai concessionari di optare per un regime tariffario semplificato, consistente in un *price cap*, per tutta la durata della concessione, pari a una quota dell'inflazione reale. Formula semplificata quanto priva di senso, posto che implicitamente lega l'obiettivo di produttività a un driver totalmente sconnesso da esso.

¹⁷¹ Cfr. al riguardo Autorità di regolazione dei trasporti, Primo rapporto annuale al Parlamento, luglio 2014, pp. 48-49.

¹⁷² In ordine cronologico: Genova e Milano Linate/Malpensa (legge 194/62), Torino Caselle (legge 914/65), Roma Ciampino/Fiumicino (legge 755/1973), Bergamo Orio al Serio (legge 746/75), Venezia Tessera/Treviso (legge 938/86).

¹⁷³ Rispettivamente, legge 537/93, art. 10, comma 13, d.l. 251/95, art. 1, commi 1.bis e 1-quater, DM 521-T/1997. Il regolamento di cui al DM citato prevede: (i) in via prioritaria l'affidamento diretto fino a 40 anni della gestione totale alle società attualmente in gestione parziale, previa trasformazione in S.p.A. e adeguamento del capitale sociale (art. 7); e (ii) solo in via subordinata (sic!) l'affidamento della gestione totale mediante procedure di gara, qualora i soggetti di cui al punto precedente non avessero fatto richiesta o non avessero ottemperato alle condizioni previste (art. 8).

¹⁷⁴ Rispettivamente, DM 225-T/1993 e 138-T/2000.

I porti sono un'altra storia, disciplinata dalla legge 84/1994 che tuttora resiste ai tanti disegni di legge che si sono susseguiti nel corso delle legislature, e affidati alle cure delle Autorità portuali, enti non economici di diritto pubblico vigilati dal MIT, che talvolta sommano alle competenze concessorie e regolatorie funzioni di natura industriale e commerciale¹⁷⁵. Mancano nelle norme vigenti e in fieri disposizioni che disciplinino le funzioni dell'Autorità di regolazione dei trasporti rispetto a quelle delle Autorità portuali: l'unico riferimento nella legge istitutiva dell'ART è quello, di valenza generale, relativo a garantire l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture (anche) portuali¹⁷⁶; quanto alla normativa in fieri nell'ennesimo disegno di legge di riforma della legislazione portuale (AS 370 del 2013) non si trova menzione alcuna all'Autorità dei trasporti.

Insomma, le norme che prevedono procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni¹⁷⁷ sono arrivate quando ormai gli affidamenti erano stati effettuati o prolungati, o ispirate al principio "da qui a un po' in poi". Illuminante al riguardo è la legge 57/2001, che sancisce *ex post* in modo tombale la validità delle proroghe delle concessioni già "dichiarate" nel corso di procedure di dismissione di partecipazioni pubbliche¹⁷⁸.

In effetti il massimo della concorrenza si è avuta - nelle operazioni più importanti di privatizzazioni statali - con PPP contrattualizzati realizzati nella forma del PPP istituzionalizzati (si veda la sezione 2.2.2): in altre parole, sostanzialmente con "gare a doppio oggetto" per la cessione della totalità delle partecipazioni pubbliche. Queste operazioni avrebbero potuto avere effetti equivalenti a quelli degli affidamenti competitivi - la selezione competitiva del soggetto a cui attribuire la responsabilità della gestione. L'equivalenza delle due soluzioni dipende però dalla gerarchia degli obiettivi che persegue chi cumula le vesti del concedente e dell'azionista uscente: (a) fare più cassa possibile e il prima possibile; (b) assicurare agli utenti le tariffe più basse possibile e il prima possibile; (c) promuovere lo sviluppo equilibrato a lungo andare della capacità infrastrutturale. Dato che i tre obiettivi sono chiaramente in conflitto bisogna scegliere. Nelle maggiori privatizzazioni nel settore dei trasporti - quella di Autostrade S.p.A. e di Aeroporti di Roma S.p.A., avvenute rispettivamente nel 1999 e nel 2000 con la cessione integrale a un nucleo stabile di azionisti e parallelo prolungamento della durata delle concessioni - lo Stato non ha mostrato la lungimiranza che avrebbe dovuto, realizzando le operazioni sostanzialmente in funzione degli obiettivi di finanza (certo, pubblica) anziché di quelli di politica di sviluppo a lungo termine. Ne hanno fatto le spese gli investimenti con un cospicuo seguito di contenziosi per presunta violazione del legittimo affidamento.

La prima lezione che si dovrebbe trarre è che lo Stato che si comporta nella logica del "venditore privato di mercato" (come peraltro prescritto, sia pure per le concessioni, dalla direttiva 2014/23/UE, art. 41, par. 1) non è virtuoso quando cede con *asset* essenziali per il Paese - un venditore per di più disonesto per l'opacità della regolazione tariffaria o delle regole cambiate in corso d'opera. La seconda lezione è che a un eccesso segue l'eccesso opposto: cambiamenti di regole in corsa (limitatamente a quelli penalizzanti) vengono inevitabilmente percepiti da chi se ne sente vittima come crediti da portare all'incasso con il governo seguente, con l'aggiunta di cospicui interessi, e ci riesce se le istituzioni (parlamento, governo, regolatore, ecc.) sono deboli. L'attuale blindatura per tutta la loro durata di alcune delle concessioni più importanti è dichiaratamente lo scudo contro futuri cambiamenti di regole o interpretazioni di esse: al di là delle strumentalizzazioni, è lo specchio della sfiducia che lo Stato si è guadagnato. La vicenda delle concessioni autostradali post eccessi "dipietristici" e quella dei contratti aeroportuali in deroga post eccessi della legge sui requisiti di sistema stanno a dimostrarlo¹⁷⁹. L'opacità

¹⁷⁵ Si vedano al riguardo i rilievi e le proposte emendative nella segnalazione AGCM per la legge sulla concorrenza per il 2015, come molte altre ignorate nel testo presentato al Parlamento. Cfr. anche M.Maresca, cit.

¹⁷⁶ D.l. 201/2011, art. 35, comma 2, lettera a).

¹⁷⁷ Per le autostrade, si veda il d.l. 59/2008 che al comma 2-ter dell'art. 8-duodecies fa rinvio alle procedure fissate dal d.lgs. 163/2006, artt. 144 (affidamenti) e 153 (finanza di progetto). Per la precisione il principio del ricorso alla gara era stato da tempo fissato dall'art. 5 della direttiva Costa-Ciampi, cit. Per le gestioni aeroportuali, dal 2005 l'art. 704 il codice della navigazione (riformato dal d.lgs. 96/2005, art. 3, comma 1) stabilisce che le concessioni siano affidate con gara ad evidenza pubblica per un massimo di 40 anni; tuttavia il medesimo d.lgs. ne ha contemporaneamente sospeso l'operatività per le concessioni in essere e per le istanze di concessione presentate prima dell'entrata in vigore della norma (art. 3, comma 2).

¹⁷⁸ "L'articolo 14, commi 3 e 4 del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 [relativi alla proroga per un periodo non inferiore a venti anni delle concessioni in essere] si applica [...] ai soggetti [...] la cui proroga sia stata dichiarata, all'entrata in vigore della presente legge, nei prospetti informativi di vendita di partecipazioni dirette o indirette dello Stato, in Italia e all'estero" (art. 10, comma 1).

¹⁷⁹ Basti pensare alla clausola del silenzio-diniego per l'aggiornamento dei pedaggi autostradali di "dipietristica" memoria o a quella (d.l. 203/2005, art. 11-nonies) che prevede la scrematura di almeno il 50% del margine sulle attività aeroportuali di natura commerciale: norma,

e l'inefficienza del sistema regolatorio pre- e post-privatizzazioni ha portato a generose riparazioni, ufficialmente in nome dello scambio fra impegni di investimento e "bancabilità" dei contratti di programma, a sua volta tradottasi in blindatura degli stessi a condizioni non sempre proporzionate, in rinnovi delle concessioni, ecc. Si è così assistito a un triplice fallimento della regolazione: la regolazione ha fallito prima generando incertezze, l'opposto di quello che dovrebbe prefiggersi; e ha doppiamente fallito dopo, nell'*over compensation* dei suoi passati eccessi e - in forza della blindatura - nella rinuncia a esercitare pienamente la sua funzione per qualche decennio a venire.

Più complessi ancora i rapporti fra regolatore e concedenti. Fermo restando che la titolarità delle concessioni resta in mano agli organi di governo, il regolatore dovrebbe poter avere voce in capitolo su vari versanti. Uno è quello dei programmi di investimento, posto che impattano sull'accesso alle infrastrutture: in termini di prezzi, in caso di sovra-investimento; in termini di qualità e di restrizione della concorrenza nel caso opposto. L'altro riguarda l'oggetto degli affidamenti ("l'ambito ottimale di gestione", secondo i criteri indicati nella sezione 3.2.2, la durata e i contenuti delle convenzioni. Questa competenza è in parte prevista dalla legge istitutiva dell'ART per le nuove concessioni autostradali¹⁸⁰ mentre dovrebbe essere estesa a tutte le nuove concessioni, indipendentemente dalla modalità, ed eventuali relative proroghe.

SUBCONCESSIONI DI SERVIZI

Ancora, è terreno di confine fra concedente e regolatore quello delle sub concessioni di spazi o di pertinenze delle infrastrutture in concessione. La questione investe più aspetti e comparti del trasporto.

Per un verso, a vent'anni dalla legge 84/1994 la regolamentazione delle concessioni di aree e banchine portuali è ancora "fluida", posto che il regolamento ministeriale previsto dall'art. 18 della legge non è mai stato emanato¹⁸¹. Ne è risultato un quadro in cui le concessioni sono state non di rado affidate in via diretta e con durata ingiustificatamente lunga. Anche canoni concessori, legati al valore patrimoniale degli *asset*, sono spesso svincolati da obiettivi di efficienza¹⁸².

Per altro verso le subconcessioni di aree aeroportuali per attività commerciali e di aree di servizio sulle autostrade. Per le prime manca allo stato una norma che obbliga alle gare¹⁸³, mentre per la seconda esiste un obbligo al riguardo. Benvenuta la concorrenza per il mercato, ma non basta. Se infatti le condizioni di gara non vengono regolamentate da un soggetto terzo ma lasciate alla discrezionalità del concessionario (come è adesso) la concorrenza per il mercato non si traduce in vantaggi per i consumatori¹⁸⁴ ma in rendite monopolistiche^{185,186}. Né a dire che tali rendite vengano poi comunque scremate a favore della collettività, posto che per gli aeroporti il modello del "mezzo *single till*" introdotto dal d.l. 203/2005 è stato sterilizzato, mentre i gestori autostradali retrocedono al concedente una quota trascurabile degli introiti da subconcessioni¹⁸⁷. Da notare il paradosso per il quale

quest'ultima, in astratto corretta se non fosse che andava a colpire anche società (quali appunto AdR) che erano state privatizzate pochi anni prima a condizioni che non scontavano questo prelievo.

¹⁸⁰ L'ART è competente a "definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto" (d.l. 201/2011, art. 37, comma 2, lettera g).

¹⁸¹ Alcuni indicatori sui criteri per l'affidamento delle concessioni sono rinvenibili nella Circolare del Ministero dei Trasporti e della Navigazione n. 41 Prot. 5171760 del 06 maggio 1996 e possono essere così sintetizzati: istituzione di un sistema di gare per l'assegnazione della concessione demaniale; adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la selezione del concessionario; fissazione di un canone annuo pari almeno ad un ventesimo del valore dell'area, delle strutture e degli impianti non rilevati, dedotta l'entità degli investimenti strutturali; incremento del canone effettivo, dopo il quarto anno, pari al 5% annuo o alla maggiore misura ricavabile in base agli indici Istat.

¹⁸² Cfr. Al riguardo L.Torchia (ed.), *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, Astrid, Roma 2013, pp. 24-26.

¹⁸³ Una norma in tal senso è stata proposta dall'AGCM nella segnalazione per la legge sulla concorrenza del 2015 ma non risulta allo stato recepita.

¹⁸⁴ Basti guardare al differenziale fra i prezzi del carburante praticati sulle autostrade (dove pure esiste concorrenza fra gestori, considerata anche la densità delle aeree di servizio) e quelli fuori autostrade.

¹⁸⁵ A mero titolo di esempio, le ventidue gare per concessioni di servizio di ristoro in altrettante aree di servizio sull'autostrada del Brennero, bandite nel 2006, sono state aggiudicate con una royalty media sul fatturato del 41% e con punte del 49%. Di questa concorrenza non regolamentata non hanno certamente beneficiato i consumatori.

¹⁸⁶ Magari degenera in cartelli "difensivi" dei partecipanti alle gare per tentare di bilanciare lo strapotere di mercato dei concessionari: ovvio che i cartelli vadano sanzionati (cfr. al riguardo AGCM, provvedimento 25435 del 22 aprile 2015), ma vi è da chiedersi a vantaggio di chi, fino a che i concessionari mantengono il potere di autoregolamentazione delle condizioni di gara.

¹⁸⁷ L'art. 17 della convenzione unica fra ANAS S.p.A. e Autostrade per l'Italia S.p.A., stipulata il 18 ottobre 2007, prevede un canone di subconcessione da versare al concedente MIT del 5% "su tutti i ricavi conseguiti dalle sub-concessioni sul sedime autostradale e dalle altre

concessionari non selezionati mediante procedure di gara siano essi stessi beneficiari di meccanismi di gare di “secondo livello”. E’ questa materia che, seppure espressamente menzionata per le sole autostrade¹⁸⁸, altre più generali disposizioni della legge istitutiva sembrano attribuire all’ART una competenza che oltrepassa lo specifico comparto.

I SERVIZI INTERMEDI

Sono quei servizi che utilizzano le infrastrutture come input e che sono forniti alle imprese di trasporto, assoggettati alla competenza dell’Autorità di regolazione nella misura in cui non siano liberalizzati. Le fattispecie che qui possono rilevare sono le operazioni portuali, l’*handling aeroportuale* e i servizi ferroviari di manovra. L’eventuale natura di SIEG deriva dalle caratteristiche indicate nelle sezioni precedenti.

In linea di principio rientrano fra i SIEG quelli che costituiscono parte integrante ed essenziale dei compiti del concessionario, con esclusione di quelli che si configurano come un mercato contiguo ma distinto dalla gestione dell’infrastruttura¹⁸⁹. Le pronunce citate si riferivano all’*handling aeroportuale*, prima ancora della sua liberalizzazione, ma hanno valenza più ampia.

Restando all’*handling aeroportuale*, a seguito della liberalizzazione¹⁹⁰ i relativi servizi sono svolti in regime di autorizzazione e in concorrenza, ed è riconosciuto il diritto all’autoassistenza. Salvo il caso in cui il gestore aeroportuale sia tenuto a fornirli come prestatore di ultima istanza, ciò che può accadere dove – in linea di diritto o di fatto – non esitano operatori terzi interessati oppure valgano le limitazioni di cui all’art. 12, comma 1, lettera a), del d.lgs. 18/1999. Tuttavia, fra le tante sovrapposizioni di funzioni create dall’accavallarsi di norme non coordinate, anche a questo riguardo è materia di discussione se e in quali casi la competenza spetti all’ART o all’ENAC¹⁹¹.

Diversamente dalle operazioni portuali¹⁹², che sono svolte da soggetti terzi in regime di autorizzazione, per le operazioni tecnico-nautiche, quali il pilotaggio, il rimorchio e l’ormeggio, la giurisprudenza comunitaria non disconosce il carattere di SIEG¹⁹³. Queste operazioni sono soggette nei porti italiani a concessione ex art. 101 del codice della navigazione e 14 della legge 84/1994. Tuttavia, come suggerisce l’AGCM nella più volte citata segnalazione per la legge sulla concorrenza, la sicurezza dei servizi potrebbe essere garantita anche conciliandola con la concorrenza nel mercato fra un numero limitato di operatori, così come con il diritto all’autoproduzione¹⁹⁴.

L’individuazione della natura dei servizi di manovra dei treni nelle stazioni e nei terminal ferroviari dovrebbe poter seguire i criteri dianzi indicati: sono SIEG se sono parte integrante ed essenziale dei compiti del concessionario dell’infrastruttura, vale a dire, se rientrano nel pacchetto di base dei servizi da garantire a condizioni eque e non discriminatorie. Così era in forza dell’art. 20, comma 2, lettera g) del d.lgs. 188/2003. La previsione è stata tuttavia derubricata da obbligo incondizionato a obbligo condizionato - su richiesta e “*ove disponibili*” - dall’art. 62 della legge 99/2009. Il *downgrade* operato dalla norma citata è legittimo alla luce dei principi generali comunitari (sta agli Stati definire il perimetro dei SIEG), così come rispetto alle previsioni della direttiva Recast che ha ristretto il pacchetto minimo di servizi da garantire, rispetto..., introducendo la figura dell’“operatore di impianto di

attività collaterali svolte [...]” e del 20% per le nuove aree di servizio entrate in funzione successivamente alla stipula della convenzione. Risulta che tali condizioni siano mutate dalle convenzioni con altri concessionari.

¹⁸⁸ L’Autorità è competente “con particolare riferimento al settore autostradale [...] a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni” (d.l. 201/2011, art. 27, comma 2, lettera g).

¹⁸⁹ In questo senso cfr. decisione della Commissione UE del 23 gennaio 1985, *Olympic Airways*, CGE, causa C-18/88, *RTT-GB*, e causa C-320/91, *Corbeau*. Cfr. anche AGCM, provvedimento 1845 (A56) del 16 marzo 1994, *SEA*.

¹⁹⁰ Direttiva 95/97/CE e d.lgs. 18/1999 di recepimento.

¹⁹¹ Stando al combinato disposto delle norme vigenti, l’uso delle infrastrutture centralizzate, dei beni di uso comune e di quelli in uso esclusivo per servizi di assistenza a terra dovrebbe essere disciplinato su due distinti binari: (i) dall’ART, ex art. 72, comma 1, del d.l. 1/2012, nel caso in cui i richiedenti (gli “utenti”) siano vettori aerei in autoproduzione e (ii) ex d.lgs. 18/1999, dunque dall’ENAC, negli altri casi.

¹⁹² Cfr. la nota sentenza della CGE, C- 179/90, *Porto di Genova*, in particolare punto 27, sulla natura non SIEG delle operazioni portuali (nel caso sottoposto alla Corte).

¹⁹³ Cfr. CGE, causa C-18/93, *Corsica Ferries* (pilotaggio), dove la Corte non ha questionato l’attribuzione di diritti esclusivi ex art. 106 TFUE ma ha sanzionato l’applicazione di condizioni discriminatorie in funzione della nazionalità delle navi; per le operazioni di ormeggio si veda la causa C-266/96, *Corsica Ferries*, punto 47.

¹⁹⁴ Cfr. al riguardo M. Maresca, cit., pp. 53-62.

servizio”¹⁹⁵. Va da sé che se il gestore dell’infrastruttura seguita a fornire tale servizio è tenuto a offrirlo a tutti i richiedenti.

UN SISTEMA REGOLATORIO INTELLIGENTE

Il sistema regolatorio non dovrebbe sommare ai rischi propri del mercato rischi regolatori sproporzionati. Affinché raggiunga questo obiettivo il sistema deve essere “certo”, caratterizzato da regole relativamente stabili (meglio se buone - il che non vuol dire che debbano essere blindate) e da un’articolazione delle competenze chiara, non barocca, snella, efficiente e terza. Limitandomi qui all’architettura istituzionale, un’Autorità settoriale indipendente ha più frecce al suo arco a condizione che, fra le altre, si configuri come “sportello unico” all’interno del quale si completi il processo regolatorio.

La regolamentazione comporta costi economici considerevoli per le imprese e per la pubblica amministrazione, così come limitazioni della libertà imprenditoriale. Una regolazione ingiustificatamente rigida e invasiva è inefficiente e inutilmente costosa. La discussione su quale regolazione applicare dovrebbe partire dalla “*non-regulation option*” (o dalla *shadow regulation*) e solo una volta esclusa l’opportunità di ricorrervi andrebbero studiate forme di regolazione *ex ante*, in stretta aderenza al principio di proporzionalità, con il minimo di intrusività compatibile con gli obiettivi che si vogliono perseguire e guardando anche al lungo periodo¹⁹⁶, posto che una regolazione orientata solo al breve periodo rischia di fallire nel promuovere concorrenza, competitività e sviluppo a lungo andare che, proprio nell’interesse dei consumatori, dovrebbero essere le sua finalità ultima. Per entrambi i versi una regolazione stupida.

In ambito europeo si tende sempre più a promuovere, in materia di prezzi, il passaggio da un approccio *command and control* a quello della regolazione indiretta, tesa a fissare criteri di *pricing* a cui i gestori debbono attenersi, salvo intervenire in caso di mancato rispetto di essi. Laddove esistano controparti organizzate dei gestori (come in campo aeroportuale) a criteri di negoziazione fra le parti basate sulla *threat of shadow economic regulation*¹⁹⁷ e solo in ultima istanza sull’intervento coercitivo dell’organismo di vigilanza, chiamato a dirimere disaccordi. Essenziale che la regolazione si basi su sistemi incentivanti l’efficienza e la qualità, su di una corretta allocazione dei rischi e su aggiornamenti tariffari che evitino rinvii al futuro di oneri per gli utenti (una mala pratica che ha contribuito a giustificare la proroga delle concessioni).

Purtroppo il quadro normativo oggi non assicura il perseguimento di questi criteri e rischia di disperdere parte dei potenziali benefici di un’Autorità “unica” di settore:

- in quanto alle sue competenze si sovrappongono quelle di altre amministrazioni, come già evidenziato;
- in quanto l’armonizzazione fra i modelli tariffari e dell’accesso è preclusa da norme di legge: in campo autostradale convivono più modelli di pedaggio e la competenza dell’ART è limitata alle sole concessioni affidate (da affidarsi) successivamente alla sua istituzione; in materia aeroportuale, anche in forza del d.l. sblocca Italia, i contratti di programma in deroga (che riguardano circa l’80%) del traffico aeroportuale italiano, restano di competenza di ENAC e MIT;
- in quanto la valorizzazione delle priorità e della concorrenza fra modalità, così come della complementarietà e delle sinergie fra di esse - la regolazione di sistema - è resa complessa da norme vigenti e da quanto ai punti precedenti¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Direttiva 2012/34/UE, in particolare art. 13, comma 3, e allegato II, punto 2, lettera c).

¹⁹⁶ Sulla falsariga di quanto previsto dalla normativa comunitaria per i mercati delle comunicazioni elettroniche (cfr. raccomandazione della Commissione 2003/311/CE. In base ad essa possono essere regolati *ex ante* esclusivamente quei mercati che non superano cumulativamente le condizioni del c.d. *triplo test*: (a) elevate e non transitorie barriere all’entrata; (b) assenza di tendenze verso lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel medio periodo; (c) insufficienza del diritto della concorrenza a risolvere i fallimenti del mercato.

¹⁹⁷ Come argomentato dalla Commissione europea, il successo della regolazione via negoziazione riposa largamente “*on threat of shadow economic regulation*”, questa agendo “*as a powerful incentive on the unregulated airport to behave responsibly without having the associated administration costs of a fully-fledged price-capped regime*” (European Commission, *Commission Staff Working Document - Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on airport charges, Full Impact Assessment*, 24.01.2007, COM (2006) 820 p. 9).

¹⁹⁸ Su questi aspetti cfr. capitoli 2.7 (M. Ponti, *La regolazione unitaria dei trasporti*) e 2.8 (M. Ponti, *La regolazione delle esternalità*).

PREMESSA

La materia dei servizi di interesse economico generale è particolarmente complessa e dibattuta, a causa della difficoltà di perimetrare i servizi che rientrano nella fattispecie, della forte incidenza di obiettivi di coesione sociale e territoriale, delle implicazioni in materia di concorrenza e di finanza pubblica, della valutazione circa la fallibilità dei mercati, della confluenza in essa di norme e competenze variegate, comunitarie, nazionali e locali (sezioni 1-2): problematiche più vive ancora nei trasporti (sezione 3.1). Per tali ragioni il compito del regolatore del settore è particolarmente complesso e richiede, per un verso l'utilizzo degli strumenti – diretti e di *advocacy* – a disposizione, per altro verso adeguamenti dell'attuale quadro normativo.

Indipendenza non significa autoreferenzialità. La regolazione economica si svolge all'interno di politiche industriali e sociali dirette a combinare la competitività con la concorrenza (che non necessariamente vanno d'accordo almeno nel breve periodo), con la protezione dei consumatori in un arco di tempo “ragionevole” e con obiettivi di coesione sociale e territoriale: obiettivi non facili da riconciliare nel breve periodo, cosicché la scelta delle priorità non può che essere politica. Il riferimento è qui in particolare alle priorità infrastrutturali, alla definizione dei livelli essenziali dei servizi e dei parametri del servizio universale, alle scelte relative all'imposizione di obblighi di servizio pubblico, al rilascio di concessioni e autorizzazioni, alla definizione degli standard di sicurezza, ovviamente all'allocazione di risorse pubbliche.

Spettano a “Cesare” le scelte che hanno a che fare con la mediazione fra interessi diversi e contrastanti all'interno della collettività, tanto più quando comportino l'erogazione di finanziamenti pubblici. Funzione dell'ART in questi casi dovrebbe essere di fornire la cornice regolatoria che permetta scelte politiche consapevoli e trasparenti: in primis, la definizione di criteri di determinazione dei costi efficienti di investimenti e servizi, e dei diversi menu di scelte pubbliche che da essi possono conseguire, così come della relativa sostenibilità per gli utenti e per la concorrenza. Di qui un ulteriore elemento a favore dell'indipendenza delle autorità, a evitare che le scelte politiche siano autoreferenziali. Fermo restando tuttavia che la decisione ultima spetta alla politica e che non spetta invece all'autorità indipendente la “vigilanza” su tali scelte.

Pur con molti elementi comuni, il capitolo ha tentato di affrontare la materia dei SIEG distinguendo i servizi finali di trasporto da quelli infrastrutturali. Qui di seguito si mantiene la medesima impostazione dando conto delle principali conclusioni.

SERVIZI FINALI DI TRASPORTO

1. Presupposto di legittimità dell'attribuzione di diritti esclusivi o speciali – a soggetti terzi così come *in house* - è l'accertamento che i relativi servizi costituiscano SIEG, vale a dire, che non sarebbero forniti dal mercato a condizioni coerenti con gli obiettivi di interesse generale a cui sono rivolti (sezioni 2.1 e 3.2.1).
2. Ove la verifica di mercato dia risultato negativo, le modalità di fornitura debbono comportare le misure meno restrittive possibile alla concorrenza, compatibilmente con gli obiettivi perseguiti, inclusa il riconoscimento di diritti speciali anziché esclusivi (sezione 3.2.1).
3. La scelta delle modalità di affidamento di diritti esclusivi – compresi gli affidamenti *in house* - va effettuata sulla base di un'analisi comparativa di efficacia rispetto gli obiettivi di interesse generale, ivi inclusa la minimizzazione dei costi a carico della collettività (sezioni 2.2 e 3.2.2).
4. La scelta dell'oggetto degli affidamenti deve avere per obiettivo di massimizzare l'efficienza e l'economicità della gestione, al tempo stesso salvaguardando la concorrenza possibile. Ciò può essere ottenuto con lotti di affidamento di dimensione minima efficiente.
5. Come indicato dalla Corte costituzionale con le sentenze 325/2010 e 199/2012, questi obblighi non sono venuti meno con l'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, poiché discendono dalla normativa comunitaria.

6. La discrezionalità che la normativa comunitaria riconosce alle Amministrazioni concedenti è nella ponderazione degli obiettivi associati alle diverse scelte, non nella assoluta libertà di queste ultime.
7. Dovrebbe spettare all'ART – in forza della legge istitutiva e, più in generale, essendo gli aspetti indicati connessi alla concorrenza e al buon funzionamento dei mercati - l'indicazione dei criteri di valutazione al riguardo.
8. Le Amministrazioni concedenti debbono dunque motivare le proprie scelte in ordine a tutti i principi menzionati sopra, renderle pubbliche e sottoporle al parere dell'ART affinché ne verifichi la coerenza con i criteri da essa indicati e l'eventuale esistenza di manifesti errori di ponderazione.
9. Opportuno in questo contesto sarebbe estendere all'ART i poteri che l'art. 21-bis della legge 287/1990 attribuisce all'Autorità della concorrenza, che vanno ben oltre quelli che la legge istitutiva (art. 37, c. 3, lett. c) le assegna in ordine alla facoltà di proporre alle amministrazioni competenti la sospensione o la revoca di atti di concessione, convenzioni e contratti di programma.

SERVIZI INFRASTRUTTURALI

1. Rientrano fra i SIEG i servizi infrastrutturali che si configurano come *essential facilities* e che rispondono ai criteri indicati nelle sezioni 2.1, 2.3 e 3.3
2. Vale per essi quanto ai punti 4-5-6-7-8-9 sopra.
3. La quasi totalità delle concessioni di costruzione e gestione delle infrastrutture di trasporto è stata finora attribuita in via diretta.
4. Il massimo della concorrenza per il mercato è stato realizzato con il ricorso a privatizzazioni di società concessionarie, in un quadro di opacità regolatoria che si è infine tradotta in ingiustificati benefici per i concessionari. Inoltre le maggiori privatizzazioni statali in materia di infrastrutture di trasporto sono state realizzate con l'obiettivo prioritario di fare cassa per la finanza pubblica a scapito del più generale interesse per lo sviluppo a lungo andare della capacità e della qualità delle infrastrutture. E' auspicabile che in futuro affidamenti e privatizzazioni, statali e regionali, siano impostate tenendo conto in primo luogo di obiettivi di sviluppo a lungo andare. Ferme restando le competenze delle amministrazioni concedenti dovrebbe spettare all'ART dettare la "cornice regolatoria" adeguata a realizzare tali obiettivi (sezione 3.3.1).
5. E' essenziale che con lo scadere delle concessioni si eviti il ricorso a proroghe e si passi a un regime di affidamenti a evidenza pubblica. Nel rispetto dei vincoli imposti dalla normativa comunitaria, le proroghe andrebbero caso per caso accordate sulla base di valutazioni costi benefici per la collettività e per la durata strettamente necessaria. Dovrebbe rientrare fra le competenze dell'ART fornire il quadro di criteri al riguardo, fermo restando che le decisioni ultime restano in capo alle amministrazioni concedenti.
6. L'ART dovrebbe poter anche incidere sulle scelte di investimento, tenuto conto del loro impatto sulle tariffe e sulla concorrenza (sezione 3.3.1).

SISTEMA REGOLATORIO DEI TRASPORTI

1. L'assetto regolatorio attuale è tutt'altro che ottimale a causa del mantenimento di competenze in materia direttamente o indirettamente in capo all'esecutivo.
2. L'instabilità delle regole e i cambiamenti in corso hanno prodotto stasi degli investimenti e, in ultima analisi, si sono poi convertiti nella blindatura delle regole stesse, con generose "riparazioni". Occorre che lo sviluppo del settore sia propiziato da un sistema di regole tali da offrire ragionevoli garanzie contro rischi regolatori irragionevoli e da un regolatore credibile.
3. La qualità della regolazione dovrebbe poggiare sui seguenti standard: (i) minimizzarne i costi con misure le meno invasive possibili rispetto agli obiettivi; (ii) guardare agli effetti sul

medio/lungo periodo; (iii) agire in ottica di sistema dei trasporti, valorizzando le priorità, la concorrenza, le complementarità e le sinergie fra i diversi comparti.

4. Utili modifiche normative che permettano all'ART di rappresentare lo "sportello unico" di regolazione economica, fatto salvo il coordinamento con i livelli decisionali politici e gli impatti delle misure sulla finanza pubblica. La sua funzione dovrebbe essere – dettando la cornice di regolazione economica ed eventualmente esercitando il ruolo di *advocacy* - di contenere la discrezionalità delle scelte politiche e di renderle coerenti con la missione di promozione dell'efficienza e della concorrenza.

Marco D'Alberti e Cecilia Iacolucci

Il settore dei trasporti presenta particolare complessità. Per lungo tempo, nel nostro ordinamento giuridico, la mano pubblica ha coperto in tutta la sua ampiezza tale settore. Tuttavia, la forte presenza del potere pubblico, per quanto garanzia potenziale dei diritti dei cittadini nella loro qualità di “utenti”, non poteva più considerarsi sufficiente e idonea a garantire esigenze divenute ormai fondamentali, anche e soprattutto alla luce del diritto dell'Unione Europea. Il riferimento va alla ben nota esigenza di garanzie in termini di liberalizzazione e di concorrenzialità dei mercati.

Il legislatore è così intervenuto, nel 2011, traducendo l'esigenza descritta in termini concreti attraverso l'istituzione, con decreto legge n. 201/2011 – art. 37 –, dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) come autorità amministrativa indipendente, in armonia con la legge n. 481/1995.

Il sistema dei trasporti è tuttavia, forse proprio in virtù della sua importanza e complessità, soggetto ad una sorta di policentrismo normativo e amministrativo. In particolare permangono, accanto alle competenze attribuite all'ART, quelle di altre amministrazioni non indipendenti, presenti a livello nazionale, così determinandosi una situazione caratterizzata dal sovrapporsi di competenze (art. 37 del d.l. n. 201/2011).

Tale norma, istitutiva dell'ART, esordisce disponendo che “l'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione” (art. 37, comma 1, d.l. cit.). E sottolinea la finalità pro-concorrenziale della regolazione affidata all'ART (art. 37, comma 2, lett. a).

Subito dopo si prevede che restino ferme, in capo alle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, tutte le competenze diverse da quelle disciplinate dall'art. 37 della legge istitutiva dell'ART; la norma prosegue prevedendo che “in particolare, restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti” (art. 37, comma 4).

Inoltre, si stabilisce che “restano ferme le competenze del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'Economia e delle Finanze nonché del CIPE in materia di approvazione di atti di programma nonché di atti convenzionali, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica” (art. 37, comma 6-ter del d.l. citato, aggiunto dall'art. 36, comma 1, lett. f), d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012).

Infine, si fanno salve le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, oggi “Struttura di vigilanza sulle concessioni autostradali”, la quale esercita le ampie funzioni di cui alle lettere b)-f) del comma 2 dell'art. 36 del d.l. n. 98/2011 (art. 37, comma 2, lett. a)¹⁹⁹.

È necessario verificare come tutto ciò incida sul ruolo dell'ART, analizzando più nei dettagli le varie competenze dell'ART medesima e delle altre amministrazioni che regolano la materia dei trasporti.

L'ART, ai sensi dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011, è titolare di numerose funzioni e poteri. Per quanto attiene alle funzioni, tale Autorità ha competenze concernenti l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali; la corretta applicazione dei criteri per la fissazione di tariffe, canoni e pedaggi; le condizioni di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali; il contenuto minimo dei diritti, anche di natura risarcitoria, degli utenti; gli schemi dei bandi di gara per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni. L'ART esercita poi funzioni specifiche, dettagliatamente previste dal medesimo art. 37, nei diversi settori dei trasporti: dalle ferrovie, alle autostrade, agli aeroporti, al servizio taxi.

¹⁹⁹ L'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali è stata soppressa con decreto n. 341/2012.

Per quanto attiene ai poteri dell'ART, essi sono decisionali, consultivi, di indirizzo, di proposta, di analisi, di richiesta di informazioni, di sanzione e cautelari, nonché di natura quasi-giudiziale per la valutazione dei reclami di utenti e consumatori.

Molto rilevanti, dunque, sono le funzioni e i poteri attribuiti all'ART. Tuttavia, come si è detto, le norme prevedono il permanere, in capo ad altre amministrazioni italiane, di competenze ampie e in parte sovrapposte con quelle dell'ART appena elencate.

Si può partire dalle competenze regolatorie ad ampio spettro che spettano al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT). Il MIT, ai sensi dell' art. 42 d.lgs. n. 300/1999, esercita, tra l'altro, competenze di spettanza statale nelle seguenti aree: programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione delle reti infrastrutturali di interesse nazionale; navigazione e trasporto marittimo; vigilanza sui porti; demanio marittimo; sicurezza della navigazione e trasporto nelle acque interne; programmazione, previa intesa con le regioni interessate, del sistema idroviario padano-veneto; aviazione civile e trasporto aereo; trasporto terrestre, circolazione dei veicoli e sicurezza dei trasporti terrestri; sicurezza e regolazione tecnica; pianificazione delle reti, della logistica e dei nodi infrastrutturali di interesse nazionale, realizzazione delle opere corrispondenti e valutazione dei relativi interventi; funzioni e compiti di monitoraggio, controllo e vigilanza nelle aree di cui al comma 1, nonché – salve alcune eccezioni – funzioni di vigilanza sui gestori del trasporto derivanti dalla legge, dalla concessione e dai contratti di programma o di servizio. Si tratta di competenze che sostanzialmente coprono l'intero settore dei trasporti: dal trasporto aereo e marittimo fino a quello terrestre. Il d.lgs. n. 300/1999 utilizza formule ampie e omnicomprensive, sia pur limitatamente ai compiti di spettanza statale. Dal quadro delle descritte competenze del MIT, emerge chiaramente che esse rischiano di ridurre lo spazio decisionale dell'ART. Si tratta, infatti, di competenze che in larga parte potrebbero essere ritenute “ferme” in base alla lettera dell'art. 37 del decreto legge n. 201/2011.

Ma vi sono anche altre competenze governative da considerare. Innanzitutto, quelle del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE). In materia di trasporti, assumono particolare rilievo le competenze del CIPE relative al programma delle infrastrutture strategiche della c.d. “legge obiettivo”²⁰⁰, posto che nell'ambito di tale programma il Comitato approva i singoli progetti e assegna le risorse finanziarie, nonché le competenze relative ai piani d'investimento e convenzioni dei principali concessionari pubblici – quali RFI, ANAS, ENAC, ENAV – e privati – autostradali, aeroportuali, ferroviari, idrici e portuali. È evidente come anche per mezzo del C.I.P.E. il Governo continui ad avere un'ingerenza molto forte nel sistema dei trasporti nel suo complesso, incidendo sulla gestione delle infrastrutture e mantenendo un ampio potere in materia di avvio di nuove iniziative per mezzo dell'approvazione dei contratti di programma. Sono competenze che, per espressa disposizione, restano ferme (art. 37, comma 6-ter del d.l. n. 201/2011).

Va tenuto conto anche delle competenze dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), sottoposto alla vigilanza e al controllo del MIT. All'ENAC sono state attribuite le funzioni amministrative e tecniche prima spettanti alla Direzione Generale dell'Aviazione Civile (DGAC), al Registro Aeronautico Italiano (RAI) e all'Ente Nazionale gestione dell'aria (ENGA). L'ENAC, ai sensi del Codice della Navigazione, agisce come unica Autorità di regolazione tecnica, di certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile in Italia ed è titolare di competenze in materia di controllo della sicurezza e della qualità dei servizi, di vigilanza sull'attuazione della normativa del settore, di regolazione economica e di tutela dell'ambiente; ha il compito di favorire il processo di liberalizzazione e la corretta apertura alla concorrenza, svolgendo al contempo una precisa funzione di garante dell'equa competitività; monitora il mercato, vigilando sulla solidità economica dei soggetti imprenditoriali interessati e sul valore dei servizi che gli stessi forniscono. Si tratta dunque di un'amministrazione vigilata dal MIT che esercita poteri regolatori molto estesi in materia di aviazione civile. Ne segue che le competenze dell'ENAC interferiscono fortemente con le competenze dell'ART.

Per quanto riguarda il settore portuale, occorre far riferimento all'Autorità Portuale (AP), ente pubblico istituito con la l. n. 84/1994, sottoposto alla vigilanza del MIT. L'AP si occupa anzitutto di pianificazione territoriale dell'ambito portuale, individuando le caratteristiche e la funzione delle aree interessate, comprese quelle adibite alla produzione industriale, all'attività cantieristica e alle

²⁰⁰ L. n. 443/2001.

infrastrutture stradali e ferroviarie. Vi sono poi altre funzioni rilevanti, tra le quali: indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali e delle altre attività esercitate nei porti, anche in riferimento alla sicurezza rispetto a rischi di incidenti connessi alle attività in questione; nonché affidamento e controllo delle attività dirette alla fornitura di servizi di interesse generale, non strettamente connessi alle operazioni portuali. Ecco altre competenze che si intersecano con quelle dell'ART.

In definitiva, si è in presenza di una normativa sulle competenze caratterizzata da elevata complessità.

Per questo motivo si ritiene più che mai necessario adottare un criterio interpretativo idoneo a districare il complesso quadro attuale. Tale criterio potrebbe essere trovato legge n. 481/1995, istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Tale legge vale, in virtù di quanto previsto all'art. 2, comma 2, quale disciplina che contiene i principi generali per tutte le autorità di tale specie. E la stessa legge chiaramente prevede che in capo al Governo permangano poteri e funzioni di indirizzo generale, mentre spettano alle autorità indipendenti (art. 2, comma 14).

In coerenza con il principio che precede, l'art. 37 del d.l. n. 201/2011 andrebbe interpretato restrittivamente nella parte in cui stabilisce il permanere in vita di competenze regolatorie – non di indirizzo – in capo a soggetti diversi dall'ART.

Così, in materia di trasporti, il Governo e i Ministeri dovrebbero essere ritenuti titolari di generali poteri di indirizzo; quanto alle altre competenze governative, dovrebbero permanere in vita solo le competenze “diverse” da quelle attribuite all'Autorità di Regolazione dei Trasporti, come stabilito nell'esordio del comma 4 dell'art. 37 d.l. n. 201/2011, ma non anche quelle di vigilanza, controllo e sanzione previste nel prosieguo dello stesso comma 4, art. 37 d.l. n. 201/2011, che, come si è visto, non sempre sono diverse ma tendono a sovrapporsi a quelle dell'ART. È da ritenere che i poteri di programmazione e di approvazione dei contratti di programma rimangano, allo stato, in capo al CIPE e al MIT, poiché vanno oltre quelle attribuite all'ART (art. 37, comma 6-ter, del d.l. n. 201/2011).

Nel caso di dubbio in merito all'opportunità di attribuire una specifica competenza o un potere all'ART ovvero al Governo o ad altra amministrazione pubblica, la risposta deve essere trovata nel dettato dell'art. 2, comma 14, della l. n. 481/1995, ove è prevista l'imputazione all'autorità indipendente – nel nostro caso, dunque, all'ART – delle funzioni amministrative, relative alle sue attribuzioni, esercitate da organi statali e da altri enti e amministrazioni pubbliche, anche a ordinamento autonomo.

La necessità di giungere ad un quadro normativo chiaro sul riparto di competenze tra Autorità Indipendenti e strutture dell'esecutivo è stata confermata, di recente, anche in relazione alla legislazione francese nell'importante *Étude Annuelle 2015* del Conseil d'État, intitolato a *L'action économique des personnes publiques*. In tale studio si sottolinea con forza l'importanza delle Autorità Indipendenti, che anche in quel Paese hanno ormai raggiunto un'elevata expertise e competenza tecnica nelle attività regolatorie.

Per quanto attiene alle Regioni e agli altri enti locali territoriali è vero che l'art. 37, comma 1, del d.l. n. 201/2011 ne fa salve le competenze in ossequio al disposto dell'art. 2, comma 14, della l. n. 481/1995, tuttavia occorre evidenziare che spetta allo Stato l'adozione delle leggi che incidono sulla tutela della concorrenza e che permane l'esigenza di garantire, da parte dell'amministrazione centrale (ART, o altri soggetti, in base alla spartizione delle competenze sopra analizzata), l'uniforme fruibilità e diffusione del servizio a livello nazionale (art. 117, comma 2, lett. e, Costituzione, e art. 118, Costituzione).

In particolare, è stata già risolta la questione relativa alla piena legittimità costituzionale²⁰¹ – rispetto alle competenze regionali in materia di trasporti pubblici locali – della legge istitutiva dell'ART. Le Regioni sono infatti titolari di competenze legislative e amministrative in materia di trasporto pubblico locale (ivi compreso il trasporto ferroviario regionale), posto che si tratta di materia rientrante nelle competenze residuali ad esse attribuite ai sensi del quarto comma dell'art. 117 della Costituzione Italiana. Tuttavia, in materia di concorrenza non sussistono competenze in capo alle Regioni, essendo ambito di spettanza statale, devoluto, da parte dello Stato legislatore, alla competenza dell'ART. In virtù di tale ragionamento, supportato dalla giurisprudenza costituzionale, il prevalere delle competenze

²⁰¹ Corte cost., sent. n. 41/2013.

dell'ART, che sono finalizzate ad incentivare la concorrenza, deve considerarsi un imperativo: la Corte costituzionale ha sottolineato che la “finalità di garantire la promozione della concorrenza” va raggiunta “in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale”. Questo è il compito precipuo dell'ART.

Tra le amministrazioni pubbliche a cui sono attribuite funzioni in materia di trasporti rientrano poi anche Province e Comuni. Tuttavia, le competenze provinciali in materia di trasporti locali sono essenzialmente riconducibili a funzioni di mera gestione e non di regolazione. Competenze comunali rilevanti riguardano le licenze dei taxi. Ma quest'ultima competenza locale, poiché è stato sottolineato da più parti un deficit sul piano competitivo, deve essere esercitata nell'ambito di una regolazione indipendente e pro-concorrenziale, come è quella cui è chiamata l'ART.

In definitiva, in capo all'ART si ritiene debba essere necessariamente riconosciuta competenza esclusiva quanto alla regolazione pro-concorrenziale in materia di trasporti. Il Governo dovrebbe rimanere titolare essenzialmente del proprio potere di indirizzo in materia di trasporti, delle competenze effettivamente “diverse” da quelle dell'ART e delle attribuzioni del CIPE e del MIT sopra menzionate. Le Regioni dovrebbero rinunciare a tutte quelle funzioni legislative e amministrative in cui si imponga il tema della tutela e promozione della concorrenza; e gli altri enti locali territoriali dovrebbero subordinare le loro funzioni gestorie alla regolazione pro-concorrenziale dell'ART, finalizzata anche a garantire l'uniformità a livello nazionale.

Ginevra Bruzzone

2.4.1 PREMESSA

Nell'ordinamento italiano operano varie autorità indipendenti di garanzia e vigilanza con competenza trasversale in tutti i mercati: tra esse vi sono l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), la Consob, il Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici essenziali.

L'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) fa parte del diverso gruppo delle autorità indipendenti che hanno competenze limitate a specifici settori, tra cui vi sono anche la Banca d'Italia, l'Ivass, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e i servizi idrici.

Negli ambiti indicati dalla normativa l'ART ha il compito di definire la “cornice di regolazione economica”²⁰², applicando una serie di specifiche disposizioni e (facendo leva sulle previsioni della legge n. 481/1995) anche attraverso una più generale funzione di *advocacy* nei confronti del legislatore e delle autorità ai vari livelli di governo, con l'obiettivo di promuovere un quadro giuridico e scelte amministrative coerenti con le esigenze di efficienza e di efficacia.

Sia l'AGCM che l'ANAC svolgono compiti che per alcuni aspetti si avvicinano a quelli affidati dalla legge all'Autorità di regolazione dei trasporti. Queste due autorità, peraltro, sono espressamente richiamate dall'articolo 37 del decreto legge n. 201/2011 che istituisce l'ART indicando che le loro competenze “restano ...ferme e possono essere contestualmente esercitate”.

E' quindi utile analizzare se tra le funzioni di AGCM e ANAC da un lato e ART dall'altro vi siano ambiti di sovrapposizione o di possibile frizione. Laddove la risposta sia positiva, occorre approfondire come assicurare il buon funzionamento del sistema evitando duplicazioni di interventi e contrasti.

In premessa, va osservato che sia l'AGCM che l'ANAC, pur disponendo di un margine di discrezionalità tecnica nell'applicazione della normativa, non hanno compiti di regolazione economica. Rispetto a un'autorità di vigilanza e garanzia, per un'autorità di regolazione l'esigenza di tenere conto dei diversi obiettivi di politica pubblica (concorrenza, competitività, sviluppo sostenibile, aspetti sociali), nel breve e nel medio/lungo periodo, si pone in modo diverso e più complesso.

2.4.2 RAPPORTI CON L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA

2.4.2.1 APPLICAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST VERSUS REGOLAZIONE

RUOLO COMPLEMENTARE DELLE DISCIPLINE E CRITERI SOSTANZIALI

Le regole di concorrenza nazionali ed europee che vietano le intese tra imprese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante e istituiscono un sistema di controllo preventivo delle concentrazioni sono pienamente applicabili al settore dei trasporti²⁰³. Il *public enforcement* della disciplina è affidato alla Commissione europea e, in Italia, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Le disposizioni che vietano le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante sono anche direttamente applicabili, senza l'intervento di un'autorità amministrativa, nelle controversie tra privati davanti ai giudici nazionali (*private enforcement*).

²⁰² Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 41/2013.

²⁰³ Corte di giustizia, cause 209/84 et al., *Ministère Public v. Asjes ('Nouvelles Frontières')*, Racc. (1986) 1425; cfr. anche causa C-185/91, *Reiff*, Racc. (1993), I-5801. Per il diritto europeo il riferimento è agli articoli 101 e 102 TFUE e al regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004. Per il diritto nazionale le norme di riferimento sono gli articoli 2, 3 e 6 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

La possibile sovrapposizione con la regolazione si ha soprattutto in relazione al divieto di abuso di posizione dominante. La disciplina antitrust vieta alle imprese che detengono una posizione dominante, ossia un elevato e durevole potere di mercato, sia i comportamenti che escludono abusivamente i concorrenti dal mercato (cd. abusi escludenti), sia lo sfruttamento del potere di mercato tramite l'applicazione di prezzi o altre condizioni ingiustificatamente gravosi (cd. abusi di sfruttamento). La Commissione europea e l'Autorità garante sono intervenute ripetutamente nel settore dei trasporti sulla base del divieto di abuso di posizione dominante, a volte chiaramente in funzione di supplenza a fronte di un'inadeguata regolazione. Vi sono stati, in particolare, numerosi casi in cui l'autorità di concorrenza ha contestato abusi di posizione dominante in relazione alle condizioni di accesso alle infrastrutture²⁰⁴. In qualche caso è stata riscontrata anche l'applicazione da parte dell'impresa dominante di prezzi eccessivamente gravosi, fattispecie questa non frequente nella prassi antitrust proprio a causa della difficoltà, per un'autorità che non è di regolazione, di intervenire per porre rimedio a prezzi "eccessivi".

Va anche notato che, in seguito alla modernizzazione del diritto antitrust europeo realizzata con il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, sia la Commissione europea che le autorità nazionali di concorrenza possono chiudere i procedimenti attraverso le cosiddette decisioni con impegni, senza una formale constatazione dell'avvenuta infrazione. Se l'impresa, a fronte delle contestazioni da parte dell'autorità, propone rimedi atti a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali e l'autorità di concorrenza li ritiene adeguati, gli impegni possono essere resi obbligatori per l'impresa; in caso di successivo mancato rispetto, l'autorità di concorrenza potrà irrogare sanzioni. Lo strumento degli impegni si presta ad essere utilizzato in una prospettiva semi-regolatoria: le autorità di concorrenza a volte se ne sono avvalse come leva per anticipare, rispetto agli interventi di liberalizzazione, l'apertura alla concorrenza di alcuni mercati²⁰⁵. Le autorità di concorrenza fanno un analogo utilizzo, in funzione di regolazione pro-concorrenziale, anche delle misure correttive imposte alle imprese nel controllo delle concentrazioni come condizione per ottenere l'autorizzazione di operazioni suscettibili di ridurre significativamente la concorrenza.

Ora che nel sistema italiano esiste anche un'autorità di regolazione e controllo nel settore dei trasporti, occorre chiedersi come dovrebbe funzionare idealmente il sistema di *enforcement* in termini di ripartizione dei compiti tra regolatore e autorità di concorrenza.

Per rispondere è utile ricordare come a livello europeo, dove esisteva un consolidato sistema di regole antitrust, negli anni Novanta con l'avvio dei processi di apertura alla concorrenza dei grandi servizi a rete si sia ritenuto necessario adottare a complemento delle regole di concorrenza misure armonizzate di regolazione. La ratio è che per accompagnare la liberalizzazione, fino a quando restano situazioni di monopolio su alcuni segmenti, vi sono strumenti che possono risultare più efficaci dell'applicazione delle disposizioni generali antitrust. In particolare, possono essere utili regole dettagliate sulle condizioni di accesso alle infrastrutture, obblighi di trasparenza e separazione contabile, orientamento ai costi, *unbundling*, riduzione dei *switching costs* e così via. A dettagliati obblighi di condotta si accompagna l'esigenza di un sistema di vigilanza sui comportamenti che difficilmente un'autorità generalista può assicurare.

I criteri per identificare quando il comportamento di un'impresa dominante è abusivo sono stati progressivamente delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con l'obiettivo di assicurare una sufficiente prevedibilità nell'applicazione di una disciplina basata su nozioni generali ed astratte²⁰⁶ la cui violazione può comportare l'applicazione di ingenti sanzioni. Oltre a richiedere la verifica della sussistenza della posizione dominante, la giurisprudenza sancisce che per definire l'abuso si deve ricordare che oggetto di tutela non è il singolo concorrente dell'impresa dominante, bensì il processo concorrenziale. Non è quindi vietato all'impresa dominante competere, anche aggressivamente, ma solo competere con modalità diverse dalla concorrenza nel merito. In particolare, sono considerati "abusi escludenti" i comportamenti che ostacolano una concorrenza effettiva precludendo il mercato ai

²⁰⁴ Cfr. ad esempio, per quanto riguarda la Commissione europea, i casi *Sea Containers/Stena/Sealink* (1994); *Port of Rodby* (1994); *Port of Roscoff* (1995); *Flughafen Frankfurt/Main* (1998); *Aéroports de Paris* (T-128/98) *Deutsche Bahn* (2001), *GVG/FS* (2004).

²⁰⁵ Sul tema esiste un'ampia letteratura. Cfr. ad esempio Philip Lowe –Mel Marquis (a cura di), *European Competition Law Annual 2012–Competition, Regulation and Public Policy*, Hart Publishing.

²⁰⁶ Sono infatti nozioni generali ed astratte il divieto di comportamento abusivo, la limitazione della produzione a danno dei consumatori, l'applicazione di condizioni diverse a prestazioni equivalenti tale da determinare un ingiustificato svantaggio concorrenziale, e così via.

concorrenti “in modo anticoncorrenziale”, tale da avere un effetto negativo sulle variabili di concorrenza (maggiori prezzi, minore quantità, qualità, varietà, innovazione).

Per dimostrare che un comportamento dell’impresa dominante è un abuso escludente occorre quindi presentare una credibile “teoria del danno concorrenziale”, accompagnata da un’adeguata evidenza empirica. I criteri per valutare se un comportamento è abusivo sono poi declinati dalla giurisprudenza per le diverse tipologie di condotta escludente. Per la vicinanza con la regolazione la fattispecie di maggiore interesse è l’abuso consistente nel rifiuto di contrarre. Il rifiuto da parte dell’impresa in posizione dominante di concedere l’accesso a un input (ad esempio a un’infrastruttura) è considerato abusivo solo se sono soddisfatte tre condizioni:

- l’accesso è indispensabile per operare nel mercato in cui il concorrente compete con l’impresa dominante;
- il rifiuto non ha giustificazioni oggettive (ad esempio connesse ad esaurimento della capacità);
- il rifiuto è idoneo a eliminare una concorrenza effettiva dal mercato.

Questi requisiti hanno la funzione di assicurare il bilanciamento tra la tutela della concorrenza e il mantenimento di sufficienti incentivi a investire, sia da parte delle imprese dominanti che dei loro concorrenti.

Il diritto antitrust include tra le fattispecie potenzialmente abusive, oltre al rifiuto di concedere l’accesso e all’applicazione di condizioni di accesso discriminatorie che possono creare ingiustificati svantaggi ai concorrenti, anche la compressione dei margini (*margin squeeze*), ossia la condotta dell’impresa dominante che aumentando il prezzo di accesso a un input o riducendo il prezzo della propria offerta nel mercato a valle rende non profittevole per un’impresa altrettanto efficiente permanere sul mercato.

Comparando la disciplina dell’abuso di posizione dominante e la regolazione degli obblighi di accesso è interessante notare che quest’ultima può andare oltre la tutela del processo concorrenziale, per promuovere attivamente la concorrenza in un mercato liberalizzato. Su questa base si può ritenere che l’esistenza di un obbligo di accesso in base alla regolazione non dovrebbe esimere l’Autorità di concorrenza dal verificare, quando applica il divieto di abuso di posizione dominante, se a fronte della violazione della disciplina settoriale vi sono i presupposti per l’applicazione dell’articolo 102, in particolare se l’input è indispensabile per competere effettivamente sul mercato.

Per quanto riguarda gli abusi di sfruttamento, pur essendovi stati, anche nel settore dei trasporti, casi di applicazione del diritto antitrust, vi sono varie ragioni per ritenere che il diretto controllo dei prezzi e delle condizioni commerciali non debba essere il compito prevalente della politica di concorrenza. In generale la posizione dominante non è proibita in quanto tale; profitti elevati possono attirare nuovi concorrenti e in tal caso il mercato può essere in grado di correggersi da solo. In presenza di ostacoli strutturali al processo concorrenziale (ad esempio una situazione di monopolio naturale durevole) la regolazione ex ante, accompagnata da poteri di vigilanza, è una soluzione più appropriata.

Alla luce di queste considerazioni è chiaro che, rispetto all’applicazione del diritto antitrust, un’autorità di regolazione può svolgere un ruolo complementare in materia di accesso, trasparenza e controllo delle condizioni economiche applicate dalle imprese. Per tutti questi aspetti, l’attività di regolazione può utilmente prevenire la necessità di un intervento antitrust e costituire uno strumento più efficace.

A questo riguardo la normativa italiana affida all’ART il compito di:

- intervenire sulle condizioni di accesso alle infrastrutture, incentivando la concorrenza, l’efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti (decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 2, lettere a), h), i); decreto legge n. 1/2012, articolo 37);
- dettare criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e, se necessario per garantire la concorrenza, imporre la separazione contabile e societaria (articolo 37, comma 3, lettera b);
- definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza, i criteri per la fissazione delle tariffe da parte dei soggetti competenti, tenendo conto dell’esigenza di assicurare l’equilibrio economico delle imprese regolate, l’efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti.

Una questione interessante è se anche il compito del regolatore, così come quello di chi applica le regole antitrust, abbia dei chiari confini. Si è già osservato come, a differenza del divieto di abuso di posizione dominante, la regolazione possa mirare non solo a tutelare ma anche a promuovere la concorrenza: i confini, per questo profilo, quindi sono potenzialmente più ampi di quelli dell'applicazione delle regole antitrust. Anche rispetto alla regolazione proconcorrenziale, tuttavia, l'ordinamento contiene principi che delimitano la discrezionalità tecnica del regolatore: la normativa indica, sia per la regolazione delle condizioni di accesso che per gli interventi di contenimento dei prezzi, specifici criteri guida (concorrenza, efficienza produttiva delle gestioni, contenimento dei costi per gli utenti, equilibrio economico delle imprese regolate). Vi è poi, più in generale, il principio di proporzionalità degli interventi di regolazione, che costituisce un principio cardine dell'ordinamento. La raccolta di informazioni e valutazioni da parte di tutti i soggetti interessati attraverso la consultazione preventiva sugli atti di regolazione costituisce uno strumento fondamentale per assicurare che gli atti di regolazione siano adeguati e proporzionati.

Per completezza va notato alcuni ambiti di intervento del diritto antitrust nazionale ed europeo non sono coperti dalla regolazione e per essi il compito di tutelare la concorrenza spetta esclusivamente all'autorità antitrust, senza che il regolatore possa fungere da sostituto. Ciò avviene sia per il controllo ex post delle intese tra operatori sia per il controllo ex ante operazioni di concentrazione, che sono entrambi volti a evitare forme di integrazione che comportano una significativa restrizione della concorrenza sul mercato. Ma anche rispetto alle condotte dell'operatore dominante, solo il diritto della concorrenza e non la regolazione si occupa degli accordi di esclusiva, della compressione dei margini, degli sconti, delle condotte di tying e bundling.

E' quindi comprensibile che la Corte di giustizia dell'Unione europea abbia da tempo chiarito come la circostanza che un'impresa sia soggetta a regolazione non comporti la non applicazione del diritto antitrust: i due strumenti sono complementari. In particolare, il diritto della concorrenza resta applicabile quando l'ottemperanza alla regolazione settoriale lascia alle imprese uno spazio di discrezionalità che consente di porre in essere condotte in violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza o dell'abuso di posizione dominante²⁰⁷. Analogamente, il diritto antitrust resta applicabile quando la regolazione persegue un obiettivo diverso da quello della tutela del buon funzionamento del mercato²⁰⁸.

La giurisprudenza della Corte di giustizia si è anche soffermata sull'ipotesi in cui la regolazione nazionale, imponendo alle imprese un comportamento in contrasto con gli articoli 101 o 102 del Trattato, sia tale da frustrare l'effetto utile delle regole di concorrenza europee. In tal caso, la regolazione nazionale va disapplicata così da consentire la piena applicazione del diritto antitrust da parte dei giudici nazionali e delle autorità di concorrenza²⁰⁹.

IL COORDINAMENTO TRA GLI INTERVENTI

Questo approccio al rapporto tra antitrust e regolazione in una prospettiva sistematica appare condivisibile. Sul piano pratico, tuttavia, esso potrebbe tradursi in incertezza giuridica e un'inefficiente duplicazione di interventi qualora l'autorità di concorrenza a fronte di una misura di regolazione volta a tutelare il buon funzionamento del mercato, compreso il profilo della concorrenza, intervenisse direttamente con gli strumenti del diritto antitrust non solo quando questo consente di disciplinare aspetti non coperti dal regolatore ma anche quando l'obiettivo avrebbe potuto essere raggiunto attraverso un intervento di regolazione formulato diversamente. In queste ipotesi sarebbe preferibile che l'Autorità di concorrenza sollecitasse attraverso i propri poteri di segnalazione una modifica della regolazione.

²⁰⁷ Corte di giustizia, causa C-280/08, *Deutsche Telekom*; Tribunale, causa T-328/03, *T-Mobile Deutschland/O2 Germany*; Corte di giustizia, causa C-295/12 P, *Telefonica*. Un approccio analogo è seguito dalla giurisprudenza amministrativa italiana in numerosi casi attinenti a settori regolati.

²⁰⁸ Ad esempio, la tutela del pluralismo dell'informazione o la sicurezza.

²⁰⁹ Corte di giustizia, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*. Cfr. anche causa C-13/77, *GB-Inno- B.M c. ATAB*. Se la normativa nazionale impone l'adozione di un comportamento anticoncorrenziale, senza spazi di discrezionalità, non può essere addebitata alle imprese una violazione delle regole antitrust, perché questa presuppone comportamenti adottati dalle imprese di propria iniziativa.

Mentre la Corte suprema degli Stati Uniti, a partire dal caso *Trinko* del 2004²¹⁰, ha espressamente riconosciuto l'esigenza di applicare con prudenza il diritto antitrust quando esiste una soluzione a livello di regolazione settoriale, nell'Unione europea la Corte di giustizia non ha sinora fornito chiare indicazioni in tal senso. Ciò non significa, tuttavia, che non si debbano cercare in concreto modalità per evitare duplicazioni e incertezza giuridica, al fine di assicurare il buon funzionamento delle amministrazioni in linea con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale ed europeo. Le soluzioni possono essere cercate nella prassi, attraverso la cooperazione tra autorità.

In generale, per evitare contrasti e duplicazioni di interventi sembra auspicabile che, laddove può essere adeguato un intervento dell'autorità di regolazione settoriale, l'autorità generalista preposta alla tutela della concorrenza lasci in linea di principio spazio a quest'ultima, astenendosi dall'avviare un procedimento parallelo e semmai esercitando i propri poteri di segnalazione per orientare l'azione regolatoria. Il potere di intervenire applicando direttamente il diritto antitrust dovrebbe essere considerato come ipotesi di ultima istanza²¹¹.

Oltre all'applicazione da parte di ciascuna Autorità dei poteri ad essa assegnati dall'ordinamento, per assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa occorre quindi un coordinamento delle azioni dell'Autorità di regolazione e dell'Autorità di concorrenza. Il quadro della cooperazione è stato opportunamente definito con il protocollo d'intesa tra ART e AGCM stipulato nell'agosto 2014.

Il protocollo richiama il principio di leale collaborazione e richiama espressamente:

- lo scambio di informazioni su ipotesi di possibile interesse istituzionale dell'Autorità destinataria;
- la possibilità per l'AGCM di effettuare pareri e segnalazioni rispetto all'attività dell'Autorità di regolazione e viceversa;
- il coordinamento degli interventi;
- le indagini conoscitive su specifici problemi, che possono essere svolte congiuntamente dalle autorità ed essere utilizzate anche per valutare quali siano le modalità più appropriate per porre rimedio alle eventuali criticità e quale sia l'autorità meglio attrezzata a entrare in campo.

2.4.2.2 ADVOCACY NEI CONFRONTI DEL LEGISLATORE E DELLE AMMINISTRAZIONI

Un secondo profilo dell'attività istituzionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto al quale può esserci in parte una sovrapposizione con i compiti dell'ART riguarda il compito di promuovere la concorrenza, nel senso di promuovere la rimozione delle restrizioni normative e amministrative non giustificate dal perseguimento di obiettivi di interesse generale (*competition advocacy*). Questo compito fa parte del mandato dell'AGCM sin dall'origine (cfr. gli articoli 21, 22 e 24 della legge n. 287/1990) ed è stato attivamente esercitato nei diversi comparti del settore dei trasporti con numerosi pareri e segnalazioni (v. ad esempio la segnalazione dell'estate 2014 in vista della predisposizione della legge annuale sulla concorrenza).

Da qualche anno l'Autorità garante della concorrenza e del mercato dispone, in aggiunta, del potere di agire in giudizio davanti al giudice amministrativo contro atti amministrativi individuali o generali in violazione della normativa a tutela della concorrenza (art. 21-bis della legge n. 287/1990). Questo potere più incisivo rispetto a un mero intervento di segnalazione può essere utilizzato ad esempio nel caso di affidamenti *in-house* in contrasto con il diritto europeo o nel caso di aiuti di Stato illegali.

Anche l'ART dispone di poteri di segnalazione e *advocacy*. Ad esempio, in base all'art. 37, comma 3, lettera a) del decreto legge n. 201/2011, l'Autorità può sollecitare mediante pareri che possono essere resi pubblici le amministrazioni pubbliche a definire gli ambiti di servizio pubblico e scegliere i metodi di finanziamento in modo da aumentare l'efficienza del sistema. Una specifica ipotesi di attività di tipo

²¹⁰ *Verizon v. Trinko*, 540 US 398(2004).

²¹¹ Su questi temi, cfr. più diffusamente Nicolas Petit (2004), *The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: a Source of Jurisdictional Confusion?*, disponibile sul sito www.coleurope.eu, e Mario Siragusa-Fausto Caronna (2013), *A reassessment of the relationship between competition law and sector-specific regulation*, relazione presentata alla VIII Ascola Conference, "Competition Law and Regulation", Università del Salento, Lecce.

consultivo, che ha come destinatari comuni le regioni, è quella relativa alla valutazione dell'adeguatezza dell'offerta per il servizio taxi, sia pure con il potere per l'Autorità di ricorrere al Tar Lazio per assicurare l'applicazione della disciplina (art. 37, comma 2, lettere m e n).

La normativa prevede inoltre espressamente che tutte le amministrazioni pubbliche statali e regionali e gli enti strumentali competenti in materia di sicurezza e standard tecnici trasmettano all'ART le delibere che possono avere un impatto sulla concorrenza tra operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, con facoltà per l'Autorità di fornire segnalazioni e pareri circa la congruenza con la regolazione economica (art. 37, comma 4).

Più in generale, la base giuridica per un più ampio potere di *advocacy* nei confronti del legislatore nazionale e delle amministrazioni pubbliche si può trovare nella legge n. 481/1995. Peraltro, l'Autorità viene regolarmente sentita sia dalle amministrazioni sia dal Parlamento in relazione a decisioni che possono incidere sul suo settore di competenza.

In una prospettiva sistematica si può osservare che i poteri di *advocacy* sono strettamente connessi agli interessi pubblici a cui è preposta la singola autorità: nel caso dell'AGCM, l'obiettivo primario è la rimozione delle restrizioni ingiustificate della concorrenza; nel caso dell'ART, le osservazioni dovrebbero riguardare il modo migliore di promuovere la concorrenza, l'efficienza, la tutela degli utenti.

In secondo luogo, per definizione i poteri di *advocacy* riguardano ambiti in cui i poteri decisionali spettano a un'altra istituzione. L'ART quindi può esplicitare e rendere pubblici i propri argomenti, ma non può sostituirsi al legislatore o all'amministrazione cui spetta la decisione. Anche per questo motivo si può sostenere con forza un'interpretazione estensiva degli ambiti e delle istituzioni a livello nazionale alle quali l'Autorità può esprimere le proprie valutazioni. E' da valutare se potrebbe essere utile per l'ART disporre, come l'AGCM, del potere di ricorrere al giudice amministrativo per contestare provvedimenti amministrativi in violazione delle norme a tutela della concorrenza. Allo stato attuale, l'ART può solo sollecitare l'AGCM a intervenire in tal senso in applicazione dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990.

Proprio per il carattere non vincolante dell'attività di *advocacy* rispetto a quella di *enforcement*, per la prima sembrano esserci minori problemi in caso di un doppio intervento di segnalazione su un medesimo problema da parte, rispettivamente, dell'AGCM e dell'ART. Entrambi i contributi possono infatti contribuire ad arricchire il patrimonio informativo del soggetto cui spetta la decisione finale. Naturalmente raccomandazioni condivise risulterebbero particolarmente incisive. In questo senso è appropriato che il protocollo d'intesa con l'AGCM preveda la possibilità di collaborazione tra le due autorità nell'elaborazione di segnalazioni al Parlamento e al Governo su materie di interesse comune.

2.4.2.3 TUTELA DEI CONSUMATORI

Un ulteriore ambito che rientra, per alcuni profili, sia tra i compiti dell'AGCM che tra quelli dell'ART è la tutela di consumatori e utenti. All'AGCM nel corso degli anni è stata attribuita un'ampia serie di competenze in applicazione del Codice del consumo (pratiche commerciali scorrette, tutela amministrativa rispetto alle clausole vessatorie, diritti dei consumatori nei contratti). Ormai è possibile considerare l'AGCM l'autorità amministrativa con competenza orizzontale a tutela dei consumatori nel nostro ordinamento, anche nei rapporti con le istituzioni europee.

All'ART invece, limitatamente al settore dei trasporti, spettano alcuni compiti specifici:

- indicazione dei criteri per la fissazione delle tariffe, definizione delle condizioni minime di qualità dei servizi connotati da obblighi di servizio pubblico, definizione del contenuto minimo dei diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi (decreto legge n. 201/2011, comma 2, lettere b, d, e);
- valutazione dei reclami, delle istanze e delle segnalazioni presentati da utenti e consumatori, singoli e associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio soggetto a regolazione, ai fini dell'esercizio delle sue competenze (art. 37, comma 3, lettera g);
- promozione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti.

Rispetto a questi compiti va osservato che, a differenza dei compiti dell'AGCM a tutela dei consumatori, quelli del regolatore settoriale includono per alcuni profili (condizioni minime di qualità) anche direttamente il contenuto della prestazione. Per altro verso, non sembra che le procedure di risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti che l'ART è tenuta a promuovere debbano necessariamente essere limitate, per materia, al rispetto della regolazione settoriale. In teoria, si potrebbe ipotizzare che queste procedure possano essere utilizzate per ogni controversia tra esercenti e utenti nel settore, anche negli ambiti di competenza di altre autorità.

Riguardo al tema della risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori, con il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 è stata recepita nel nostro ordinamento la direttiva 2013/11/UE che fissa requisiti armonizzati di qualità per gli organismi e le procedure di *alternative dispute resolution* (ADR) volte alla risoluzione di controversie concernenti obbligazioni derivanti da contratti di vendita o di servizio tra professionisti e consumatori. In sede di recepimento è stato scelto di affidare alle autorità amministrative indipendenti settoriali che istituiscono procedure ADR il compito di gestione e vigilanza degli elenchi degli organismi ADR afferenti al loro settore. E' un ambito in cui l'ART può quindi utilmente attivarsi, tenendo conto dell'esperienza maturata sul campo da altre autorità, ad esempio nel settore dell'energia e delle comunicazioni elettroniche.

L'ART è stata inoltre espressamente incaricata di assicurare l'applicazione in Italia di specifiche disposizioni europee sui diritti dei passeggeri, rispettivamente nel trasporto ferroviario (decreto legislativo n. 70/2014) e nel trasporto su autobus (decreto legislativo n. 169/2014).

Per quanto riguarda i possibili conflitti di competenza tra AGCM e autorità di settore, va ricordato che nei primi anni di applicazione della disciplina nazionale di recepimento della direttiva europea sulle pratiche commerciali scorrette (2005/29/CE) vi è stata un'intensa attività di applicazione delle nuove disposizioni da parte dell'AGCM nei settori regolati, con alcune duplicazioni di interventi rispetto alle autorità di regolazione settoriali, casi di contrasto e un diffuso contenzioso. Al fine di eliminare alla radice il rischio di *bis in idem*, nel 2012 alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato avevano sancito la prevalenza della disciplina speciale di settore, laddove esistente, rispetto alla disciplina generale. Il legislatore, tuttavia, è espressamente intervenuto con il decreto legislativo n. 21/2014 adottando un diverso orientamento.

In estrema sintesi, il nuovo articolo 27, comma 1-bis, del Codice del consumo assegna in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza a intervenire nei confronti delle condotte che integrano una pratica commerciale scorretta nei confronti dei consumatori e delle micro-imprese. La competenza viene esercitata dall'AGCM sentito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza dell'ART a esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta.

Al tempo stesso, per quanto riguarda il rapporto tra le regole, se vi sono disposizioni contenute in direttive o altre disposizioni europee e nelle relative norme di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, in caso di contrasto con la disciplina generale le disposizioni speciali prevalgono (ferma restando la competenza dell'AGCM ad applicarle se la fattispecie è quella della pratica commerciale scorretta).

Nell'applicazione da parte dell'AGCM della disciplina delle pratiche commerciali scorrette il rispetto della regolazione di settore può rilevare nella valutazione del rispetto della diligenza professionale. L'Autorità di settore, nel parere che è tenuta a esprimere all'AGCM, appare particolarmente idonea a stabilire se la condotta dell'impresa configuri una violazione della regolazione settoriale vigente.

Anche per l'attività a tutela dei consumatori il protocollo di intesa tra AGCM e ART prevede opportunamente una serie di modalità di cooperazione e coordinamento.

Restano comunque ancora alcuni aspetti da chiarire:

- per quanto riguarda il rapporto tra le regole, come vada interpretata la nozione di “contrasto” che determina la prevalenza delle norme della regolazione settoriale di origine europea sulla disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette: per escludere la simultanea applicazione della disciplina generale occorre una vera e propria incompatibilità o basta una semplice difformità di disciplina tale da rendere illogica la contestuale applicazione delle due regole? La seconda interpretazione sembrerebbe più idonea a evitare duplicazioni, ma la Corte di giustizia non ha ancora

avuto occasione di pronunciarsi al riguardo. Lo stesso problema si pone con riferimento all'applicazione delle regole sui diritti dei consumatori nei contratti: l'art. 46, comma 2, del Codice del consumo stabilisce infatti che in caso di conflitto tra le disposizioni sui diritti dei consumatori e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici;

- l'AGCM ha competenza esclusiva per le ipotesi che configurano pratiche commerciali scorrette, mentre l'autorità di regolazione resta competente a esercitare i propri poteri nelle ipotesi che non integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Una questione problematica è in quale stadio della procedura e in che termini debba essere verificato se la condotta configuri una pratica commerciale scorretta. La soluzione va cercata sul piano pratico. Essa potrebbe consistere nella ricognizione di massima nei singoli settori regolati, in via preventiva e in modo condiviso da parte delle Autorità interessate, delle categorie di condotte che possono integrare pratiche commerciali scorrette. Dovrebbe trattarsi delle condotte caratterizzate, oltre che dalla contrarietà alla diligenza professionale (o dall'ingannevolezza o aggressività), anche dall'idoneità ad alterare il comportamento economico del consumatore medio. Pur tenendo conto dell'orientamento della Corte di giustizia che sostiene un'interpretazione estensiva della nozione di pratica commerciale scorretta (causa C-388/13), in questa ricognizione si dovrebbe ragionevolmente considerare la potenziale ripetitività che è sottintesa al concetto stesso di pratica.

In ogni caso, in questo come in altri settori regolati, per valorizzare appieno il ruolo dei protocolli d'intesa nel campo della tutela dei consumatori sarebbe utile un impegno formale da parte delle autorità a rendere conto periodicamente dei risultati ottenuti attraverso il coordinamento, in termini di duplicazioni evitate e di risoluzione consensuale di potenziali contrasti.

2.4.3 RAPPORTI CON L'ANAC

Per quanto riguarda l'ANAC, gli ambiti di possibile sovrapposizione con i compiti dell'ART si trovano nelle competenze in materia di vigilanza sui contratti pubblici in precedenza spettanti all'AVCP.

Il Codice dei contratti pubblici attribuisce all'ANAC poteri generali di vigilanza sull'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 del Codice: l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture devono garantire la qualità delle prestazioni svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. L'ANAC deve in particolare vigilare sul rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedura di scelta del contraente, di tutela delle PMI attraverso adeguata suddivisione in lotti, nonché di economica ed efficiente esecuzione dei contratti e sul rispetto delle regole di concorrenza nelle singole procedura di gara. Tra le attività di supporto alle amministrazioni aggiudicatrici vi è la predisposizione di bandi tipo. Nell'ambito dell'Osservatorio sui contratti pubblici deve essere effettuata su base annuale la determinazione dei costi standardizzati per tipo di lavoro, servizio e fornitura. Per quanto riguarda l'*advocacy*, è previsto che l'ANAC segnali al Governo e al Parlamento proposte di modifica della normativa in tema di contratti pubblici e predisponga relazioni nelle quali si evidenziano le disfunzioni del settore.

La delega per il recepimento delle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di appalti pubblici e concessioni prevede un rafforzamento del ruolo dell'ANAC nel sistema, sia per quanto attiene ai poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di contratti pubblici, anche con riguardo alla fase di esecuzione della prestazione, sia più in generale al fine di promuovere l'efficienza, sostenere lo sviluppo delle best practices e facilitare lo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti. Tra gli strumenti che l'ANAC potrà utilizzare sono menzionati, accanto ai poteri di controllo, cautelari, di deterrenza e sanzionatori, anche raccomandazioni, atti di indirizzo quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo e altri strumenti di regolamentazione flessibile "anche dotati di efficacia vincolante".

Anche ART dispone di alcuni specifici poteri in tema di contratti pubblici.

L'Autorità in particolare:

- è tenuta a definire gli schemi tipo dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati, a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; inoltre, l'ART ha specifici poteri di verifica rispetto al contenuto dei

bandi di gara per il trasporto ferroviario regionale (decreto legge n. 201/2011, art. 37, comma 2, lett. f);

- deve definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o alla costruzione di autostrade e gli schemi dei bandi di gara per le nuove concessioni autostradali (art. 37, comma 2, lett. g);
- è tenuta a proporre all'amministrazione competente la sospensione, decadenza o revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio, dei contratti di programma e di ogni altro atto assimilabile, comunque denominato, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento (art. 37, comma 3, lettera c).

Le questioni da approfondire sembrano principalmente due.

La prima è se, laddove sono previsti specifiche competenze dell'Autorità di regolazione dei trasporti rispetto ai contratti pubblici l'ANAC mantenga appieno il proprio potere di intervento, o se debba limitarsi ai profili in cui non è prevista una competenza di ART. Per la predisposizione dei bandi tipo e degli schemi di convenzione, l'importanza della conoscenza del settore porta a propendere per l'attribuzione della competenza unicamente o comunque in via prevalente all'Autorità specializzata. Per le proposte di sospensione, decadenza o revoca degli atti, viceversa, le competenze potrebbero coesistere, in ragione delle sensibilità complementari delle due Autorità. Sarebbe comunque utile che l'esercizio delle competenze delle due autorità rispetto ai contratti pubblici nel settore dei trasporti avvenisse in modo coordinato, con un reciproco scambio di informazioni, come peraltro previsto dal protocollo d'intesa stipulato tra le due istituzioni alla fine del 2014.

La seconda questione è se non sia auspicabile una competenza dell'ART per la predisposizione di schemi di bandi relativi alla costruzione e alla gestione, oltre che delle autostrade, delle altre infrastrutture nel settore dei trasporti e, nel caso di risposta affermativa, se una tale competenza si possa ricavare dalle disposizioni generali della legge n. 481/1995 o serva un intervento legislativo volto a introdurla.

Mario Sebastiani

2.5.1 LA REGOLAZIONE DEI TRASPORTI E DI ALTRE UTILITIES

Nelle principali utilities – energia, comunicazioni, poste, trasporti, ecc. – si sono registrati negli ultimi quindici anni considerevoli processi di liberalizzazione, di innovazione tecnologica e di crescita della domanda. In misura diversa a seconda dei settori, questi fattori hanno contribuito ad abbattere le tradizionali separazioni fra mercati e a promuovere forme di concorrenza e di complementarietà.

In materia di comunicazioni elettroniche vi è concorrenza e complementarietà fra telefonia fissa e mobile, concorrenza fra internet e servizi “postali”, ancora concorrenza fra contenuti veicolati via internet e i servizi televisivi, ecc. Nell’energia, vi è complementarietà e in qualche misura concorrenza fra il mercato dell’energia elettrica e quello del gas naturale, concorrenza fra le diverse forme di generazione di energia elettrica, ecc. Gli *incumbents* hanno crescentemente diversificato la propria offerta su mercati che si sono fatti maggiormente contigui - elettricità, gas, servizi idrici e ambientali; servizi postali tradizionali, comunicazioni elettroniche e servizi bancari; comunicazioni elettroniche e audiovisivo, ecc. - anche al fine di sfruttare economie e leve commerciali di scala e di scopo, *bundling*, ecc., talvolta con criticità concorrenziali che sono state oggetto di procedimenti da parte dell’Autorità antitrust su processi di concentrazione.

Di qui la scelta di istituire Autorità indipendenti di settore *at large*: nell’ordine, nel 1995 l’Autorità per l’energia elettrica e il gas, ora anche per i servizi idrici e auspicabilmente per il ciclo dei rifiuti; di lì a poco l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Una scelta non dettata dall’opportunità di ridurre il numero degli organismi di regolazione per contenerne i costi di funzionamento, ma di massimizzare i benefici dell’integrazione regolatoria. In questi casi infatti la frammentazione delle competenze regolatorie porterebbe a perdere la visione unitaria, come mostra la storia della regolazione “ministeriale” dove ogni soggetto era portato a coltivare il proprio giardino senza una visione di sistema. Una regolamentazione settoriale di sistema è il complemento necessario del concepire ciascun settore come un aggregato di mercati variamente interrelati.

Dalla medesima consapevolezza è (tardivamente) scaturita l’istituzione di un’Autorità “unica” di regolazione dei trasporti: l’opportunità di ricondurre a unitarietà un processo regolatorio storicamente caratterizzato dalla frammentarietà delle competenze nel settore dei trasporti – fra comparti e nei comparti. Le relazioni fra le diverse modalità che compongono il settore dei trasporti possono essere così schematicamente classificate: (a) modalità (attualmente o potenzialmente) sostituibili²¹² per le quali occorrerebbero politiche industriali e di regolazione che promuovano la concorrenza fra di esse oppure che incentivino le une o le altre in base a priorità industriali, finanziarie, ambientali, sociali; (b) modalità complementari²¹³ dove gli interventi dovrebbero puntare ad accrescere l’integrazione e, ove necessario, a favorirne la complementarietà con quelli di cui al punto precedente; (c) modalità il cui congiunto esercizio può generare economie di coordinamento, di scala e di scopo²¹⁴, dove gli interventi dovrebbero valutare attentamente i costi e i benefici in termini di efficienza e di concorrenza, “pesando” i relativi trade off. La regolazione può esercitare un ruolo determinante, in un quadro di politica di politica industriale coerente, per conseguire gli obiettivi indicati.

Qui si affrontano aspetti che riguardano le relazioni fra la regolamentazione dei diversi settori indicati sopra, rinviando a un altro capitolo quelle fra la regolamentazione dei trasporti e le Autorità di garanzia quali l’AGCM e l’ANAC²¹⁵.

²¹² Ad esempio, il trasporto ferroviario di passeggeri e quello aereo sulle medie distanze, l’autotrasporto e il trasporto ferroviario di merci su distanze medio-lunghe, il trasporto passeggeri su ferro e su gomma nel trasporto locale e regionale.

²¹³ Ad esempio, il trasporto merci per mare, ferrovia e gomma, il “federaggio” ferroviario dei collegamenti aerei, il trasporto locale su ferro e su strada.

²¹⁴ Ad esempio, il trasporto ferroviario di merci e di passeggeri – o, su un terreno diverso ma attiguo – l’integrazione verticale fra reti e servizi.

²¹⁵ Capitolo 2.4 (G.Bruzzo, *Rapporti fra l’ART e altre Autorità indipendenti di garanzia e di vigilanza*).

2.5.2 DIVERSITÀ SETTORIALI

Interagire con le Autorità di altri settori significa confrontarsi sulle “esternalità” delle proprie misure, sulle procedure e sulle metodologie, ovviamente per quanto consentito dalle caratteristiche dei settori di competenza. Sotto questo profilo le relative caratteristiche comparative possono essere così schematizzate:

a) per le infrastrutture:

- prevalenza del modello concessorio nei trasporti e nell’energia, con conseguente regime di monopolio legale temporaneo, mentre nelle comunicazioni elettroniche il modello è quello delle autorizzazioni, con concorrenza anche *facility based* (salvo l’”ultimo miglio”, dove prevale il monopolio di fatto dell’ex monopolista di rete fissa, e il monopolio di fatto nella terminazione delle chiamate sulle reti, fisse e mobili, dei diversi operatori);
- elevatissima incidenza dei costi fissi;
- autofinanziamento degli investimenti in settori diversi dai trasporti;
- impatto relativamente modesto del progresso tecnologico, ad eccezione delle comunicazioni elettroniche;
- diffusione del modello di integrazione verticale, salvo (oggi in Italia) le reti nazionali di trasmissione/trasporto di energia elettrica e gas, aeroporti e autostrade;
- obbligo a contrarre dei gestori di infrastrutture essenziali e regolamentazione dell’accesso basata sul modello *price cap/WACC-CAPM* (con varianti significative anche all’interno dei settori);

b) per i servizi finali:

- abbattimento differenziato delle barriere normative alla concorrenza e comunque diverso grado di concorrenza effettiva (su entrambi i fronti, energia e comunicazioni elettroniche sono avanti rispetto ai trasporti);
- diverso grado di sostituibilità fra servizi all’interno dello stesso settore;
- diversità del rapporto fra domanda e offerta; nei trasporti in parte consistente intermediato da decisori politici o condizionato da vincoli di finanza pubblica; negli altri settori mediato dal mercato;
- diversità del rapporto fra costi di offerta e disponibilità a pagare;
- presenza in tutti i settori della componente di servizio universale, preponderante nei trasporti, e diverse modalità di finanziamento dello stesso.

Affinché l’interazione fra le diverse Autorità sia realmente produttiva è necessario che esse siano quanto più possibile “omogenee” per livello di professionalità, per grado di indipendenza da decisioni politiche, nel senso che la normativa non ne condizioni in modo differenziato le scelte al vaglio di altri decisori, per flessibilità dei criteri regolatori.

Ciò premesso, l’analisi dei rapporti fra Autorità settoriali andrebbe utilmente sdoppiata fra imitazione – potremmo dire di “traslazione adattiva” - e armonizzazione.

2.5.3 “IMPORTAZIONE” DI *BEST PRACTICES*

Il primo profilo riguarda la possibilità di applicare esperienze e metodologie in uso in settori più avanzati, sia sotto il profilo della concorrenza che sotto quello delle pratiche regolatorie. Su questo versante la regolazione dei trasporti ha molto da guadagnare.

2.5.3.1 PROPORZIONALITÀ

La regolazione economica “ministeriale” del settore dei trasporti ha storicamente presentato in Italia limiti considerevoli, ivi incluso un approccio rigido di tipo *command and control*. Una regolazione

ingiustificatamente invasiva genera oneri che vanno ben oltre quelli amministrativi e che possono in ultima analisi tradursi in ostacoli alla competitività e alla stessa concorrenza. Le misure vanno quindi adattate all'evoluzione dei mercati e della concorrenza al fine di applicare la miglior forma di regolazione possibile - quella che massimizza i benefici rispetto ai costi diretti e indiretti che comporta.

Sotto questo profilo la regolazione dei trasporti ha molto da apprendere da quella delle comunicazioni elettroniche, dove la disciplina comunitaria è stata antesignana di una regolazione flessibile e proporzionata. Secondo questa disciplina possono essere regolati ex ante esclusivamente quei mercati che superano il c.d. triplo test²¹⁶: (a) elevate e non transitorie barriere all'entrata; (b) assenza di tendenze verso lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel medio periodo; (c) insufficienza del diritto della concorrenza a risolvere i fallimenti del mercato. Va sottolineato che i tre criteri debbono essere congiuntamente verificati per mantenere la regolazione ex ante: qualora uno solo di essi non trovasse convalida, le autorità nazionali dovrebbero astenersi dalla stessa²¹⁷. Su questa base, i mercati rilevanti che i regolatori nazionali possono assoggettare a regolazione ex ante, previa analisi di mercato, sono stati ridotti da 18 a 7 fra il 2003 e il 2007²¹⁸.

I processi di liberalizzazione, lo sviluppo della domanda e il progresso tecnico hanno prodotto effetti importanti anche sulla concorrenza fra servizi finali di trasporto e, a caduta, su quella fra infrastrutture. Si è ampliato il mercato geografico rilevante di infrastrutture della medesima modalità, con conseguente crescente sostituibilità fra porti e fra aeroporti²¹⁹; per alcuni di questi ultimi, lo sviluppo di compagnie aeree con minor radicamento territoriale - e dunque con consistente *countervailing power* - ha determinato il rovesciamento del tradizionale potere di mercato dei gestori. Parallelamente si è ampliato il mercato rilevante del prodotto, ponendo in competizione differenti modalità: è tipicamente il caso del trasporto aereo e di quello ferroviario ad AV (ma anche di quello privato sulle medie distanze). Tutto questo non può non influenzare il sé e il come regolamentare i mercati²²⁰.

In effetti vi è una crescente spinta comunitaria ad adeguare anche la regolazione dei trasporti a criteri di proporzionalità, sulla base di previe analisi di mercato²²¹. Questi principi sono recepiti dalla norma istitutiva dell'Autorità dei trasporti, sia sul se che sul come intervenire²²²: sul se, prevedendo in via implicita che l'Autorità debba condurre periodiche analisi di mercato e d'impatto della regolazione

²¹⁶ Cfr. Raccomandazione della Commissione 11 febbraio 2003 (2003/311/CE).

²¹⁷ La *ratio* della norma comunitaria (che, nello spirito, ha portata non limitata allo specifico settore) è che in assenza delle tre condizioni indicate sopra il mercato va considerato contendibile - anche se la concorrenza non si è ancora manifestata nel breve periodo o non si è ancora manifestata in misura consistente - e che pertanto il mantenimento della regolazione *ex ante* sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità.

²¹⁸ Rispettivamente raccomandazioni 2003/311/CE e 2007/879/CE.

²¹⁹ Si tratta di una sostituibilità che, a seconda dei collegamenti, ha dimensione continentale: si veda quella fra i porti dell'Europa mediterranea e quelli del nord Europa, o fra gli *hub* aeroportuali dei diversi Paesi.

²²⁰ E' istruttivo ripercorrere brevemente la storia della regolamentazione dei prezzi del trasporto ferroviario passeggeri sulle medie e lunghe percorrenze, da sempre rigidamente e discontinuamente fissati per via ministeriale e improvvisamente liberalizzati nel 2007. Il cambio di indirizzo è stato propiziato dalla stessa Commissione europea, che nel luglio 2007 (commentando il d.l. governativo sulla istituzione di una Autorità indipendente per i trasporti) comunicava al governo italiano che le tariffe per servizi di media e lunga percorrenza non potevano ricadere nell'ambito delle competenze di questa in quanto l'autonomia delle imprese ferroviarie in materia tariffaria è sancita dalla direttiva comunitaria 1991/440 (art. 5) dove si stabilisce che "[...] le imprese ferroviarie sono in particolare libere di disciplinare le modalità della fornitura e della commercializzazione dei servizi e stabilirne la tariffazione [...], con esclusione dei servizi disciplinati da un contratto di servizio pubblico". La *ratio* di fondo della posizione comunitaria, su cui hanno fatto leva le Ferrovie dello Stato per emanciparsi, è che in un mercato liberalizzato i prezzi emergono dal gioco della concorrenza; il cambiamento era gradito anche al governo italiano, non più responsabile di prezzi in aumento. Il principio - su cui non si può non convenire in astratto - andrebbe tuttavia calato nel contesto specifico di mercato e coniugato con i principi generali che sono alla base della regolazione dei mercati.

Un mercato *di diritto* aperto alla concorrenza non è necessariamente un mercato *di fatto* concorrenziale e non è necessariamente nemmeno un mercato contendibile, vale a dire, un mercato nel quale la concorrenza potenziale preclude all'impresa che vi opera lo sfruttamento del proprio potere di mercato. In questo contesto, sarebbe stato auspicabile che la liberalizzazione delle tariffe ferroviarie fosse preceduta almeno da un'analisi dello stato della concorrenza - attuale e potenziale, modale e intermodale - e da un formale provvedimento del regolatore dell'epoca. Nulla di tutto ciò è avvenuto e, ancora una volta, si è giocato sull'ambiguità del confine fra pubblico e privato, implicitamente argomentando che si trattava solo di una mezza liberalizzazione dei prezzi, posto che i limiti di autonomia di Trenitalia erano segnati dalla sua natura pubblica, in tal modo identificando l'"accidente" con il principio generale.

²²¹ La direttiva 2009/12/CE consentiva agli Stati membri di mantenere una regolamentazione *ex ante* (i) sugli aeroporti per i quali sia espressamente prevista da una norma nazionale, oppure (ii) sugli aeroporti per i quali, in base a un'analisi di mercato (disposta in forza di una norma e condotta dall'autorità di vigilanza) risulti l'insussistenza di una concorrenza effettiva. Il punto (i) legittimava la normativa italiana pre-vigente, il punto (ii) apriva nuovi spazi che sarebbe stato importante cogliere e che non sono stati colti dalla norma di recepimento.

²²² L'Autorità è competente "a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori" (d.l. 201/2011, art. 37, comma 2, lettera b), enfasi aggiunta).

come sistematico adempimento propedeutico all'introduzione di misure regolamentari proporzionate agli obiettivi; sul come prescrivendo criteri di regolazione indiretta.

2.5.3.2 LUNGO PERIODO

Altro aspetto rilevante è il *trade-off* fra obiettivi di breve e di medio/lungo periodo della regolazione, tenuto conto che il perseguimento di obiettivi immediati a favore della concorrenza e dei consumatori può pregiudicare quelli a lungo termine. Le condizioni del "triplo test" si basano su questa consapevolezza e su una maggiore attenzione a prospettive non necessariamente immediate. Certo, le caratteristiche del settore delle comunicazioni elettroniche sono alquanto diverse da quelle dei trasporti ma possono suggerire alcuni spunti utili di riflessione.

Nelle telecomunicazioni la regolazione ha promosso anche la concorrenza *facility based*, in aggiunta a quella *service based*, ciò che è consentito dal fatto che, salvo forse l'ultimo miglio delle reti fisse, le infrastrutture – diversamente dai trasporti - non costituiscono monopoli naturali.

Tuttavia anche nei trasporti una certa concorrenza fra infrastrutture della medesima modalità esiste, come si è argomentato prima nel caso degli aeroporti e dei porti, una concorrenza che dipende anche dagli investimenti nei collegamenti via terra. Una regolazione che incentivi investimenti di questo tipo, unita a una che lasci spazio alla negoziazione tariffaria fra utenti e gestori di infrastrutture in competizione, può accrescere il grado di concorrenza fra di essi.

2.5.3.3 FINANZIAMENTI INCROCIATI FRA INFRASTRUTTURE

Per oltre un decennio lo sviluppo delle reti di comunicazione mobile è stato ampiamente finanziato da prezzi di terminazione delle chiamate sulle reti fisse tutt'altro che orientati ai costi. Un esempio, si dirà, non virtuoso risolvendosi in benefici per i soli operatori di rete su entrambi i segmenti di mercato e a danno dei concorrenti che si trovavano in condizioni diverse, con profili di aiuti di Stato e di abuso di posizione dominante da parte dei beneficiari.

Motivazioni ben più solide potrebbero essere alla base di finanziamenti fra infrastrutture di trasporto, seguendo ad esempio le indicazioni inascoltate della Commissione europea sulla tariffazione al costo marginale sociale²²³, inclusivo delle esternalità relative in particolare ai costi della congestione ma eventualmente anche ad altri costi, quali l'inquinamento, l'incidentalità, ecc²²⁴. Tenuto conto dei diversi rendimenti di scala che caratterizzano per modalità le differenti infrastrutture di trasporto, secondo le stime della Commissione la tariffazione al costo marginale sociale (dunque il classico *first best pricing*, inclusivo dei costi esterni) consentirebbe non solo di recuperare il costo degli investimenti di alcune infrastrutture ma di generare un surplus (da aeroporti e autostrade) tale da consentire di contribuire al finanziamento di altre infrastrutture, quali le ferrovie e le vie navigabili interne²²⁵.

2.5.3.4 SERVIZIO UNIVERSALE

Nei trasporti l'assolvimento degli obblighi di servizio universale comporta di fatto l'attribuzione al fornitore di diritti esclusivi e il finanziamento pubblico della quota di costi non coperta dagli utenti. Diverso è il quadro in altri settori, quali le comunicazioni elettroniche, l'energia e le poste, dove il regime di riserva è stato progressivamente ridotto ed esiste una pluralità di strumenti per il finanziamento del costo netto del servizio: da quello pubblico, alla compartecipazione agli oneri da parte di imprese che erogano servizi sostituibili ma che non sono soggette agli stessi obblighi, alla media delle tariffe con conseguente accollo degli oneri netti alla totalità degli utenti.

²²³ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Libro verde: Verso una corretta ed efficace determinazione dei prezzi nel settore dei trasporti. Strategie per l'internalizzazione dei costi esterni dei trasporti nell'Unione Europea* (COM (95) 961 def.); Commissione europea, *Libro bianco: Strategia per rivitalizzare le ferrovie europee* (COM (1996) 421 def.); Comunicazione della Commissione, *Libro Bianco: Pagamento commisurato all'uso dell'infrastruttura: approccio graduale a un quadro comune di fissazione degli oneri delle infrastrutture di trasporto* (COM (1998) 466 def.).

²²⁴ Va aggiunto che i trasporti contribuiscono per circa un terzo al consumo italiano di energia primaria e di questo la quota maggiore va attribuita al trasporto individuale, sebbene vada riconosciuto che su di esso grava una pressione fiscale elevata.

²²⁵ In tal senso COM (1998) 466, in particolare allegato III ("Fissazione degli oneri in base al costo marginale sociale e recupero dei costi di capitale").

Come argomentato nel capitolo 2.2²²⁶, questi strumenti possono essere in parte esportati anche nel settore dei trasporti, consentendo l'entrata di nuovi operatori in sovrapposizione con i gestori di contratti di servizio pubblico, previo versamento di un indennizzo pari all'onere netto incrementale (efficiente) a carico di questi ultimi derivante da *cream skimming* da parte dei primi. Dovrebbe essere compito dell'ART, come per l'AEEGSI e l'AGCom, stabilire se e in che misura l'introduzione di forme di concorrenza possa incidere sull'equilibrio economico e finanziario del soggetto operante in obbligo di servizio universale.

2.5.3.5 UNBUNDLING

Le criticità concorrenziali delle integrazioni verticali in Italia sono state risolte nel settore dell'energia con il conferimento a Terna della rete di trasmissione dell'energia elettrica ad alta tensione e con lo scorporo dal Gruppo ENI della rete nazionale di trasporto del gas naturale; in entrambi i casi il controllo è passato alla Cassa depositi e prestiti: il che segna un allentamento del conflitto di interessi, non la soluzione finale, posto che indirettamente infrastrutture e servizi finali seguitano a far capo al MEF. Nelle comunicazioni elettroniche il problema nascente dall'ultimo miglio delle reti fisse è stato affrontato a metà con la creazione di un organo di vigilanza, le cui funzioni sono però, appunto solo di vigilanza; la materia è comunque in divenire a seguito del piano nazionale per la banda ultralarga.

Nei trasporti il problema si pone soprattutto per la rete ferroviaria, dove si fronteggiano fieramente schieramenti opposti. Fra i modelli individuati per l'energia e le comunicazioni, una via accettabile che salvaguardi i dichiarati benefici del mantenimento dell'integrazione verticale e che insieme garantisca la terzietà del gestore dell'infrastruttura potrebbe essere l'attribuzione a un *board* esterno dei compiti di allocazione della capacità e di determinazione del pedaggio (le funzioni sensibili indicate dalla direttiva "recast" 2012/34/UE e recepite dal d.lgs. 112/2015), la cui indipendenza sia assicurata dall'essere composto in maggioranza da membri nominati dall'Autorità di regolazione dei trasporti alla quale rispondano.

2.5.4 ARMONIZZAZIONE DELLE REGOLAZIONI FRA SETTORI

Il secondo profilo è l'armonizzazione delle regole fra settori diversi. Fra trasporti, energia e comunicazioni non vi è né sostituibilità dal lato della domanda né forte complementarità (a parte lo scambio di input), cosicché non si vedrebbe ragione immediata di armonizzazione delle regolamentazioni.

Questi settori tuttavia (tutta l'economia, del resto), più o meno a seconda dei casi competono sulla finanza pubblica e sempre competono sul mercato dei capitali. Inoltre, essi esercitano un'influenza decisiva sulla competitività complessiva del sistema economico. Essendo settori regolamentati, la redditività relativa e la capacità di attrazione di capitali dipendono largamente dalle regole che li governano. L'armonizzazione di queste in funzione delle priorità industriali del paese rappresenta dunque una questione centrale di politica industriale con evidenti implicazioni regolatorie. L'aspetto centrale riguarda la remunerazione del capitale investito e l'allocazione dei rischi.

Come si è detto la regolamentazione dei prezzi è generalmente ispirata al modello *weighted average capital cost* (WACC) combinato con il *capital asset pricing model* (CAPM), e con la dinamica tariffaria basata sul *price cap*.

Senza entrare nel merito dei criteri di fissazione degli obiettivi di produttività (del parametro "x") o di valutazione del capitale investito, dipendenti da *drivers* che possono essere anche molto diversi a seconda dei settori (ad esempio l'impatto del progresso tecnico²²⁷), le variabili chiave su cui soffermare l'attenzione sono soprattutto l'*equity risk premium* (ERP) e gli *asset beta*.

ERP è il rendimento addizionale, rispetto a quello offerto da uno strumento finanziario privo di rischio, che un investitore richiede per investire nel "portafoglio di mercato". L'"ERP Paese" è dunque una

²²⁶ M. Sebastiani, *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*.

²²⁷ Si veda l'orientamento per la valutazione a costi correnti del capitale investito nelle telecomunicazioni vs. quella a costi storici rivalutati nei trasporti e nell'energia, derivanti soprattutto dal diverso impatto del progresso tecnico.

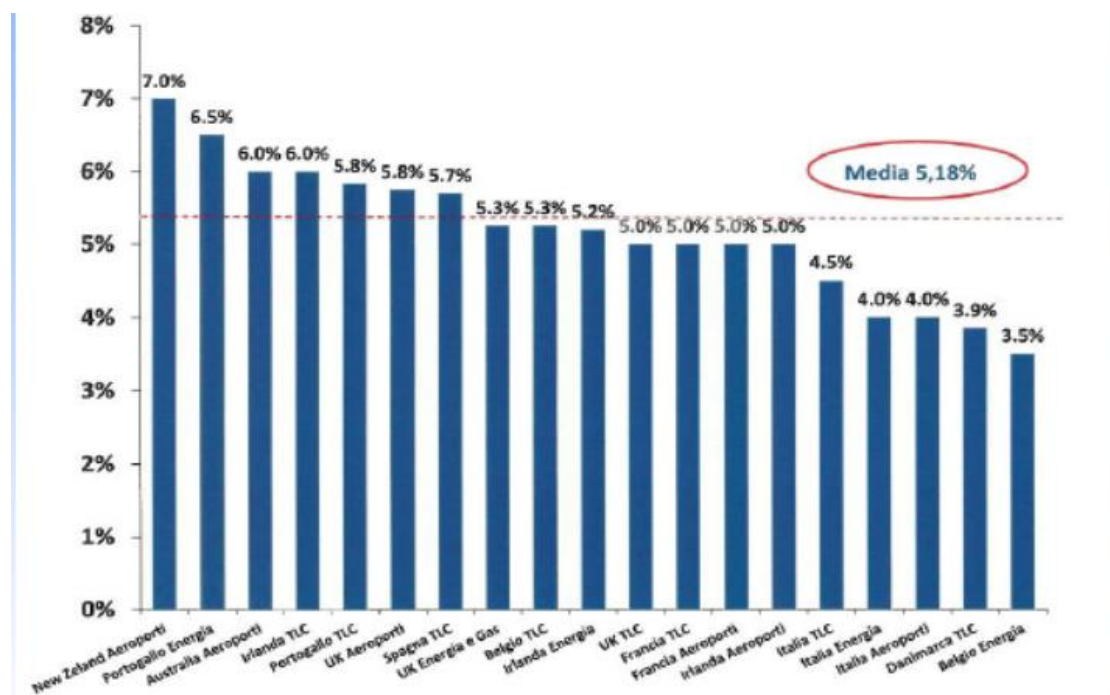
misura del grado di rischio dei titoli azionari quotati nelle borse valori di esso rispetto ad impieghi privi di rischio. Per questi ultimi, gli organismi di regolazione italiani sono concordi nell'utilizzare come indice la media dei rendimenti lordi dei BTP decennali *benchmark* rilevati nei 12 mesi precedenti. Quanto all'ERP, si è passati nel tempo da una stima "blindata" per tutti pari al 4% a valori che oggi sono diversificati: 4% per l'AEEGSI (ma in via di revisione verso l'alto), 4,5% per l'AGCom, 5% per l'ART, relativamente alle tariffe aeroportuali²²⁸ e ai pedaggi ferroviari²²⁹.

Al di là del fatto che la valutazione dell'ART sembra più in linea con i risultati cui sono pervenuti i principali analisti finanziari, resta che l'ERP è indipendente dal settore regolato e pertanto l'utilizzo di valori diversi ha effetti distorti sull'allocazione intersettoriale del capitale.

Va aggiunto che la significatività dell'ERP nel misurare il rischio medio di mercato è assai dubbia. In generale perché risente della volatilità delle quotazioni di borsa così come (specie negli ultimi anni per Paesi come l'Italia) di quella dei BTP. Rilevazioni di breve periodo, dunque, possono non dare risultati effettivamente significativi; quelle basate su serie storiche di lungo periodo, invece, possono essere più attendibili ma al tempo stesso scontarsi con la brevità dei periodi regolatori. Inoltre, poiché tale volatilità è tanto maggiore quanto minore è lo stock di titoli quotati e quanto maggiore la variabilità dei tassi privi di rischio: tipicamente la situazione italiana.

Infine – questo attiene alla armonizzazione internazionale della regolazione - la *ratio* del riferimento al solo ERP del singolo Paese sta nella presenza di barriere nazionali alla mobilità dei capitali, quadro che evidentemente non esiste più da tempo. La figura che segue (non del tutto aggiornata) mostra i forti differenziali di ERP riconosciuti dai regolatori a seconda dei Paesi e la conseguente distorsione dell'incentivo a investire derivante dal basarsi su valori nazionali. Meglio sarebbe considerare valore medi tratti da *benchmarks* internazionali.

ERP riconosciuti dagli organismi di regolazione (2013)



L'*equity* β è la misura del rischio sistematico, dunque non diversificabile, legato all'attività considerata (componente asset β) e al *gearing* (effettivo o ottimale) dell'impresa. Così ottenuto, l'*equity* β misura la remunerazione che è congruo riconoscere all'investitore nella specifica impresa per la sua esposizione al

²²⁸ ART, delibera 64/2014.

²²⁹ ART, delibera 96/2015

rischio. L'*equity* β deriva da una regressione dove la variabile indipendente è il rendimento dell'indice di mercato e quella dipendente il rendimento del titolo in questione. Il coefficiente è dunque "direttamente" rilevabile solo per le società quotate in borsa; per le altre è invece necessario fare riferimento a *comparables* quotati e, attraverso operazioni di *delevering* e *relevering* stimare l'*equity* β "proprio" dell'impresa che interessa.

Rispetto agli altri settori quello dei trasporti – particolarmente in Italia - è caratterizzato da assai minore incidenza di imprese, direttamente o indirettamente, quotate in borsa; ciò richiede di calcolarne i beta secondo la metodologia ricordata sopra, la quale – senza ulteriori aggiustamenti - tendenzialmente penalizza gli investitori. Infatti il rischio di portafoglio è in misura inversa alla liquidità dei titoli posseduti, ossia alla possibilità di cederli rapidamente contenendo eventuali perdite in caso di andamento avverso, industriale o finanziario che sia. Sotto questo profilo il possessore di titoli quotati è al riparo dal rischio assai più di quello di azioni che quotate non sono. Importante dunque che le Autorità di regolazione tengano conto anche delle diversità soggettive delle società regolamentate in modo da riequilibrare l'incentivo ad investire.

Le considerazioni che precedono aggiungono un'ulteriore dimensione alla cooperazione fra regolatori, quella europea almeno, ad evitare forme di concorrenza al rialzo per attrarre capitali privati nei rispettivi paesi.

2.5.5 ASSETTI ISTITUZIONALI E DELLE COMPETENZE

L'accentramento delle funzioni di regolazione tecnico-economica in un unico soggetto indipendente non è stata una via priva di ostacoli. Al di là dell'opposizione di governi e burocrazie ministeriali a spogliarsi dei propri poteri a favore di organismi che non rispondono loro in linea gerarchica, vi era un argomento più solido: la separazione delle competenze rappresenterebbe un ostacolo ai tentativi di cattura poiché i soggetti regolati dovrebbero affrontare costi crescenti in funzione del numero dei regolatori da catturare.

La madre delle Autorità indipendenti di regolazione - la legge 481/95 che ha istituito l'AEEG ma alla quale rinviano anche le leggi istitutive dell'AGCom (l. 249/97) e dell'ART – ha inteso superare tali obiezioni, anche tenuto conto che il controfattuale – il mantenimento in mano pubblica del controllo e della regolazione di ex monopolisti – determinava comunque rischi di "auto-cattura".

Il disegno appariva abbastanza chiaro: al potere di indirizzo, esercitato dal Parlamento e dall'esecutivo si giustappongono le funzioni di regolazione tecnico-economica assegnate alle Autorità di settore.

In particolare, al Governo, cui spettano le funzioni di indirizzo sul settore regolato, viene riservato il compito di indicare all'Autorità, nell'ambito del *Documento di programmazione economico-finanziaria*, il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi complessivi del paese (art. 2, comma 21). L'art. 2, comma 14, della legge istitutiva trasferisce invece al regolatore tutte le funzioni amministrative esercitate da organi statali e da altre amministrazioni pubbliche concernenti le sue attribuzioni, incluse quelle in materia di tutela degli utenti e dei consumatori.

Le attribuzioni sono state espressamente indicate dalle rispettive leggi istitutive, seppure nella previsione di ulteriori competenze collegate a quelle attribuite per legge da trasferire con appositi regolamenti (che non risulta siano stati emanati) e con successivi aggiustamenti: dai decreti Bersani e Letta, rispettivamente per l'elettricità e il gas naturale²³⁰, che riportavano al Ministero delle attività produttive alcune competenze di organizzazione e regolazione dei mercati; al codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 263/03); al d.lgs. di recepimento della direttiva 2012/34/UE.

Con maggiore o minore decisione tutte le Autorità hanno nel tempo eccepito il permanere di frammentazioni di competenze o di competenze sottratte. Tuttavia, nel caso dell'AEEG (oggi AEEGSI) e dell'AGCom il quadro originario delle competenze appariva piuttosto completo e organico, cosicché operazioni di sottrazione non le hanno alterate in modo sostanziale.

²³⁰ D.lgs. 79/99 e d.lgs. 164/00.

La condizione che ha caratterizzato l'ART alla sua nascita è piuttosto dissimile, posto che il Governo si è riservato in questo caso più ampie competenze regolatorie – ben oltre quanto giustificato da obiettivi di pianificazione degli investimenti e dall'incidenza della spesa pubblica nel settore (si veda ad esempio la frammentazione delle competenze in materia di autostrade e dei contratti di programma) - e lo è diventata viepiù nell'interpretazione della norma (aeroporti – caso di frammentazione delle competenze oggetto oggi di contestazione da parte della Commissione europea), per non dire la recentissima sostanziale privazione del potere di irrogare sanzioni al gestore della rete ferroviaria in caso condotta discriminatoria²³¹. Inoltre la regolazione indipendente dei trasporti è meno protetta dallo scudo comunitario e meno strutturate le reti di regolatori europei, come già detto.

2.5.6 CONCLUSIONI

Il capitolo affronta la materia delle sinergie che si possono realizzare nell'operato delle Autorità di regolazione dei diversi settori delle *utilities*, individuandole nell'importazione di *best practices* regolatorie e in una “competizione concertata” fra di esse per l'accesso dei rispettivi settori al mercato dei capitali. In entrambi i casi la cooperazione fra le Autorità dovrebbe essere finalizzata ad agevolare il perseguimento di obiettivi di politica industriale e sociale individuati “più in alto”.

Questa visione non è presente oggi a livello europeo, dove – con l'obiettivo della creazione di mercati unici settoriali e più o meno a seconda dei settori – si è puntato sulla cooperazione fra regolatori settoriali, perdendo di vista che il coordinamento fra politiche industriali settoriali richiederebbe anche l'armonizzazione delle regolazioni.

Affinché l'interazione fra le diverse Autorità sia realmente produttiva è necessario che esse siano quanto più possibile “omogenee”: per livello di professionalità, per grado di indipendenza da decisioni politiche, nel senso che la normativa non ne condizioni in modo differenziato le scelte al vaglio di altri decisori, per flessibilità dei criteri regolatori.

Sebbene non espressamente previsto, la legge 481/95, che ha dato avvio in Italia a un “modello comune” di Autorità di regolazione settoriale - l'accentramento in un unico soggetto indipendente delle competenze di regolazione tecnico-economica finalizzate alla promozione dell'efficienza e della concorrenza, lasciando Parlamento e governo poteri di indirizzo – è coerente con l'obiettivo indicato sopra. Tuttavia, il modello è stato sostanzialmente rispettato nell'istituzione dell'AEEGSI e dell'AGCom, meno nel caso dell'ART.

²³¹ Cfr. l'art. 37, c. 14, del d.lgs. 112/2015 che stabilisce un livello massimo di sanzione di un milione di euro.

Ennio Cascetta, Stefano Battini e Chiara de Luca

2.6.1 PREMESSA

L'Autorità di regolazione dei trasporti è stata istituita nell'ambito delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità ed è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori. All'Autorità di regolazione dei trasporti - articolo 37 del decreto legge n. 201/2011 - sono assegnate tra l'altro le funzioni ed i poteri di²³²:

- garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti;
- definire i criteri per la fissazione di tariffe, canoni e pedaggi;
- stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali;
- definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni;
- sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti di finanziamento;
- fornire segnalazioni e pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche e degli enti strumentali circa la congruenza di tali delibere con la regolazione economica.

2.6.2 LA REGOLAZIONE COME PROCESSO DI DECISIONE PUBBLICA: LE DECISIONI DELL'ART, GLI IMPATTI SUGLI *STAKEHOLDERS* ED I MODELLI DECISIONALI

2.6.2.1 REGOLAZIONE COME DECISIONE PUBBLICA E RUOLO DEI METODI QUANTITATIVI

La regolazione del mercato dei trasporti che l'ART ha il compito di svolgere comporta dover prendere decisioni complesse che interessano il sistema dei trasporti e che toccano aziende, soggetti pubblici, utenti dei trasporti e cittadini con diversi impatti economici e sociali. In questa chiave si tratta di decisioni pubbliche.

I processi decisionali sono stati studiati da diversi punti di vista per individuarne le caratteristiche più importanti. Economia, scienze politiche, psicologia hanno proposto analisi ed interpretazioni dei processi decisionali collettivi ed individuali.

Con riferimento ad ART esistono più *stakeholders* impattati e/o coinvolti nel corso del processo, per cui i modelli che meglio possono rappresentare la realtà sono quelli organizzativi che descrivono processi decisionali collettivi e tra questi quelli cognitivi o a razionalità limitata²³³, caratterizzati da negoziazioni e compromessi tra gli interessi dei vari *decision makers* e le cui decisioni sono un risultato fattibile piuttosto che astrattamente ottimale dal momento che il/i decisori hanno a propria disposizione un numero limitato di informazioni ed un tempo limitato. Le soluzioni sono sempre confrontate fra loro sulla base delle conseguenze, in modo coerente e dinamico.

I diversi modelli decisionali possono anche essere interpretati come diversi approcci alla negoziazione in quanto l'impatto delle decisioni regolatorie è molto forte. Fra i diversi modelli che sono stati proposti per rappresentare i processi negoziali, quello sviluppato dalla scuola di Harvard sembra particolarmente aderente alla descrizione dei modelli decisionali appena citati²³⁴. I due approcci alla negoziazione sono

²³² Fonte - www.autorita-trasporti.it

²³³ Per ulteriori approfondimenti sul tema dei processi decisionali si rimanda a Cascetta, Cartenì, Pagliara, Montanino (2015) "*A new look at planning and designing transportation systems: A decision making model based on cognitive rationality, stakeholder engagement and quantitative methods*" *Transport Policy* 38, 27-39.

²³⁴ Fisher, R., Ury, W. and Patton, B. (1991), *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, 2nd ed., Houghton Mifflin

definiti come negoziazione sulle posizioni/alternative e negoziazione sui principi. Il secondo approccio è considerato come quello in grado di raggiungere nella maggior parte dei casi un “accordo saggio”, ossia un accordo (una decisione) che sia efficiente, non sprechi opportunità e che sia condiviso. La negoziazione sui principi si basa su quattro elementi: distinguere le persone dai problemi; focalizzarsi sugli interessi, non le posizioni; inventare delle opzioni per un guadagno reciproco; insistere per utilizzare criteri obiettivi. Tutte questi principi sono coerenti con il modello razionale cognitivo. L’analisi della situazione attuale, le criticità e i problemi da risolvere, la formulazione degli obiettivi prima di proporre soluzioni contribuiscono a definire quali sono i problemi e sviluppare una consapevolezza degli obiettivi indipendentemente da chi li rappresenta e dalle specifiche soluzioni. La formulazione di soluzioni alternative senza “affidarsi” da subito a una specifica soluzione consente di esplorare le diverse opzioni, “imparando” dalle conseguenze per i diversi obiettivi e punti di vista, infine l’approccio razionale basato sulla simulazione e la analisi tecnico-economica degli impatti delle soluzioni consente di avere dei criteri obiettivi sui quali basare confronti e cercare di raggiungere un compromesso accettabile per tutti i decisori che non sia il risultato dello scontro di volontà, punti di vista o livelli di potere.

Si capisce, quindi, quanto sia importante che l’ART abbia a propria disposizione il maggior numero di informazioni possibili e soprattutto gli strumenti in grado di valutare gli effetti di determinate scelte sul sistema dei trasporti e su tutti gli *stakeholders* oltre che essere supportata in tutte le fasi di ricerca del consenso degli *stakeholders* stessi (*stakeholders engagement*).

A titolo puramente esemplificativo diversi livelli di tariffazione d’uso delle infrastrutture ferroviarie, autostradali o aeroportuali avranno impatti sui costi di produzione dei servizi, sulle tariffe, sulla ripartizione della domanda di mobilità fra le diverse modalità di trasporto, sull’accessibilità di diverse parti del territorio nazionale. Questi effetti andrebbero simulati per le diverse opzioni di tariffazione e utilizzati all’interno di un processo decisionale.

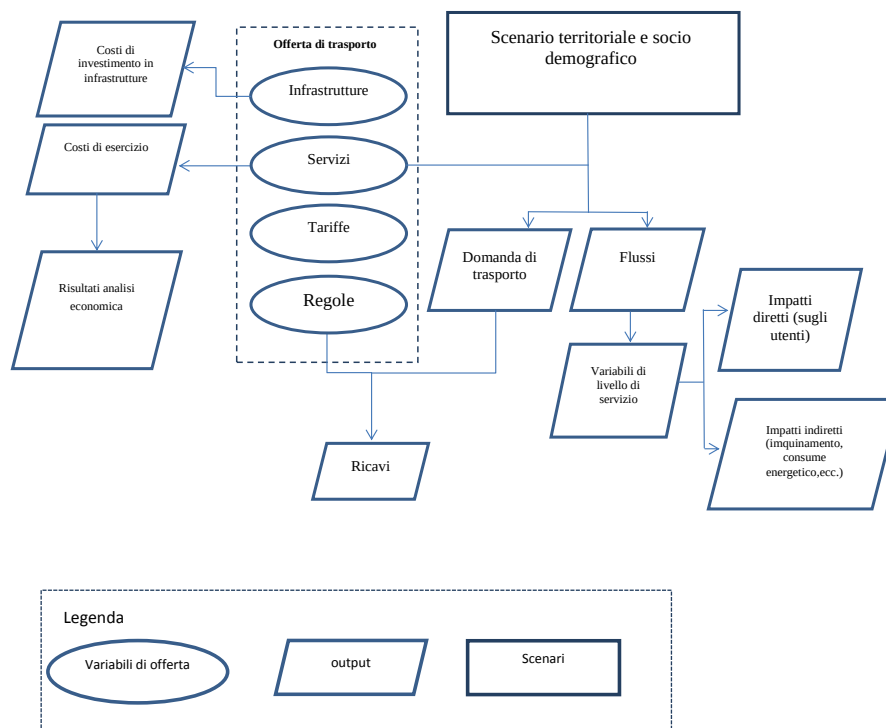
Altrettanto importante è il monitoraggio continuo dello “stato” dei diversi mercati del trasporto (urbano, locale, di media-lunga percorrenza, internazionale), l’andamento della domanda, della quantità e qualità dei servizi di trasporto, dei livelli di prezzo e di costo, dei traffici che utilizzano le principali infrastrutture. Queste analisi consentono di valutare le criticità da risolvere attraverso gli strumenti della regolazione e gli effetti ex post di politiche regolatorie e non solo.

Un supporto alla gestione dei processi negoziali che l’ART deve portare avanti per meglio attuare lo *stakeholder engagement* viene dall’ingegneria dei sistemi di trasporto²³⁵ che ha tra le sue principali aree di interesse quella dei processi decisionali e della pianificazione dei trasporti. Per fornire al decisore il maggior numero di informazioni possibili, come la valutazione degli effetti che determinate decisioni hanno sul sistema dei trasporti, l’ingegneria dei sistemi di trasporto utilizza i sistemi di supporto alle decisioni (DSS) le cui componenti principali sono (cfr. figura 1):

- il database, che immagazzina i dati in input (come, ad esempio le caratteristiche della domanda e dell’offerta di trasporto) ed in output (come i flussi di traffico, i livelli di congestione, i tempi e i costi di viaggio) relativi al sistema di trasporto;
- il sistema di modelli matematici di simulazione dei sistemi di trasporto; i modelli di domanda e di offerta che interagiscono tra di loro attraverso lo strumento della simulazione che fornisce le variabili funzionali che definiscano lo scenario trasportistico, come, ad esempio, i flussi veicolari, il livello degli attributi di servizio, la ripartizione modale, ecc..
- la componente di interazione utente-sistema; questa componente è particolarmente rilevante in quanto permette ad un complesso sistema come il DSS di essere facilmente utilizzato da utenti, anche non esperti. In particolare, attraverso di essa si possono creare gli scenari di progetto, analizzare i risultati della simulazione e la definizione e specificazione delle componenti trasportistiche come la domanda, gli orari dei servizi, ecc.

235 Cascetta, E., 2009. Transportation Systems Analysis: Models and Applications, 2nd edition Springer

Figura 1 – Schema di un sistema di supporto alle decisioni per il sistema dei trasporti in Italia



I modelli matematici di simulazione dei sistemi di trasporto sviluppati nei decenni consentono ormai di simulare con sufficiente attendibilità gli effetti di una scelta sui diversi soggetti interni ed esterni al sistema di trasporto. Gli impatti economici, ambientali, sociali possono essere simulati con sistemi di modelli matematici ormai consolidati e frutto di decenni di ricerca ed applicazioni.

2.6.2.2 IL COINVOLGIMENTO DEGLI STAKEHOLDERS

Le decisioni pubbliche impattano sulla collettività e questa va coinvolta nel processo decisionale attraverso lo *stakeholder engagement*, che, di fatto, è l'impegno a far proprio il principio dell'inclusività. Ciò significa riconoscere agli stakeholder il diritto ad essere ascoltati ed accettare l'impegno di rendicontare della propria attività e delle proprie scelte e quindi comprende le attività e le tecniche relative al processo di identificazione e di coinvolgimento degli *stakeholders* all'interno del processo decisionale. È un processo di comunicazione a doppio senso che fornisce un meccanismo per lo scambio delle informazioni e per la promozione dell'interazione tra gli *stakeholders* ed i decisori, migliora la qualità del processo decisionale, riducendo il rischio del fallimento di un'iniziativa.

Numerosi sono i benefici dello *stakeholder engagement*: incremento di credibilità del decisore, allargamento delle coalizioni sulle scelte specifiche, migliore informazione per i coordinatori del processo riguardo le necessità e le preferenze degli stakeholder, riduzione del rischio di barriere di processo, individuazione delle soluzioni che effettivamente incontrano i bisogni, comprensione da parte degli *stakeholders* della complessità dei problemi e senso di partecipazione al processo.

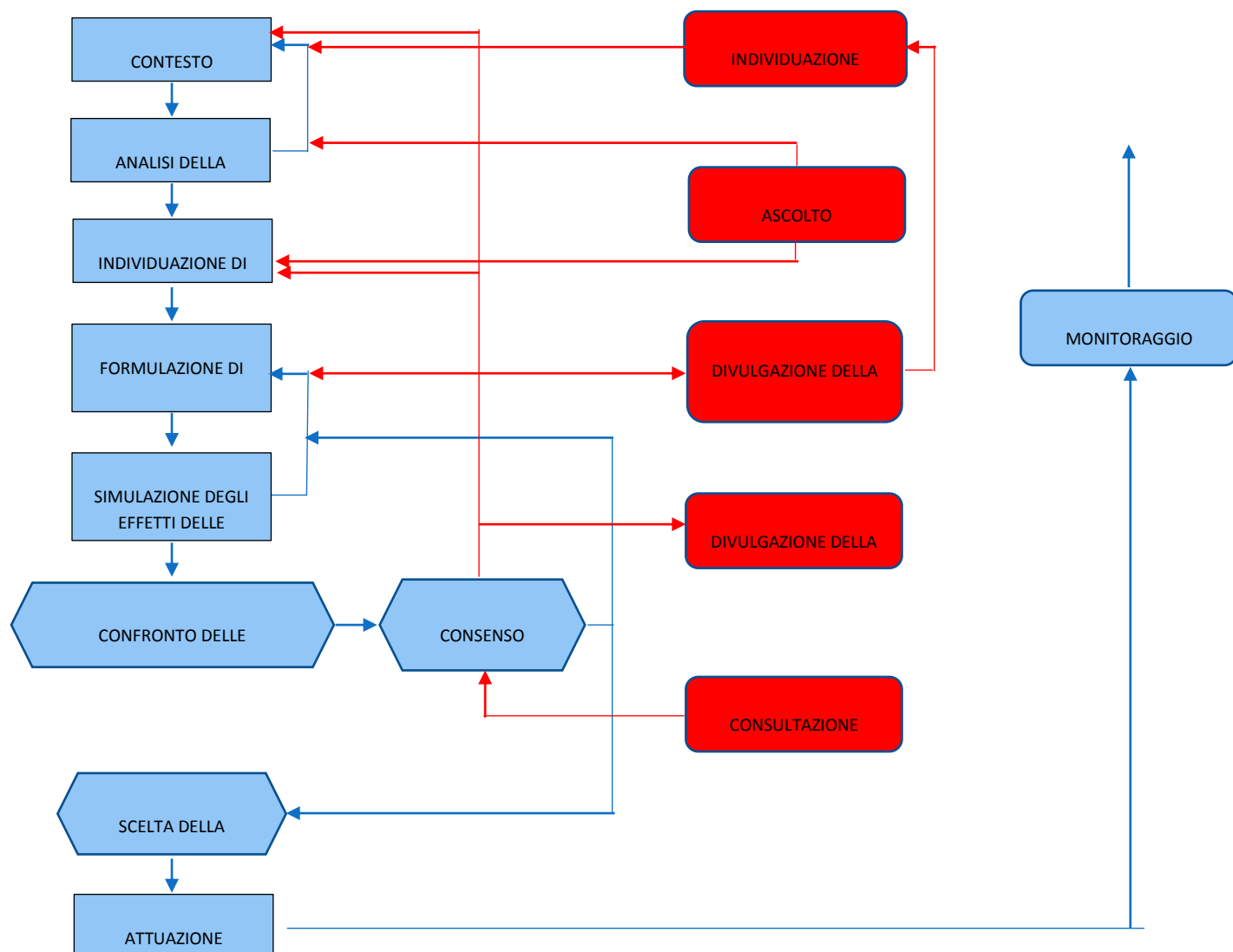
La principale difficoltà del public engagement consiste nel fatto che i possibili interlocutori sono facilmente disposti a mobilitarsi contro una proposta piuttosto che essere disposti a partecipare per ragionare attorno a un problema. Il rischio è, quindi, quello di bloccare il processo.

LO STAKEHOLDER ENGAGEMENT NEL MODELLO A RAZIONALITÀ LIMITATA

Lo *Stakeholder Engagement* (SE) è un processo iterativo flessibile, che dovrebbe essere integrato all'interno del più ampio processo decisionale, a cominciare dallo stadio iniziale, e dovrebbe essere

accettato da tutti gli stakeholders. Dalla figura 2 si può evincere in quali fasi del modello a razionalità limitata e, quindi, nel processo decisionale di regolazione, si inserisce lo SE.

Figura 2 – Lo Stakeholder Engagement nel modello a razionalità limitata



2.6.3 LA GIUSTIFICAZIONE DEL MODELLO PARTECIPATIVO NELLA REGOLAZIONE INDIPENDENTE DEI MERCATI

La partecipazione costituisce un principio generale, disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990). Questa, tuttavia, stabilisce, all'art. 13, che le norme da essa dettate in materia di partecipazione non trovano applicazione ai procedimenti destinati all'emanazione di provvedimenti normativi o a contenuto generale. Si tratta appunto dei procedimenti di *rule-making*, in cui si sostanzia l'attività di regolazione indipendente dei mercati.

L'eccezione non deve però essere interpretata come sottrazione del *rule-making* ai principi del modello partecipativo, bensì come rinvio alle discipline di settore, le quali, nel caso della regolazione indipendente dei mercati, dettano apposite norme sulla consultazione degli interessati, sovente

assicurando un livello di partecipazione più elevato rispetto a quello definito dal modello generale²³⁶. La giurisprudenza, inoltre, afferma il principio generale per il quale, quando i procedimenti di *rule-making* sono svolti da Autorità indipendenti, allora la partecipazione è comunque obbligatoria, anche a prescindere da quanto dispongano le norme di settore.

La partecipazione nei procedimenti di *rule-making* conosce, dunque, nel settore della regolazione indipendente dei mercati, uno statuto giuridico peculiare, che non connota gli altri procedimenti volti all'adozione di norme a contenuto generale e astratto. Quali sono le ragioni di questo statuto particolare? Perché la partecipazione è così essenziale per la regolazione indipendente dei mercati? Quali ne sono, in questo ambito, le specifiche giustificazioni?

Se ne possono identificare almeno tre.

2.6.3.1 PARTECIPAZIONE AMMINISTRATIVA COME SURROGATO DELLA PARTECIPAZIONE POLITICA. LEGALITÀ PROCEDIMENTALE COME SURROGATO DELLA LEGALITÀ SOSTANZIALE.

La prima, e principale, giustificazione è di natura costituzionale interna.

Le autorità indipendenti si sottraggono all'indirizzo politico amministrativo del Governo e, in generale, sono estranee rispetto al circuito politico-rappresentativo ex art. 95 della Costituzione. Ciò pone un problema di *accountability*, che richiede fonti alternative di legittimazione democratica. Queste sono poi tanto più necessarie quanto più ampia è la delega alle autorità di poteri normativi sostanzialmente “in bianco”, necessari in materie soggette a rapida evoluzione tecnologica che richiedono un tempestivo e costante adeguamento della relativa regolamentazione. Ciò che solleva un ulteriore problema “costituzionale” di deficit democratico, relativo di rispetto del principio di legalità in senso sostanziale: non basta che un potere sia attribuito all'autorità amministrativa dalla legge, occorrendo anche che il Parlamento ne definisca contenuti, condizioni e limiti di esercizio.

La partecipazione rappresenta precisamente, nella prevalente lettura della scienza giuridica e della giurisprudenza, una legittimazione democratica alternativa, che sopperisce alla deroga al principio di responsabilità ministeriale, nonché un fattore che assicura legalità procedurale, che surroga il *deficit* di legalità sostanziale.

Di qui un'interpretazione molto stringente del concetto di partecipazione e contraddittorio nei procedimenti di regolazione, affermata costantemente in giurisprudenza soprattutto a partire dalla sentenza n. 7972/2006 del Consiglio di Stato²³⁷.

La partecipazione dei privati interessati, allora, non deve intendersi solo come forma di “razionalizzazione” delle decisioni delle Autorità ossia come elemento in grado di fornire utili informazioni ai fini dell'adozione dei provvedimenti di regolazione, superando le asimmetrie informative tra regolatore e regolato, ma anche come strumento sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative-democratiche. In altre parole, le Autorità che si pongono al di fuori della classica tripartizione dei poteri e in assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del Governo, trovano in questo modo una legittimazione “dal basso”, proprio attraverso le garanzie (rinforzate

²³⁶ In generale, sulla partecipazione nei procedimenti delle autorità indipendenti si veda, fra i molti, R. Chieppa, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Atti del convegno “Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative”, Roma 14 Dicembre 2005; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, pp. 1019-1082; M. Clarich, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996; S. Del Gatto, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9, 2010, p. 947-954.; G. Napolitano e A. Zoppini, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna 2006.

²³⁷ Consiglio di Stato, VI sez., n. 7972 del 2006: “L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale”. L'orientamento è consolidato e costantemente ribadito nella giurisprudenza successiva.

rispetto a quanto ordinariamente previsto per le p.a. tradizionali) del giusto procedimento. La “legalità procedurale”, dunque, compensa la caduta di quella sostanziale. La previsione di garanzie procedurali rigorose, in materia di partecipazione degli *stakeholders* al procedimento e di contraddittorio, rappresenta la condizione minima affinché venga assicurato ai privati destinatari dei provvedimenti o comunque interessati dai loro effetti, il rispetto delle regole di diritto in assenza di una responsabilità politica delle Autorità.

2.6.3.2 INTEREST REPRESENTATION MODEL E CATTURA DEL REGOLATORE

La seconda giustificazione dell’obbligo giuridico di esperire procedure di consultazione degli *stakeholders*, in sede di regolazione indipendente dei mercati, è che tale modello normativo meglio risponde ai rischi di *regulatory capture*. Naturale che tali rischi appaiano consistenti, a fronte di un massiccio spostamento del potere di regolazione dagli organi rappresentativi verso autorità i cui componenti hanno una legittimazione tecnica e fondata sulla *expertise*. Tuttavia, il rischio di cattura è più alto se la funzione di regolazione è svolta in modo opaco, oppure è dominata da consultazioni informali, accessibili esclusivamente dai soggetti regolati meglio attrezzati per influire sul processo decisionale. Al contrario, le procedure di consultazione pubblica, aperte a tutti gli interessati, inclusi singoli cittadini e organizzazioni in grado di rappresentare l’interesse del pubblico, secondo l’*interest representation model*, riducono le opportunità di *regulatory capture*. La partecipazione obbliga l’autorità decidente alla trasparenza del processo decisionale, a confrontare e ponderare le opzioni regolatorie in base alle osservazioni e ai commenti ricevuti, a giustificare su basi razionali, e dunque verificabili e sindacabili, le scelte effettuate.

2.6.3.3 INTEGRAZIONE SOVRANAZIONALE DEI MERCATI E FORTUNA DEL MODELLO PARTECIPATIVO.

La terza giustificazione teorica dell’obbligatorietà del modello partecipativo nella regolazione indipendente dei mercati è infine, per così dire, di natura costituzionale “esterna”. Si tratta del riflesso dell’interdipendenza economica. L’integrazione europea e globale dei mercati ha indotto, negli ordinamenti interni, una modifica che ha rilievo costituzionale e si ricollega all’impatto extra-territoriale della regolazione nazionale dei mercati. Quando i mercati divengono globali, mentre i regolatori restano nazionali, le scelte regolatorie di questi ultimi costantemente impattano su interessi esterni, propri di soggetti, imprese, cittadini di altri Stati. Due sono allora le vie per riallineare i confini dei mercati e quelli delle istituzioni che li regolano. La prima è organizzativa e consiste nella costituzione di autorità sovranazionali o *networks* europei o globali di autorità di regolazione, che uniformano e coordinano le rispettive regolazioni. La seconda, che qui interessa, è invece di tipo procedurale. Essa consiste appunto nel rafforzamento del *due process* e del principio di partecipazione. La partecipazione diviene uno strumento di apertura dei processi di regolazione domestici alla introduzione di interessi esterni, incisi anch’essi dalla regolazione. Le norme internazionali che impongono obblighi di consultazione nei procedimenti di *rule-making*, ad esempio, sono numerosissime. Nel diritto WTO, gli esempi più importanti sono rappresentati dagli accordi in materia di norme tecniche e di misure sanitarie e fitosanitarie (TBT e SPS *Agreements*). Nello stesso senso diverse norme “WTO-plus”, contenute nel recente accordo commerciale Europa-Canada (CETA), che fungono da modello anche per le negoziazioni del più contestato accordo con gli Stati Uniti (TTIP). L’accordo CETA, ad esempio, contiene una disposizione di carattere generale riferita a tutti gli atti normativi (incluse le leggi) e gli atti amministrativi di generale applicazione, secondo cui: “*to the extent possible, each Party shall [...] publish in advance any such measure that it proposes to adopt [...] and provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures*”²³⁸. Esiste dunque una pressione internazionale ed europea alla introduzione di modelli partecipativi nello svolgimento delle funzioni di regolazione dei mercati.

²³⁸ CETA, 31 (Transparency).

2.6.4 LINEE GUIDA PER UN PROCESSO DI *STAKEHOLDER ENGAGEMENT* NELLE ATTIVITÀ DI ART

È stato messo in evidenza da un lato che le decisioni dell'ART hanno un impatto sulla collettività e dall'altro che, essendo essa un'autorità indipendente può svolgere procedimenti di *rule-making* per cui non solo è auspicabile ma in alcuni casi obbligatoria la partecipazione. L'ART già oggi ricorre alle consultazioni così come previsto dall'art. 5 del Regolamento per lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse²³⁹: mette a disposizione degli *stakeholders* il documento di consultazione e chiede proposte e/o osservazioni da far pervenire per posta elettronica. Tutto ciò, però, potrebbe non essere sufficiente nel caso delle decisioni più complesse che potrebbero richiedere, come diremo più avanti, un maggior coinvolgimento degli *stakeholders*.

Un processo di *stakeholder engagement* portato avanti correttamente consente, come già detto in precedenza, non solo di giungere a scelte condivise ma di ampliare il campo delle conoscenze di tutti coloro che sono coinvolti, sia dell'autorità che degli *stakeholders*. Ma un processo di *stakeholder engagement* non può essere improvvisato ma deve essere ben progettato altrimenti può divenire controproducente.

Occorre preliminarmente distinguere due tecniche di consultazione degli *stakeholders*: le consultazioni chiuse e le consultazioni pubbliche.

La consultazione chiusa si configura come “una forma di coinvolgimento di un numero limitato di portatori di interesse, quali possono essere, nel caso delle autorità indipendenti, le aziende, le associazioni di categoria e di rappresentanza”²⁴⁰. Le autorità indipendenti, come confermano gli studi in materia, “consultano frequentemente i propri principali *stakeholders* secondo un sistema di consultazioni chiuse, talvolta formali e talvolta informali”, utilizzando tecniche varie, quali riunioni, *panels*, interviste, questionari, tavoli tecnici, etc.²⁴¹.

Per quanto anche le consultazioni “chiuse” presentino una significativa utilità, arricchendo in particolare il patrimonio informativo su cui l'Autorità dispone al fine di assumere le proprie scelte e contribuendo ad accrescere la condivisione delle stesse, tuttavia, per le ragioni illustrate nei paragrafi precedenti, le Autorità di regolazione sono soprattutto tenute ad esperire procedure di consultazione pubblica, cioè aperte incondizionatamente a tutti coloro che sono interessati dall'atto regolatorio. Nella consultazione pubblica, la legittimazione a partecipare è dunque intesa in senso assai ampio e non è circoscritta a specifiche categorie di *stakeholders* previamente individuate dall'autorità che effettua la consultazione.

Tre sono i livelli di engagement e sono funzione del tipo di decisione da intraprendere:

Informazione, si fornisce agli *stakeholders* l'informazione relativa all'iniziativa nelle forme appropriate;

Consultazione/notice and comment, in questo contesto i decisori ascoltano i punti di vista degli *stakeholders* al fine di migliorare la formulazione dell'iniziativa da intraprendere e prima della sua approvazione o per fare le necessarie modifiche;

Interazione, riguarda un'estensione della consultazione dove i gruppi direttamente interessati diventano *partners* nella definizione dell'iniziativa, essi partecipano nel prendere la decisione.

Precedono i tre livelli, le due fasi iniziali dell'engagement:

Individuazione degli stakeholders, si prendono in considerazione i possibili *stakeholders* e le loro reazioni;

Ascolto, riguarda l'analisi delle condizioni esistenti (sociali, culturali ed economiche) e dei timori degli *stakeholders*.

²³⁹ Cfr. <http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2014/01/Regolamento-svolgimento-dei-procedimenti-di-competenza-Art1.pdf>

²⁴⁰ C. Raiola, *La consultazione nelle autorità indipendenti*. Osservatorio sull'Analisi di impatto della regolazione, www.osservatorioair.it, gennaio 2010, p. 4.

²⁴¹ Ibidem, p. 8.

2.6.4.1 LA SCELTA DEGLI *STAKEHOLDERS*

Nel caso di consultazioni chiuse, l'individuazione e la scelta degli *stakeholders* da coinvolgere nei livelli successivi, rappresenta un passaggio fondamentale²⁴² nella relazione pubblica che si vuole attivare con la comunità. Ovviamente si possono individuare diversi gruppi di *stakeholders*²⁴³ da coinvolgere con modalità diverse. La segmentazione delle classi degli *stakeholders* va definita rispetto al grado di coinvolgimento degli stessi nella formulazione delle proposte considerate. Si possono individuare gli *stakeholders* attraverso diverse metodologie; una di queste indica come principi per la loro identificazione la capacità di influenza e quella di interesse che essi sono in grado di esercitare.

I fattori di influenza sono relativi alle risorse che gli *stakeholders* possono mettere a disposizione per il raggiungimento degli obiettivi, alle conoscenze specifiche relative alla decisione da prendere, e la rappresentatività, ovvero la capacità di rappresentare gli interessi riconosciuti all'interno della collettività di riferimento. Il livello di interesse si misura definendo l'incidenza delle politiche sulla sfera di azione o sugli interessi della categoria individuata.

Incrociando in una matrice influenza e interesse si ottengono tre categorie di *stakeholders*:

- gli *stakeholders* essenziali, cioè coloro che è necessario coinvolgere perché hanno alto interesse e alta influenza rispetto alla politica di riferimento e, quindi, forte capacità di intervento sulle decisioni che l'Amministrazione vuole adottare;
- gli *stakeholders* appetibili, cioè coloro che è opportuno coinvolgere poiché hanno basso interesse ma alta influenza. Questa categoria può essere rappresentata da gruppi di pressione o da opinion leader in grado di influenzare l'opinione pubblica rispetto a determinate tematiche;
- gli *stakeholders* deboli, cioè coloro che hanno alto interesse ma bassa influenza. Questa categoria è rappresentata da soggetti che non hanno i mezzi e gli strumenti per poter esprimere in modo forte e omogeneo i propri interessi; questi soggetti coincidono spesso con le fasce destinatarie delle politiche dell'Amministrazione ed è quindi opportuno coinvolgerle nella formulazione delle politiche stesse.

Di seguito si riporta una tabella non esaustiva dei principali *stakeholders* da coinvolgere nell'ambito dei processi decisionali che attengono l'ART.

Tabella 1 – Gli *stakeholders* nelle decisioni regolatorie

Stakeholders regolatori di sistema	Stakeholders regolatori di settore	Stakeholders significativi
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti	Ferrovie dello Stato	ANAS
Ministero dell'Economia	ENAC	Aziende produttrici di servizi in regime di concorrenza nel mercato
Commissione Europea DG TREN	ENAV	Aziende produttrici di servizi in regime di concessione
Commissione Europea DG MOVE	Agenzia nazionale per la sicurezza ferroviaria	RFI
Parlamento Italiano - Commissioni		ANAS
Autorità Antitrust		Autorità portuali
Autorità Anti corruzione		Società gestione aeroporti
		Società gestione interporti
		Associazioni di settore
		Associazioni degli utenti
		Associazioni dei consumatori
		Associazioni ambientaliste

²⁴² Buyse, K., Verbeke, A., 2003. Proactive environmental strategies: a stakeholder management perspective. *Strat. Manag. J.* 5, 453–470.

²⁴³ Gardner, J., Rachlin, R., Sweeny, A., 1986. *Handbook of strategic planning*. Wiley, New York.

Cascetta, E., Pagliara, F., 2013. Public engagement for planning and design transportation systems: tools and experiences. *Procedia Soc. Behav. Sci.* 87, 103–116.

2.6.4.2 INFORMAZIONE

E' una tipologia di comunicazione unidirezionale, l'Autorità comunica agli *stakeholders* informazioni che ritiene importante condividere. E' necessario per il buon esito dell'engagement, disporre di un Piano di comunicazione che chiarisca:

- **chi** deve essere informato
- **di cosa** deve essere informato
- **come** informare
- **quando** informare
- **quale** risultato ci si aspetta

Una volta definito il piano di informazione, questo va implementato e monitorati i risultati.

Le informazioni da condividere saranno riportate in un Rapporto di consultazione in cui si spiega il tema oggetto della consultazione, riportando il quadro di riferimento ed il *benchmarking* internazionale. Inoltre andranno specificate le motivazioni, gli obiettivi e le tipologie di domande e proposte che ci si attende dalla consultazione.

2.6.4.3 NOTICE AND COMMENT

La tecnica di consultazione, peraltro già utilizzata da ART, che si è affermata come di gran lunga dominante, non solo in Italia, è quella tipica del *notice and comment* in forma telematica.

E' una tipologia di comunicazione bidirezionale in cui le persone, le comunità e le associazioni offrono il loro contributo nella formazione della decisione. In particolare si ricorre alla consultazione quando si ha già una proposta preliminare supportata da motivazioni quantitative oggettive nonché gli effetti attesi. Un'attenta pianificazione, implementazione ed analisi sono necessarie per il buon esito delle consultazioni sia per l'Autorità che per gli *stakeholders*. Cinque sono gli steps da seguire:

- Individuare il **motivo** per cui si fa una consultazione
- **Pianificare** la consultazione, individuando tra l'altro il budget necessario
- **Implementare**, verificare se il processo sta seguendo il piano ed in caso contrario intervenire
- **Analizzare** e dare una risposta ai feedback ricevuti, comunicando le decisioni prese ed il peso che hanno avuto gli input del pubblico
- **Valutare** l'efficacia del public engagement

Nell'ambito di questo modello l'Autorità comunica preventivamente la propria intenzione di dare avvio al procedimento di regolazione, pubblicando uno schema di provvedimento di regolazione e fissando un termine per presentare osservazioni. Successivamente, adotta la decisione prendendo in considerazione i contributi ricevuti e dandone conto in sede di motivazione dell'atto. Si tratta di una dinamica prevista originariamente dall'*Administrative Procedure Act* statunitense del 1946 e oggi presente in molte esperienze europee. Per esempio l'*Autorite' de regulation des communications électroniques et des postes* (Arcep) in Francia, o l'*Ofcom* nel Regno Unito e la *Spain Telecommunication Commission* (Cmt) prevedono forme di partecipazione basate sul meccanismo del *notice and comment*.

L'applicazione del modello del *notice and comment* non è priva di profili problematici, molti dei quali sono peraltro riconducibili al *trade off* fra partecipazione e semplificazione, fra garanzia ed efficienza, il quale connota, più in generale, l'intera disciplina del procedimento amministrativo. La previsione e il rispetto di garanzie partecipative, se per un verso accresce la legittimazione e l'accuratezza delle decisioni pubbliche, per altro verso produce il rischio di "ossificazione" delle procedure; rischio, quest'ultimo, particolarmente avvertito nella elaborazione di politiche di regolazione dei mercati, che richiedono decisioni sempre più rapide ed effettive.

Di seguito si indicheranno, anche in questa prospettiva, alcuni problemi applicativi in tema di *notice and comment*, senza pretesa di esaustività e facendo talora riferimento anche alle disposizioni contenute nel regolamento approvato da ART.

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL *NOTICE AND COMMENT*

Il tema del corretto equilibrio fra esigenze di partecipazione e di snellimento della funzione di regolazione si pone innanzitutto con riferimento alla individuazione dei procedimenti di *rule-making*, che devono essere sottoposti a consultazione pubblica.

Vi sono, in proposito, almeno tre criteri utilizzati, o utilizzabili, per circoscrivere l'ambito di applicazione dell'obbligo di consultazione, evitando così di estenderlo indistintamente a qualsiasi categoria di atto normativo o a contenuto generale.

Il primo criterio è quello della natura vincolata dell'atto stesso. Si tratta di un criterio che trova applicazione anche in sede di disciplina generale del procedimento amministrativo, tanto che, ai sensi dell'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990, in caso di provvedimenti vincolati, la mancata comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente assenza di partecipazione dell'interessato, non determina l'annullamento dell'atto: la partecipazione, quando non vi siano effettivi margini di scelta per l'autorità, scade a mero requisito "formale". In questa prospettiva, ad esempio, il regolamento per lo svolgimento dei procedimenti di competenza di ART (art. 5, c. 3), prevede che "di norma non sono sottoposti alla consultazione gli atti di regolazione a contenuto vincolato, nonché gli atti esecutivi di atti di regolazione precedentemente sottoposti a consultazione". Va detto, tuttavia, che il giudice amministrativo, quando l'omissione di garanzie partecipative riguarda i procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti, ha un approccio molto meno "sostanzialista" e più attento alla puntuale osservanza delle "forme" partecipative. E ciò per le ragioni in precedenza illustrate: il modello partecipativo assolve in questo ambito a una funzione "costituzionale", che in altre procedure è assente. A titolo esemplificativo, una recente pronuncia del Tar Lombardia²⁴⁴ ha annullato una delibera AEEG, adottata senza procedura di consultazione in quanto asseritamente volta ad esplicitare quanto già chiaramente prescritto dalla legge: il Tar ha invece ritenuto che tale delibera non si fosse "limitata a ribadire le statuizioni già contenute nella norma superiore", ma avesse, "in attuazione di questa", "introdotto disposizioni innovative".

Un secondo criterio di delimitazione degli atti di regolazione da sottoporre a consultazione pubblica è quello dell'urgenza. Anche questo criterio è previsto dalla disciplina generale della l. 241/1990 (art. 7) e ripreso dal regolamento ART: "non si procede a consultazione quando essa è incompatibile con esigenze di urgenza, emergenza o riservatezza" (art. 5, c. 4). Ma anche in questo caso va osservato che il giudice amministrativo è incline a esercitare un sindacato occhiuto sulla sussistenza delle ragioni di urgenza che valgono ad esonerare l'autorità dall'esperimento della procedura partecipativa. Ancora a titolo di esempio, di recente il Consiglio di Stato²⁴⁵ ha interpretato una disposizione regolamentare dell'AAEGSI, dal contenuto esattamente identico a quello della norma del regolamento ART appena riportata, nel senso che essa "deve essere interpretata in modo del tutto restrittivo ed intesa quale previsione eccezionale prima ancora che *lato sensu* derogatoria. Ciò, al fine di evitare che la mera affermazione relativa all'esistenza di generiche ragioni di straordinaria urgenza possa legittimare l'Autorità di settore a svincolarsi dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pubblica".

La severità con cui il giudice amministrativo censura il mancato rispetto dell'obbligo – indefettibile – di consultazione degli *stakeholders*, nei procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti, lascia dubitare, quantomeno in assenza di una base legislativa, della possibilità di ricorrere ad un terzo, e più sostanziale, criterio di delimitazione degli atti sottoposti al modello del *notice and comment*. Il criterio, non previsto dal regolamento ART, è quello di limitare la partecipazione esclusivamente a quegli atti di regolazione particolarmente importanti per un determinato mercato, soprattutto dal punto di vista del numero dei soggetti interessati, come avviene ad esempio nel comparto delle comunicazioni

²⁴⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. II, 19 febbraio 2015, n. 509.

²⁴⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

elettroniche, in cui l'AGCOM sottopone a consultazione solo le misure che abbiano un "impatto rilevante sul relativo mercato"²⁴⁶.

LA BASE INFORMATIVA DELLA CONSULTAZIONE E LA FASE DEL PROCESSO DECISIONALE IN CUI LA STESSA INTERVIENE

Un secondo nodo problematico riguarda il tipo di documento su cui gli *stakeholders* sono chiamati a esprimersi e, conseguentemente, il momento in cui la consultazione interviene. Anche in questo caso vi è un *trade off*.

Se la consultazione interviene troppo presto, quando la proposta regolatoria dell'autorità è ancora indefinita e costituisce una mera ipotesi di lavoro, gli *stakeholders* non sono in grado di esprimere il proprio punto di vista con puntuale riferimento alle scelte che poi confluiscono nella regolamentazione adottata. Il giudice amministrativo è molto attento nel verificare la congruenza fra il documento posto a base della consultazione e la disciplina adottata ad esito della stessa: la seconda deve collocarsi nel solco della prima e rappresentarne uno sviluppo coerente, altrimenti la partecipazione risulterebbe elusa²⁴⁷.

D'altronde, se la consultazione interviene troppo tardi, quando la volontà dell'autorità è ormai cristallizzata, la partecipazione rischia di svolgersi a metodo di acquisizione del consenso in ordine a scelte già compiute dall'autorità stessa, e formatesi in realtà a prescindere dal confronto con gli *stakeholders*.

La prassi conosce, sotto questo profilo, essenzialmente due modelli di consultazione. Il primo è il *notice and comment* classico, nel quale l'autorità pone a base della consultazione un vero e proprio articolato normativo, eventualmente arricchito da testi informativi. Il secondo modello è invece quello fondato su documenti di consultazione di carattere illustrativo, privi di articolato normativo e in genere accompagnati da domande o quesiti diretti a guidare i commenti degli interessati. Questo secondo modello, come detto, consente di aprire il processo decisionale alla partecipazione degli interessati in una fase anteriore a quella decisionale, ma presenta il rischio di dover ripetere la consultazione una volta che le scelte regolatorie si siano precisate e venga predisposto l'articolato normativo. Sul punto, il regolamento ART lascia aperta la scelta fra i due modelli. Esso prevede infatti un contenuto minimo del documento di consultazione (descrizione degli elementi essenziali dell'atto di regolazione da adottare; questioni sulle quali l'Autorità sollecita i soggetti interessati a presentare osservazioni e proposte; modalità e termine per prestare osservazioni e proposte), disponendo poi che tale documento "può contenere altresì lo schema dell'atto di regolazione da adottare"). La scelta di avviare la consultazione su un articolato normativo (*notice and comment* in senso proprio) oppure su un documento deve essere effettuata dall'autorità, dunque, caso per caso.

OBBLIGO DI MOTIVAZIONE E *DIALOGUE REQUIREMENT*

Ultimo snodo problematico è quello del rapporto fra consultazione e motivazione dell'atto di regolazione adottato ad esito della stessa. La consultazione impone non soltanto l'obbligo di pubblicizzare i commenti ricevuti ma, anche, quello di prendere in considerazione tali commenti e proposte. Ciò non vuol dire certo che l'Autorità sia tenuta a recepirli, ma vuol dire che essa li deve prendere in considerazione. Più precisamente, deve anche dimostrare di aver tenuto conto delle osservazioni e proposte ricevute. Qui interviene il problema: in che modo e fino a che punto l'autorità deve fornire questa dimostrazione, in sede di motivazione dell'atto? Riferimenti troppo generici e

²⁴⁶ Cfr. art. 11 D.lgs. n. 259/2003.

²⁴⁷ A titolo di esempio, la già citata pronuncia del tar Lombardia (n. 509/2015) ha annullato la delibera AEEG, per violazione dell'obbligo di consultazione, perché il documento di consultazione non indicava la scelta regolatoria poi introdotta: "Sulla base di queste premesse si deve ritenere che l'AEEG, nel corso del procedimento, avrebbe dovuto rendere edotti gli operatori del settore circa la sua intenzione di introdurre norme di così rilevante portata innovativa. L'Autorità sostiene di aver provveduto in tal senso con il documento di consultazione approvato con delibera n. 198/2013/R/gas del 10 giugno 2013. Sul punto il Collegio non può però non rilevare che, nel documento di consultazione, non sono affatto esplicitati i criteri che l'AEEG voleva introdurre; anzi in esso neppure si fa esplicito riferimento alla volontà di dettare norme in materia di criteri funzionali all'individuazione dei soggetti nei cui confronti provvedere all'odorizzazione del gas fornito. [...] E' pertanto probabile che, al momento di emanazione del documento di consultazione, l'AEEG non avesse neppure intenzione di emanare le norme qui avversate. Ciò che è certo comunque è che gli operatori non hanno potuto conoscere in anticipo le intenzioni di AEEG e di prospettare, già in sede procedimentale, le argomentazioni che a loro dire si opponevano all'introduzione della nuova disciplina".

sintetici ai commenti ricevuti frustrano l'obiettivo della partecipazione e la riducono a mera formalità: nessuna possibilità per gli *stakeholders* di verificare di aver effettivamente influito sul processo decisionale, costringendo l'autorità a prendere in seria considerazione i propri apporti partecipativi. D'altra parte l'obbligo di esame e confutazione specifica e analitica di ciascuna osservazione e proposta, in una sorta di dialogo con tutti gli *stakeholders* e con ciascuno di essi (c.d. *dialogue requirement*) rischia di esasperare la *regulatory fatigue* dell'autorità. Torniamo così al *trade-off* garanzie partecipative/efficienza del processo decisionale. La giurisprudenza assume opportunamente una posizione equilibrata. Essa esclude il *dialogue requirement*: "la partecipazione degli operatori è finalizzata alla migliore comprensione da parte dell'Autorità ma non pone in capo a quest'ultima un obbligo di accoglimento dell'osservazione e neppure di specifica confutazione di ogni osservazione reputata non condivisibile"²⁴⁸. Ma richiede comunque "un'articolata valutazione dei risultati della stessa consultazione", nella quale "si deve dare conto delle disposizioni a fondamento dell'intervento e delle finalità del medesimo" e che deve "descrivere gli aspetti problematici emersi nel corso del procedimento di redazione della delibera e le ragioni per cui alcune soluzioni sono state preferite ad altre proprio a seguito della valutazione delle osservazioni raccolte nel corso della stessa consultazione pubblica"²⁴⁹. In questa prospettiva deve essere anche interpretato ed applicato il regolamento ART, secondo il quale l'atto di regolazione "reca una motivazione che tiene conto anche delle osservazioni e proposte ritualmente presentate nel corso della consultazione".

2.6.4.4 INTERAZIONE

Per le decisioni più complesse e/o conflittuali è preferibile ricorrere all'interazione, che, rispetto al *notice and comment*, prevede un coinvolgimento ancora maggiore degli *stakeholders*. Vale tutto quanto già detto ma in più in fase di pianificazione dell'engagement va prevista anche una conferenza degli *stakeholders*, che preveda interventi programmati e che segua una struttura predefinita in modo da consentire il confronto diretto tra le diverse posizioni alla presenza di esperti in gestione dei conflitti.

2.6.5 ALCUNI RIFERIMENTI INTERNAZIONALI

In Europa ci sono diversi esempi di *stakeholder engagement* applicato ai processi di regolazione, di seguito se ne riportano alcuni.

ERA – European Railway Agency

L'obiettivo della *European Railway Agency*²⁵⁰ è il migliorare sempre più il funzionamento del sistema ferroviario attraverso la redazione di atti legislativi da far adottare alla Commissione. A tal fine ERA ritiene molto importante la fase delle consultazioni, che danno modo di confrontarsi con gli *stakeholders*, ogni qual volta una decisione può avere un impatto diretto sulla collettività e sul trasporto ferroviario di merci e passeggeri. Le consultazioni normalmente durano 1-3 mesi e gli *stakeholders* coinvolti variano in funzione dei temi da trattare.

ARAF – Autorité de régulation des activités ferroviaires

L'*Autorité de régulation des activités ferroviaires*²⁵¹ ha il compito di garantire il buon funzionamento del servizio pubblico e delle attività concorrenziali del trasporto ferroviario a vantaggio di utenti, viaggiatori e spedizionieri. La sua missione è duplice, da un lato garantire che gli operatori ferroviari abbiano le stesse condizioni di accesso, senza discriminazioni, alla rete dei servizi; dall'altro contribuire alla realizzazione di un sistema ferroviario più efficiente in termini di qualità del servizio, sicurezza e costi. Inoltre, previa consultazione con le parti interessate, l'Araf può fare raccomandazioni alle aziende pubbliche e ferroviarie.

²⁴⁸ Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 13 maggio 2014 n. 1245.

²⁴⁹ Consiglio di Stato, Sez. III, 12 aprile 2013, n. 2009.

²⁵⁰ <http://www.era.europa.eu/Core-Activities/Consultations/Pages/Home.aspx>

²⁵¹ <http://regulation-ferroviaire.fr/publication/consultations-publiques/>

Tra gli strumenti utilizzati per favorire il dialogo con gli *stakeholders*, Araf utilizza le consultazioni pubbliche., grazie alle quali l'autorità riesce a comprendere le prospettive dei diversi attori e ne capitalizza le competenze ciò, al fine di migliorare la qualità delle sue decisioni. La consultazione pubblica è un processo che si divide in tre fasi:

1. Notifica / Informazioni

L'Autorità informa gli *stakeholders* ed invia loro un documento di supporto per la consultazione

2. Consultazione

Consiste nel lavoro di incontro e scambio tra le parti interessate per meglio condividere le problematiche e spunti di riflessione.

3. Sintesi

L'Autorità invia ai soggetti interessati una sintesi dei contributi ricevuti durante la consultazione pubblica, garantendo la massima trasparenza sulle sue decisioni e azioni.

ORR – Office of rail and road

L'*Office of rail and road*²⁵² è un dipartimento governativo indipendente e non ministeriale che regola il settore del trasporto ferroviario con l'obiettivo di rendere le ferrovie inglesi tra le più sicure, performanti ed efficienti del mondo e dall'aprile 2015 ha il compito di monitorare e garantire un determinato livello di prestazioni ed efficienza alle *Highways England*.

Per quanto riguarda le attività di regolamentazione che spettano all'ORR, viene data grande importanza alle consultazioni. Vengono esaminati tutti i feedback in modo da poter prendere decisioni ragionate a beneficio del settore, dei passeggeri e dei contribuenti.

2.7 LA REGOLAZIONE MODALE E INTERMODALE

²⁵² <http://orr.gov.uk/consultations>

2.7.1 I MERCATI RILEVANTI E LA COMPETIZIONE INTERMODALE

2.7.1.1 I PROBLEMI GENERALI EMERSI

1. Il settore è costituito da due mercati radicalmente diversi, merci e passeggeri. All'interno di ciascuno dei due macro-mercati ci sono aree di competizione tra modi, e aree in cui domina uno o due modi per ragioni tecniche (es. distanze, vincoli geografici). Siamo cioè in presenza di un complesso intreccio di "mercati rilevanti". Inoltre, mentre nella maggioranza dei modi di trasporto i servizi sono strettamente dedicati a uno dei due mercati, per il settore aereo e soprattutto marittimo (traghetti) i veicoli effettuano a volte servizi promiscui.

2. In particolare, le relazioni fra le diverse modalità che compongono il settore dei trasporti possono essere così schematicamente classificate:

(a) modalità (attualmente o potenzialmente) sostituibili per le quali occorrerebbero politiche industriali e di regolazione che promuovano la concorrenza fra di esse oppure che incentivino le une o le altre in base a priorità industriali, finanziarie, ambientali, sociali. Ma ciò solo quando sia dimostrato analiticamente che tali priorità superino negli effetti positivi quelli di una piena competizione; a questa categoria appartengono, ad esempio, il trasporto ferroviario di passeggeri e quello aereo sulle medie distanze, l'autotrasporto e il trasporto ferroviario di merci su distanze medio-lunghe, il trasporto passeggeri su ferro e su gomma nel trasporto locale e regionale.

(b) modalità complementari dove gli interventi dovrebbero puntare ad accrescere l'integrazione e, ove necessario, a favorirne la complementarietà con quelli di cui al punto precedente; Ad esempio, il "feederaggio" del trasporto merci per mare e dei collegamenti aerei, sia per ferrovia e che su gomma. Tale ruolo di "feederaggio" può essere giocato anche per i trasporti terrestri di lunga distanza dal trasporto locale su ferro e su strada. Tuttavia ciò ovviamente non comporta che debba essere giustificata la mancanza di concorrenza tra modalità diverse di "feederaggio". L'integrazione fra modalità diverse può accrescere la concorrenza modale, ad esempio ampliando il mercato rilevante geografico (vedi aeroporti se sono serviti da treni efficienti).

(c) modalità il cui congiunto esercizio (integrazione orizzontale) può generare economie di coordinamento, di scala e di scopo, dove gli interventi dovrebbero valutare attentamente i costi e i benefici in termini di efficienza e di concorrenza, "pesando" i relativi trade off. La regolazione può esercitare un ruolo determinante, in un quadro di politica industriale coerente, per conseguire gli obiettivi indicati. Ad esempio, il trasporto ferroviario e di autobus per i passeggeri – o, su un terreno diverso ma attiguo, l'integrazione verticale fra reti e servizi, e tra servizi di breve e di lunga distanza.

Occorre sottolineare di nuovo che l'intervento pianificatorio o regolatorio si presenta necessario solo in presenza di conclamati fallimenti del mercato, data l'ovvia tendenza al mantenimento di assetti non competitivi spesso mascherati da vaghe necessità di integrazione, complementarietà, scelte di politica industriale ecc.

2.7.1.2 LE SPECIFICITÀ ATTUALI PER I MERCATI RILEVANTI

Tra la vasta gamma di modalità sopra brevemente illustrate, sembra importante definire gli spazi dove la competizione può avere realmente luogo, pur a volte con dei limiti tecnici, cioè i mercati rilevanti.

IL MERCATO DEI SERVIZI PASSEGGERI DI BREVE DISTANZA

Per questo mercato, i trasporti collettivi locali (TPL), su ferro e su gomma, sono oggi monopoli legali, e, per le infrastrutture su ferro, anche monopoli naturali. Il che ovviamente non giustifica che tutta la rete debba essere affidata ad un unico gestore. Tecnicamente i servizi di trasporto su ferro non hanno caratteristiche di monopolio naturale (sono sostituibili e duplicabili), tuttavia le forti economie di scala della produzione dei mezzi unite alla rigidità degli standard tecnici di cui devono essere dotati in funzione della rete su cui operano, l'assenza di mercati secondari per questi mezzi, la pratica degli

affidamenti di lotti di dimensione regionale (una forte barriera all'ingrasso), i vantaggi competitivi degli ex monopolisti nazionali, rendono la contendibilità di questo comparto per lo meno limitata.

Le automobili private (servizio autoprodotta) sono tuttavia di fatto dominanti sui trasporti collettivi in termini di domanda soddisfatta, nonostante l'elevato livello di sussidi del TPL e di tassazione per i mezzi privati (cfr. il capitolo esternalità). Anche i servizi di taxi rientrano in questo mercato, pur collocandosi su livelli di costo che ne escludono fino ad ora, ma probabilmente non in futuro (cfr. i nuovi servizi a basso costo a chiamata, in rapida diffusione), un ruolo di competitori diretti con le altre modalità.

IL MERCATO DEI SERVIZI MERCI DI BREVE DISTANZA

Qui la competizione modale può esistere solo in modo del tutto marginale: per le merci infatti il trasporto stradale è tecnicamente dominante, in quanto le rotture di carico, indispensabili nel modo ferroviario ma non in quello stradale, rendono non competitivi i costi-tempi del modo ferroviario.

IL MERCATO DEI SERVIZI PASSEGGERI DI LUNGA DISTANZA

Questo mercato è servito da una pluralità di modi: servizi di autobus di lunga distanza e turistici, servizi aerei, servizi ferroviari di lunga distanza, in alcuni casi cabotaggio marittimo, e servizi autoprodotti (automobili private).

Le tariffe di accesso alle rispettive infrastrutture, una componente rilevante dei costi, appaiono molto differenziate, e ciò al di fuori di ogni logica economica percepibile (viabilità ordinaria gratuita, viabilità autostradale con tariffe che recuperano gran parte dei costi di investimento, che sono a volte totalmente ammortizzati, reti ferroviarie con tariffe sia inferiori ai puri costi operativi, sia tali da eccederli, per alcune tratte della rete di Alta Velocità). I sussidi erogati ad alcuni servizi appaiono anch'essi arbitrari, per esempio quelli per i servizi ferroviari di lunga distanza non AV, rispetto ai servizi di autobus, che hanno qualità inferiore, non sono sussidiati, e servono un'utenza a reddito molto basso. Per quanto concerne l'ambiente (cfr.), i servizi aerei non hanno tasse internalizzanti se non per il rumore, mentre quelli su autobus pagano come tutto il traffico stradale, con le tasse sui carburanti. Per i servizi aerei invece i costi di infrastruttura, compresi gli investimenti, in genere sono a carico degli utenti, come per quelli autostradali e al contrario di quelli ferroviari, ma alcuni aeroporti praticano sconti che hanno dato luogo a controversie per i loro effetti sulla competizione all'interno dei servizi aerei, generalmente risolte a favore delle compagnie che ne hanno goduto.

Tuttavia le condizioni per la corretta competizione tra modi e servizi diversi non risultano nemmeno essere stata mai presa in considerazione dai decisori pubblici.

Un problema specifico concerne il tema noto come "continuità territoriale" per le isole, e in generale il supporto ad aree meno sviluppate del Paese. Qui rimangono aperti rilevanti problemi dell'efficienza dello strumento dei costi di trasporto rispetto ad altri strumenti di intervento, e, dal punto di vista regolatorio, dell'efficienza dell'intervento relativo ai singoli modi (cioè se sia più efficiente al fine dello sviluppo di queste aree intervenire sui servizi ferroviari, aerei, marittimi o stradali). Anche in termini di equità, per i servizi passeggeri è aperta la questione se sia ragionevole alterare la concorrenza modale intervenendo a supporto di modi più costosi e/o veloci (traghetti o aerei per le isole, ferrovie, autobus o aerei per le aree a più basso reddito).

IL MERCATO DEI SERVIZI MERCI DI LUNGA DISTANZA

Questo mercato è servito da ferrovie, trasporto stradale, aereo e, con ovvie limitazioni fisiche, cabotaggio marittimo.

Per le tariffe d'uso delle infrastrutture vale quanto già osservato per i passeggeri, con l'aggiunta, per i servizi di cabotaggio, di tariffe fortemente arbitrarie, connesse alla necessità di coprire quote diverse dei costi di investimento in funzione dei trasferimenti pubblici.

Sembra invece da sfatare il mito che vi sarebbero sussidi atti ad alterare la concorrenza in seguito a sconti sulle tariffe autostradali e sui carburanti per il trasporto stradale, visto l'abissale asimmetria del

prelievo fiscale sul modo stradale, ed i livelli del supporto pubblico in conto capitale ed in conto esercizio al modo ferroviario.

2.7.1.3 RACCOMANDAZIONI POSSIBILI

Sembra urgente garantire non solo che la competizione tra modi sia possibile, eliminando vincoli non necessari, ma anche che sia non distorta, cioè liberata da interventi pubblici inefficienti sia sul versante dei sussidi che dei prelievi fiscali (un *level playing field* nei mercati rilevanti).

Sembra evidente peraltro che la gran parte delle attività regolatorie che garantiscono efficienza all'interno delle singole modalità di trasporto, garantiscono poi una competizione efficiente tra i diversi modi nei mercati rilevanti (cfr. la seconda parte). Rimangono sul tappeto tuttavia due questioni: la protezione dei "campioni nazionali", connesso strettamente a quello di possibili politiche industriali, ed il ruolo ed il peso degli obiettivi pubblici non riconducibili all'efficienza.

Il concetto della protezione di interessi nazionali potrebbe essere ricondotto da un lato a problemi di reciprocità, dall'altro sommarsi alla questione delle politiche industriali.

Il primo problema è riconducibile al *trade-off* tra i danni che una politica protezionistica può infliggere ai consumatori ed ai contribuenti nazionali, rispetto ai benefici di mantenere un ruolo strategico ad imprese con una forte presenza estera. Un aspetto critico però è da osservare rispetto alle clausole di reciprocità da immettere nei bandi di gara per concessioni. Tali clausole da un lato hanno già generato molti danni in casi di gare importanti nel TPL (cfr. Firenze e Milano), dall'altro generano una perdita secca anche in termini finanziari: infatti se un concorrente si presenta con un'offerta vincente in quanto sussidiato nel paese d'origine, in effetti genera un trasferimento netto tra i contribuenti del paese d'origine e i contribuenti e/o gli utenti italiani.

Certo, in teoria se un concorrente estero fosse sussidiato nel suo paese di origine in forme e quantità contrarie alla normativa europea sugli aiuti di Stato distorsivi della concorrenza, sarebbe possibile una opposizione (si veda per esempio il caso della ricapitalizzazioni di Alitalia. Tuttavia la pratica del supporto ai "campioni nazionali" rimane estremamente diffusa, con una competizione fra Stati nel sussidiare le proprie imprese più rilevanti in diverse forme. L'auspicio può essere solo il rafforzamento di un *level playing field* comunitario). La questione è già stata a lungo dibattuta nel Regno Unito, sia per il settore elettrico che per quello aereo e ferroviario, con esiti favorevoli all'esclusione di ogni clausola di reciprocità. Inoltre in caso di competizioni in servizi, il know-how importato potrebbe essere addirittura un valore aggiunto per le imprese nazionali, al contrario del know-how tecnologico connesso ad imprese nazionali. In sintesi, appare molto diverso proteggere Alitalia, che effettua servizi aerei, che difendere un'industria che produce veicoli aerei, come per esempio Agusta Elicotteri. Nel secondo caso la perdita di know-how tecnologico sarebbe rilevante.

Più delicata appare la questione degli obiettivi di socialità, che in sintesi potrebbero riassumersi in redistribuzione territoriale, redistribuzione tra gruppi reddituali, e tutela dell'occupazione.

Tuttavia una linea di azione appare certa ed incontrovertibile: la necessità di misurare rigorosamente gli impatti delle risorse spese per questi tre obiettivi, al fine di consentire confronti tra azioni alternative. Celebre uno studio affidato dal governo olandese all'università di Delft. Gli fu chiesto se per favorire lo sviluppo di una regione a basso reddito fosse meglio una nuova ferrovia veloce o una autostrada. La risposta dello studio fu quella che non era nel settore dei trasporti da ricercarsi la priorità di intervento, ma nella struttura dei mercati agricoli che caratterizzavano la produzione dominante in quella regione. Certo la questione a cui qui si è potuto fare solo un cenno merita un ben più serio approfondimento.

Considerazioni del tutto analoghe valgono ovviamente per le questioni redistributive (quale strumento sia più efficace per euro pubblico speso) e per quello occupazionale (quale è il settore dove mantenere forza lavoro in eccesso abbia il minor costo-opportunità). Certo non appare in alcun modo accettabile che, come ora, i costi unitari del lavoro nel settore ferroviario ed in quello del TPL siano così più elevati che per mansioni simili nel settore privato, e questo anche a prescindere da considerazioni di produttività, pur anch'esse molto diverse.

2.7.2.1 I PROBLEMI GENERALI EMERSI

Vi sono alcuni temi attinenti a tutti i modi di trasporto, che richiedono riflessioni particolari. Sono riconducibili all'implicito (spesso persino esplicito) conflitto di interesse che si genera in presenza della proprietà pubblica di aziende che godano di rendite monopolistiche. Tali rendite notoriamente si ascrivono a due differenti tipologie: quelle che si esprimono come extraprofitti, e quelle che si esprimono come extracosti di produzione (entrambi rientranti, in termini regolatori, nella categoria nota come *rent seeking*). In caso di proprietà pubblica, l'obiettivo dominante del regolato è quello degli extracosti, in quanto gli extraprofitti genererebbero solo partite di giro. Gli extracosti concernono ovviamente sia le infrastrutture che l'erogazione di servizi. Si ricorda che l'eliminazione di rendite monopolistiche rappresenta un obiettivo essenziale per l'azione regolatoria, in quanto tali rendite generano sia perdite nette di benessere collettivo (*deadweight losses*) che problemi distributivi (perdita di benessere degli utenti o dei contribuenti a favore dei produttori).

Un altro problema attinente la proprietà pubblica di imprese concerne l'efficacia di interventi regolatori che abbiano come strumento di intervento essenzialmente incentivi o disincentivi economici (cfr. sanzioni, meccanismi tipo *price cap*, gare che comportino benefici economici potenziali per il vincitore, ecc.). Tali incentivi agiscono efficacemente nei confronti di imprese private, per definizione orientate al profitto. Ma si configurano inefficaci per le imprese pubbliche, per i quali gli incentivi economici ci tramutano, come si è detto, quasi esclusivamente in partite di giro: i maggiori profitti tornano alla mano pubblica mentre simmetricamente le perdite, o le sanzioni, vengono necessariamente ripianate dalla proprietà (che al massimo può premiare o punire il management). E' il problema noto in letteratura come quello del "pagatore di ultima istanza" (il *residual claimant*).

La proprietà pubblica inoltre per i suddetti motivi manifesta una propensione al rischio pressoché infinita, elemento che da solo determina una grave asimmetria nei confronti di soggetti privati con cui si trovasse a competere in caso di gare.

In sintesi, le imprese di proprietà pubblica sono spinte dagli azionisti e concedenti a guardare al consenso politico immediato, e per tale fine la leva più efficace certo è quella di accrescere i costi anziché i ricavi.

Un altro tema generale che richiede analisi specifiche, e che presenterà rilevanza regolatoria crescente, appare quello della "contendibilità intramodale", evidente per le infrastrutture a punto (porti ed aeroporti, verso i quali solo parte dell'utenza è vincolata geograficamente, cioè *captive*). Ma il fenomeno si presenta per alcune tratte autostradali e ferroviarie (rete storica e rete AV).

2.7.2.2 LE SPECIFICITÀ PER I DIVERSI MODI DI TRASPORTO

LE INFRASTRUTTURE STRADALI ED AUTOSTRADALI

L'attuale separazione tariffaria del settore (a pedaggio e non) appare disfunzionale. Anche le infrastrutture autostradali formalmente destinate alla media o lunga percorrenza infatti svolgono un ruolo fondamentale per le brevi percorrenze, esattamente come la viabilità ordinaria. Inoltre spesso le caratteristiche geometriche sono del tutto simili, come sono simili le velocità medie reali, la cui differenza è assunta a base della legittimazione del pedaggio. Si ricorda infine che il pedaggio stesso, quando non legato alla congestione, per essere efficiente dovrebbe essere computato in base ai costi marginali, addizionati di una quota relativa al costo-opportunità dei fondi pubblici, cioè non dovrebbero recuperare mai i costi di investimento, pena i noti effetti di *deadweight losses* (e questo principio dovrebbe valere in modo omogeneo per tutte le infrastrutture). Le esternalità ambientali e di sicurezza dovrebbero essere internalizzate per via fiscale sui veicoli.

Le motivazioni per mantenere in essere le attuali concessioni per strade largamente ammortizzate appaiono molto deboli ed anzi causa di gravi inefficienze nella pianificazione e nella gestione unitaria del sistema stradale (si pensi all'abbondanza di risorse per la manutenzione della rete autostradale, e la grave scarsità per la rete ordinaria, che serve la maggior parte del traffico e che spesso si presenta in

condizioni drammatiche). Le risorse relative alla gestione possono essere senza problemi e con bassi costi reperite, come quasi ovunque nel mondo, dalla fiscalità sui carburanti. Analogamente appaiono deboli le motivazioni per operazioni di “revamping” di strade gratuite esistenti per poterle mettere a pedaggio con nuove concessioni (cfr. il caso della Orte-Mestre e delle Grosseto-Civitavecchia).

Tra i problemi cui qui si può solo accennare (cfr. la parte infrastrutture per maggiori dettagli) vi sono da evidenziare:

- L’esistenza di un’impresa fortemente dominante (cfr. i “numeri di Herfindhal”) senza alcuna motivazione economica che ne giustifichi il dominio, o un’evoluzione attesa della tecnologia che lo renda temporaneo (cfr. il caso Microsoft)
- La base regolatoria dei cespiti da sottoporre a regolazione (RAB) non sembra mai essere stata verificata in modo trasparente ed omogeneo
- I tassi di remunerazione del capitale investito (WACC) concordati con i concessionari sono segreti
- La durata e le dimensioni ottime delle concessioni non sembrano parimenti mai stati oggetto di indagine, così come la corretta allocazione e remunerazione dei rischi. La questione delle “dimensioni minime efficienti” delle concessioni appare particolarmente critica (e la tendenza normativa attuale è di segno contrario), in quanto provoca un grave effetto distorsivo sulla finanziabilità degli investimenti, oggi incongruamente ed arbitrariamente legata alle dimensioni del concessionario.
- I meccanismi di *price-cap*, incluso in particolare l’aspetto noto come *claw-back*, sembrano anch’essi assurdamente differenziati tra concessionari.

I SERVIZI BUS DI LUNGA DISTANZA E TURISTICI

Qui il mercato sembra essere sufficientemente liberalizzato, anche se vi sono ancora intollerabili “costi burocratici” per ottenere semplici autorizzazioni ad operare, il che favorisce indebitamente le imprese maggiori, pur in presenza di modeste economie di scale che non ne giustificano la dominanza. L’aspetto più notevole di tali servizi, che servono un’utenza con redditi molto bassi, è che non godono di alcun sussidio, e, pur generando impatti ambientali trascurabili, hanno costi fiscali e di infrastruttura del tutto analoghi a quelli delle automobili private o del trasporto merci stradale.

IL TRASPORTO MERCI STRADALE

Anche in questo comparto la normativa europea si presenta oggi ragionevolmente pro-concorrenziale, anche se rimangono problemi aperti sul cabotaggio internazionale. I sussidi ottenuti sui carburanti e sui pedaggi autostradali dal comparto sono in realtà sconti su una pressione fiscale straordinariamente elevata (cfr. la ricerca IMF ed il capitolo “Eternalità”).

LE INFRASTRUTTURE FERROVIARIE

Il problema di omogeneità delle regole si presenta qui nella forma più estrema. Lo Stato finanzia a fondo perduto il 100% degli investimenti (esclusa una quota di quelli del sistema Alta Velocità), e non ne richiede neppure l’ammortamento. Dal momento che il pedaggio non copre tale voce di bilancio, è ovvio che questo costo vada sterilizzato a fini civilistici. Fino al 2007 – fino a quando gli investimenti sono finanziati con aumenti di capitale – gli ammortamenti sono dovuti essere sterilizzati attraverso un fondo; dal 2007 il finanziamento pubblico ha preso la strada del contributo “a fondo perduto”. Formalmente, come sempre, si tratta di sussidi all’utenza, ma sembra difficile sostenere che anche l’impresa ferroviaria, gestendo tali risorse, in realtà non ne tragga benefici).

In più, l’impresa ferroviaria nazionale non fornisce alcuna analisi (né ex-ante né ex-post) né del tipo costi-benefici, né di tipo finanziario (questa seconda, molto più semplice). Le analisi indipendenti disponibili in genere danno responsi estremamente negativi, anche tenendo conto degli aspetti ambientali, ed i fenomeni di *overinvestment* appaiono pervasivi, anche nelle nuove stazioni (cfr. Ponti. “La voce.info”).

Ovviamente in questo modo di trasporto i soggetti colpiti da eventuali inefficienze non sono gli utenti, che anzi godono di tariffe eccezionalmente basse, ma i contribuenti. L’intero set di parametri significativi per una efficace regolazione non trovano applicazione alcuna: RAB, WACC (nel caso di

trasferimenti a fondo perduto), *price-cap* e *claw-back*, possibile *yardstick competition* o ricorso a gare per lotti efficienti (per la rete nazionale), una efficace allocazione dei diversi tipi di rischio, ecc..

La concessione ha una durata tale da non costituire alcun elemento di contendibilità nemmeno virtuale. Il tema (centrale anche qui) della “dimensione minima efficiente” appare rilevante (cfr. il caso giapponese e quello inglese): non è infatti verosimile che la dimensione ottima della rete coincida sempre e solo con i confini nazionali.

Due questioni, legate tra loro, appaiono emergenti: la questione della separazione tra rete e servizi (*unbundling*) e quella della privatizzazione parziale in fase di valutazione. Vi è solo da osservare che attualmente la holding ferroviaria nazionale, per la gran parte verticalmente integrata, genera costi straordinariamente elevati alle casse pubbliche, stimabili nell'ordine dei 11MD€ annui nell'ultimo decennio (circa 3,5 MD€ annui per l'esercizio di rete e servizi, circa 3,5 per gli investimenti, e circa 4 per lo speciale fondo pensioni di cui gode. Tale fondo ha consentito e consente tuttora una straordinaria riduzione degli addetti, passati da 210.000 a 80.000 circa, praticamente senza conflitti per l'azienda. Ovviamente sono condizioni lontanissime da quelle di cui godono le aziende che operano sul mercato).

I SERVIZI FERROVIARI PASSEGGERI DI LUNGA DISTANZA

Oggi si riscontra la quasi totale assenza di competizione sulle linee non-AV, che pure costituiscono un mercato potenzialmente rilevante per la domanda a più basso reddito. Ma anche la competizione riscontrabile nei servizi AV sembra di fatto molto debole, per vistose economie di scala e di rete (ed i potenziali sussidi incrociati) dell'*incumbent*, che gode anche dei vantaggi per il costo del denaro implicitamente garantiti dalla proprietà pubblica, connessi a bassissimi o inesistenti rischi di default (*too big to fail*). L'esistenza di eventuali obiettivi distributivi per alcuni servizi non contrasta in alcun modo con l'erogazione di questi attraverso meccanismi competitivi, come d'altronde avviene nei servizi ferroviari locali. Cioè è perfettamente possibile mantenere condizioni di monopolio legale rendendolo temporaneo, cfr. il concetto di “competizione per il mercato”).

Debole poi appare la regolazione pro-competitiva per quanto concerne le stazioni, l'accesso dei servizi e delle informazioni per gli utenti ecc., ma anche le modalità con le quali vengono generate da parte dell'*incumbent* le risorse per il materiale rotabile non sembra soggetto a condizioni di parità rispetto a quelle che affrontano eventuali *new entrants* (di fatto uno solo, nel segmento AV, a riprova delle rilevanti barriere all'ingrasso ancora oggi esistenti nel comparto).

I SERVIZI FERROVIARI MERCI

Il problema principale regolatorio sembra anche qui costituito dalle *essential facilities* di proprietà dell'*incumbent* (oltre naturalmente la rete stessa): i depositi, i centri merci, e le manovre. La gestione attuale del comparto sembra poi particolarmente inefficiente, dati i livelli stagnanti del traffico nonostante varie forme di sussidio ai servizi ed alla rete, mentre il modo alternativo (il trasporto merci stradale) è straordinariamente tassato.

Tuttavia c'è un buon livello di competizione nei servizi internazionali (al contrario di quelli nazionali). Sulle relazioni internazionali operatori diversi dall'*incumbent* gestiscono oggi il 30% del traffico.

I SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE (TPL)

I SERVIZI SU GOMMA, LE METROPOLITANE ED I TRAM, ED I SERVIZI TAXI ED ASSIMILABILI

Qui emergono due problemi regolatori assolutamente dominanti per gravità: la dimensione dei lotti e la sistematica coincidenza tra il giudice delle gare ed il concorrente *incumbent*. Le teoria regolatoria non a caso perla di “dimensioni minime efficienti” per le imprese regolate, anche in presenza di economie di scala. Ed in questo comparto le economie di scala, quando pure esistono, sono debolissime, a causa del *clout* politico degli addetti a livello locale (cfr. Ricerca Boitani et al., ma anche il caso di maggior successo, quello londinese, che ha vito 550 lotti di gara). Il conflitto di interessi che si genera tra proprietà ed *incumbent* trova clamorosa conferma nei paradossali e prevedibili esiti del centinaio di gare fin'ora effettuate, che han visto quote di conferma degli *incumbent* superiori al 95%.

Altri problemi regolatori specifici concernono le *essential facilities*: depositi e parco rotabile, quest'ultimo formalmente acquisibile sul mercato dai concorrenti, ma che in ogni caso vede gli *incumbent* enormemente avvantaggiati dal disporne, spesso senza averne pagato i costi, e lo sviluppo di mercati secondari ancora del tutto inadeguato.

Il tentativo attualmente in corso di ricorrere a “costi standard” e di reintrodurre un “fondo nazionale trasporti” fisso, si basa su principi fortemente anticoncorrenziali, che garantiscono elevata inefficienza e totale irresponsabilità nella definizione e nella quantificazione degli obiettivi sociali del servizio, che potrebbero essere mutevoli nel tempo e nello spazio, con l'emergere di diverse priorità sociali. Con qualche fatica si potrebbe accettare questo approccio in una fase transitoria, verso una struttura di reale competizione *per* il mercato ma probabilmente nel breve periodo è necessario.

Un aspetto scarsamente sondato è poi le possibilità che aree diverse del paese esprimano priorità sociali diverse, e ne allochino di conseguenza le risorse. Ipotesi di maggior autonomia fiscale furono introdotte alla fine del secolo scorso, con un fine ulteriore e relevantissimo di incentivo all'efficienza. Trasferimenti dalla finanza centrale a quelle periferiche non preallocate (*non earmarked*) infatti possono dar luogo a maggiori pressioni da parte di altri settori per evitare sprechi, mentre l'obiettivo di trasferimenti preallocati rimane ovviamente solo quello di massimizzarli, e se i trasferimenti tendono ad avvenire a costi storici, addirittura ad aumentare i costi. In effetti, poiché tale meccanismo incentiva configurava situazioni di elevata conflittualità, sia tra settori che sindacali all'interno del settore dei trasporti locali, le stesse regioni che avevano premuto per l'autonomia fiscale si affrettarono a “restituirle” all'amministrazione centrale (con il “fondo nazionale dei trasporti”).

Un tema regolatorio solo apparentemente di dettaglio è infine quello degli ammortamenti e degli accantonamenti effettuati dalle imprese del comparto. Infatti mentre gli ammortamenti ed i fondi relativi, costituiscono un obbligo di legge, i corrispondenti accantonamenti, che qualsiasi impresa ben amministrata farebbe, non vengono per tacita convenzione mai effettuati, generando bilanci formalmente corretti, ma nella sostanza indifendibili, in quanto non capaci di generare risorse per rinnovare il parco rotabile, il cui finanziamento genera oneri gravissimi e ulteriori ai committenti/proprietari pubblici.

Le ferrovie metropolitane in *project financing* presentano poi problemi regolatori specifici, con allocazione dei rischi del tutto squilibrate, fenomeni di *gold plating* e problemi finanziari a valle che generano situazioni di gravi incertezze sui bilanci degli enti locali, data anche la propensione al rischio pressoché molto elevata, e spesso di fatto irresponsabile dati i crescenti vincoli alla spesa (in particolare il “patto di stabilità”) delle stazioni pubbliche appaltanti (cfr. in proposito le recenti osservazioni della Corte dei Conti nel caso delle metropolitane milanesi, che generano oneri crescenti nel tempo per i quali non è stata precisata la copertura). Anche la costruzione di reti tranviarie molto costose e rigide nel tempo e nello spazio, rispetto a soluzioni funzionalmente analoghe di reti di autobus ecologici in sede propria sembra contraddire ogni logica di efficienza.

Per i servizi di taxi e di noleggio con conducente (NCC), l'attuale situazione di “monopolio individuale”, definibile in modo tale in quanto nemmeno la presenza di società di capitali è consentita (al contrario in alcuni casi del NCC, dove pure vi sono altri pesanti vincoli), sembra essere in alcun modo relazionata all'evoluzione tecnologica del settore, bloccata solo da una legislazione arcaica.

I SERVIZI FERROVIARI REGIONALI

Anche qui il problema maggiore è quello della “dimensione minima efficiente” dei lotti di gara. L'esistenza di rilevanti economie di scala sembra vistosamente contraddetta dall'esperienza tedesca, dove un sistema di gare per piccoli lotti, vinti da operatori minori, ha consentito rilevanti economie a parità di servizi e tariffe. Ma anche la contendibilità *ante* e *post* gara hanno da avvantaggiarsi da lotti piccoli: sostituire il concessionario inadempiente diventa tecnicamente e politicamente quasi impossibile in presenza di lotti unici regionali. La tendenza politica attuale delle regioni italiane, di mettere in gara lotti unici per periodi straordinariamente lunghi, trova coerentemente il pieno appoggio dei sindacati, anche quelli più estremi, presentando il settore costi del lavoro straordinariamente elevati.

Un secondo problema regolatorio rilevante per i servizi ferroviari che operano sulla rete di FSI, il possibile *unbundling*, a questo livello geografico, tra rete e servizi, scelta già fatta nella regione Lombardia con la creazione della società Trenord, con esiti molto controversi.

Anche qui si presenta in alcuni casi il conflitto di interessi in caso di gare, causato dalla coincidenza di enti appaltanti e concorrenti. Infine la "durata ottima" degli affidamenti dovrebbe essere oggetto di analisi specifiche: lotti piccoli consentono durate più brevi, e quindi maggior contendibilità, come ancora insegna l'esperienza tedesca.

GLI AEROPORTI

L'allocazione e la tariffazione degli *slot* sembra il problema regolatorio maggiore, anche se fortemente condizionato dalla normativa europea, restia ad abbandonare il modello noto come *grandfather's rights*. Il secondo problema regolatorio concerne la questione nota come *single-dual till*, cioè se sia più efficiente regolare solo le tariffe aeroportuali "lato aria" o occorra anche regolare quelle dei servizi "lato terra". In termini di razionalità economica sembra indubbio prevalere la seconda opzione, in quanto la prima genera il paradosso (inefficiente) di abbassare i costi "lato aria" negli aeroporti più congestionati, dando un segnale di prezzo distorto alle compagnie aeree (infatti con il *single till* le tariffe lato aria scendono ancora di più, soprattutto negli aeroporti maggiori).

In questo comparto, che potenzialmente può generare elevati profitti, appare evidente il conflitto di interessi immanente nella proprietà pubblica, che si trova necessariamente in posizione di auspicare le massime rendite di monopolio, godendone direttamente, ed è quindi politicamente avversa ad ogni efficace intervento regolatorio in difesa degli utenti.

Un aspetto regolatorio scarsamente analizzato riguarda il grado di contendibilità per i diversi mercati tra i diversi aeroporti (i servizi aerei business, charter, low-cost, e merci hanno diversi livelli di mobilità territoriale, cioè di utenza *captive*). La competizione tra aeroporti poi, come si è già accennato, può avvantaggiarsi da migliorate condizioni di accessibilità (collegamenti ferroviari e stradali).

Un tema recente che suscita grandi perplessità concerne la privatizzazione parziale di ENAV: si tratta di un monopolio naturale di natura fortemente pubblica, gestendo problemi di sicurezza. In analogia con il tema della privatizzazione parziale, ma in solido, delle ferrovie dello Stato, ai potenziali acquirenti privati, sottoposti ad un rischio regolatorio altissimo (in quanto non dispongono di alcun credibile strumento di gestione della domanda, e molto scarsi per la gestione dell'offerta), in realtà occorrerà garantire di fatto ricavi garantiti, cioè rendite.

I SERVIZI AEREI

La normativa europea ha consentito al comparto un buon livello di contendibilità, anche se rimane parziale per i mercati internazionali ed intercontinentali, dove ancora prevalgono accordi bilaterali che difendono dalla concorrenza di terzi le compagnie dei paesi partecipanti all'accordo.

Del contenuto fortemente protezionistico nell'assegnazione degli *slot* si è già detto parlando della regolazione aeroportuale.

2.7.2.3 RACCOMANDAZIONI POSSIBILI

LE INFRASTRUTTURE STRADALI ED AUTOSTRADALI

Sembra necessaria una revisione radicale di tutti gli aspetti del comparto, anche al fine di proteggere l'utenza autostradale da rendite improprie, che oggi appaiono molto rilevanti. Per le autostrade, abolire le concessioni in scadenza sembra una soluzione efficiente, tariffando le tratte congestionate della viabilità sia ordinaria che autostradale nelle ore di punta (in base al principio che abbiamo definito SMCP) ed utilizzando i ricavi all'interno di una pianificazione complessiva dell'intera rete viaria, con particolare attenzione agli aspetti manutentivi, oggi del tutto inadeguati per la rete ordinaria, che, si ricorda, serve la grande maggioranza della mobilità del paese. Il livello amministrativo più ragionevole per la viabilità maggiore, libera da concessioni, sembra essere quello regionale, data la dominanza del traffico di breve-media distanza presente anche su questo tipo di mobilità.

In alternativa, possono essere messi a punto sistemi di "concessioni d'area", sempre a livello locale, per i quali si veda il capitolo "infrastrutture". Queste potrebbero estendersi anche alla viabilità comunale. Una analisi accurata di esperienze straniere (USA, Banca Mondiale, sembra fortemente raccomandabile.

La rapida evoluzione dei sistemi di tariffazione informatizzati (targhe elettroniche, free-flow gates, e sistemi satellitari come quelli già in uso in Germania) ne rendono l'uso sempre meno costoso e sempre più flessibile, consentendo per anche per questa via il superamento dell'inefficiente struttura gestionale attuale del sistema stradale.

I SERVIZI BUS DI LUNGA DISTANZA E TURISTICI

In questo comparto occorrerebbe omogeneità di trattamento con altri servizi collettivi su strada o su ferro (TPL), in termini di sussidi, date le sue spiccate caratteristiche di servizio sociale, oggi non riconosciuto contro ogni evidenza empirica. Occorre invece evitare assolutamente l'integrazione verticale di imprese dominanti e sussidiate in altri modi, ed FSI sembra stia già lavorando in questo senso, come ha già fatto SNCF in Francia e si accinge a fare DB in Germania. Questa evoluzione avrebbe spiccate caratteristiche anticoncorrenziali, mascherate con pretesti di integrazione tra sistemi diversi. Inutile sottolineare che, in questo caso, l'integrazione verticale di imprese dominanti è una delle forme di perturbazione del mercato maggiormente oggetto di regolazione, anche per ragioni di *clout* (cfr. il caso Microsoft).

IL TRASPORTO MERCI STRADALE

Il divieto anti-concorrenziale a consentire il dispiegamento nel mercato italiano del maggior progresso tecnologico nel comparto (i *megatrucks* da 60 tonnellate) andrebbe gradualmente rimosso, come già avvenuto nei paesi scandinavi ed in Nordamerica, con forti benefici sulla congestione e sulle esternalità ambientali connesse alle economie di scala di questi mezzi (se opportunamente regolati). Certo si tratta di un problema essenzialmente europeo, ma come minimo l'Italia dovrebbe farsi parte attiva in quella sede per il superamento dei vincoli attuali.

Per il testo sembrerebbe sufficiente attenersi alla normativa europea senza frapporvi ostacoli, prassi tenuta invece finora dal nostro paese.

LE INFRASTRUTTURE FERROVIARIE

Anche qui è necessario una revisione radicale della regolazione del comparto, dati gli altissimi oneri attuali che questo genera alle casse pubbliche, anche in termini di extracosti e fenomeni di *overinvestment* negli investimenti. L'affidamento della gestione della rete nazionale potrebbe essere messo in gara, reso periodico, e frazionato per "dimensioni minime efficienti", che verosimilmente non coincidono con la dimensione nazionale. Occorre una ricerca specifica, anche perché in questo caso la durata della concessione attuale non costituisce in alcun modo un vincolo all'innovazione, data la coincidenza delle parti contraenti (considerazione non valida per altre infrastrutture in concessione).

L'*overinvestment* può essere efficacemente contrastato con la richiesta di valutazioni ex-ante, terze, trasparenti e comparative dei progetti di investimento, anche per quanto concerne gli aspetti ambientali e distributivi. Appare necessario anche verificare l'efficienza dell'attuale livello di sussidio per la gestione della rete (attualmente due terzi dei costi sono a carico dello Stato, criterio del tutto disomogeneo con quello applicato ad altre infrastrutture). A livello regionale, l'*unbundling* sembra fattibile ma assai più problematico in termini di complessità gestionale (cfr. il caso inglese e giapponese).

I SERVIZI FERROVIARI PASSEGGERI DI LUNGA DISTANZA

La privatizzazione del comparto avrebbe ovviamente un duplice effetto pro-concorrenziale: infatti comporterebbe automaticamente la fine dell'integrazione verticale nel comparto, e renderebbe le condizioni complessive dell'*incumbent* più equilibrate rispetto ai potenziali concorrenti, oggi vistosamente svantaggiati. Ciò vale anche per i meccanismi di "cattura" connessi al consenso sociale degli addetti della holding, ovviamente contrari ad ogni forma di frazionamento e liberalizzazione del sistema pubblico verticalmente integrato.

Un *unbundling* sicuramente non traumatico e agevolmente fattibile concerne i punti di accesso, cioè le stazioni ed i servizi di biglietteria e di informazione, la cui collocazione sul mercato sembra fortemente auspicabile.

Per quanto concerne gli obiettivi di socialità a volte attribuiti ai servizi ferroviari passeggeri di lunga distanza, questi richiederebbero un'accurata verifica economica, esistendo alternative modali di tutto rilievo funzionale ed a basso costo (servizi aerei *low cost* e i già citati servizi di autobus di lunga distanza).

I SERVIZI FERROVIARI MERCI

Si tratta certamente dei servizi ferroviari dove la proprietà pubblica appare meno giustificata, anche dato il buon livello di contendibilità presente (circa il 30% dell'offerta), e la scarsa o nulla rilevanza di possibili obiettivi redistributivi, anche qui certamente non legati ad aspetti modali.

E' da ricordare infine l'estrema difficoltà, a causa di precise ragioni logistiche e di mix merceologico, di ottenere risultati rilevanti in termini di ripartizione modale, e quindi di esternalità ambientali. Anche le forme di trasporto combinato (casce mobili e semirimorchi) soffrono degli oneri intrinseci della doppia tara, che si sommano comunque ad una maggiore complessità logistica. In estrema sintesi, l'intermodalità costituisce in termini logistici un valore negativo rispetto ai servizi porta-a-porta, per cui va perseguita, come già detto, solo dove questa può presentare maggiori possibilità di successo in quanto fisiologica, come nella relazione mare-ferrovia.

I SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE (TPL)

I SERVIZI SU GOMMA, LE METROPOLITANE ED I TRAM, ED I SERVIZI TAXI ED ASSIMILABILI

Anche qui sembra necessario un intervento regolatorio radicale, data la scarsissima contendibilità attuale del comparto, soprattutto eliminando il vistoso conflitto di interessi nelle gare, e riducendo al minimo la dimensione dei lotti (non necessariamente delle imprese che erogano i servizi)

Per i taxi, le strategie di liberalizzazione (societarizzazione, nuove modalità e tecnologie, ecc.). Il settore richiede un intervento abbastanza radicale, in quanto oggi non è di fatto contendibile.

Sembra anche importante verificare l'ipotesi di liberalizzazioni sperimentali nel mercato, con sussidi all'utenza debole. Tale politica avrebbe anche il rilevante effetto di aumentare le "rendite informative" del regolatore, accelerando l'esplicitazione di "costi efficienti", ed anche configurando per i decisori politici una possibile e rilevante alternativa alla prassi dominante attuale.

Per quanto concerne investimenti in metropolitane e tram, rimane in evidenza la necessità di promuovere analisi comparative ex-ante che ne giustifichino l'efficienza, dati i loro costi nettamente superiori a quelli delle alternative su gomma.

Certamente tuttavia il problema della minimizzazione efficiente della dimensione dei lotti, ed il clamoroso conflitto di interessi tra soggetti affidatari ed affidanti rimangono i problemi dominanti.

I SERVIZI FERROVIARI REGIONALI

La dimensione dei lotti di gara emerge sicuramente come il maggior problema regolatorio. Occorre verificare ipotesi di dimensioni minime efficienti e di *unbundling* a scala locale, avendo la contendibilità come elemento cruciale per le scelte relative. Ma occorre anche verificare il ricorso a modi alternativi per ridurre i sussidi necessari a parità di tariffe e di servizi, prendendo in considerazione il caso piemontese di sostituzione con autobus, ma anche i possibili *trade-off* tra costi per l'erario e per l'ambiente e benefici per gli utenti in termini di tempi di viaggio: qualora questi ultimi dovessero sempre essere il criterio dominante, per coerenza sarebbe necessario sussidiare anche i servizi AV e quelli aerei. Anche in questo comparto, appare indispensabile quantificare costi e benefici sociali delle alternative.

Mentre la regolazione degli *slot* ha dimensioni essenzialmente europee, sembra urgente una analisi approfondita della questione del *single-dual till*, che dovrebbe essere compito specifico dell'attività regolatoria nazionale, e dovrebbe ispirarsi a principi di omogeneità metodologica con l'approccio usato per tutte le infrastrutture. La stessa omogeneità poi dovrebbe valere per le modalità regolatorie più generali (gare periodiche, durata ottima degli affidamenti, meccanismi di price-cap, *yardstick competition* ecc.).

Per questo tipo di infrastruttura poi la questione di una parziale contendibilità "intramodale" appare rilevante, come nei porti, entrambi infrastrutture a punto. Sembra urgente a questo fine una verifica degli effetti anticoncorrenziali delle fusioni societarie che si prospettano, (per i tre aeroporti milanesi soprattutto, ma il problema ha carattere generale). L'approccio londinese, che ha visto il regolatore costringere il concessionario degli aeroporti londinesi a cederne due, per incentivare la competizione a beneficio degli utenti, sembra emblematico, e mette in luce il conflitto di interessi tra proprietà e regolazione: nel caso milanese la questione di un possibile danno agli utenti dalla fusione prospettata non è nemmeno stata sollevata dalla proprietà pubblica.

Appare importante anche una accorta vigilanza sulla possibile gestione anticoncorrenziale anche dei comparti oggetto di normativa europea (*slot* e *handling*). In particolare per quanto concerne la possibile esistenza di sussidi indebiti alle compagnie *low-cost* in alcuni aeroporti, pur ricordando l'assoluta preponderanza a livello europeo delle sentenze che hanno valutato tali sussidi non reali ma frutto di normali contratti contendibili da terzi.

I SERVIZI AEREI

Dato il ruolo dominante della normativa europea, sembra che il ruolo della regolazione nazionale debba limitarsi ad azioni interne ed internazionali di *advocacy* per un atteggiamento più pro-competitivo a livello europeo, in particolare nell'estensione di politiche *open skies* (oggi esistenti solo verso gli Stati Uniti), e nei meccanismi di assegnazione degli *slot* aeroportuali.

Marco Ponti

2.8.1 ASPETTI GENERALI

2.8.1.1 UN PROBLEMA DI EFFICIENZA

Dal punto di vista teorico, i costi esterni sono in primo luogo un problema di efficienza, misurabile in termini di perdita di surplus sociale: il libero mercato genera esternalità che sono un costo per la collettività, costo che spesso supera i benefici che i consumi connessi a tali esternalità generano, determinando così una perdita di benessere collettivo (definito come surplus sociale). Ovviamente un problema cruciale, teorico e pratico, è quello di monetizzarne i costi sociali, cioè quello di trovare un “numerario” efficace, senza il quale nessuna politica basata su misurazioni di benessere collettivo non discrezionali, cioè di efficienza, sarebbe possibile (cfr. il problema della definizione del numerario con il diagramma di Pareto). Tuttavia la questione presenta anche aspetti distributivi, che tuttavia in un contesto regolatorio necessariamente rivestono una rilevanza minore.

In coerenza a tale approccio, molti organismi internazionali (in particolare la Commissione Europea e recentemente il Fondo Monetario Internazionale) hanno dedicato molte ricerche per addivenire a valutazioni monetarie di tali costi, o ad altri approcci (“switch values”, cfr. più avanti).

La dottrina dominante ritiene che l’applicazione di tasse atte ad “internalizzare” i costi esterni sia ad un tempo la più equa (almeno nei paesi sviluppati) e la più efficiente, tuttavia che in alcuni casi la definizione di standard normativi sia un *second best* accettabile, se pur con molti problemi sia teorici (di efficienza) che di equità (cfr. il dibattito Krugman-Nordhaus, e M. Ponti sui problemi di elasticità dei diversi settori inquinanti).

2.8.1.2 TIPI DI ESTERNALITÀ NEI TRASPORTI

Il settore dei trasporti ha un ruolo rilevante nel generare costi esterni alla collettività, anche se per molti aspetti inferiore a quanto percepito. Iniziando dall’esternalità storicamente più rilevante, le emissioni climalteranti (GHG), sono stimate a livello mondiale nell’ultimo rapporto dell’IPCC (2014) costituire il 14% del totale. In Europa secondo la *European Environmental Agency* siamo al 19.6%. Di queste nei diversi comparti del trasporto la strada domina nettamente con il 93,5%. Tali valori tuttavia vanno considerati con cautela, perché i metodi di calcolo ed i tipi di esternalità considerati possono differire, ma certo evidenziano il ruolo relativamente modesto dei trasporti. Ma vi andrebbero annoverate anche le emissioni in fase di costruzione delle infrastrutture, fino ad ora non considerato.

L’Europa e l’Italia sono molto virtuose (ancora secondo la citata ricerca dell’IMF, a causa dell’elevato livello di pressione fiscale sul settore), e se emerge c’è un problema di *trade-off* tra priorità, non è dunque certo ai trasporti che bisogna guardare, sia per la quota già internalizzata, che per l’elevato costo marginale sociale di abbattimento (cfr. il rapporto IPCC del 2007).

Poi ci sono le emissioni atmosferiche che generano danni antropici, e in minor misura agli edifici ed al patrimonio agro-forestale (il CO₂, il principale GHG, è un gas inerte che non ha impatti diversi da quelli sul cambiamento climatico).

Poi vi sono i danni acustici dovuti alla rumorosità dei mezzi di trasporto, e gli impatti negativi di tipo paesaggistico, questi con un elevato grado di soggettività storica (cfr. M. Romano).

Infine una categoria scarsamente considerata in termini corretti sono le “esternalità di club” (cfr. Buchanan e Tullock), cioè quelle in cui i soggetti sociali danneggiati coincidono con quelli che generano il danno, che tra di loro si contraddistinguono solo per la diversa utilità (WtP) che manifestano nel compiere un determinato spostamento. Tra questi vi sono i fenomeni di congestione, ed in parte la sicurezza. La conseguenza principale nelle politiche volte a contenere le esternalità di club concerne l’equità: non appare giustificata la destinazione dei ricavi di una tassa pigouviana (“internalizzante”) a soggetti sociali diversi da quelli che hanno sofferto il danno, che fanno parte dello stesso gruppo sociale

che lo ha generato. In altre parole, per questo tipo di esternalità occorrono politiche specifiche, con problemi di equità diversi da quelli propri delle tasse pigouviane.

In particolare poi occorre ricordare come i valori ottimi delle esternalità, in particolare per la congestione, non sono mai nulli: sono strettamente funzione dei costi sociali di abbattimento (al margine, debbono coincidere). Per la congestione, in particolare il livello ottimo non coincide certo con infrastrutture deserte, anzi, e su questo terreno sono riscontrabili clamorosi errori di stima, anche di ordini di grandezza (cfr.oltre).

2.8.1.3 TECNICHE DI VALUTAZIONE ECONOMICA DEI COSTI ESTERNI

Per il settore dei trasporti, il valore economico di riferimento (il prezzo-ombra) dei principali costi esterni sono definiti dalla Commissione Europea²⁵³: riguardano i diversi tipi di emissioni, anche in funzione di dove tali emissioni avvengono (“impatti antropici”), e questo vale anche per i costi esterni relativi alla sicurezza. Tra questi occorre anche ricordare il valore economico da attribuire alla vita umana statistica (non a quella individuale, certamente al di fuori di ogni monetarizzazione possibile).

Altre tecniche sono riferibili a sistemi di prezzi edonici (impiegati soprattutto per danni acustici degli aeroporti, la valutazione dei livelli di “congestione efficiente” (eguaglianza tra costi marginali sociali e domanda), tecniche di *switch values* per gli aspetti paesaggistici all’interno di analisi costi-benefici (il valore attribuibile implicitamente al paesaggio che cambierebbe il segno del risultato dell’analisi), la “disponibilità a pagare” (WtP) per basata sui costi di viaggio per i parchi naturali, o anche solo per sapere che determinati valori naturali (es. specie in via di estinzione) continuino ad esistere. Non è certo qui possibile entrare in ulteriori dettagli di tecniche a volte assai complesse, e che, meritoriamente, tendono ad evolvere migliorando gradualmente la solidità dei risultati.

2.8.1.4 I LIVELLI DI INTERNALIZZAZIONE GIÀ IN ATTO

Se una esternalità è già internalizzata in tutto o in parte per via fiscale, in termini economici occorre prenderne atto, nè valgono pseudo-argomenti del tipo “quell’obiettivo non è esplicitamente dichiarato tra i fini dell’accisa”. Su questo punto, sul quale viene mantenuto non a caso un certo grado di ambiguità da alcuni studiosi ambientali con ridotta preparazione economica, si è recentemente espresso in modo molto netto anche lo FMI. Le motivazioni di tale ambiguità anche sono da ricercarsi, a livello politico (cfr.Francia), nello scarso grado resistenza sociale a livelli anche molto alti di prelievi sui carburanti, scarsa resistenza spiegabile in termini di WtP, tema sul quale non è qui possibile dilungarsi.

2.8.1.5 INTERVENTI NORMATIVI: GLI STANDARD EUROPEI.

L’alternativa alle tasse pigouviane più nota è quella di stabilire standard costruttivi, i più rilevanti dei quali sono relative ai veicoli stradali, e sono definiti periodicamente da due decenni a livello europeo (Euro 1, 2,3 ecc.). Lo standard a parità di obiettivi di abbattimento è meno efficiente e meno equo di una tassa pigouviana, perché non tiene conto della disponibilità degli utenti a scambiare l’acquisto di un mezzo nuovo meno inquinante con un uso inferiore di un mezzo vecchio (assumendo una stretta correlazione tra emissioni e livello dei consumi di carburante). L’introduzione di standard tuttavia è stata una vittoria dell’industria automobilistica europea, che, constatato lo scarso impatto dell’elevatissima pressione fiscale sui carburanti nel rinnovo del parco circolante, per questa via ne ha forzato l’accelerazione.

2.8.1.6 I SUSSIDI INCROCIATI

I sussidi incrociati a fini ambientali hanno un forte peso politico nel legittimare grandi trasferimenti ai modi meno inquinanti, pur essendo nota la scarsa elasticità incrociata della domanda. E questo fatto appare largamente provato dei modesti risultati in termini di ripartizione modale conseguiti dai

²⁵³ Cfr <http://ec.europa.eu/transport/themes/sustainable/studies/doc/2014-handbook-external-costs-transport.pdf>.

trasferimenti ai modi meno inquinanti, pur in presenza degli alti livelli di tassazione per i modi più inquinanti (ad esclusione del modo aereo e di quello navale, poco tassati per ragioni tecniche, cfr. oltre).

Ma occorre ricordare che a priori i sussidi incrociati sono meno efficienti di tasse pigouviane, anche a parità di abbattimento di emissioni conseguito. Con questi sussidi infatti i costi percepiti dall'intero sistema dei trasporti risulterebbero inferiori ai costi sociali generati da tutti i modi di trasporto, inquinanti e non inquinanti, determinando per questa via una perdita di benessere sociale (in parole più semplici, se si sussidia e non si internalizza, si ha un "eccesso di consumo di trasporto" rispetto ad un livello efficiente).

E questo, anche senza introdurre problemi di costo-opportunità dei fondi pubblici, problemi comunque non trascurabili nel contesto italiano attuale.

2.8.1.7 LE ESTERNALITÀ NELLA VALUTAZIONE DEGLI INVESTIMENTI

La costruzione di infrastrutture non è mai entrata finora nella valutazione delle esternalità che genera. Recenti ricerche hanno tuttavia messo in luce che la produzione di ferro e cemento è molto energivora, come energivore sono le macchine da cantiere. L'incidenza dei costi esterni sembra tuttavia rimanere bassa in relazione ai costi di investimento totali, anche se abbastanza alta da risultare significativa nei risultati ambientali netti conseguibili dal cambio modale che si può ottenere con infrastrutture di modi meno inquinanti. E ciò a motivo della bassa elasticità incrociata tra modi di cui si è detto (cfr. studi svedesi).

2.8.2 PROBLEMI SPECIFICI

2.8.2.1 I TRASPORTI FERROVIARI

Questo modo di trasporto, insieme a quello marittimo, presenta i costi energetici più bassi per unità di traffico, a motivo del basso attrito consentito dai ridotti attriti, dalle economie di scala dei convogli, dalle ridotte pendenze, e dall'alimentazione elettrica (dominante in Europa).

Tuttavia esistono diversi problemi: innanzitutto le emissioni di questo modo, basse ma tutt'altro che nulle, non sono mai state internalizzate. Questo è particolarmente vero per i servizi di alta velocità (i consumi energetici crescono con il quadrato della velocità, tanto che per alimentazione elettrica da fonti fossili e coefficienti di occupazione dei treni modeste, le emissioni possono divenire confrontabili a quelle aeree), e per le emissioni acustiche, particolarmente rilevanti per il trasporto merci notturno.

La mancanza di analisi delle economiche delle emissioni acustiche dei servizi di alta velocità in Italia ha poi generato fenomeni molto noti e particolari, quali le insistenti e vincenti richieste a livello locale di interrimento delle stazioni di Bologna e Firenze, che ha comportato il decuplicamento dei costi rispetto a quelli di attraversamenti a raso (perfettamente possibili), con barriere antirumore integrali.

Un altro aspetto critico è costituito dai confronti intermodali rispetto ai trasporti stradali: mentre questi ultimi effettuano un servizio "porta a porta", questo non è quasi mai possibile per i servizi ferroviari, che devono appoggiarsi al trasporto stradale nei tratti iniziali e terminali, rendendo il confronto ambientale reale tra i modi ancora favorevole per quello ferroviario, ma assai meno di quanto venga pubblicizzato, e tendenzialmente su distanze maggiori, dove il modo ferroviario sia realmente dominante.

2.8.2.2 I TRASPORTI AEREI

I consumi energetici unitari di questo modo di trasporto sono oggi paragonabili a quelli del trasporto stradale individuale, anche se variano molto in base alla lunghezza del percorso e al coefficiente di occupazione dei velivoli. La quota elevata in cui le emissioni avvengono secondo alcune fonti ne diminuisce l'impatto antropico, ma sembra aumentarne l'impatto climalterante.

La motivazione degli elevati consumi in questo caso è solo parzialmente legato all'attrito (questo interamente dovuto al fattore aerodinamico, e legato alle alte velocità): un secondo fattore è il consumo di energia necessario a portare velivoli di molte decine di tonnellate di peso a quote molto elevate.

Tuttavia nel settore si assiste ad un progresso tecnico molto rapido, che ha portato a dimezzare i consumi unitari, ed è tuttora in corso, a motivo dell'incidenza elevata dei costi di carburante sui costi totali.

Non risulta invece possibile internalizzare per via fiscale le esternalità agendo sui carburanti: trattandosi di servizi in gran parte internazionali, ciò richiederebbe una politica fiscale (una sorta di *carbon tax*) omogeneizzata a scala molto ampia, con rischi di distorcere poi le rotte (ed i mercati) in favore di località di sosta e rifornimento (*hubs*) con tassazione più bassa, anche allungando i percorsi, ed erodendo i benefici ambientali di una tassazione non omogenea per questa via.

L'alternativa è quella di aumentare le tariffe aeroportuali, anche in funzione delle tipologie di aerei. Ciò ha visto un tentativo inglese di successo, ma una analoga iniziativa europea è stata paralizzata dalle proteste cinesi ed americane, con minacce di ritorsioni di ogni tipo.

Il movimento degli aeromobili generano inoltre rilevanti danni acustici agli insediamenti nelle prossimità degli aeroporti. Anche in questo caso il progresso è stato rilevante, soprattutto con l'avvento dei motori a turboventola (*turbo fan*), e non sembra arrestarsi, mentre continua ad essere problematico l'impatto acustico degli aerei ad elica.

Un aspetto peculiare dei danni acustici concerne i meccanismi di compensazione agli edifici danneggiati, in atto in Italia da diversi anni. I proprietari danneggiati infatti spesso non sono in realtà quelli esposti all'impatto acustico al tempo presente, in quanto questo impatto ha danneggiato i proprietari precedenti agli attuali (cioè i veri *residual claimants*), mentre quelli attuali hanno già goduto di prezzi di acquisto inferiori a quelli di mercato, proprio in quanto tali prezzi "internalizzavano" la riduzione di valore dell'immobile dovuta al danno acustico.

2.8.2.3 IL TRASPORTO STRADALE

E' il settore dei trasporti che genera le maggiori esternalità, sia con le emissioni climalteranti, che con quelle ad impatto locale ed in particolare antropico, sia per le emissioni acustiche, sia per quanto concerne l'incidentalità e la congestione. Tuttavia la congestione è la più tipica delle "esternalità di club", mentre l'incidentalità lo è solo parzialmente (i danneggiati appartengono per la massima parte agli stessi soggetti che generano i danni, ed è in buona parte internalizzata nel "club" attraverso meccanismi assicurativi, ed i relativi premi).

Ma la questione di gran lunga più rilevante qui è il livello medio di internalizzazione presente in questo comparto. Una recente e vastissima meta-ricerca dell'IMF ("Getting Energy Prices Right, From Principle to Practice". IMF publ., July 31, 2014) ha stabilito che i livelli di internalizzazione in Europa sono i maggiori del mondo ed in particolare per gli autoveicoli superano nettamente i costi esterni, quindi si potrebbero definire inefficienti, per coerenza con le perdite di surplus sociale che si verificano in caso di internalizzazioni insufficienti. Ma altre fonti sostanzialmente concordano (cfr. "External costs of transport and their internalization. An efficiency perspective and some policy considerations for Italy" Traspol, Politecnico of Milan, 2012.). Due punti solo possono essere giudicati realmente controversi a livello aggregato: il primo concerne la stima dei livelli efficienti di congestione, che appaiono grandemente sottostimati dalla fonte IMF (una livello di congestione efficiente non è certo quello a congestione nulla, cioè con strade deserte, cfr. per esempio: Button, K, "Transport Economics" Edward Elgar, 2010). Questa sottostima comporterebbe livelli di internalizzazione attuali per l'Italia ancora superiori a quelli definiti dall'IMF. Il secondo punto concerne la stima del costo esterno dei GHG emessi dalla combustione di fonti fossili, inferiore a quella europea, ma riferita ad un vastissimo numero di ricerche extraeuropee. Comunque tale costo esterno per i trasporti stradali non è affatto il più rilevante, e un suo riaggiustamento verso l'alto non muterebbe il quadro complessivo.

Sempre a livello aggregato, vi è un fatto indubbio: l'internalizzazione che il settore stradale presenta oggi è il più elevato tra tutti i settori inquinanti, e straordinariamente elevato rispetto a settori inquinanti che sono in Italia ed in Europa esplicitamente sussidiati, quali l'agricoltura e la pesca (quest'ultimo soprattutto per i danni che genera a risorse ittiche non rinnovabili).

Diverso il quadro che emerge a livello disaggregato: l'internalizzazione su distanze brevi in aree dense (urbane e metropolitane) è certamente insufficiente, mentre su distanze medio-lunghe è al contrario inefficiente (nei termini già detti, di tassazione largamente superiore a quella ottima).

Considerando che l'alternativa ferroviaria al modo stradale funzionalmente è possibile solo su distanze medio-lunghe, ciò pone un serio problema per le politiche presenti di cambio modale. In particolare, pur se i veicoli pesanti internalizzano certo meno di quelli leggeri, su queste distanze il quadro appare comunque squilibrato, tenendo conto degli elevati trasferimenti al modo ferroviario sia in conto capitale che in conto esercizio. Si ricorda in particolare la tariffazione delle infrastrutture autostradali, tendente a recuperare anche gran parte dei costi di investimento, oltre che la totalità dei costi di esercizio, mentre la tariffazione delle infrastrutture ferroviarie non copre neppure la totalità dei puri costi di esercizio.

Con i problemi già visti relativi alle esternalità di club, per i fenomeni di congestione c'è da segnalare l'avvio di esperimenti limitati di *congestion charging* nei maggiori centri urbani (Milano in particolare), con buoni successi.

Invece un timido tentativo orientato in questa direzione, di differenziare a parità di ricavi, le tariffe autostradali tra il periodo diurno e quello notturno, ha incontrato una insormontabile resistenza delle associazioni degli autotrasportatori, cui i decisori politici hanno immediatamente ceduto.

C'è da osservare infine che anche in questo settore, grazie all'effetto combinato di pressione fiscale e di standard europei, il progresso tecnico appare molto rapido, con emissioni unitarie rapidamente decrescenti (un veicolo attuale emette circa un decimo di un veicolo di 15 anni fa), ed anche uno straordinario aumento del fattore sicurezza, con una incidentalità, soprattutto sulla rete autostradale, dimezzata nello stesso quindicennio.

2.8.2.4 TRASPORTI MARITTIMI

Anche in questo comparto, la tassazione dei carburanti (bunkeraggio) non è una via possibile per internalizzare i costi esterni, per motivi del tutto analoghi a quelli del settore aereo, cioè la dominanza di servizi internazionali. Tuttavia i danni antropici nel settore si riscontrano soprattutto per le emissioni nei porti, spesso localizzati in aree urbane o periurbane. E' in corso una intensa attività a livello europeo per giungere a soluzioni sia di tipo tariffario per i porti, che di standard tecnici per le navi ed i carburanti, finalizzata a misurare prima e contenere poi il fenomeno.

2.9 RACCOMANDAZIONI

2.9.1.1 ASPETTI DI EFFICIENZA

Per l'attività regolatoria, una corretta valutazione delle esternalità è condizione irrinunciabile per entrare in merito all'efficienza delle imprese regolate, in particolare per quanto concerne i trasferimenti pubblici. Addurre esternalità ambientali non valutate, o valutate in modo non corretto, per legittimare investimenti pubblici o sussidi di altra natura, ha infatti lo stesso contenuto di inefficienza che promuovere o legittimare extracosti di qualsiasi natura (es. *overstaffing*, assenza di gare ecc.).

Ne consegue la necessità di promuovere l'internalizzazione efficiente ed omogeneo tra i diversi modi di trasporto, ricordando che la tassazione pigouviana tende ad essere più efficiente dei divieti, degli standard e soprattutto dei "sussidi incrociati". Tale ruolo di *advocacy* va estesa anche ai confronti intersettoriali, sottolineando con forza la "virtuosità" di questo settore rispetto agli altri settori inquinanti.

2.9.1.2 PROBLEMI DISTRIBUTIVI DELLE POLITICHE DI PRICING

Le politiche di tariffazione pigouviana (anche note come polluter pays, o pricing) pur efficienti, presentano problemi di equità, facendo implicitamente coincidere l'utilità sociale di un bene o di un servizio con la "disponibilità a pagare" (WtP) per esso.

Tuttavia il problema in questo settore non appare eccessivamente grave, perché i comparti maggiormente inquinanti sono quelli della mobilità stradale individuale, e quello aereo.

Le emissioni unitarie dei modi stradali collettivi (autobus), sono per definizione limitati, come sono limitati gli impatti di questi modi sulla congestione (un autobus genera congestione come tre automobili, ma l'impatto per passeggero trasportato diviene molto ridotto).

Un aspetto non noto è che le tasse sui carburanti hanno contenuto regressivo abbastanza spiccato (cfr. ISTAT), e che gli utenti dei mezzi collettivi hanno spesso redditi più alti di quelli automobilistici (cfr. CENSIS: tra i primi dominano impiegati e studenti, tra i secondi operai ed artigiani).

3.1 ACCESSO ALLE INFRASTRUTTURE E AI SERVIZI

Marco D'Alberti e Cecilia Iacolucci

L'accesso alle infrastrutture e ai servizi nel settore dei trasporti è ostacolato da molteplici *entry restrictions*. Si procederà esaminando le maggiori criticità relative all'accesso alle infrastrutture e ai servizi nei diversi settori dei trasporti.

Quanto al settore aeroportuale, occorre distinguere tra: accesso al servizio di navigazione aerea; accesso alla gestione dell'aeroporto; accesso all'infrastruttura aeroportuale.

Per quel che riguarda l'accesso al servizio, esso è basato su un sistema di licenze che le compagnie interessate devono ottenere: le norme essenziali in materia sono dettate dal Regolamento CE n. 1008/2008. La licenza di esercizio in Italia viene rilasciata dalla Direzione Licenze di Esercizio dell'ENAC: è un'abilitazione che consente di operare servizi aerei secondo le modalità indicate nell'abilitazione stessa. Il certificato di operatore aereo (COA) è un certificato, rilasciato nel nostro Paese dall'ENAC, con il quale si attesta che l'impresa ha la capacità professionale e l'organizzazione idonea ad assicurare lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle operazioni specificate nel documento stesso. Rispetto alla regolazione precedente, il sistema delle licenze è basato su una discrezionalità contenuta dell'amministrazione e assicura una certa liberalizzazione²⁵⁴. Nella navigazione marittima, invece, l'accesso al servizio resta ancora condizionato, in larga parte, dal sistema delle concessioni, che impedisce l'espansione della concorrenza.

Per quanto riguarda l'accesso alla gestione aeroportuale, è necessario il rilascio di apposita concessione da parte dell'ENAC. Innanzitutto, si rammenta che l'art. 705 del Codice della Navigazione definisce il gestore aeroportuale come "il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo i criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato". L'art. 704 del Codice della Navigazione disciplina la procedura per il rilascio della concessione, che è conferita con decreto interministeriale su proposta dell'ENAC, per una durata massima pari a quarant'anni. In merito, si evidenzia un profilo problematico: infatti, come osservato da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (ora, ANAC), sebbene il rilascio della concessione dovrebbe avvenire per mezzo di procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria e con idonee forme di pubblicità, tuttavia non hanno trovato spazio, per ora, le procedure ad evidenza pubblica. Ciò per il fatto che norme transitorie, come l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 96/2005, hanno stabilito la non applicabilità della disciplina di cui all'art. 704 del Codice della Navigazione alle concessioni già rilasciate e ai procedimenti di rilascio della concessione già in corso.

Dunque, gli attuali gestori degli aeroporti italiani, nella maggior parte dei casi, sono titolari di concessioni senza che siano state espletate procedure ad evidenza pubblica. Allo scadere delle concessioni di cui si tratta, occorrerà tuttavia rispettare il disposto dell'art. 704 citato. Si rileva però che la scadenza delle concessioni in essere è ancora molto lontana.

Per quanto attiene alle concessioni in atto nel settore aeroportuale potrebbe incidere positivamente, nell'ottica pro-concorrenziale, la direttiva comunitaria 2014/23/UE in materia di appalti pubblici e di

²⁵⁴ Il processo di liberalizzazione del mercato di riferimento è iniziato a livello sovranazionale nel 1987, con l'adozione dei regolamenti comunitari n. 3975/87/CEE, n. 3976/87/CEE e della direttiva n. 601/87/CEE. Si è trattato, tuttavia, di un processo graduale, scandito in tre fasi ravvicinate: quella iniziale già citata, una intermedia – che ha avuto luogo con l'adozione dei regolamenti n. 2342/90/CEE, n. 2343/90/CEE e n. 2344/90/CEE – e un'ultima che ha avuto luogo nel 1992 con l'adozione di un pacchetto normativo avente ad oggetto l'obiettivo di determinare una progressiva apertura del mercato in argomento. Nell'ambito di detto pacchetto normativo del 1992, rientra il regolamento n. 2407/1992/CEE, inerente il rilascio delle licenze ai vettori aerei e, dunque, l'accesso al servizio. Tuttavia, la stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha rilevato che solamente dal periodo 1999-2000 si è cominciato ad assistere, in Italia, ad una concreta liberalizzazione del trasporto aereo, tale da determinare un ridimensionamento del ruolo degli ex-monopolisti nazionali e dunque una crescita del mercato. A testimonianza del carattere così graduale della liberalizzazione vi è poi la richiamata adozione del regolamento n. 1008/2008/CE, che continua a sottoporre l'accesso al servizio all'ottenimento di apposita licenza. Con l'adozione di tale ultimo regolamento comunitario si va sempre più – dunque – nel senso della liberalizzazione dell'accesso al servizio di navigazione aerea.

concessioni, che all'art. 43 sancisce un divieto generale di apportare sostanziali modifiche oggettive o soggettive al contratto già concluso e in corso di esecuzione, imponendosi, nell'ipotesi delle descritte modifiche, un obbligo di indizione di una nuova procedura di aggiudicazione.

In merito alla questione dell'accesso all'infrastruttura da parte della società che presta il servizio di navigazione aerea, il riferimento va al rapporto che si instaura tra quest'ultima e il gestore dell'infrastruttura. Allo stato attuale, in ordine a tale rapporto l'ART risulta titolare, in virtù di quanto disposto dall'Allegato 1 alla Delibera n. 64/2014, di poteri di vigilanza e controllo. In particolar modo, si è tentato, con tale delibera, di dar vita a un sistema nel quale tra gestore aeroportuale e compagnie aeree si svolgano periodiche consultazioni al fine di coordinare utilmente le attività aeroportuali, nell'ambito di una procedura che si conclude – auspicabilmente – con il raggiungimento di un accordo tra le parti interessate. I rapporti tra i soggetti indicati si dovrebbero fondare dunque su un'intesa, a seguito di ampia consultazione: in caso di mancato accordo, sarà l'ART a decidere con provvedimento motivato. Ma qual è il reale impatto di questo meccanismo? La procedura volta al raggiungimento di un accordo tra gestore aeroportuale e prestatore del servizio di navigazione aerea è accurata e garantistica, ma può essere particolarmente lunga e di non facile finalizzazione: sarebbe opportuno prevedere tempi più serrati di conclusione del procedimento, rafforzando il ruolo dell'ART.

Altro profilo problematico attiene alla regolazione degli *slot* aeroportuali. Al riguardo, in virtù dell'apertura del mercato legato al traffico aereo, si è determinato nel tempo un forte squilibrio tra espansione del sistema di trasporto aereo e disponibilità di infrastrutture aeroportuali, divenute quantitativamente inadeguate a fronteggiare la domanda. Così, nel 1993 si è giunti all'adozione del Regolamento n. 95/93255, applicabile all'assegnazione di bande orarie negli aeroporti comunitari, con l'obiettivo di regolamentare gli aeroporti suscettibili di congestionamento in virtù dello squilibrio appena menzionato, nel tentativo di bilanciare – ad ogni modo – le esigenze di consolidamento delle imprese già operanti nel settore con i diritti delle imprese entranti. Spetta all'ART assicurare un effettivo equilibrio che non sacrifichi i *new comers*.

Quanto al settore portuale e al trasporto marittimo, l'accesso al mercato portuale è soggetto ad un regime autorizzatorio e concessorio. La legge n. 84/1994 riconosce un ruolo di particolare rilievo alle Autorità Portuali, le quali non devono occuparsi solamente del rilascio delle autorizzazioni e delle concessioni agli operatori che vogliano accedere al mercato di riferimento, ma, ai sensi dell'art. 6, comma 6, della legge n. 84/1994, possono altresì “costituire ovvero partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidati alle autorità medesime, anche ai fini della promozione e dello sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche”. Si è determinata così una commistione di funzioni in capo alle Autorità Portuali tale da comportare il permanere delle inefficienze nel mercato di riferimento, l'esistenza di un evidente conflitto di interessi ed effetti negativi sotto il profilo della concorrenza.

Nel quadro attuale, alcune concessioni, come quelle di aree e banchine portuali hanno durata eccessiva e sono spesso conferite in base ad affidamenti diretti automaticamente prorogati; l'accesso al servizio di navigazione di linea è anch'esso consentito con concessioni amministrative connotate da estesa discrezionalità e da scarso impiego di procedure di gara; le compagnie di navigazione hanno un sostanziale monopolio sulle rispettive linee.

Risulta evidente che le restrizioni alla concorrenza si presentano numerose e gravi, a danno di nuove imprese che sarebbero interessate alla gestione dell'infrastruttura o all'erogazione dei servizi di navigazione. Le strettoie anticoncorrenziali nuocciono ovviamente anche alle imprese di costruzione specializzate in questo settore. Si rende necessario superare la commistione di funzioni in capo alle Autorità portuali – rafforzando il ruolo di un soggetto *super-partes* come l'ART – e introdurre in via generalizzata procedure di evidenza pubblica per le concessioni, come previsto dal disegno di legge per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Si può ora passare al settore dei trasporti ferroviari. Anche con riferimento a tale settore occorre distinguere tra: accesso al servizio; accesso alla gestione dell'infrastruttura; accesso all'infrastruttura ferroviaria da parte di chi presta il servizio.

²⁵⁵ Il quale è stato oggetto di numerose sospensioni e revisioni parziali (cfr. Regolamento n. 894/2002 del 17 maggio 2002 e Regolamento n. 545/2009 del 28 giugno 2009), lasciando tuttavia inalterati gli elementi sostanziali.

Quanto all'accesso al servizio di trasporto ferroviario, si evidenzia che lo stesso si realizza – per le imprese che vi siano interessate – mediante il conferimento di una licenza²⁵⁶. Nel nostro Paese il d.lgs. n. 188/2003 descrive la procedura che occorre seguire al fine di ottenere la licenza ferroviaria, quale autorizzazione necessaria all'espletamento dei servizi di trasporto su ferrovia sull'intera rete ferroviaria italiana, nazionale e regionale, la quale ha inizio con la presentazione, da parte dell'impresa interessata e che sia in possesso dei prescritti requisiti, di un'istanza apposita al MIT. La licenza presenta margini contenuti di discrezionalità: in tal modo si favorisce una certa liberalizzazione. Infatti, la licenza è qualificata quale mera “autorizzazione”, il più possibile obiettivata (art. 3, punto 14, della direttiva n. 2012/34/UE).

Quanto all'accesso alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria, occorre innanzitutto tener presente che la rete ferroviaria deve essere oggetto di utilizzazione per tutta la durata del trasporto ferroviario. Allo stato attuale, il principale gestore dell'infrastruttura ferroviaria italiana è “Rete Ferroviaria Italiana” (RFI) e il principale gestore dei servizi ferroviari è “Trenitalia”, che serve quasi la totalità del servizio lasciando poco spazio al libero gioco della concorrenza.

In Italia, la gestione dell'infrastruttura ferroviaria è affidata tramite concessione amministrativa. Questo non appare essere lo strumento adeguato ad assicurare ex ante la concorrenza nell'ottenere la concessione ed ex post l'efficienza nella gestione delle infrastrutture. La concessione rilasciata a RFI il 31.10.2000 (D.M. n. 31/10/00 n. 138T/2000) ha una durata di sessanta anni. La concorrenza è più che sacrificata ed risulta priva di incentivi l'efficienza dell'operatore, che gode di un'esclusiva per più di mezzo secolo. Come si è anticipato in materia aeroportuale, un superamento dell'attuale situazione potrebbe derivare dall'applicazione delle nuove direttive comunitarie in materia di concessioni e appalti pubblici, che dovranno essere recepite nel nostro ordinamento entro il 18 aprile 2016: in particolare, la direttiva 2014/23/UE consente una nuova gara in caso di modifiche sostanziali della concessione durante il periodo della sua validità.

Per quanto attiene al rapporto tra gestore dell'infrastruttura e società titolari della licenza per la prestazione del servizio di trasporto ferroviario, per accedere all'infrastruttura ferroviaria occorre, ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 188/2003, che le imprese ferroviarie abbiano concluso un contratto, con il gestore dell'infrastruttura stessa, avente ad oggetto l'assegnazione della capacità di infrastruttura in termini di tracce orario. Per quel che riguarda invece le c.d. condizioni generali di accesso all'infrastruttura e di utilizzo della stessa, queste sono contenute nel “Prospetto Informativo della Rete” (PIR), redatto dal gestore dell'infrastruttura dopo aver posto in essere la consultazione dei soggetti interessati e sotto la supervisione dell'organismo di regolazione (cfr. artt. 13 e 37, d.lgs. n. 188/2003).

Poiché nel settore ferroviario opera un'impresa dominante verticalmente integrata, occorre garantire un'effettiva separazione tra gestione dell'infrastruttura e fornitura del servizio e soprattutto far sì che il rapporto tra gestore dell'infrastruttura e prestatore del servizio sia caratterizzato dalla trasparenza, attraverso l'imposizione di obblighi chiari di non discriminazione nella fase di attribuzione di risorse infrastrutturali scarse, ad evitare vantaggi competitivi di un operatore a danno di altri. A tal fine risultano essenziali le funzioni attribuite all'ART dalla legge istitutiva (d.l. n. 201/2011, art. 37, comma 2, lett. i). Nella realtà attuale si riscontra la presenza di circa 39 imprese ferroviarie titolari di licenza per il trasporto ferroviario merci e/o passeggeri, ma un solo operatore è in grado di esercitare pressione concorrenziale sull'*incumbent*. Risulta evidente che vi dovrebbe essere maggiore apertura alla concorrenza. Tuttavia, la strada della concreta separazione proprietaria tra gestione infrastrutturale e gestione dei servizi appare – nel settore ferroviario – difficilmente perseguibile in quanto eccessivamente onerosa: pertanto, si potrebbe utilmente costituire un Board indipendente – nominato proprio dall'ART – per la regolazione dell'accesso alla rete.

Altro settore di rilievo nel sistema di riferimento è quello dei trasporti pubblici locali. Si ricorda che, alla luce del disposto dell'art. 117 della Costituzione, la materia del trasporto pubblico locale deve

²⁵⁶ Ciò è previsto dalla Direttiva Comunitaria 95/18/CE, modificata dalla Direttiva Comunitaria 2001/13/CE, che disciplina le condizioni di esercizio della professione di vettore ferroviario, valide su tutto il territorio della Comunità nonché la procedura di autorizzazione volta a consentire l'esercizio dei servizi di trasporto ferroviario di merci sulla rete transfrontaliera europea. Quest'ultima è stata tuttavia sostituita ed abrogata, assieme alle Direttive Comunitarie 2001/12/CE e 2001/14/CE, dalla c.d. direttiva di rifusione del Primo Pacchetto Ferroviario (Direttiva 2012/34/UE).

considerarsi rientrante nell'ambito della competenza residuale delle Regioni²⁵⁷. Va sottolineato che la materia dei trasporti presenta connessioni, sotto più profili, con materie in cui sussiste competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tra di esse, si ricordano la "tutela della concorrenza", quanto alle modalità di gestione e di affidamento del trasporto pubblico locale, l'"ordine pubblico e sicurezza", la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", la "tutela dell'ambiente" (cfr. art. 117, secondo comma, lett. h), m), s), Cost.). In particolare, della tutela e promozione della concorrenza si è occupata la legge istitutiva dell'ART e la regolazione in sede amministrativa spetta a tale Autorità.

Quanto al Trasporto Pubblico Locale per strada e per ferrovia, occorre tener presente l'intervento dell'Unione Europea operato con il Regolamento 1370/07/CE. Tale regolamento, entrato in vigore il 3 dicembre 2009, incide su tre profili principali: le compensazioni degli obblighi del servizio di trasporto pubblico; le modalità di affidamento dei contratti di servizio pubblico; la durata di tali contratti.

Quanto al primo profilo, il regolamento colloca i servizi di trasporto pubblico locale tra i servizi di interesse economico generale. Per tale motivo gli stessi non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale e le autorità pubbliche nazionali possono stabilire con gli operatori del settore specifici obblighi di servizio pubblico volti a garantire un livello di prestazioni adeguato al bisogno da soddisfare.

Per quanto riguarda le modalità di affidamento dei contratti di servizio pubblico, il regolamento di cui si tratta prevede, al termine del periodo transitorio nel dicembre 2019, tre modalità di affidamento del servizio. Mentre una di tali procedure, ossia la procedura mediante gara, deve comunque essere ammessa dagli ordinamenti degli Stati membri, le altre due possono essere vietate dalla legislazione nazionale: si tratta della "gestione diretta" e dell'"affidamento diretto"²⁵⁸. In ogni caso, la legittimità del ricorso a forme dirette di affidamento dipende dalla dimostrazione che la deroga al principio della concorrenza per il mercato sia giustificata dalla sussistenza di obiettivi di interesse generale, nonché dalla sussistenza dei requisiti previsti per questo tipo di affidamento, per cui: l'affidamento deve avvenire a favore di un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità pubblica eserciti un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture (società *in house*); non deve sussistere un divieto imposto da parte del legislatore nazionale; i contratti di servizio pubblico devono avere un valore medio annuo stimato inferiore a determinate soglie. Possono essere inoltre aggiudicati direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, esclusi tram e metropolitane²⁵⁹.

Quanto alla durata dei contratti, il regolamento stabilisce che questa non possa essere superiore a dieci anni per i servizi di trasporto con autobus e a quindici anni per i servizi di trasporto passeggeri per ferrovia e su rotaia. Nell'ipotesi in cui un operatore di servizio pubblico fornisca beni di entità significativa in rapporto all'insieme dei beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto passeggeri oggetto del contratto, ovvero se i costi derivanti dalla particolare situazione geografica delle regioni ultraperiferiche lo giustificano, sussiste la possibilità di prorogare la durata di tali contratti al massimo per il 50 per cento della durata inizialmente stabilita. Dal quadro delineato emerge la lunga durata di tali contratti, la quale sembrerebbe andare molto oltre il tempo occorrente al recupero dei costi e a garantire un guadagno. La lunga durata è limite evidente alla concorrenzialità ed opera come disincentivo all'efficienza dell'operatore economico e alla sua capacità innovativa sul piano della qualità.

A livello di legislazione nazionale, allo stato attuale vige in tema di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale la legge n. 99/2009, che all'art. 61 attenua l'obbligo dell'esperimento di procedure concorsuali, legittimando un ampio ricorso al sistema *in house* e all'affidamento diretto a soggetti terzi per servizi al di sotto di determinate soglie di valore (si veda in particolare, l'art. 5 del regolamento CE 1370 del 2007). Sebbene, quanto al sussistere dei requisiti prescritti a livello europeo in merito alla forma di affidamento scelta, siano attualmente previste²⁶⁰ forme di pubblicità-trasparenza attraverso

²⁵⁷ A tal proposito è intervenuta la Corte Costituzionale che, con sentenza n. 222/2005, ha espressamente riconosciuto in capo alle Regioni la competenza in materia di trasporto pubblico locale.

²⁵⁸ Si rammenti che la Commissione Europea, nell'ambito del c.d. «quarto pacchetto ferroviario», ha elaborato la proposta volta a rendere obbligatorio lo svolgimento della gara per l'aggiudicazione dei contratti di trasporto ferroviario entro il 2019, prevedendo che i contratti di servizio pubblico aggiudicati in modo diretto nel periodo 1 gennaio 2013 - 2 dicembre 2019 potranno restare in vigore fino alla data di scadenza, ma non oltre il 31 dicembre 2022.

²⁵⁹ Cfr. Considerando 18, Regolamento 1370/2007/CE.

²⁶⁰ Cfr. art. 34, d.l. n. 179/2012.

l'inserimento di un'apposita relazione pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, tuttavia si tratta di una forma di trasparenza ex post, che non permette al settore del trasporto pubblico locale di raggiungere adeguati livelli di competitività e concorrenza, necessari al miglior funzionamento dello stesso.

La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha rilevato come nel nostro Paese si sia realizzato un sistema in cui sono consentite ampie deroghe al regime concorrenziale (garantito dall'affidamento tramite gara) di cui al d.lgs. n. 422/1997, in materia di affidamento del trasporto pubblico locale, sulla base di un'errata interpretazione del regolamento CE n. 1370/2007. Una maggiore concorrenza è assolutamente necessaria e l'apporto del binomio formato da AGCM e ART è essenziale per promuoverla e garantirla.

Sicuramente possiamo guardare con favore all'ultimo intervento legislativo destinato ad incidere, altresì, in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale, tra i quali – come osservato – rientrano i servizi di trasporto pubblico locale. Si tratta della legge del 7 agosto 2015, n. 124, recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Tale legge, all'art. 19, nel dettare le regole che dovranno essere seguite dal Governo nell'adozione di decreti legislativi in tema di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, pone l'accento proprio sulla necessità di rispettare le regole in materia di concorrenza nonché sull'importanza del rispetto dei principi dell'ordinamento europeo proprio in merito alle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi di cui si tratta in questa sede.

Ancora, a supporto di quanto sostenuto ampiamente – in termini generali – in merito alla necessità di distinguere le funzioni di regolazione di settore e quelle di gestione dei servizi, si evidenzia poi che il legislatore, alla lettera l) del comma 1 del citato articolo, esplicitamente riconosce e impone la previsione di una “netta distinzione” tra le citate funzioni, riconoscendo così, implicitamente, ancor più valore alle funzioni dell'ART. Gli effetti concreti di tali previsioni astratte si vedranno sicuramente entro il 28 agosto 2016, data entro la quale, ex art. 16, comma 1, l. n. 124/2015, il Governo dovrà adottare i decreti legislativi di semplificazione in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Da ultimo, va detto del settore autostradale, ove uno dei problemi principali è quello dell'inaccettabile durata delle concessioni di costruzione ed esercizio autostradale. La legge stabilisce che l'ART abbia, tra gli altri, il compito di provvedere – nel settore autostradale – a: stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione; definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni; definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto (lettera g del secondo comma dell'art. 37).

Da ciò emerge come possa essere incisivo il ruolo dell'ART. Tuttavia, l'Autorità ha – quanto alle autostrade – poteri riferiti soprattutto alle nuove concessioni: la durata delle concessioni attualmente operative nel settore autostradale pone seri problemi. Il riferimento va non solo alla lunga durata “naturale”, inizialmente stabilita nella concessione 261, ma anche e soprattutto alla lunga durata derivante dalle proroghe delle concessioni autostradali. Tali proroghe sembrano oggi facilitate in virtù di quanto stabilito all'art. 5 del Decreto Sblocca Italia. Il prolungamento delle concessioni in corso, fermamente criticato dall'AGCM e dall'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC), va evitato. L'ART potrebbe utilizzare le competenze e i poteri che le spettano in via generale, che trascendono quelli attribuiti nel settore autostradale: i poteri consultivi e di proposta potrebbero avere un efficace impatto sulle concessioni in essere.

In conclusione, l'accesso alle infrastrutture e ai servizi di trasporto risulta ancora gravato da numerose barriere all'entrata.

²⁶¹ Si pensi alla società Autostrade per l'Italia S.p.A., la quale gestisce ben 2.854,6 km di rete autostradale nazionale, la cui concessione – sottoscritta nel 2007 – terminerà il 31/12/2038.

L'accesso ai servizi di navigazione aerea ha conosciuto un certo abbattimento delle barriere, ma l'accesso ai servizi di navigazione marittima è ancora ostacolato fortemente da un sistema di concessioni discrezionale e non garantistico. L'accesso ai servizi ferroviari ha conosciuto ampliamenti più formali che sostanziali. L'accesso ai servizi pubblici locali mostra ancora criticità gravissime.

Quanto alla questione dell'accesso al servizio, un buon esempio, che potrebbe costituire fonte di ispirazione per la regolazione del sistema dei trasporti, deve considerarsi la regolazione relativa al mercato delle telecomunicazioni. In quest'ultimo mercato – in attuazione delle diverse direttive comunitarie intervenute sin dal 1995 in materia – si è adottato un meccanismo volto a garantire l'accesso al servizio fondato su un regime autorizzatorio peculiare, attraverso le c.d. autorizzazioni generali: si tratta di uno strumento che prescinde da un'autorizzazione amministrativa preliminare e si fonda piuttosto sulla comunicazione di avvio dell'attività da parte dell'impresa. È, dunque, un meccanismo non discrezionale e semplificato. E ha consentito un sensibile potenziamento della liberalizzazione e della concorrenzialità.

Un altro esempio positivo può trarsi da un settore che sta a cavallo tra quello delle telecomunicazioni e quello dei trasporti: si tratta del mercato del corriere espresso. I servizi di corriere espresso, come è noto, sono servizi a valore aggiunto rispetto a quello ordinario di corrispondenza e pacchi: essi infatti comportano, tra l'altro, una maggiore velocità o affidabilità nella consegna e la possibilità di seguire la spedizione (c.d. *tracking*). L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), nel 2014, ha stimato una crescita sensibile di tale mercato e un aumento della dinamica concorrenziale. A livello nazionale vi sono molte aziende attive nel settore dei corrieri espresso, titolari di quote significative, senza la presenza di un operatore dominante. Ebbene, anche in tale mercato, l'accesso al servizio avviene mediante la c.d. autorizzazione generale: in capo agli operatori interessati a svolgere la propria attività nel mercato del corriere espresso sussiste solamente l'onere di comunicare all'autorità di riferimento la loro volontà di operare in tal senso. Vi è anche in tal caso una chiara connessione tra un sistema di accesso al servizio semplificato e non discrezionale e uno sviluppo della concorrenzialità. Se ne deve tenere conto nella regolazione del settore dei trasporti.

Occorre poi rilevare, come accennato in materia di trasporti pubblici locali, che il 28 agosto 2015 è entrata in vigore la l. n. 124/2015, recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Con tale corpus normativo, il legislatore ha posto le basi per futuri, ma imminenti, interventi ad opera del Governo, che si ritiene possano incidere positivamente anche in materia di trasporti. Di particolare importanza – per quanto oggetto di approfondimento in questa sede – è il disposto dell'art. 5, comma 1, della legge citata. Ivi viene infatti delegato il Governo all'adozione di uno o più decreti legislativi volti all'individuazione, tra gli altri, di procedimenti per i quali sia sufficiente una “comunicazione preventiva” (...) nonché all'introduzione di una “disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa”.

Posti gli evidenziati effetti positivi ottenuti nel mercato delle telecomunicazioni nonché in quello del corriere espresso a seguito dell'utilizzazione dello strumento della c.d. autorizzazione generale per l'accesso ai relativi servizi, ci si auspica che il Governo effettivamente, entro il prescritto 28 agosto 2016, adempia al richiamato articolo ampliando lo spettro di operatività della c.d. autorizzazione generale a tutti i settori di trasporto in materia di accesso al servizio.

Con ciò, comincerebbero a porsi – tra l'altro – le basi per la creazione di un vero e proprio “sistema” dei trasporti, in quanto tale, caratterizzato da un'auspicata omogeneità.

Marco Ponti

3.2.1 ASPETTI GENERALI

Questo tema specifico appare davvero poco presente in letteratura regolatoria dei trasporti, molto più concentrata sugli aspetti gestionali del settore. In effetti sembra ci sia una implicita assunzione della natura essenzialmente pubblica degli investimenti. Questa nota spera di dimostrare che al contrario gli aspetti regolatori di tali investimenti hanno un importante rilievo, data la frequenza in cui in realtà sono leggibili nelle decisioni pubbliche, dirette o indirette, vistosi fenomeni di cattura del decisore da parte di interessi particolari.

Per le infrastrutture, di particolare rilevanza regolatoria appaiono i criteri di tariffazione di accesso, di cui di seguito si farà un cenno sintetico.

L'approccio canonico al problema, che si rifà alla massimizzazione del surplus sociale, cioè all'efficienza sia allocativa che produttiva, è quello noto come "tariffazione ai costi marginali sociali di breve periodo", SMCP, (*Social Marginal Cost Pricing*), come contrapposta a quella ai costi sociali medi, o di lungo periodo, che consente la remunerazione degli investimenti, SACP (*Social Average Cost Pricing*). Si noti che nel termine "sociale" sono inclusi i costi esterni propri dell'infrastruttura, non quelli generati dai veicoli, da gestire con politiche specifiche. Quindi si intendono solo quei costi esterni che si generano per la costruzione e la manutenzione.

Questo approccio (SMCP), prescritto nella sostanza dalla Commissione Europea²⁶², ovviamente non copre i costi di investimento né i costi fissi di esercizio. Un approccio più esaustivo è quello di tener conto del costo opportunità marginale dei fondi pubblici (COMFP), o del montante di risorse disponibili (il duale del costo-opportunità), e di conseguire un ottimo in termini di surplus sociale in funzione anche di questi vincoli finanziari (cfr. Bonnafous, Ponti, et al.).

3.2.2 PROBLEMI SPECIFICI

In pratica, i comportamenti politici attuali in Italia sono del tutto diversi, e sono totalmente lasciati alla discrezionalità del decisore. Persino a livello europeo si applica un doppio standard: per gli investimenti ferroviari si ammettono tariffazioni che in molti casi non corrispondono neppure al SMCP, assumendo che i contributi pubblici a fondo perduto, che consentono tariffe straordinariamente basse per conseguire l'equilibrio finanziario, siano "insindacabili" in termini di efficienza (cfr. La lettera sul valico del Brennero della nuova Commissaria europea ai trasporti).

Nella tariffazione per gli investimenti aeroportuali e soprattutto autostradali invece, ci si avvicina ad un SACP. Questo fatto è confermato dal diffondersi di pratiche di "Project Financing" (PF), che assumono implicitamente una politica del tipo SACP, integrale o parziale. Tali pratiche sono applicate principalmente al settore autostradale e di fatto sono sistemi concessori mirati alla realizzazione di una singola opera.

Per le concessioni autostradali in Italia la situazione è ancora più paradossale: le tariffe di accesso sono tali da garantire l'equilibrio finanziario del concessionario, prescindendo da ogni valutazione

²⁶² Cfr.: ITF (<http://www.internationaltransportforum.org/pub/pdf/09rt145.pdf> p. 187) che recita così:

"...Despite some contradictions, the Commission seems to favour a short-run marginal cost pricing (European Commission, 1995, 1998; Nash, 2001). It is expected that marginal cost charging will allow full capital cost recovery, given that prices in congested corridors and the internalisation of congestion and external effects will produce enough revenue to satisfy financial constraints, at least across the modes. In the cases of insufficient revenues, the Commission recommends additional "non-discriminatory" and "non-distorting" fixed charges (European Commission, 2001b). The effects of charging according to short-run marginal cost on the expansion of HSR lines are significant. Low prices favour the reallocation of traffic from competing modes and encourage traffic generation, with feedback on the future expansion of the network. Pricing according to short-run marginal cost leaves a key question unanswered: are rail users willing to pay for the new technology? Unless this question is answered before investment decisions are taken, marginal cost pricing is not a guarantee for an efficient allocation of resources".

economica, tanto che per concessionari di grandi dimensioni è possibile a volte finanziare totalmente infrastrutture con tariffe SACP (data la “spalmatura” possibile degli aumenti su una vasta platea di utenti), mentre al contrario per concessioni di piccole dimensioni, al fine di evitare shock tariffari, sono necessari pesanti interventi pubblici a fondo perduto. E ciò, occorre notare, indipendentemente dall'utilità economica degli investimenti stessi. Una anomalia ulteriore è costituita, per il sistema stradale complessivo, dalla compresenza di infrastrutture a pedaggio e gratuite, spesso con identiche caratteristiche funzionali (si pensi alle molte superstrade al nord ed alla rete gratuita al sud).

Per gli investimenti ferroviari al contrario tale intervento corrisponde in genere al 100% degli oneri, ed i tentativi di trovare schemi di PF sono ad oggi falliti per l'ovvia ridottissima capacità di autofinanziamento di tali opere da parte degli utenti, a riprova della loro modesta utilità percepita. Infatti tariffe d'uso per le infrastrutture ferroviarie che coprissero una parte non irrilevante dei costi di investimento ridurrebbero il traffico con un effetto circolare, trattandosi di un costo fisso, che verosimilmente non arriverebbero a nessun punto di equilibrio economico: maggiori tariffe, minor traffico, a cui dovrebbero corrispondere ancor maggiori tariffe, ecc.. Una controprova di tale ridotta utilità percepita per tali infrastrutture è mancanza di eccezioni: tutti gli investimenti ferroviari, anche quelli di più dubbia rilevanza sociale, sono interamente coperti da fondi pubblici (con l'eccezione della tratta AV Milano-Roma, che verosimilmente vede una modesta copertura anche dei costi di investimento, che comunque si stima inferiore al 30%). Anche qui, è gravissimo che non vi siano dati ufficiali. Comunque questa eccezione conferma la regola cui prima si è accennato).

Al contrario poi, escluso nel Mezzogiorno, agli investimenti autostradali è richiesta una copertura per via tariffaria di almeno il 50%, indipendentemente da ogni considerazione di socialità. Un aspetto che sembra degno di nota: che occorra l'intervento pubblico per il finanziamento delle infrastrutture al fine di massimizzare il benessere economico complessivo (*surplus* sociale), è un assioma che dipende esclusivamente dall'assunzione di tariffe di accesso non discriminanti, cioè uguali per tutti gli utenti, indipendentemente dalla disponibilità a pagare degli utenti stessi (cfr. Ponti). Anche se qui non è possibile illustrare analiticamente il punto, basterà osservare che se fosse possibile, discriminando le tariffe di accesso, aumentare i ricavi, ciò non determinerebbe perdite di surplus sociale (Ramsey et al.). Ed oggi, grazie agli strumenti tecnologici ed informatici di cui si dispone, ciò sembra largamente possibile, conseguendo benefici netti sia in termini di efficienza che di equità. Di fatto, si configurerebbe una situazione non certo di “first best”, ma comunque molto più efficiente di quella attuale, soprattutto in presenza di elevati COMPF.

Senza addentrarci in questa nota sulle possibili strategie di discriminazione tariffaria, basterà ricordare la concreta possibilità di mettere all'asta le tracce ferroviarie e gli *slot* aeroportuali e portuali, cioè “scremare” il surplus degli utenti per i modi di trasporto ad accesso regolato, ed applicare tariffe di congestione generalizzate sulla rete autostradale, ma anche sulla viabilità ordinaria, grazie alla disponibilità crescente, e a costi decrescenti, di sistemi di tariffazione avanzati (ITS), come quelli già realizzati in Germania.

Le tariffe di congestione, si badi, non penalizzerebbero il trasporto pubblico: dato il numero di occupanti per veicolo, l'incidenza sulle tariffe individuali sarebbe molto piccola, come simmetricamente invece sarebbe elevata quella per i veicolo merci di grandi dimensioni.

3.2.2.1 INVESTIMENTI “ENDOGENI” (A TARIFFE DATE), “ESOGENI” CON AUMENTI DI TARIFFA, ESOGENI CON AUMENTI TARIFFARI PARZIALI

Le tipologie di investimento nel settore appaiono fortemente differenziate dal punto di vista degli aspetti regolatori che implicano: qui si tenta una prima sintesi, che assume come scenario di riferimento la situazione reale italiana, in cui l'attività del regolatore indipendente è solo all'inizio. Un concessionario, a tariffe date, tenderebbe a realizzare spontaneamente solo gli investimenti che gli garantissero un ritorno superiore a quello ottenibile in una situazione di congestione. E questo è possibile solo in presenza di domanda elastica ai costi percepiti: nel caso più frequente di domanda rigida (siamo in un contesto di “monopoli naturali”), cioè di scarsa contendibilità da parte di altre infrastrutture, tenderà a non investire, cioè a non effettuare investimenti “endogeni”, poiché gli utenti non aumenteranno sensibilmente, trovandosi già in gran parte sulla rete congestionata (tenderà anzi ad aumentare le tariffe,

se libero di farlo, con un meccanismo di per sé orientato all'efficienza, ma che ovviamente genererebbe elevate rendite).

Ciò a meno che un meccanismo di *claw back* puntuale non ne cambi le logiche. Infatti, bloccando le tariffe e scremando gli extraprofitti generati dalla congestione, potrebbe consentire, al concessionario che investe, ritorni "normali" su un capitale più consistente, garantendogli di fatto un RAB²⁶³ più esteso, con il relativo aumento di profitti totali, a parità di tariffe unitarie. Questo consentirebbe di ottimizzare anche l'efficienza di tali scelte autonome, essendo la congestione un costo esterno per il concessionario, ma interno per gli utenti (trattandosi di una "esternalità di club", senza danneggiati terzi).

Un problema regolatorio opposto si presenta quando l'investimento è richiesto dal concedente per motivi sociali (investimenti che abbiamo definito "esogeni"). Inutile osservare che tale scelta dovrebbe essere appoggiata ad analisi costi-benefici terze, trasparenti, e applicate a soluzioni alternative, poiché verrà interamente o largamente finanziata con denaro pubblico e non dagli utenti. In presenza di esiti positivi dell'analisi, si potranno avere aumenti tariffari del tipo SACP, cioè tali da consentire il recupero integrale degli investimenti da parte del concessionario, o apporto di risorse pubbliche in caso di SMCP, o ancora soluzioni miste (cfr. punto 1).

Soluzioni miste (con quote di trasferimenti e quote finanziate in tariffa) si potrebbero anche configurare come ottimali nel caso un investimento che migliori la qualità di una infrastruttura non congestionata, ma che non sia remunerabile a tariffe date. Ma qui si richiederebbero analisi economiche e finanziarie caso per caso.

L'ipotesi di una tariffazione del tipo SACP, estesa però solo alla quota di investimento non finanziata dallo Stato, sembra molto difficile da generalizzare. Si potrebbe argomentare che il finanziamento pubblico sussuma già la politica tariffaria desiderata dal decisore, cioè la quota dell'investimento che il decisore stesso ritiene debba essere a carico degli utenti. Ma questo implicherebbe che a) il decisore abbia consapevolmente deciso un equilibrio opera per opera, tra SACP e SMCP, scenario del tutto irrealistico, e b) darebbe luogo in alcuni settori, a situazioni paradossali: per esempio, per concessionari autostradali di grandi dimensioni che possono non necessitare di trasferimenti pubblici emergerebbe una strategia del tipo SACP "integrale", mentre al contrario per concessionari di dimensioni inferiori, che per le ragioni già viste hanno dovuto godere di ampi finanziamenti pubblici, la strategia implicitamente scelta sarebbe radicalmente diversa.

Si noti che la distinzione qui fatta tra investimenti "endogeni" ed "esogeni" è sostanziale, non formale: tutti gli investimenti dei concessionari infatti sono formalmente "esogeni", in quanto richiesti ed autorizzati dal concedente. Ma è ben noto che in una realtà caratterizzata da vistosi fenomeni di "cattura" molti investimenti sono pesantemente condizionati dagli interessi dei concessionari.

La prassi attuale italiana appare molto difforme da logiche riconducibili ad una qualsiasi razionalità economica: in nessun caso sono note analisi comparative ex-ante di ottimizzazione; per alcune modalità di trasporto, come abbiamo visto, gli investimenti sono sempre totalmente esogeni ed ad intero onere pubblico (sempre per le ferrovie, spesso per i porti), in altri casi sono esogeni con contributi pubblici legati solo ad aspetti finanziari (autostrade), in altri ancora sono interamente a carico degli utenti (aeroporti), tramite tariffe SACP.

Un problema specifico di "cattura" del decisore pubblico concerne la pressione dei concessionari e dei costruttori ad investire senza rischi commerciali, cioè con schemi tariffari tali da garantire la remunerazione degli investimenti stessi. La "cattura" avviene tramite la promozione politica, effettuata sia a livello centrale che locale, di opere di dubbia utilità sociale. Si ricorda che tale "cattura" è facilitata dal fatto che gli utenti di un'opera di dubbia utilità netta non sono chiamati a pagarne i costi, in caso di finanziamenti pubblici, o ne pagheranno una quota molto ridotta, in caso di aumenti tariffari ripartiti su una platea vasta di utenti (cfr. ancora punto 1). Saranno dunque anch'essi *stakeholders* favorevoli all'opera e spesso saranno anche soggetti ad asimmetrie informative (autostrade, aeroporti), esattamente come i contribuenti, *residual claimants* di queste operazioni. Le pressioni per investimenti esogeni

²⁶³ Regulatory Asset Base, che è il capitale proprio del concessionario che sia stato considerato indispensabile dal regolatore per svolgere l'attività prevista, e quindi meritevole di una remunerazione.

remunerati in tariffa sono spesso tali che di fatto la loro “esogeneità” reale appare dubbia in assenza di un regolatore terzo, come si è detto. Si tratta cioè di investimenti sollecitati dai concessionari stessi, in modo esplicito o implicito. Ovviamente affidamenti *in house*, totali o parziali, degli appalti, aumentano molto l’incentivo per i concessionari a promuovere investimenti “esogeni” di dubbia utilità.

3.2.2.2 CONCESSIONI E INVESTIMENTI: DURATA OTTIMA E SUBENTRI

La durata ottima delle concessioni è stata oggetto di letteratura in generale (cfr. De Vincenti), ma assai meno in relazione agli investimenti. In presenza di investimenti totalmente “endogeni”, cioè con rischi interamente a carico del concessionario e a tariffe date, è ragionevole affermare che i costi di transazione per un subentro prima del completo ammortamento possano risultare elevati. Essendo tuttavia questo un caso assai poco frequente nella realtà italiana attuale, varrà la pena di concentrare l’attenzione sugli investimenti “esogeni”, cioè richiesti dal concedente e remunerati con aumenti tariffari e/o con trasferimenti pubblici.

Assumendo che, per minimizzare i fenomeni di cattura, sia opportuno mantenere limitata la durata delle concessioni (cfr. AGCM), emerge un conflitto in caso di investimenti infrastrutturali soggetti a lunghi tempi di ammortamento. Se dunque si intende mantenere le concessioni contendibili attraverso affidamenti competitivi sufficientemente frequenti, è necessario mettere a punto strumenti di subentro che consentano all’investitore, in caso di politiche tariffarie miste o del tipo SACP, una equa remunerazione del capitale investito. Tuttavia non sembrano esservi ostacoli tecnici maggiori ad una stima della remunerazione già conseguita e quella residua, che sarà posta a carico del subentrante. Potrà anche essere valutata, in casi particolari, qualche forma di garanzia pubblica per il subentrante, nella misura in cui esso soffrirà di “asimmetrie informative” sia sulla redditività che sulle condizioni reali dell’infrastruttura (soprattutto nella forma di “azzardo morale” sui costi di manutenzione sorgenti).

3.2.2.3 OBIETTIVI SOCIALI ED AMBIENTALI DA CONSEGUIRE IN MODO EFFICIENTE, CIOÈ MISURABILE

Il prevalere storico di investimenti infrastrutturali “esogeni” nel settore dei trasporti si basa sulla legittima richiesta politica di conseguire obiettivi sociali mediante investimenti infrastrutturali. Ciò tuttavia rende di primaria importanza la verifica da parte del regolatore dell’efficienza con cui gli obiettivi politici dichiarati vengono conseguiti da parte dei concessionari. Gli incentivi impliciti all’inefficienza sono infatti purtroppo rilevanti: vi è l’incentivo al sovradimensionamento ed al *gold plating* dell’investimento, anche se non affidato *in house*, a motivo dell’estensione del RAB che questo comporta (maggiori costi di manutenzione da compensare, cfr. punti successivi).

Ma il problema maggiore risiede nello stesso tipo di incentivi presenti nel decisore politico “catturato”: il sovradimensionamento ed il *gold plating* creano comunque consenso a breve, per le ragioni già esposte. Allora è forse necessario che il regolatore indipendente verifichi con cura le condizioni tecniche realmente necessarie per conseguire gli obiettivi politici dichiarati. E questo oggi è relativamente semplice. A titolo di esempio assumiamo che si tratti di investimenti decisi politicamente soprattutto per ragioni ambientali, che non superino analisi standard del tipo costi-benefici²⁶⁴ che non includano la variabile ambientale. Questo ci consente da subito una forte semplificazione: il conseguimento di efficiente di obiettivi ambientali in questo tipo di analisi è perfettamente valutabile, in quanto la Commissione Europea ha definito standard di monetizzazione assai precisi per tali esternalità (cfr. la manualistica specifica). E’ allora possibile per il regolatore valutare se l’investimento “esogeno” del concessionario non supera l’analisi costi-benefici neppure prendendo in conto i costi ambientali, cioè è inefficiente. Ricadrebbe nella categoria, sanzionabile, dell’*overinvestment*.

²⁶⁴ Qui si usa il termine “analisi costi-benefici” pur con piena coscienza dei limiti teorici di tale analisi (cfr. teorema di Lipsey-Lancaster ecc.), per due precise ragioni: perché questo tipo di analisi è raccomandato e codificato in manuali dalla Commissione Europea (ed è normato anche in Italia con apposita legge, per quanto mai applicata per ragioni che qui si è tentato di esplicitare in questo capitolo). In secondo luogo perché, date le caratteristiche di “linguaggio internazionale standardizzato” che tale tipo di analisi ha assunto, si presta ad analisi comparative, terze e trasparenti, che sono in realtà i fattori cruciali di qualsiasi tipo di analisi si volesse impiegare. Concettualmente tuttavia non vi sarebbero problemi ad utilizzare altri modelli di analisi, purché presentassero le tre caratteristiche evidenziate sopra.

Ma vi possono essere obiettivi politici anche di tipo occupazionale, o di sviluppo economico di un'area. Per i primi, non emergono problemi teorici di valutazione: sono includibili nell'analisi economica mediante opportuni prezzi-ombra, esattamente come si è visto nel caso di obiettivi ambientali. Per gli obiettivi di sviluppo economico che tenderebbero a giustificare anche investimenti che non abbiano superato le valutazioni precedenti, occorre ovviamente verificare caso per caso, ed anche su questo esiste una buona letteratura che può evitare i “doppi conteggi” dei benefici, errore sistematico in cui incorrono i proponenti di tali “deroghe” alle analisi economiche standard (Beria ed al., 2013).

3.2.2.4 INFRASTRUTTURE AUTOSTRADALI GIÀ AMMORTIZZATE: PERCHÉ AFFIDARLE IN CONCESSIONE?

Questo è un caso modale italiano (concerne le autostrade), ma presenta una tale rilevanza teorica e pratica che forse merita una attenzione particolare. Si è già accennato al paradosso dell'esistenza di strade con caratteristiche funzionali identiche, ma alcune a pedaggio ed altre gratuite. Trattandosi qui della regolazione di investimenti infrastrutturali, non entriamo negli aspetti più generali della questione (cfr. Ragazzi). Peraltro è facile osservare che qualora le autostrade a pedaggio integralmente ammortizzate fossero rese gratuite, sarebbe possibile determinare strategie pubbliche di investimento, sia in PF o anche dirette per la viabilità ordinaria, omogenee per l'intera viabilità, mentre oggi si assiste al paradosso della grande difficoltà di finanziare persino la manutenzione della viabilità ordinaria, perché i vincoli di bilancio rendono finanziabili solo autostrade nuove a pedaggio, indipendentemente da ogni valutazione funzionale (i fenomeni maggiori di congestione ed inquinamento sono generati sulla viabilità ordinaria e su percorsi medio-brevi all'interno delle aree metropolitane, mentre la logica delle autostrade a pedaggio è funzionale alle lunghe distanze).

Ovviamente le risorse finanziarie necessarie al sistema stradale nel suo complesso sarebbero generate da strategie efficienti di *road pricing* e da meccanismi di PF connessi di nuovo a scelte relative al tema SMCP-SACP.

Anche il problema della finanziabilità delle opere in funzione della dimensione delle concessioni verrebbe meno, come pure quello delle “dimensioni minime efficienti” delle concessioni stesse, mai fin'ora seriamente affrontato, e fonte di difficoltà regolatorie relevantissime.

3.2.2.5 L'ALLOCAZIONE OTTIMALE DEI RISCHI PER GLI INVESTIMENTI

Appare ovvio che per gli investimenti “endogeni” tutti i tipo di rischio debbano esser lasciati al concessionario, poiché è il soggetto che li decide e li controlla. La questione è più complessa per gli investimenti “esogeni” remunerati in tutto o in gran parte per via tariffaria (SACP). La regola generale sembra concernere le reali possibilità di gestione dei rischi, in particolare quelli commerciali (attinenti al traffico previsto). Infatti, il concessionario valuterà il costo-opportunità del rischio commerciale in funzione inversa al grado di controllo che avrà su questo fattore: se percepisce un rischio elevato, applicherà un congruo “prezzo del rischio”.

Nel settore dei trasporti, le variabili di controllo per le infrastrutture sembrano davvero ridotte: i traffici dipendono in primo luogo da politiche pubbliche (sul carico fiscale dei carburanti, sulle tariffe “sociali”, sui vincoli ambientali, sulle scelte infrastrutturali in altri modi di trasporto concorrenti), politiche per definizione tutte “esogene” per il concessionario.

Se il rischio commerciale è lasciato interamente al concessionario, questo dunque comporterà costi da remunerare in tariffa molto elevati, in quanto inclusivi del “prezzo del rischio”. Da qui la tendenza a ridurre tali rischi con meccanismi di garanzie pubbliche spesso opache, o addirittura con tariffe-ombra o canoni di disponibilità a carico del concedente (cfr. il PF delle nuove linee di metropolitana milanese M4 e M5).

Questa prassi, assai diffusa, lascia perplessi: se il rischio è assunto in gran parte da un soggetto con altissima propensione al rischio finanziario, quale è il decisore pubblico, il costo-opportunità di tale rischio, che permane chiunque lo assuma, viene occultato. Occorre procedere con un esempio: assumiamo che un'opera superi il test di fattibilità economico-finanziaria all'interno un determinato scenario fiscale (accise sui carburanti) ed infrastrutturale (nessuna infrastruttura parallela che competa con la prima).

Se i rischi di minor traffico sono assunti dal decisore pubblico, questo, data la sua elevatissima propensione al rischio, non esiterà a scaricare il “prezzo del rischio” sui contribuenti (o in parte sugli utenti alzando le tariffe). E ciò anche in quanto il decisore probabilmente non sarà più il medesimo. Da qui la sistematica sovrastima dei traffici futuri nei grandi progetti pubblici di trasporto (cfr. Flyvberg et al.).

Comunque il decisore politico è oggettivamente incentivato ad offrire le massime garanzie possibili, come di fatto è più volte accaduto, fino al punto di azzerare il rischio per il concessionario. Ovviamente questa elevata propensione al rischio del decisore pubblico, se non controllata da un soggetto terzo come un regolatore indipendente, genera inefficienze assai rilevanti, sempre leggibili in termini di “*overinvestment*”.

Occorre osservare che per gli investimenti ferroviari neppure il rischio industriale è lasciato al concessionario, essendo gli investimenti remunerati integralmente “a piè di lista”, come gli elevatissimi sovraccosti del sistema Alta Velocità hanno confermato.

In sintesi, esiste un conflitto tra la scarsità delle risorse pubbliche, che spinge i decisori pubblici a minimizzare le stime del costo degli investimenti, e la rischiosità commerciale degli stessi, che sarebbe invece opportuno esplicitare al fine di orientare alla prudenza le scelte.

Un vincolo “terzo”, di natura regolatoria, sulle garanzie pubbliche concesse agli investitori privati sembra uno strumento opportuno per incentivare tale doverosa prudenza.

3.2.2.6 FORME PARTICOLARI DI *GOLD PLATING*: I TEMPI DI REALIZZAZIONE E MANUTENZIONI STRAORDINARIE COME MASSIMIZZAZIONE DEI COSTI E DEI PROFITTI

Varrà la pena di richiamare qui le affinità tra i concetti di *gold plating*, *overinvestment*, e quello di RAB sovradimensionato. In tutti e tre i casi, si tratta di comportamenti strategici del regolato tendenti a massimizzare i costi da remunerare senza rischi, in tariffa o con trasferimenti pubblici corrispondenti. Ciò, dato un livello ammesso di saggio di profitto (es. WACC), coincide con la massimizzazione dei profitti stessi. Questa osservazione è riconducibile anche al fallimento “storico” della semplice regolazione del saggio di profitto (RRR, Rate of Return Regulation), messa in atto negli Stati Uniti negli anni '20-'30.

Se non vi è un rigoroso controllo sulla tempistica della realizzazione degli investimenti (tempistica dilatata in Italia in modo straordinario) ciò comporta automaticamente un aumento dei costi, e quindi esiste un incentivo impliciti a prolungare i tempi delle opere da parte dei costruttori o/e dei concessionari (questo in funzione della quantità degli affidamenti *in house*). Per opere piccole, la sfera politica nazionale e locale ha incentivi opposti (finire l'opera durante la fase elettorale), ma per opere maggiori, che comunque superano una legislatura, tale incentivo si affievolisce o sparisce del tutto.

Considerazioni del tutto analoghe valgono per le manutenzioni straordinarie (concetto di per sé manipolabile): se è prevista la loro remunerazione mediante tariffe o trasferimenti, vi sarà un forte incentivo a fare manutenzioni di dubbia urgenza o utilità, spesso anche facilmente presentabili come “miglioramenti” a favore degli utenti.

La casistica di tali comportamenti è molto vasta sia nel settore ferroviario che in quello autostradale: per questo ultimo settore c'è infine da registrare il paradosso (cfr. Ponti), che il pagamento di un pedaggio è legittimato normativamente rispetto alla viabilità ordinaria solo dalle maggiori prestazioni di velocità offerte dall'autostrada a pedaggio. Tuttavia gli utenti sono tenuti sempre a corrispondere la tariffa intera anche in caso di lavori di durata decennale (o manutenzioni infinite), che degradano gravemente il livello di servizio dell'infrastruttura.

3.2.3 SOLUZIONI

3.2.3.1 LA DECISIONE DI INVESTIRE IN INFRASTRUTTURE PUÒ RIMANERE TOTALMENTE POLITICA, MA NON ARBITRARIA

Si assume che il regolatore debba garantire l'efficienza dei comportamenti dei soggetti regolati, mentre non è suo compito occuparsi della dimensione sociale delle scelte né per i servizi (es. tariffe del TPL) né per gli investimenti, di cui qui si tratta. Da ciò ne discende che suo compito sia garantire che gli investimenti, a cui siano assegnate valenze sociali, siano efficienti. Se per esempio vi sono obiettivi occupazionali, questi non possono comportare un uso inefficiente del fattore lavoro, cioè situazioni di ridondanza. Così una infrastruttura non può costare più del necessario (cioè essere inefficiente) perché occupa più manodopera, o la occupa per tempi eccessivi. Ma lo stesso principio vale per obiettivi distributivi o ambientali. Questi debbono essere conseguiti in modo efficiente. Più complesse sono le scelte politiche finalizzate al riequilibrio territoriale. Qui non è possibile suggerire altro che l'uso di modelli di simulazione di impatto economico più complesso di quello delle analisi economico-finanziarie standard. Ma un punto rimane fermo: se si usa tale approccio, deve essere applicato a soluzioni alternative, e non solo modali (strada o ferrovia o aeroporto), ma anche settoriali. Vi è un'ampia casistica su soluzioni per le quali l'intervento non era ottimale (per Euro pubblico speso), rispetto ad interventi di altra natura. Celebre il caso di interventi sui tempi per le pratiche doganali nei porti, con risparmi possibili di molte ore, raffrontati ad interventi infrastrutturali costosissimi per far risparmiare un'ora alle merci una volta uscite dal porto stesso.

3.2.3.2 DIVENTA INDISPENSABILE, PER VERIFICARE L'EFFICIENZA DEL CONSEGUIMENTO DI OBIETTIVI SOCIALI, DEFINIRE E QUANTIFICARE I PARAMETRI CHE LI DESCRIVONO

Innanzitutto tali parametri devono essere esplicitati, non possono essere sussunti dal decisore nella definizione di un specifico progetto infrastrutturale. In caso contrario, qualsiasi livello di inefficienza sarebbe giustificato, svuotando di fatto la funzione regolatoria. E questo vale evidentemente non solo per le infrastrutture, ma anche per i servizi di trasporto.

I presupposti teorici di questa scelta sono ben consolidati in letteratura, in particolare a proposito dell'uso di analisi costi-benefici, reso anche in Italia obbligatorie per legge, ma mai applicato, o applicato al di fuori di ogni standard di trasparenza e terzietà. Qualora infatti le scelte infrastrutturali pubbliche fossero insindacabili, non vi sarebbe alcuna necessità di analisi dettagliate di questo tipo, che verificchino il conseguimento di obiettivi sociali, analisi che appropriatamente in inglese sono denominate *social cost-benefit*.

Questa istanza di terzietà, che si connota nell'economia pubblica contemporanea con il ruolo crescente affidato ad autorità regolatorie indipendenti, cioè appunto "terze", a sua volta si legittima solo nell'ipotesi che esistano fenomeni di "cattura", ipotesi senza la quale nessun organismo terzo avrebbe ragione di essere costituito. Al decisore politico infatti certamente non mancherebbe la possibilità di dotarsi di qualsiasi supporto tecnico per migliorare l'efficienza delle proprie decisioni.

Tali decisioni non tendono dunque ad essere inefficienti per ragioni di informazioni e supporti inadeguati, ma proprio a causa della pervasività dei succitati fenomeni di cattura.

3.2.3.3 ASPETTI OPERATIVI

A) LA DEFINIZIONE DEI PARAMETRI

In letteratura, i parametri che definiscono obiettivi sociali sono noti come "prezzi-ombra", e sono oggetto di acute definizioni da parte dei molti organismi internazionali (IMF, IBRD, Commissione Europea). Me esiste anche una sorgente manualistica italiana in materia, come esiste una diffusa attività internazionale di ricerca per aggiornarli e migliorarne la qualità. I più consolidati di questi attengono ad macroeconomici (saggio sociale di sconto) ed obiettivi ambientali, mentre il conseguimento efficiente di obiettivi occupazionali è verificabile senza particolare difficoltà caso per caso (modellistica input-output, analisi di valore aggiunto). Il conseguimento di obiettivi distributivi, di grande rilevanza per i servizi di trasporto, non appare al contrario dominante nel settore infrastrutturale, se non in relazione allo sviluppo di determinate aree. Anche su in questo caso tuttavia esiste una vasta letteratura di supporto.

Tuttavia tali difficoltà tecniche tendono a scomparire nel caso di un uso corretto dei prezzi-ombra, che è essenzialmente comparativo: se la scelta di una infrastruttura più costosa prevale su una meno costosa,

sembra davvero semplice verificare se quella differenza di costo è giustificata da parametri quantificati. Assai diverso ovviamente il caso in cui si chiedessero delle risposte in termini assoluti. Per esempio, se una soluzione stradale più costosa fosse scelta contro una ferroviaria meno costosa per ragioni di sviluppo di un'area, non sarebbe difficile verificare la variazione dei costi per le imprese che tali modi di trasporto comportano nel caso specifico. Ma lo stesso vale ovviamente per i fattori ambientali ed occupazionali.

B) LA QUANTIFICAZIONE DELLE QUOTE DI FINANZIAMENTO PUBBLICO EFFICIENTE

Se l'efficienza di un investimento, come quella di un servizio, è riconosciuto legittimo oggetto di regolazione economica, ne consegue che anche la quota finanziata a fondo perduto dallo Stato deve essere oggetto di regolazione esplicita e terza. Tra l'altro, da questa quota consegue direttamente il livello delle tariffe per l'uso delle infrastrutture.

Un investimento inefficiente, per esempio che apparisse clamorosamente sovradimensionato rispetto alla domanda prevedibile, potrebbe essere un caso canonico di inefficienza dovuto a fenomeni di "cattura". La sua sostenibilità finanziaria dipenderebbe ovviamente in misura essenziale dalla quota di finanziamento pubblico a fondo perduto (o dalle garanzie fornite dalla mano pubblica sui rischi commerciali).

Ed evidentemente tocca ad un soggetto terzo, che abbia come compito specifico ed istituzionale la tutela dell'efficienza della spesa, verificare se tale investimento sia o no sovradimensionato.

E qualora ciò fosse eccessivamente complesso od oneroso per il regolatore, toccherebbe a questo almeno di avanzare la richiesta, basata su analisi preliminari, del rifacimento delle analisi che sono state prodotte a sostegno di tale scelta, cioè fare azione di *advocacy*, in modo analogo alle frequenti azioni di questo tipo promosse dall'Autorità per la tutela della concorrenza.

Carlo Cambini e Laura Abrardi

Negli ultimi trent'anni i settori regolati sono stati oggetto di profonde riforme che hanno comportato, in aggiunta alle ondate di liberalizzazioni e privatizzazioni del mercato, l'adozione di nuovi modelli regolatori. I tradizionali sistemi basati su forme di compensazione di tipo *cost-plus*, tra cui il *rate of return regulation*, sono stati infatti progressivamente integrati o sostituiti con modelli caratterizzati dall'utilizzo di strumenti a maggior potere di incentivazione, quali il benchmarking (*yardstick competition*), o il *revenue* o *price cap regulation*. Tali riforme, motivate principalmente dalla volontà di conseguire un maggior grado di efficienza produttiva e un miglioramento del livello di qualità, hanno al contempo implicato una diversa ripartizione del rischio tra consumatori e imprese. Quest'ultimo aspetto, ovvero l'allocatione del rischio, è di particolare rilevanza in quanto il livello di rischiosità influisce significativamente sia sulle decisioni di investimento dell'impresa, sia sulla sua redditività, sia infine sulla volatilità del flusso di profitti.

In particolare, nel settore dei trasporti si è assistito ad una progressiva adozione di meccanismi incentivanti di tipo *price* o *revenue cap*. L'introduzione di questi strumenti regolatori è avvenuta nel nostro paese principalmente tramite la Legge 481/95, per i settori energetici, e la Delibera CIPE 24-4-1996 per quanto riguarda i servizi di competenza del CIPE, tra cui il settore aeroportuale, autostradale e ferroviario. L'obiettivo del regolatore nazionale è stato certamente quello di incentivare un miglioramento dell'efficienza operativa delle imprese soggette a regolazione. Il punto critico però relativo all'adozione di questi strumenti è relativo al tema degli investimenti e del rischio ad essi connessi. Gli investimenti nel settore dei trasporti si dividono in due categorie: gli investimenti irreversibili, ossia gli investimenti in infrastrutture (rete autostradale, ferroviaria, metropolitane ..), e quelli totalmente o parzialmente reversibili, come ad esempio i mezzi di trasporto nel settore del trasporto pubblico locale (su gomma o su ferro). Per quanto concerne gli investimenti di tipo irreversibile, può essere ragionevole in alcuni casi sacrificare l'obiettivo di breve periodo dell'estrazione di un margine aggiuntivo o extra-ritorno a favore di effetti di lungo periodo sugli incentivi ad effettuare nuovi investimenti. Quali rischi devono quindi esser coperti dal meccanismo regolatorio e quali invece devono comunque rimanere in capo all'impresa fornitrice di servizio è quello che andremo a delineare nelle pagine seguenti.

3.3.1 TIPI DI RISCHIO E SUA ALLOCAZIONE NEI PRINCIPALI MODELLI REGOLATORI

Nello specifico caso dei settori regolati come appunto il settore dei trasporti, si annoverano diverse tipologie di rischio.

In primo luogo è presente il *rischio di impresa*, che fa riferimento sia ai rischi di natura industriale, sia a quelli di tipo commerciale. Per quanto riguarda i primi, essi comprendono i rischi associati all'attività d'impresa e ai costi di fornitura di un livello fisso di servizio, e sono indipendenti dalle dinamiche e fluttuazioni della domanda. Essi possono dipendere, piuttosto, da cambiamenti inaspettati dei prezzi delle materie prime o dall'introduzione di nuove norme che influiscono sui costi operativi e di investimento. Il rischio di tipo commerciale, invece, è legato all'incertezza sul lato della domanda, ed influisce in ultima istanza sui ricavi totali.

In aggiunta ai rischi di impresa, i settori regolati presentano due ulteriori tipologie di rischio, ovvero rischi di natura *regolatoria* o *politica*.

Il rischio *regolatorio* si riferisce alla possibilità, da parte del regolatore, di comportarsi in modo non consistente nel tempo, generando un panorama di regolazione mutevole e caratterizzato dall'incertezza e instabilità dell'insieme di regole lo definiscono. Il rischio regolatorio comprende tra l'altro situazioni in cui il regolatore agisce in modo opportunistico, non trasparente, o sbilanciato sugli interessi specifici dei gruppi di pressione. L'eliminazione del rischio regolatorio, aumentando la credibilità della regolazione, non solo permette di massimizzare l'efficienza allocativa del sistema nel breve termine, ma ha anche ripercussioni a lungo termine agendo come stimolo agli investimenti, incoraggiati dall'esistenza di un sistema di regole trasparente, certo e stabile. Più nel breve termine, il rischio regolatorio innalza il costo del capitale e il premio per il rischio. Nei Paesi latino-americani, si è calcolato che il rischio regolatorio

comporta un aumento dal 2 al 6% del costo del capitale, e un incremento di circa il 20% delle tariffe (Guasch e Spiller, 1999).²⁶⁵

Una ulteriore fonte di rischio è quella di natura *politica*. Nei settori regolati, il contesto politico è generatore di rischio nella misura in cui l'attività di regolazione è svolta (più o meno direttamente) da attori politici, ipotizzando peraltro posizioni politiche differenziate in termini di preferenze di politica regolatoria. L'incertezza elettorale tipica di sistemi democratici, favorendo l'alternanza dei diversi partiti, è dunque per sua natura generatrice di incertezza. Il rischio politico può essere ridotto tramite l'istituzione di autorità di regolazione indipendenti, ma difficilmente è del tutto eliminabile, come invece sarebbe possibile e auspicabile per il rischio regolatorio.

In aggiunta ai rischi di origine politica, regolatoria o di impresa, in mercati sottoposti a regolazione il rischio può anche essere intrinseco del meccanismo adottato. In particolare, il livello di rischio di un particolare regime è influenzato sia dalla frequenza degli aggiornamenti contrattuali, sia dal grado di flessibilità del prezzo regolato. La modalità con cui un modello regolatorio definisce questi due aspetti influisce sull'allocazione dei rischi tra consumatori e impresa e rappresenta un importante elemento caratterizzante del regime adottato.

Un meccanismo di tipo *rate of return* rappresenta la forma più comune di regolazione *cost-based*, e si basa sulla fissazione, da parte del regolatore, del tasso di redditività che l'impresa può ottenere dai suoi asset. Nella pratica, il regolatore stabilisce il prezzo a cui l'impresa può vendere i suoi prodotti o servizi, tenendo conto del principio di copertura dei costi operativi e di capitale e in aggiunta garantendo un determinato margine sui costi. Al variare dei costi dell'impresa, il prezzo di vendita viene modificato in modo da lasciare invariato il margine, e di conseguenza la dinamica del prezzo regolato segue quella dei costi e dimostra una sua notevole flessibilità.

Tale meccanismo tariffario, pur garantendo l'integrità finanziaria dell'impresa, si caratterizza da un lato per un basso potere di incentivazione in termini di efficienza produttiva, dall'altro lato per la riduzione della volatilità degli utili e per flussi di cassa più costanti nel tempo (Armstrong and Sappington, 2006; Joskow, 2007).²⁶⁶ Inoltre, il rischio è allocato in maggiore misura sui consumatori, sui quali gravano le variazioni tariffarie a copertura dei costi. Gli investitori devono sopportare le conseguenze degli shock negativi solo fino al momento dell'aggiornamento tariffario.

Ne consegue che i rischi a carico dell'impresa si riducono ulteriormente all'aumentare della frequenza degli aggiornamenti. A causa altresì del ridotto rischio sostenuto dall'impresa e della remunerazione garantita sul capitale investito i meccanismi di regolazione di tipo *cost-based* possono portare al problema del sovrainvestimento, ossia di investimenti inutili o eccessivamente costosi. In altre parole, dato il minore rischio, l'impresa regolata potrebbe essere indotta a usare l'input di capitale in modo improprio, investendo in eccesso a spese del consumatore finale chiamato comunque a rimborsare la spesa di capitale sostenuta dall'impresa. Al fine di limitare questo fenomeno, i regolatori americani (le cosiddette PUCs – Public Utility Commissions) hanno spesso affiancato il concetto di investimenti “used and useful”: solo gli investimenti ritenuti utilizzati e utili ai fini della fornitura del servizio finale saranno remunerati con un ritorno fisso e inseriti in tariffe, mentre le altre tipologie di investimenti non utili rimarranno totalmente a carico del soggetto regolato.

Diversamente dai meccanismi di tipo *cost-plus*, l'obiettivo dell'*incentive regulation* è di indurre una maggiore efficienza produttiva da parte dell'impresa attraverso specifici strumenti di incentivazione. L'impresa può influire positivamente sui propri profitti realizzando risparmi di costo ulteriori rispetto agli obiettivi stabiliti dal regolatore. Se quindi da un lato con l'*incentive regulation* gli utili sono più strettamente legati alla capacità dell'impresa di ottenere guadagni di efficienza, dall'altro lato questo ne aumenta anche la variabilità, allocando i rischi di fluttuazioni della domanda o dei costi in maggiore misura sull'impresa, che quindi si configura come *residual claimant* del rischio.

²⁶⁵ Guasch, J.L. e Spiller, P. (1999), “Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues and the Latin America and Caribbean Story”, Washington, D.C.: World Bank.

²⁶⁶ Armstrong, M. e D. Sappington (2006), “Regulation, Competition and Liberalization”, *Journal of Economic Literature*, XLIV, 325-366. Joskow, P.L. (2007), “Regulation of Natural Monopolies”, in A. M. Polinsky and S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier Science Publishers: Amsterdam

In effetti, l'evidenza empirica suggerisce che l'adozione di meccanismi di *incentive regulation*, rispetto a quelli *cost-based*, conduce non solo a più alti livelli di produttività e profittabilità (Ai and Sappington, 2002),²⁶⁷ ma anche a un maggior rischio sistematico che influenza il valore del costo del capitale investito (Alexander and Irwin, 1996; Grout and Zalewska, 2006),²⁶⁸ una più alta volatilità dei guadagni (Parker, 1997) ed infine a più elevati dividendi distribuiti (Bremberger et al. 2015).²⁶⁹

L'allocazione del rischio non è senza conseguenze in termini di costi. Infatti, qualora il rischio sia assunto almeno in parte dall'impresa, la maggior rischiosità ne può aumentare il costo del ricorso al credito privato, e al contempo indebolire il supporto delle istituzioni finanziarie, aumentando così il costo del capitale per l'impresa.

Al di là della questione del soggetto a cui allocare il rischio, un ulteriore aspetto importante da considerare è rappresentato dalla tipologia del rischio da ripartire e dalle modalità con cui viene assegnato. È infatti plausibile ritenere che mantenere il rischio sulla domanda costante durante il periodo di regolazione o trasferirlo interamente all'impresa non sia una scelta ottimale, dal momento che l'incertezza sulla domanda (o sui costi) è maggiore all'inizio dell'attività.

Inoltre, nello specifico caso del rischio di domanda, trasferirlo sugli utilizzatori del servizio significa aumentare le tariffe qualora si verifichi uno shock negativo che riduce i consumi. In presenza di una domanda elastica, questo implicherebbe un'ulteriore contrazione dei consumi, con un risultato peggiorativo in termini di efficienza allocativa ed una riduzione del benessere complessivo.

3.3.2 REDDITIVITÀ E RISCHIO

La differenza tra *incentive-based* e *cost-plus regulation* non si limita ai due soli aspetti di rischio e volatilità dei profitti. Come suggerito dalla teoria economica, il concetto di rischio va tipicamente di pari passo con quello di remunerazione, sulla base dell'idea che un soggetto che si assume un rischio deve ottenerne un ritorno adeguato. Questo concetto, calato nell'ambito della regolazione, implica che i costi del capitale dipendono, per una certa misura, da come il regolatore alloca il rischio tra impresa e consumatori. Un regime che colloca il rischio sistematico prevalentemente a carico dei consumatori implica per l'impresa più bassi costi del capitale, e quindi tariffe generalmente più basse, così che i benefici dei consumatori per i prezzi più ridotti siano compensati dal maggior rischio che devono assumersi qualora ad esempio questi siano chiamati a contribuire di più a causa di un calo della domanda. Viceversa, un modello di regolazione più orientato verso l'allocazione del rischio sull'impresa, deve riconoscere a quest'ultima maggiori margini, in aggiunta ai più alti costi del capitale, in modo da bilanciare il rischio legato alla variabilità di costi e domanda.

Il modello regolatorio del *rate-of-return* rende l'impresa immune nel lungo termine da shock esogeni della domanda o dei costi attraverso la garanzia di un certo livello di redditività, ma al contempo trasferisce tale rischio sui consumatori, esposti all'eventualità di adeguamenti tariffari, nonché sullo Stato, qualora il meccanismo regolatorio preveda forme di garanzie, ad esempio all'interno di Piani Economici Finanziari (PEF), a spese del bilancio pubblico.

Al contrario, con l'uso del *benchmarking* o, più in generale, dell'*incentive regulation*, come il *price* or il *revenue cap*, l'impresa si assume un maggior grado di rischio, così che per esempio uno shock negativo della domanda si traduce in una riduzione del valore dei ricavi, lasciando invariato il benessere dei consumatori. Il premio per il rischio, che si aggiunge al maggior costo del capitale, è in ultima istanza a carico dei consumatori, che pagano con maggiori tariffe il fatto di essere sollevati dall'incombenza di dover sostenere il rischio di impresa.

²⁶⁷ Ai, C. e D.E.M. Sappington (2002), "The Impact of State Incentive Regulation on the U.S. Telecommunications Industry", *Journal of Regulatory Economics*, 22(2), 107-132.

²⁶⁸ I. Alexander e T. Irwin (1996), "Price Caps, Rate-of-Return Regulation, and the Cost of Capital", *Private Sector*, note n. 87, The World Bank, Washington D.C. Grout P.A. e A. Zalewska (2006), "The Impact of Regulation on Market Risk", *Journal of Financial Economics*, 80, 149-184

²⁶⁹ Parker D. (1997), "Price Cap Regulation, Profitability and Returns to Investors in the UK Regulated Industries", *Utilities Policy*, 6(4), 303-315. Bremberger F. Cambini C., Gugler K. e Rondi L. (2015), "Dividend Policy in Regulated Network Industries: Evidence from the EU", *Economic Inquiry*, in corso di pubblicazione.

La stretta correlazione tra redditività e rischio trova conferma nell'ampia evidenza empirica secondo cui le imprese in regime di *incentive regulation* mostrano maggiori livelli di redditività rispetto a quelle regolate con meccanismi *cost-based*. Parker (1997) mostra come, in seguito all'introduzione dell'*incentive regulation* nel mercato inglese dell'elettricità e delle telecomunicazioni, i livelli di profitti degli operatori sono sensibilmente aumentati.

Nel caso di policy di tipo *price* o *revenue cap*, il costo del capitale predefinito dal regolatore riconosce ex ante un adeguato premio per il maggior rischio sostenuto. L'impresa regolata è comunque in grado di ampliare, quantomeno temporaneamente, i propri extra-profitti se riesce a migliorare i propri obiettivi di efficienza produttiva rispetto agli standard fissati dal regolatore. In questi casi, l'obiettivo di un regolatore dovrà comunque esser quello di valutare opportunamente l'ammontare degli extra-profitti ottenuti dall'impresa regolata e provvedere nel periodo regolatorio successivo ad una revisione tariffaria per adeguare le rendite al livello ritenuto normale inclusivo dell'adeguato premio al rischio.

Ne consegue che al rinnovo del periodo regolatorio, il regolatore dovrà comunque scremare le rendite future prendendo come base il maggiore livello di efficienza raggiunto nel periodo che si chiude: mentre gli extraprofitti già incassati saranno certamente trattenuti dall'impresa, la ridefinizione degli obiettivi di efficientamento da parte del regolatore è lo strumento con il quale adeguare nel tempo gli incentivi dell'impresa a migliorare costantemente la propria efficienza, fermo restando che la crescita di efficienza è inevitabilmente soggetta a rendimenti decrescenti.

In generale, a scopo di incentivazione, il rischio dovrebbe essere allocato sul soggetto capace di ottenere le informazioni più accurate per anticiparlo, controllarlo e gestirlo. Tuttavia, il modello di regolazione ottimale da adottare, e conseguentemente l'allocazione ottima del rischio di impresa tra consumatori e operatori di mercato, è in ultima analisi una questione empirica, che dipende da una varietà di fattori, tra cui l'importanza degli obiettivi di efficienza produttiva ed estrazione delle rendite, le caratteristiche della domanda (quali la sua elasticità) e l'avversione al rischio di consumatori e imprese. Le imprese di piccole e medie dimensioni, ad esempio, sono normalmente più avverse al rischio di quelle grandi, per il più difficile accesso al mercato del credito o le più limitate possibilità di diversificazione del rischio. Più in generale, infatti, si osserva che il rischio di impresa cresce al crescere del rapporto fra investimento e patrimonio dell'impresa.

A prescindere dalla natura del soggetto su cui il rischio viene allocato, ovvero della tipologia di meccanismo regolatorio adottato, è di cruciale importanza che l'assegnazione del rischio sia sempre accompagnata da un'adeguata compensazione. In particolare, il premio per il rischio deve essere tanto maggiore quanto più grandi sono l'entità del rischio assunto e l'avversione al rischio del soggetto che se ne fa carico.

Se è vero che l'assunzione di rischi da parte dell'impresa deve necessariamente accompagnarsi a un'adeguata remunerazione, è altrettanto importante che l'impresa sia effettivamente responsabile dei rischi per cui ottiene la remunerazione. Il regolatore non dovrebbe infatti attribuirsi la responsabilità degli shock negativi di domanda, ad esempio, o in generale farsi carico dei rischi qualora contrattualmente l'impresa ne ottenga già una adeguata compensazione. Con un meccanismo di *price cap* o di *revenue cap*, ad esempio, la maggior volatilità dei profitti trova già compensazione nella maggiore redditività insita nel meccanismo; pertanto, i costi straordinari dovuti a contrazioni inattese della domanda o aumento del prezzo dei fattori in qualche modo controllabili da parte dell'impresa sono unicamente responsabilità dell'impresa, che non dovrebbe esserne sollevata da interventi ad hoc dell'autorità di regolazione nel momento in cui il rischio si manifesta.

Questo punto, più che per l'incertezza sui costi operativi o sulla domanda, è particolarmente rilevante per quanto concerne la realizzazione degli investimenti, che soffre di problematiche intertemporali di irreversibilità. Mentre nel caso di pura *rate of return regulation* il rischio è allocato sui consumatori e/o lo Stato e l'impresa non ha interesse a voler annullare (se mai fosse possibile) gli investimenti realizzati, il discorso cambia in caso di *incentive regulation*.

Le imprese in questo caso non sono più, almeno in teoria, garantite della completa copertura dei costi su investimenti irrecuperabili. Il rischio a carico dell'impresa gioca dunque un ruolo importante nella sua decisione di investimento, e diventa necessario per il regolatore specificare contrattualmente i piani di investimento, inclusa la loro distribuzione temporale, ed attenersi a tali piani anche quando l'impresa avrebbe interesse a disinvestire. Di conseguenza, è opportuno definire ex ante quali investimenti sono in

qualche modo decisi dal regolatore (“endogeni”), per i quali il rischio deve comunque essere garantito, e quali invece sono lasciati alla discrezionalità dell’impresa (“esogeni”), il cui rischio dovrebbe in realtà ricadere solo sull’impresa. E’ chiaro che questo può a sua volta generare comportamenti di tipo opportunistico da parte del regolato, con l’obiettivo di rendere “endogeni”, e quindi scelti dal regolatore, la gran parte dei propri investimenti.

La necessità di mantenere la consistenza tra remunerazione e rischiosità del meccanismo adottato è un tema strettamente legato a quello delle rinegoziazioni contrattuali. Qualora i ricavi fossero inferiori al livello atteso, a causa ad esempio di uno shock negativo della domanda di traffico, e l’impresa dovesse trovarsi in condizioni di difficoltà finanziaria, il settore pubblico potrebbe essere tentato di varare misure a sostegno dell’impresa, in modo da evitare disservizi o il fallimento della concessionaria. Per contro, qualora i ricavi fossero superiori alle attese, il regolatore (o il governo) può essere indotto ad appropriarsi dei profitti aggiuntivi o ad attuare modifiche legislative che autorizzano riduzioni tariffarie.

Questa inconsistenza temporale non è solo generatrice di incertezza, rappresentando esattamente il tipo di rischio regolatorio e politico che va evitato, ma è anche disincentivante e inefficiente dal punto di vista regolatorio. Infatti, la rinegoziazione riduce il costo a carico dell’impresa degli shock negativi oppure il premio nel caso di quelli positivi. L’impresa, non essendo totalmente responsabile delle perdite né potendo pienamente appropriarsi dei guadagni, è meno incentivata a investire in efficienza e qualità. Inoltre, la pratica della rinegoziazione è inefficiente in quanto, nel momento in cui l’impresa è compensata, attraverso un premio, del rischio che sostiene, non necessita di ulteriori trasferimenti, che rappresentano dunque un costo evitabile per il settore. In questo contesto, un tema strettamente specifico per il settore dei trasporti è quello della natura dei rischi commerciali, come ad esempio il rischio di traffico nel settore autostradale, aeroportuale, ferroviario o nel trasporto pubblico locale, su cui generalmente il regolato può non avere alcun controllo.

Ovviamente vi è un incentivo da parte del regolato a rinegoziare un contratto o una concessione, per spostare il rischio sullo Stato o sull’ente appaltante, ma più rilevante è valutare quale è il reale costo-opportunità del rischio. Se si ammette che il rischio commerciale nel settore è alto, così da rendere troppo alto il premio del rischio, la soluzione non dovrebbe comunque essere quella di far assumere tutto il rischio allo Stato o all’ente appaltante. Se da un lato lo Stato o l’ente appaltante hanno generalmente una propensione al rischio infinita, perché comunque ne scarica i costi sulla collettività, mantenere il “premio di rischio” elevato, se il rischio è davvero elevato, sarebbe una operazione di trasparenza, anche se alzasse di molto il costo dei progetti. Dato l’elevato costo ciò porterebbe a selezionare chiaramente i progetti meno rischiosi, cioè più ragionevoli dal punto di vista economico, lasciando allo Stato la decisione e la gestione invece dei progetti più rischiosi.

In effetti, il legame tra allocazione del rischio e probabilità di rinegoziazione non è banale, soffrendo in una certa misura di un problema di endogeneità. Infatti, un’impresa che si assume un elevato livello di rischio avrà come contropartita un incremento del costo del capitale. Eventuali prestiti dal settore pubblico nel tentativo di ridurre questo costo aggravano il problema creando un conflitto di interessi da parte del regolatore, che in caso di difficoltà finanziarie ha il forte incentivo a soccorrere l’impresa con sussidi extra-contrattuali. Inoltre, poiché l’intervento pubblico risulta ottimale, un impegno del regolatore ad astenersi da richieste di rinegoziazione non è nemmeno credibile a priori. Questa consapevolezza da parte dell’impresa comporta una riduzione dei suoi incentivi a operare in modo efficiente.

Dal punto di vista pratico, una delle modalità con le quali i regolatori possono intervenire per ripartire il rischio di variazioni della domanda di traffico (il cosiddetto *risk sharing*) è quello di prevedere una forchetta di variazioni di domanda, rispetto al trend utilizzato come riferimento del meccanismo di regolazione (ad esempio, $\pm 10\%$ della domanda rispetto al valore a base del meccanismo tariffario, o con una banda asimmetrica se i costi sono più rigidi in caso di riduzione dei volumi), entro la quale il rischio rimane a carico dell’impresa ma oltre il quale si può prevedere o un intervento di revisione tariffaria o un diretto intervento pubblico.

Questo meccanismo, già in uso nel settore aeroportuale, è ovviamente utile per ripartire il rischio se e solo se funziona in modo bilaterale, ossia se si prevede un intervento dello Stato o la revisione del meccanismo tariffario sia in caso di drastiche riduzioni di domanda ma anche – cosa più difficile nella pratica purtroppo – quando la variazione del traffico è inaspettatamente elevata e tale da generare extra-ritorni all’impresa.

3.3.3 CONCLUSIONI

La scelta del regime di regolazione influisce in modo determinante su una serie di fattori critici dal punto di vista regolatorio, quali l'efficienza di costo dell'impresa, le sue decisioni di investimento e il livello di qualità del servizio fornito. In generale, non è possibile dire in modo univoco quale regime regolatorio sia universalmente preferibile, in quanto la risposta dipende da una serie di considerazioni legate alle caratteristiche del mercato da regolare e dalle esigenze di investimento che esso richiede.

Due considerazioni assumono però fondamentale rilevanza. In primo luogo, è importante che il modello regolatorio, a prescindere dallo specifico meccanismo implementato, si collochi all'interno di un sistema di regole chiare, condivise e stabili, che abbiano carattere coerente e definitivo. Eventuali rinegoziazioni riducono infatti la credibilità della regolazione, aumentano l'incertezza e in ultima analisi suggeriscono l'incompletezza del meccanismo adottato.

In secondo luogo, in tema di allocazione del rischio tra consumatori e imprese, è di fondamentale importanza la coerenza tra rischiosità e livello di remunerazione riconosciuto all'impresa. Un maggior livello di rischio a carico dell'impresa deve comportare il riconoscimento di un adeguato premio, in aggiunta a un più alto costo del capitale. La conformità tra premio e rischio deve però valere in entrambe le direzioni: un meccanismo che assicura una determinata redditività deve essere coerentemente associato a una specifica allocazione dei rischi tra consumatori e operatori di mercato, in modo da giustificare il premio per il rischio riconosciuto all'impresa.

Appare del tutto illogico applicare un meccanismo di regolazione incentivante, garantire un adeguato ritorno sul capitale investito e poi prevedere meccanismi di ulteriore compensazione in caso, ad esempio, di rischio di traffico moderato. Così come è irragionevole chiedere un'elevata remunerazione del capitale investito dovuto all'alta rischiosità di un settore quando viene utilizzato un meccanismo regolatorio di tipo *cost based* che sostanzialmente elimina ogni fonte di rischio sull'impresa.

Ennio Cascetta e Chiara de Luca

3.4.1 INTRODUZIONE

La tecnologia sta cambiando il modo di vivere e di lavorare delle persone con una rapidità impressionante. Ciò coinvolge, naturalmente, tutti gli ambiti e, quindi, anche il settore dei trasporti, che partito, tra fine anni '80 ed inizio anni '90, dai primi esempi di strumenti ITS oggi può fare affidamento su tecnologie sempre più avanzate ed affidabili ma soprattutto diffuse sul territorio. Qualunque utente dotato di smartphone può essere raggiunto e se ne può conoscere la localizzazione: in Italia a fine 2014 c'erano 24,1 mln di utenti di smartphone, pari al 40,3% della popolazione totale e si prevede diventino 37 mln nel 2018 (+54%)²⁷⁰.

Le innovazioni tecnologiche stanno modificando, ed in parte già lo hanno fatto, la progettazione e realizzazione di nuove infrastrutture e di nuovi veicoli e la nascita di nuovi servizi di mobilità e di nuovi servizi digitali aprendo il mercato dei trasporti a nuove opportunità. I primi effetti di questa rivoluzione in atto sono l'aumento della sicurezza e l'applicazione di nuove e più efficaci politiche per la mobilità²⁷¹. Si sta sostanzialmente passando dal concetto di servizi di mobilità a quello di mobilità come servizio in cui l'utente è al centro del sistema.

Data la rapidità con cui evolve la tecnologia c'è grande difficoltà a starci al passo, oggi è possibile fare riferimento alla classifica elaborata dalla Commissione Europea per gli ITS in funzione del settore d'applicazione, che però non tiene in conto dei mercati dei nuovi servizi di mobilità:

- gestione del traffico, mobilità e ottimizzazione dell'uso delle reti di trasporto;
- informazione all'utenza;
- gestione del trasporto pubblico per migliorarne l'efficienza e la fruibilità per l'utenza;
- gestione di flotte per trasporto merci e della logistica;
- miglioramento e controllo della sicurezza dei veicoli;
- gestione delle emergenze (incidenti).

Si evidenzia, inoltre, che anche il dibattito scientifico oltre a quello politico, fino ad oggi, si è focalizzato sugli effetti e benefici che gli ITS hanno nel settore stradale²⁷². Poca attenzione, invece, è stata dedicata agli effetti che le nuove tecnologie, come ad esempio telefonia cellulare (GSM, GPRS, UMTS) la localizzazione satellitare (GPS e in futuro Galileo), la radiodiffusione, comunicazione a corto raggio ed Internet, provocano sulla diffusione di nuovi servizi di trasporto. Le innovazioni cosiddette “disruptive” nel settore informazione e comunicazione consentono di diminuire notevolmente i costi di transazione, trasformano mercati potenziali in mercati reali, determinano la fine dello scenario business-as-usual e pongono problemi nuovi ai regolatori nazionali e locali²⁷³.

Si rileva poi che lo sviluppo tecnologico e la forte crisi economica mondiale hanno rilanciato negli ultimi anni la Sharing Economy²⁷⁴ (economia della condivisione), che nei trasporti si traduce in nuovi servizi che si stanno diffondendo quali: il *car pooling*, il *car sharing*, il *bike sharing*.

²⁷⁰ Fonte: e-Marketer.com, dicembre 2014

²⁷¹ Per maggiori dettagli: Jason H. Gao, Li-Shiuan Peh (2014), Roadrunner: infrastructure-less vehicular congestion control; EURMAP consortium (2007) workshop on Ramp Metering, Parigi; Lilli E. (2008) L'autostrada del futuro si paga via satellite

²⁷² Secondo la Commissione Europea l'introduzione delle tecnologie ITS nel settore stradale, ha comportato una riduzione dei tempi di percorrenza (15-20%), dei consumi energetici (12%) e delle emissioni di inquinanti (10%), nonché aumenti della capacità della rete (5-10%) e diminuzioni del numero di incidenti (10-15%).

²⁷³ Franco Becchis e Fulvia Nada (2015), “Uber e i suoi fratelli”.

²⁷⁴ La *Sharing Economy* è definita come un modello economico basato sulla condivisione di quello che non è utilizzato appieno dal proprietario (spazi, capacità personali, fino a tutto ciò che può produrre benefits, economici e non). I servizi che rientrano nello sharing economy posseggono quattro caratteristiche distintive:

1. Promuovono lo sfruttamento pieno delle risorse
2. L'azienda non eroga direttamente il servizio, ma mette in contatto diretto chi cerca con chi offre con una collaborazione orizzontale, fra pari (peer-to-peer)

3.4.2 INNOVAZIONE NEI VEICOLI

Il mondo dell'auto sta cambiando ed i veicoli stanno diventando sempre più 'intelligenti' ed autonomi. Già oggi si può far affidamento a sistemi di assistenza alla guida quali cruise control con cambio corsia o con frenata in caso di ostacoli o ad auto che eseguono da sé le manovre di parcheggio. Il futuro prossimo sono i V2V (*Vehicle To Vehicle*) ed i V2I (*Vehicle To Infrastructure*)²⁷⁵, ma la vera rivoluzione saranno i veicoli a guida autonoma in cui, inizialmente, il guidatore "cederà il controllo" alla macchina in condizioni particolari ed in cui, poi, il conducente dovrà semplicemente inserire la destinazione.

I **V2V**, acronimo di *Vehicle To Vehicle*, è una tecnologia sviluppata dalla General Motors (GM) per le automobili che permette di scambiare informazioni tra veicoli diversi. Per il funzionamento di questi sistemi la GM utilizza componenti collaudati e affidabili. Gli autoveicoli si collegano fra loro quando sono a poche centinaia di metri l'uno dall'altro e si scambiano informazioni su posizione, velocità, accelerazione e direzione di marcia. Il guidatore è avvisato con appositi allarmi sia acustici che visivi e se necessario si avvia automaticamente una frenata di emergenza. Il sistema **V2V** ovviamente sarà tanto più efficace tanti più veicoli lo utilizzeranno, aumentando così la sicurezza della strada. Il futuro prevede, quindi, macchine che dialoghino tra loro per evitare incidenti. Le prime auto dotate di questo avanzatissimo sistema di sicurezza dovrebbero essere diffuse in commercio entro il 2015 in Europa e Stati Uniti, e la loro introduzione in massa sul mercato sarà la più grande rivoluzione a livello di sicurezza automobilistica, dopo quella delle cinture e dei sistemi di controllo della stabilità.

I **V2I**, acronimo di *Vehicle To Infrastructure*, è invece definita come l'interazione cooperativa, tipicamente wireless, tra veicolo e infrastruttura, basata su sistemi in grado di migliorare la sicurezza e le prestazioni sulle strade (Dalla Chiara, 2010). La comunicazione V2I si applica a tutti i veicoli e a tutte le strade e trasforma le infrastrutture in vere e proprie infrastrutture smart attraverso l'uso di algoritmi che consentono lo scambio di dati tra veicoli ed elementi dell'infrastruttura al fine di ottenere informazioni anticipate relativamente a situazioni di alto rischio, che consentono al guidatore di agire tempestivamente.

Per i **veicoli a guida autonoma** la strada è ancora lunga. Se i benefici sono la maggiore sicurezza (il 90% degli incidenti deriva da errori umani), il poter impiegare il tempo in altro modo e ridare mobilità a categorie di persone che ne sono private, i costi sono elevati e legati a sistemi hardware ancora poco affidabili. A tutto ciò va ad aggiungersi problemi di natura etico-legale, l'auto è costretta a dover prendere decisioni, in caso di incidente chi è il responsabile? Avendo come alternative lo scontro con auto o investire un pedone, che farà?

Sicuramente ci sono delle categorie che maggiormente si prestano all'automazione: gli autobus urbani ed i veicoli per spostamenti urbani a bassa velocità. I primi sono avvantaggiati, oltre che dalla bassa velocità, dai percorsi fissi, più facili da "programmare"; i secondi potrebbero partire in ambienti ristretti quali gli aeroporti e sfruttarebbero, date le basse velocità, i minori rischi di incidenti gravi.

3.4.3 INNOVAZIONI APPLICATE ALLE POLITICHE DI GESTIONE DELLA DOMANDA

Le politiche di gestione della domanda sono l'insieme di strategie e iniziative per ridistribuire la domanda di trasporto di merci e persone nello spazio e nel tempo. Gli utenti possono essere influenzati ad utilizzare il sistema di trasporto attraverso i giusti incentivi o disincentivi (politiche di *pricing*), contribuendo alla riduzione della congestione e migliorando l'efficienza del sistema.

L'obiettivo è indurre un cambiamento nel comportamento della domanda, disincentivando l'uso del veicolo privato e spingendo la domanda di mobilità verso sistemi di trasporto sostenibili. Le innovazioni

3. I beni e le competenze appartengono agli individui e non alla compagnia

4. La tecnologia digitale sotto forma di siti internet, app mobili sono necessari per abilitare questi servizi.

Secondo la ricerca di Ipsos, il 75% degli italiani sa che la sharing economy è la condivisione di beni e servizi: la casa, la bici, l'automobile; ma appena l'11% dei 1.000 intervistati ha affermato di aver usato o offerto servizi di sharing economy.

²⁷⁵ Dalla Chiara, B. (2010) Telematica per i Trasporti, EGAF edizioni, Forlì; Cascetta E., Pagliara F. (2015) Le infrastrutture in Italia: cosa non ha funzionato e come porvi rimedio, Aracne.

tecnologiche hanno consentito di introdurre nuove e più eque politiche di gestione della domanda quali le politiche di *pricing* ed i *mobility credit*.

Il **Road Pricing** si basa sul principio del “*chi inquina, paga*”, per cui gli automobilisti pagano contribuendo alla internalizzazione dei costi esterni connessi al trasporto su strada.

Il road pricing può essere:

Fixed tariffazione²⁷⁶ su un arco della rete stradale indipendente dalla lunghezza dello spostamento e dal momento in cui avviene l'attraversamento del tratto stradale;

Distance- Based ²⁷⁷ tariffazione su un arco della rete stradale funzione della lunghezza dello spostamento;

Time- dependent tariffazione su un arco della rete stradale funzione della fascia oraria in cui avviene lo spostamento;

High Occupancy Tool ²⁷⁸ che consiste nell'apertura al traffico ai veicoli privati con un coefficiente di riempimento elevato, di corsie riservate agli autobus;

Congestion pricing denominato anche *Value Pricing* rappresenta una tariffa per l'utilizzo della rete stradale dipendente dalla fascia oraria e periodo dell'anno;

Road Space Rationing ²⁷⁹ limita l'accesso in un'area urbana ai veicoli sulla base del numero di targa in giorni prestabiliti e in determinati periodi dell'anno;

Electronic road pricing ²⁸⁰ (ERP).

Nessuno dei modelli di pricing è, però, in grado di catturare gli effetti distributivi della congestion pricing sui diversi gruppi di reddito, per cui è nata l'esigenza di sviluppare un sistema di tariffazione più equo ed accettabile²⁸¹ da parte del pubblico e proprio dal concetto del *Cap-and-trade*, come meccanismo di limitazione e di scambio, si sviluppa quello dei **Mobility Credits**²⁸² noto anche come sistema di crediti negoziabili.

L'idea di partenza del regime dei crediti negoziabili o meglio noti come *Tradable Mobility Permits* (TMP) è quella di assegnare il diritto di utilizzo di una determinata infrastruttura agli utenti, in funzione di un meccanismo di ripartizione definito a priori, in modo da gestire il traffico stradale nel modo più efficiente e consentendo la commercializzazione dei crediti stessi. Il sistema dei **Crediti di Mobilità** è, di fatto, un particolare sistema di *Distance Based Pricing*²⁸³ basato su “permessi di mobilità” e non su “restrizioni alla mobilità” che consente una riduzione della congestione e delle esternalità associate con maggiore efficacia e maggiore accettabilità da parte dei cittadini rispetto ad altri schemi, infatti, non si paga nulla fino a quando si rimane entro il budget di mobilità assegnato con la possibilità di commercializzarli laddove non vengano utilizzati²⁸⁴.

Un tema che rimane aperto è quello della logistica urbana delle merci, che è molto dibattuto e per il quale il contributo che può arrivare da sistemi innovativi è significativo, a partire dai crediti di mobilità, al monitoraggio delle flotte, alla verifica del rispetto delle norme.

²⁷⁶ Samuel P., “Putting Customers in the Driver’s Seat: The Case for Tolls”, Reason Public Policy Institute, 2000.

²⁷⁷ T&E, “Counting the Kilometres - And Paying for Them; How to Introduce an EU Wide Kilometre Charging System”, European Federation for Transport and Environment, 2000; CFIT “Paying For Road Use”, Commission for Integrated Transport, 2002.

²⁷⁸ Turnbull K., “Evolution of High-Occupancy Vehicle Facilities,” TR News 214 (Special HOV Issue), Transportation Research Board, 2001, pp. 6-11.

²⁷⁹ Kalmanje S. Kockelman K., “Credit-Based Congestion Pricing: Travel, Land Value, & Welfare Impacts”, Presented at the Transportation Research Board Annual Meeting, University of Texas at Austin, 2004

²⁸⁰ M. Almenoar. Call for new erp proposals. Straight Times, June, 2010

²⁸¹ Viegas, J.M., 2001. Making urban road pricing acceptable and effective: searching for quality and equity in urban mobility. *Transport Policy* 8 (4), 289–294.

²⁸² Yang, H., Wang, X.L., 2011. Managing network mobility with tradable credits. *Transportation Research Part B* 45 (3), 580–594; Kockelman, K.M., Kalmanje, S., 2005. Credit-based congestion pricing: a policy proposal and the public’s response. *Transportation Research Part A* 39 (7–9), 671–690.

²⁸³ Il principio è che si paga in base alla percorrenza con tariffe che possono essere differenziate sulla base del tipo di veicolo, ora di viaggio e strada percorsa.

²⁸⁴ CREDITI MOBILITÀ GENOVA – EVIDENZE SRL 2006 Fondazione Italiana Accenture in collaborazione con Evidenze, Vivere le città’ Dalle restrizioni all’organizzazione della mobilità’, 23 Maggio 2005

3.4.4 INNOVAZIONI LEGATE A NUOVI SERVIZI DIGITALI

Il mercato della mobilità del futuro è digitale, l'information technology consente di personalizzare i servizi in base alle esigenze dell'utente, creando valore aggiunto per i tradizionali servizi di trasporto.

Diverse sono le modalità di trasporto pubblico non di linea che si stanno diffondendo alternative ai taxi ed al servizio di noleggio con conducente, che hanno provocato, tra l'altro, vere e proprie sollevazioni da parte delle associazioni di categoria. Alcuni esempi sono:

- i servizi di taxi non professionali, quali Uber;
- il *car pooling*, uno dei portali più noti è Bla Bla car;
- il *car sharing*, numerosissimi sono gli esempi nelle città italiane, Bee, Enjoy, E-vai, Car 2 go fino al più recente Share 'Ngo
- il *bike sharing*

Per meglio comprendere opportunità e problemi che si accompagnano al diffondersi di queste nuove modalità si riportano alcuni esempi.

3.4.4.1 UBER

È una compagnia di trasporto privato, nata a San Francisco (USA) nel 2009, che connette autisti e passeggeri attraverso un'applicazione software mobile che si basa sulla geo localizzazione satellitare.

L'utilizzo del servizio Uber è semplice e immediato: il cliente scarica l'app sul proprio cellulare ed effettua la registrazione inserendo i dati della propria carta di credito e tramite la localizzazione satellitare specifica sulla mappa l'origine e la destinazione dello spostamento ed in relazione alla disponibilità di auto e del traffico al momento della prenotazione, è fornito al cliente un preventivo del costo. I servizi offerti da Uber sono due: UberBlack, è un servizio premium effettuato da autisti professionisti alla guida di auto di lusso; UberPop è un passaggio in auto peer-to-peer effettuato da un privato cittadino. La qualità del servizio è un fattore centrale nello sviluppo di questi sistemi e viene valutata ex-ante anche attraverso un sistema di recensioni. L'app di Uber, permette a utenti e autisti di valutarsi a vicenda, se per un utente giudizi bassi possono allungare il tempo di attesa, per gli autisti cattive recensioni possono causare la perdita del lavoro.

Dal 2009 ad oggi Uber si è diffuso rapidamente, ad oggi è un servizio disponibile in 56 paesi del mondo, in più di 70 città e viene valutata oltre 41 mld di dollari. L'arrivo della compagnia nel 2013 in Italia (a Milano, Torino, Genova e Roma) ha suscitato reazioni negative da parte della categoria dei tassisti, settore da sempre altamente regolato da licenze costose, non abituato alla concorrenza. Gli autisti di Uber, infatti, non sono in possesso di una tradizionale licenza per tassisti, e usano auto di loro proprietà operando da una posizione professionale che somiglia a quella dei freelance e occasionali piuttosto che a quella dei dipendenti, possono lavorare nei giorni e negli orari che preferiscono e non hanno limiti.

E' interessante notare come l'avvento di Uber stia facendo nascere nuovi concorrenti quale l'app di proprietà della Daimler, Mytaxi, che consente ai tassisti di organizzarsi per dare una risposta tecnologica in grado di modernizzare la categoria.

3.4.4.2 BLA BLA CAR

È un servizio di car pooling che permette agli utenti di ridurre i costi di viaggio attraverso la condivisione tra un gruppo di persone di automobili private. Questo servizio di trasporti presente nel dataset di scelta degli utenti da decenni, ma strettamente legato alla rete delle conoscenze private dei viaggiatori. Negli ultimi anni con la diffusione di internet, la conseguente velocità di comunicazione, questo servizio di trasporto si è diffuso rapidamente; nella piattaforma più utilizzata di Europa, BlaBlaCar, nel 2012 si contavano circa 2 milioni di iscritti, nel 2014 circa 10 milioni, +400% in soli due anni. BlaBlaCar, gestito da una startup francese dal 2006, è attivo in 19 paesi europei (Italia compresa), e secondo le stime della società, finora sono stati contabilizzati più di 3 miliardi di chilometri condivisi per un totale di 216 milioni di euro risparmiati dai conducenti e 700.000 tonnellate di CO² in meno.

I viaggiatori possono fare affidamento su un milione circa di automobili, per organizzare spostamenti di poche ore nei pressi delle città in cui vivono, o viaggi su distanze molto più lunghe e da migliaia di chilometri. Per usare il servizio basta iscriversi e in seguito offrire o cercare un passaggio verso la destinazione desiderata. Chi offre un passaggio indica nell'annuncio il numero di posti disponibili in auto e la cifra che ogni partecipante dovrà spendere: non ci sono particolari limitazioni sul prezzo e si può decidere di dividere equamente le spese di viaggio, o di dividerle solo tra le persone cui si darà il passaggio. Al momento dell'inserimento dell'annuncio in funzione della distanza e del mezzo indicato, il servizio consiglia una fascia di prezzo. La semplicità del sistema di ricerca del sito e la possibilità di visualizzare informazioni aggiuntive su chi offre i passaggi (affidabilità, guida sicura, genere di musica da ascoltare durante il viaggio, se accetta animali domestici o fumatori, ecc) inserite dai passeggeri che hanno lasciato una recensione, è alla base del crescente successo di BlaBlaCar. E' questo un esempio di sharing economy, in cui si mette a disposizione di altri delle risorse disponibili senza fini di lucro.

3.4.4.3 CAR SHARING

Nelle principali città europee si stanno sempre più diffondendo i servizi di car sharing, che sono gestiti da società private, spesso con l'appoggio degli enti locali e che permettono l'uso di un'automobile su prenotazione, prelevandola e riportandola in un parcheggio. E' un servizio che consente di rinunciare all'auto privata in città senza rinunciare alla flessibilità delle proprie esigenze di mobilità. L'utente iscritto al servizio prenota l'auto presso il parcheggio preferito, la usa e la riconsegna al parcheggio di origine, è, quindi, necessario prenotare in anticipo l'utilizzo dell'auto, specificando il periodo di utilizzo. In alcuni casi si può selezionare un parcheggio differente da quello di prelievo per la restituzione del veicolo, previa comunicazione in fase di prenotazione e con eventuale sovrapprezzo previsto da contratto.

Il costo per l'utente comprende una quota annuale e le quote a consumo relative ai singoli periodi di utilizzo, basate su una tariffa di tipo binario, ovvero sulla combinazione di durata del periodo di prenotazione e percorrenza effettiva. Il gestore del servizio si prende carico di tutte le incombenze e le spese relative alla gestione dell'auto, carburante compreso.

I servizi di car sharing si stanno sempre più personalizzando: a Milano a giugno arriveranno le prime Equomobili di Share 'Ngo, il primo servizio in Europa di car sharing elettrico a flusso libero e a prezzo personalizzato. Le tariffe saranno personalizzate in base al bisogno individuale di mobilità attraverso un percorso che precede la registrazione al servizio e che genera uno sconto e un sistema tariffario personale, che premierà, tra l'altro, determinate categorie e coloro che si muovono in zone a bassa accessibilità.

3.4.4.4 BIKE-SHARING

Il bike sharing, nato nel 1966 ad Amsterdam, si è presto diffuso in diverse città della Francia, della Germania e della Svizzera dove le modalità del noleggio, inizialmente poco sicure, sono state rese più efficienti grazie all'impiego della tecnologia, consentendo in tal modo il miglioramento del funzionamento ed una maggiore diffusione del servizio.

Proprio l'innovazione tecnologica ha consentito, soprattutto nei Paesi dell'Europa centrale, un notevole incremento degli utenti delle bici condivise. Attraverso un App, scaricabile sul cellulare, è possibile registrarsi al sito, controllare la disponibilità di bici presso lo stallo di sosta desiderato e sbloccarle per l'utilizzo. I sistemi di gps monitorano i flussi di traffico e consentono oltre alla tutela delle biciclette, un sistema più efficiente. In molte città italiane, come ad esempio Napoli, è in via di sperimentazione l'attivazione del Near Field Communication (NFC), che consente un prelievo delle bici in maniera più rapida e agevole attraverso lo scambio di dati in modalità wireless. Sono circa 500 i sistemi di bike sharing attivi nel mondo con punte di maggiore diffusione in Europa, Cina e Stati Uniti (costa orientale).

3.4.5 LE OPPORTUNITÀ ED I PROBLEMI DI REGOLAZIONE

Dalla descrizione fatta si comprendono le numerose opportunità che derivano dal connubio trasporti e tecnologia: sicurezza, affidabilità, efficienza, eco-compatibilità, nascita di nuovi mercati della mobilità

ed equità. Ma tutto ciò si accompagna ad una serie di problemi legati, spesso, alla mancanza di leggi e/o regolamentazione.

Un esempio emblematico è Uber ed in particolare il servizio UberPop²⁸⁵ che si inserisce in un mercato fortemente regolato²⁸⁶ ma con leggi ormai ‘datate’. L’arrivo di questo servizio in Italia ha determinato la sollevazione da parte dei conducenti dei taxi, culminato con l’intervento del Tribunale di Milano che ha dapprima emanato il provvedimento di inibitoria del servizio per concorrenza sleale nei confronti dei taxi e poi respinto l’istanza di sospensione del blocco, costringendo la società a disattivare il servizio. Il problema non è solo italiano, infatti, il servizio è oggi vietato in Belgio, Francia, Olanda e Spagna o per il mancato rispetto della normative vigenti sul trasporto o per tutela del consumatore. Entrando nello specifico, il primo problema che ci si trova ad affrontare è definire Uber, che formalmente è una semplice piattaforma tecnologica ma che di fatto rappresenta una società di trasporto. Se non si scioglie questo nodo non si può classificare il servizio offerto ed individuare di conseguenza la normativa di riferimento.

Secondo alcuni esperti del settore è questo un esempio di *sharing economy*, perché promuove forme di consumo più consapevoli basate sul riutilizzo del bene²⁸⁷ e offre vecchi servizi in un modo innovativo: la novità sta nella capacità di mobilitare capitale sottoutilizzato e creare una nuova divisione del lavoro utilizzando una tecnologia che permette un efficiente e immediato aggiustamento tra domanda e offerta²⁸⁸. Secondo altri è improprio definire Uber come *sharing economy* visto che non si tratta di riutilizzare un bene eccedente ma l’offerente mette a disposizione un servizio di spostamento specificamente adattato alle esigenze del richiedente, che quindi è un vero e proprio cliente. Sarebbe, quindi, più corretto definire Uber come una dormant assets economy, ovvero l’emersione sul mercato di servizi e risorse che a causa dei costi di transazione eccessivi sono rimasti per decenni nell’ombra.

Parallelamente a problemi normativi sussistono una serie di criticità legate alla concorrenza, ritenuta ‘sleale’ nei confronti dei taxi, poiché questi ultimi hanno spese molto più elevate dovute alla licenza ed alle tasse da pagare e devono, di conseguenza, applicare tariffe più alte. In realtà lo spirito originario di UberPop è il “pagarsi le spese”, per cui non dovrebbe rappresentare una fonte di guadagno, ma il rischio è che potrebbe essere utilizzato da alcuni per offrire un servizio taxi, senza limiti di orario, aggirando la normativa vigente ed applicando tariffe decisamente più basse, dovendo provvedere solo al carburante e a versare il 25% ad Uber.

A tutto ciò si aggiungono problemi di natura fiscale visto che gli autisti non pagano le tasse, ma versano ad Uber il 25% degli incassi ed è poi l’azienda a pagare le tasse negli Stati Uniti d’America.

In questo contesto la Commissione Europea ha definito Uber un servizio di trasporto automobilistico privato che offre servizi taxi ed ha invitato gli Stati membri a regolarlo all’interno delle norme per i taxi.

Problemi di natura fiscale sorgono anche nel caso dei servizi di car pooling, chi paga le tasse e dove? Inoltre, anche in questo caso, associazioni di categoria cominciano a sollevare il problema della concorrenza sleale.

Anche il tema dei crediti di mobilità richiede degli approfondimenti, perché diventi una reale opportunità è necessario stabilire: il carico di mobilità sostenibile; la dotazione di crediti e, quindi, il modello da seguire; le regole di consumo e quelle per lo scambio dei crediti.

C’è la necessità, quindi, di linee guida da mettere a disposizione degli enti locali per pianificare correttamente interventi volti ad ottimizzare la gestione della mobilità facendo in modo che ci siano gli strumenti per affrontare i problemi prima che nascano le emergenze.

²⁸⁵ Il servizio Uber Black disattende solo al principio del ritorno alla rimessa.

²⁸⁶ La normativa italiana di regolamentazione dei servizi taxi è del 1992 (L. 21/1992), ma si deve tener conto anche della riforma costituzionale del Titolo V e del decreto Bersani sulle liberalizzazioni (L. 248/2006).

²⁸⁷ Monica Bernardi, *Sharing Economy*

²⁸⁸ Ilaria Maselli e Marco Giuli (2015), “Ma Uber è vera innovazione?”

Ginevra Bruzzone

3.5.1 CONTROLLO DEGLI AIUTI DI STATO: I COMPITI DEGLI STATI MEMBRI

La disciplina degli aiuti di Stato²⁸⁹, incentrata sul controllo da parte della Commissione europea della compatibilità con il Trattato delle misure di sostegno pubblico alle imprese, è stata oggetto negli ultimi anni di una modernizzazione sia dal punto di vista sostanziale che da quello procedurale.

Per gli aspetti sostanziali, la Commissione si è impegnata a utilizzare nella valutazione di compatibilità degli aiuti un approccio più basato su criteri economici (correzione di fallimenti di mercato, effetto incentivante e così via) e più trasparente che in passato. Sul piano delle procedure, per ampia parte degli interventi a livello centrale, regionale o locale si è passati dal tradizionale sistema di notifica preventiva alla Commissione a un sistema di controllo ex post. Questo cambiamento comporta che gli Stati membri hanno una maggiore responsabilità nel disegnare le misure di sostegno pubblico in modo conforme al diritto europeo. Tra l'altro, con la modernizzazione è richiesto agli Stati membri di creare registri pubblici degli aiuti che vengono erogati e presentare periodicamente relazioni sul modo in cui viene attuata la disciplina, anche per gli aiuti esentati dall'obbligo di notifica alla Commissione.

Con specifico riferimento al settore dei trasporti, due aree critiche dal punto di vista del controllo degli aiuti di Stato sono le misure di compensazione degli obblighi di servizio pubblico e il sostegno pubblico al finanziamento delle infrastrutture. L'approccio della Commissione europea emerge da numerose decisioni relative alle compensazioni in favore di imprese operanti nel trasporto pubblico locale e nel trasporto marittimo di linea e alle misure di finanziamento di aeroporti o infrastrutture portuali. Per l'Italia, accanto a valutazioni positive vi sono stati casi di aiuti considerati incompatibili con il diritto europeo, in particolare in quanto gli obblighi di servizio pubblico e le modalità di compensazione non erano stati definiti chiaramente in anticipo²⁹⁰.

Occorre inoltre ricordare che, mentre per la valutazione di compatibilità degli aiuti con il Trattato vi è una competenza esclusiva della Commissione europea, le contestazioni relative ad aiuti che non sono stati debitamente notificati possono essere fatte valere davanti ai giudici nazionali nonché essere oggetto di interventi da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in attuazione dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990.

E' utile quindi chiedersi come uno Stato membro si debba attrezzare per impostare le politiche di sostegno in modo conforme alle regole europee e se, in questo contesto, l'autorità di regolazione settoriale possa svolgere un ruolo.

Dall'analisi degli sviluppi della politica europea degli aiuti di Stato (decisioni relative a singoli aiuti o regimi di aiuto, giurisprudenza della Corte di giustizia, regolamenti o provvedimenti a carattere generale e linee guida della Commissione europea) si traggono due principali indicazioni.

La prima è che le prescrizioni fornite dalla Commissione europea, sia per quanto attiene alla compensazione degli obblighi di servizio pubblico sia per il sostegno pubblico alla realizzazione delle infrastrutture, coincidono in ampia parte con quelle che si potrebbero sviluppare a livello nazionale per assicurare un efficace utilizzo delle risorse pubbliche.

La seconda è che in entrambi gli ambiti l'autorità nazionale di regolazione dei trasporti può svolgere un ruolo a supporto delle autorità pubbliche responsabili dell'erogazione dell'aiuto.

I successivi paragrafi sono volti a sviluppare entrambe le tesi, il primo con riferimento alla compensazione degli obblighi di servizio, il secondo rispetto al finanziamento delle infrastrutture.

²⁸⁹ Articoli 93 e 107-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

²⁹⁰ Cfr. ad esempio le decisioni nei casi *Simet* (2013) e *Saremar* (2014).

In premessa va sottolineato che la disciplina degli aiuti di Stato, come interpretata dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia, ha un ambito di applicazione molto ampio in relazione alla tipologia dei soggetti che erogano l'aiuto, delle misure che conferiscono un vantaggio e dei soggetti beneficiari. In particolare, costituisce impresa beneficiaria dell'aiuto ogni soggetto che svolga un'attività economica, ossia che offra beni o servizi su un mercato, a prescindere dallo status giuridico, dalle modalità di finanziamento e dalla presenza o meno dello scopo di lucro. Sono quindi compresi, secondo la Commissione europea, anche i fornitori *in house*²⁹¹.

3.5.2 COMPENSAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO

L'attribuzione, attraverso risorse pubbliche, di vantaggi economici a imprese che forniscono servizi di trasporto pubblico, anche a livello locale, deve rispettare la disciplina europea degli aiuti di Stato. Per assicurare la compatibilità con il diritto europeo occorre alternativamente dimostrare:

- a) che non sussiste un vantaggio e, quindi, non si configura un aiuto, alla luce delle condizioni indicate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Altmark* del 2003²⁹²;
- b) che l'aiuto rientra nelle ipotesi *de minimis*, per cui si presume che non vi sia un impatto sulla concorrenza e sugli scambi²⁹³;
- b) che l'aiuto è compatibile con il Trattato in quanto necessario ad assicurare l'adempimento della missione di interesse generale affidata all'impresa ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE²⁹⁴ o, per il trasporto di passeggeri su strada o per ferrovia, è conforme con la disciplina speciale contenuta nel regolamento CE 1370/2007, di attuazione all'articolo 93 TFUE²⁹⁵.

Per identificare il possibile contributo dell'Autorità di regolazione dei trasporti ad assicurare a livello nazionale che le misure di sostegno siano in linea con le prescrizioni europee è utile seguire il percorso logico richiesto agli Stati membri dalla disciplina degli aiuti di Stato, distinguendo tra i compiti di valutazione politica e quelli di valutazione tecnica, e tenendo conto delle funzioni attribuite all'ART dal decreto legge n. 201/2011 e dal decreto legge n. 1/2012.

3.5.2.1 2.1 IDENTIFICAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SERVIZIO E DELLA NECESSITÀ DI UNA COMPENSAZIONE

Un presupposto necessario per assicurare la compatibilità con il diritto europeo è che gli obblighi di servizio pubblico siano chiaramente identificati dalle amministrazioni competenti nell'atto di incarico, insieme all'oggetto e alla durata dello stesso. Su questa base occorre poi valutare se l'obbligo di servizio debba essere compensato attraverso le risorse pubbliche e in che modo.

La Commissione europea sottolinea che sarebbe inappropriato imporre obblighi di servizio per attività che possono essere fornite in modo conforme al pubblico interesse da imprese operanti secondo normali regole di mercato. L'amministrazione competente, quindi, prima di compiere la valutazione (politica) se introdurre e in che termini un obbligo di servizio pubblico dovrebbe valutare quale sia l'offerta di mercato, nei casi più rilevanti previa consultazione pubblica²⁹⁶. L'offerta di mercato dipende ovviamente dalle condizioni che influiscono sulla profittabilità dell'attività e quindi, oltre alle condizioni esogene, dalle variabili che possono essere influenzate dalla politica pubblica. Contestualmente, anche la necessità di ricorrere al sostegno pubblico dipende da una serie di variabili su cui il decisore pubblico può incidere: la politica tariffaria; l'ampiezza dell'oggetto dell'affidamento e la

²⁹¹ Cfr. Commissione europea, Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno, 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 final/2, punto 44.

²⁹² C-280/00; cfr. anche la comunicazione 2012/C 8/02.

²⁹³ Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione europea.

²⁹⁴ Decisione della Commissione 2012/21/UE e comunicazione 2012/C 8/03.

²⁹⁵ L'articolo 93 TFUE, che fa parte del Titolo VI sui trasporti, indica che sono compatibili gli aiuti richiesti dalle necessità di coordinamento dei trasporti o corrispondenti al rimborso di "talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio".

²⁹⁶ La Commissione richiede la consultazione sulla necessità degli obblighi di servizio pubblico solo per gli aiuti che devono essere notificati in base alla comunicazione 2012/C 8/03 (*framework*).

sua durata; le regole sul trasferimento delle infrastrutture al termine dell'affidamento (laddove rilevanti); l'eventuale attribuzione di diritti speciali o esclusivi²⁹⁷.

Per questi aspetti, i requisiti che discendono dalla disciplina europea degli aiuti di Stato si intrecciano con quelli dell'efficiente utilizzo delle risorse pubbliche. Spunti sul contributo che può dare l'ART alle scelte pubbliche riguardo a queste variabili (ampiezza dell'affidamento, durata, tariffe, diritti speciali o esclusivi), senza sostituirsi al decisore politico ma con l'obiettivo tecnico-economico di assicurare scelte efficienti si trovano nei contributi di Ponti e Sebastiani in questo Rapporto.

Guardando ai compiti assegnati all'Autorità dalla normativa rilevano in particolare:

- il compito di stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico individuate secondo le caratteristiche territoriali di domanda e offerta²⁹⁸;
- il compito di definire, se ritenuto necessario in base alle condizioni di concorrenza nei singoli mercati dei servizi di trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori²⁹⁹;
- la facoltà di sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli mediante l'adozione di pareri che l'Autorità può rendere pubblici³⁰⁰;
- il compito, rispetto al trasporto ferroviario, di definire, sentiti il MIT, le regioni e gli enti locali interessati, gli ambiti di servizio pubblico per le tratte, nonché le modalità di finanziamento³⁰¹.

Più in generale, per tutti gli affidamenti di maggiore rilievo si potrebbe immaginare l'obbligo per le amministrazioni di chiedere un parere preventivo all'Autorità su ampiezza e durata dell'affidamento, nonché sulla giustificazione dell'eventuale attribuzione di diritti speciali o esclusivi.

3.5.2.2 METODO DI CALCOLO DELLA COMPENSAZIONE

Per assicurare la compatibilità con la disciplina europea degli aiuti di Stato il metodo per il calcolo della compensazione deve essere definito preventivamente in modo obiettivo e trasparente, indicando i costi relativi alla prestazione del servizio che saranno compensati, come sarà calcolato l'eventuale utile ragionevole, se vi saranno revisioni dell'importo della compensazione e con quali modalità. Inoltre, la compensazione deve essere definita in modo da non eccedere i costi originati dagli obblighi di servizio, al netto dei relativi introiti, tenendo conto di un margine di utile ragionevole inteso come il tasso di remunerazione del capitale (tasso di rendimento interno) che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare il servizio per la durata del periodo di incarico tenendo conto del livello di rischio.

Per questi profili l'Autorità potrebbe predisporre:

modelli tipo degli atti di affidamento del servizio per le varie tipologie di trasporto pubblico, incluse indicazioni sulle modalità di calcolo e revisione periodica della compensazione;

linee guida sulla determinazione del margine di utile ragionevole, tenendo conto che il livello di rischio dipende dal settore interessato, dal tipo di servizio e dalle caratteristiche del meccanismo di compensazione.

²⁹⁷ L'attribuzione da parte delle autorità pubbliche di diritti speciali o esclusivi, anche se da un punto di vista economico può costituire una modalità di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, non rientra nella disciplina degli aiuti di Stato nella misura in cui manca il trasferimento delle risorse pubbliche; i costi di tale scelta in termini di restrizione della concorrenza e la sua legittimità possono essere vagliati in base ad altre regole europee (articolo 106, paragrafi 1 e 2 TFUE) e nazionali.

²⁹⁸ Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 2, lettera d.

²⁹⁹ Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 2, lettera b.

³⁰⁰ Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 3, lettera a.

³⁰¹ Decreto legge n. 1/2012, articolo 37, comma 1.

Questa attività si può collegare al compito, previsto dal decreto legge n. 201/2011, di definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare³⁰².

3.5.2.3 MODALITÀ PER ESCLUDERE LA SUSSISTENZA DELL'AIUTO

Al fine di escludere la sussistenza dell'aiuto la Corte di Giustizia, nella sentenza *Altmark*, indica due modalità alternative attraverso le quali si può assicurare che nel calcolo della compensazione non siano presi a riferimento i costi di un'impresa inefficiente e non vi sia quindi un elemento di vantaggio per il beneficiario (l'autorità pubblica si comporta come un investitore in un'economia di mercato).

La prima modalità consiste nel selezionare il prestatore del servizio in base a una procedura ad evidenza pubblica conforme al diritto europeo dei contratti pubblici che consenta di individuare il candidato in grado di fornire i servizi al minore costo per la collettività.

La seconda alternativa è definire la compensazione con riferimento ai costi di un'impresa media rappresentativa dotata di adeguate risorse e gestita in modo efficiente. Nei casi in cui non si ricorre alla gara per l'affidamento del servizio, quindi, per escludere che vi sia un aiuto occorre identificare un benchmark appropriato. La Commissione europea indica che la valutazione andrebbe compiuta sulla base di rapporti analitici rappresentativi della produttività e presume che se l'impresa non rispetta i requisiti qualitativi fissati dalla regolazione nazionale non sia un'impresa efficiente.

Riguardo allo scenario della gara l'Autorità può aiutare le amministrazioni nella predisposizione dei bandi tipo per le procedure a evidenza pubblica (art. 37, comma 2, lettera f, del decreto n. 201/2011, richiamato nel paragrafo precedente).

Nel caso in cui invece non si proceda attraverso una gara conforme ai requisiti di *Altmark*, l'Autorità può fornire assistenza nell'identificazione del benchmark efficiente. Va approfondito in quale misura i costi standard, elaborati con altri obiettivi e secondo criteri parzialmente diversi da quelli enunciati dalla Corte di giustizia in *Altmark*, possano fornire un riferimento di cui tenere conto.

3.5.2.4 AIUTI DE MINIMIS

Nel caso in cui non sia possibile escludere la sussistenza dell'aiuto, la misura di sostegno pubblico è considerata in linea con il diritto europeo (art. 107, paragrafo 1) se non ha un impatto significativo sulla concorrenza e sugli scambi. Per beneficiare del trattamento de minimis, che esclude l'obbligo di notifica alla Commissione, occorre che la compensazione sia definita ex ante in modo trasparente e non superi le soglie fissate dal regolamento (UE) n. 360/2012 (500.000 euro su base triennale). Nella verifica di queste condizioni, non sembra esservi un ruolo specifico per l'Autorità di regolazione.

3.5.2.5 LA COMPENSAZIONE COSTITUISCE UN AIUTO COMPATIBILE

Se la compensazione costituisce un aiuto e non rientra tra le ipotesi *de minimis*, le autorità pubbliche devono disegnare la misura di sostegno pubblico in modo da assicurare che sia compatibile.

Per i servizi di trasporto terrestre, il regolamento n. 1370/2007 richiede che la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non ecceda quanto necessario tenendo conto dei costi della specifica impresa incaricata della gestione del servizio.

Per gli altri servizi di trasporto, la decisione 2012/21/UE indica i requisiti in presenza dei quali, per le misure di importo limitato³⁰³, non vi è obbligo di notifica alla Commissione; oltre all'assenza di sovracompenrazione (valutata rispetto ai costi dell'impresa incaricata della gestione del servizio), è richiesto che la durata dell'incarico, se supera i dieci anni, non vada oltre quanto necessario per ammortizzare investimenti significativi in base a principi contabili generalmente riconosciuti e che la

³⁰² Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 2, lettera f.

³⁰³ Importo annuo degli aiuti inferiore a 15 milioni di euro; per i collegamenti aerei o marittimi con le isole traffico annuale medio nei due anni precedenti non superiore a 300 000 passeggeri; per gli aeroporti traffico annuale medio nei due anni precedenti non superiore a 200.000 passeggeri; per i porti traffico annuale medio nei due anni precedenti non superiore a 300.000 passeggeri.

contabilità interna identifichi distintamente i costi e i ricavi imputabili al servizio rispetto a quelli relativi ad altre attività.

Per le misure di sostegno non coperte dalla decisione 2012/21/UE, che vanno notificate alla Commissione europea, la comunicazione 2012/C 8/03 (disciplina o *framework*) indica le condizioni che la stessa Commissione ritiene necessarie per ritenere l'aiuto compatibile. In particolare, la Commissione richiede di giustificare qualunque durata dell'incarico con riferimento a criteri oggettivi, seguire una contabilità interna che consenta di verificare l'assenza di sovracompensazioni per ciascun servizio di interesse economico generale prestato e verificare periodicamente l'assenza di sovracompensazioni. Con riferimento agli indicatori di costo, la Commissione indica una preferenza per un criterio di copertura del costo netto evitabile rispetto al costo attribuito (che comporta l'assegnazione al servizio di parte dei costi fissi). La Commissione si riserva inoltre di richiedere l'adozione di misure correttive per assicurare che l'aiuto non comporti restrizioni ingiustificate della concorrenza, ad esempio una durata o un'ampiezza eccessiva dell'incarico e che nel caso di infrastruttura non replicabile non venga precluso l'accesso ai concorrenti.

Anche per queste ipotesi, l'attività dell'Autorità può contribuire indirettamente ad assicurare nell'ordinamento italiano quanto richiesto dalla Commissione europea.

Anzitutto, l'Autorità ha il compito di determinare i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e può imporre regole di separazione (contabile e societaria) ben oltre il regime base previsto dalla direttiva 2006/111/CE³⁰⁴.

In secondo luogo, attraverso i sistemi di tariffazione l'Autorità può promuovere l'efficienza del prestatore³⁰⁵ in modo da assicurare per questa via che la compensazione non vada a coprire costi superiori rispetto a quanto sarebbe possibile (quindi andando oltre quanto richiesto a livello europeo dal regolamento n. 1370/2007).

Infine, nei casi in cui la compensazione degli obblighi di servizio copra anche la realizzazione di infrastrutture³⁰⁶, l'Autorità regolando le condizioni di accesso a queste ultime a salvaguardia della concorrenza, può prevenire a livello nazionale la necessità di autorizzazioni condizionate da parte della Commissione europea in sede di controllo degli aiuti di Stato.

3.5.3 AIUTI DI STATO E INFRASTRUTTURE

A lungo le istituzioni europee hanno ritenuto che la costruzione e la gestione di infrastrutture, quali aeroporti, autostrade, ponti e così via, costituissero misure generali di politica pubblica e non attività economiche e, pertanto, non fossero soggette alle regole sugli aiuti di Stato. In concomitanza con l'evoluzione del settore aeroportuale negli anni Novanta (crescente coinvolgimento di imprese private e sviluppo delle compagnie *low cost*) questa impostazione ha iniziato a essere messa in discussione, fino ad essere invalidata da una serie di sentenze dei giudici europei.

Con le sentenze *Aéroports de Paris* del 2000 (T-128/98) e *Leipzig Halle* del 2009 (T-443/08 e T-455/08), confermata in appello nel 2012 (C-288/11) è stato infatti chiarito non solo che la gestione di un aeroporto che fornisce servizi a vettori aerei e altri fornitori di servizi costituisce un'attività economica, ma è tale anche la costruzione di un'infrastruttura aeroportuale destinata ad essere sfruttata a fini commerciali; alla qualificazione dell'attività come economica consegue che alle modalità di finanziamento si applicano le regole sugli aiuti di Stato.

Secondo la Commissione europea i principi enunciati dalla Corte con riferimento agli aeroporti hanno valenza più generale: per le infrastrutture destinate a essere sfruttate a fini commerciali gli Stati membri, che prima ritenevano sufficiente assicurare un accesso aperto e non discriminatorio ad aeroporti, porti, stadi e così via, sono soggetti a un nuovo vincolo europeo sull'utilizzo delle risorse pubbliche. Questo vincolo vale sia per le risorse nazionali che per le risorse messe a disposizione a livello europeo se vengono assegnate dalle autorità dello Stato membro con un margine di discrezionalità.

³⁰⁴ Recepito a livello nazionale con il decreto legislativo n. 226/2007. Cfr. il decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 3, lettera b.

³⁰⁵ Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, lettera b.

³⁰⁶ Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, lettere a ed i.

Restano escluse dall'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato solo le ipotesi in cui non sia configurabile un'attività economica (infrastrutture generali per uso pubblico gratuito quali strade, ponti, canali pubblici; infrastrutture destinate ad attività dello Stato nell'esercizio dei suoi poteri di natura pubblicistica, quali sistemi per il controllo del traffico aereo, fari, ecc.).

La Commissione specifica che sono escluse dal controllo degli aiuti di Stato anche le misure di sostegno rivolte a monopoli legali stabiliti in conformità al diritto dell'Unione europea³⁰⁷, se vi sono le condizioni che consentono di escludere il rischio che l'aiuto distorca la concorrenza.

In particolare, questa condizione può ritenersi soddisfatta quando l'attività non è in concorrenza con altre attività liberalizzate e il prestatore del servizio non può operare a causa di vincoli regolamentari o statutari in altri mercati liberalizzati (geografici o del prodotto).

Se la realizzazione o il potenziamento dell'infrastruttura di trasporto è qualificato, eventualmente insieme ad altre attività, come servizio di interesse economico generale si applicano le regole illustrate nel paragrafo precedente, al quale si rinvia.

L'altra possibilità, quando la realizzazione dell'infrastruttura è considerata attività economica, consiste nell'applicare i criteri generali della disciplina degli aiuti di Stato. Pertanto, in base alle regole *de minimis* generali, gli aiuti trasparenti il cui importo non supera i 200.000 euro su un orizzonte triennale non vanno notificati, anche se lo Stato membro è tenuto a registrarli e conservare le informazioni per consentire controlli *ex post*³⁰⁸.

Se gli aiuti relativi alla realizzazione di infrastrutture di trasporto superano questa soglia, invece, vanno notificati, salvo che rientrino per qualche specifico aspetto nelle categorie individuate dal regolamento generale di esenzione per categoria del 2014 (infrastrutture locali, per importi al di sotto di una determinata soglia, messe a disposizione degli interessati su base aperta, trasparente e non discriminatoria ai prezzi che sarebbero praticati da un operatore di mercato)³⁰⁹. Va osservato che nell'ambito del regolamento generale la Commissione sinora ha scelto di non esentare dall'obbligo di notifica gli aiuti alle infrastrutture portuali e aeroportuali, pur promettendo di procedere in tal senso entro la fine del 2015 dopo avere accumulato un'adeguata esperienza applicativa³¹⁰.

Se si guarda ai criteri generali utilizzati per dalla Commissione per valutare se l'aiuto sia compatibile ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c del TFUE, in quanto agevola lo sviluppo di alcune attività emergono alcuni elementi chiave di un modello di politica pubblica di finanziamento delle infrastrutture. Per ogni misura di aiuto devono essere infatti soddisfatte sette condizioni:

- I. la misura deve contribuire al raggiungimento di obiettivi di interesse comune
- II. il mercato non è in grado di conseguire l'obiettivo (carenza del mercato)
- III. l'aiuto di Stato è uno strumento di intervento pubblico adeguato
- IV. la misura ha un effetto di incentivazione degli investimenti privati
- V. l'aiuto è limitato al minimo necessario
- VI. gli effetti negativi sulla concorrenza sono limitati
- VII. la misura è trasparente.

³⁰⁷ V. ad esempio la decisione della Commissione nel caso *Network Rail*, GU C 232 2002, punti 75-77.

³⁰⁸ Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione.

³⁰⁹ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione.

³¹⁰ Sull'attuale prassi decisionale della Commissione, cfr. lo Staff Working Document *Analytical Grids on the application of State aid rules to the financing of infrastructure projects*, settembre 2015, disponibile sul sito della DGComp.

Questi criteri, che ispirano le singole decisioni della Commissione nel settore³¹¹, per gli aeroporti sono stati ulteriormente esplicitati negli orientamenti del 2014³¹². Nel settore aeroportuale, la Commissione riconosce come obiettivi di interesse comune quelli di aumentare la mobilità e la connettività all'interno dell'Unione europea, combattere la congestione dei principali *hub* e facilitare lo sviluppo regionale.

Viceversa, in genere non è riconosciuta l'utilità di rafforzare un'infrastruttura, anzi si riscontrano problemi di distorsione della concorrenza laddove nel bacino d'utenza dell'aeroporto vi siano altre infrastrutture non utilizzate al pieno della capacità. Sempre per ridurre l'impatto potenzialmente distorsivo sulla concorrenza, la Commissione richiede che se vi sono limiti fisici all'accesso dei potenziali utilizzatori dell'infrastruttura, questo sia concesso sulla base di criteri oggettivi.

Per evitare che l'aiuto venga trasferito a valle ai vettori aerei, le condizioni applicate dal gestore dell'aeroporto a questi ultimi devono coincidere con quelle che sarebbero applicate da un investitore in un'economia di mercato.

Per valutare se l'aiuto di stato sia uno strumento adeguato di politica pubblica la Commissione incoraggia gli Stati membri ad elaborare programmi nazionali di sviluppo di ciascun settore, al fine di assicurare la coerenza degli interventi evitando sprechi e duplicazioni. La mancanza di piani nazionali sufficientemente specifici di sviluppo aeroportuale è stata oggetto di rilievi critici, anche con riferimento all'Italia, nel rapporto sull'efficacia del sostegno pubblico agli aeroporti pubblicato dalla Corte dei conti europea nel 2014³¹³.

Per esaminare se la misura di sostegno pubblico abbia un effetto di incentivazione, ossia comporti la realizzazione di un investimento che in assenza non sarebbe stato effettuato o sarebbe stato effettuato in misura diversa, la Commissione richiede un'analisi controfattuale o del deficit di finanziamento fondata su un piano industriale elaborato ex ante. Al tempo stesso, l'assenza di un piano industriale relativo allo sviluppo dell'infrastruttura è considerata un segnale che il sostegno pubblico può non essere conforme al test dell'investitore in un'economia di mercato.

In generale la Commissione chiede che per i maggiori regimi di aiuto lo Stato membro vada a verificare ex post quale ne è stato l'impatto sia sugli obiettivi di interesse pubblico che sulla concorrenza. Su un piano diverso, la Corte dei conti europea per verificare se le risorse pubbliche siano state utilizzate in modo efficace confronta gli obiettivi che erano stati adottati per giustificare l'intervento con i risultati (ad esempio in termini di passeggeri) che sono effettivamente stati ottenuti.

Se la realizzazione dell'infrastruttura soddisfa alcuni requisiti che secondo la Commissione identificano un "progetto di interesse comune europeo" la valutazione di compatibilità segue un percorso semplificato³¹⁴.

Anche nel caso delle infrastrutture, come nel caso degli obblighi di servizio pubblico, i requisiti derivanti dal diritto europeo degli aiuti di Stato coincidono in ampia parte con quelli di una politica industriale volta ad assicurare un efficiente utilizzo delle risorse pubbliche (v. il contributo di Ponti su regolazione economica e investimenti infrastrutturali, in questo volume).

Nell'Accordo di Partenariato tra Italia e istituzioni europee del 29 ottobre 2014 per l'utilizzo dei fondi strutturali e di investimento europei nel periodo 2014-2020 sono state evidenziate carenze nella programmazione e nella capacità amministrativa e tecnica, nonché la mancanza di piani nazionali di

³¹¹ Dal potenziamento infrastrutturale del porto di Salerno e dell'aeroporto calabrese dello Stretto alla realizzazione del ponte Øresund tra Danimarca e Svezia.

³¹² Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree*, 2014/C 99/03.

³¹³ European Court of Auditors (2014), *EU-Funded airport infrastructures: poor value for money*.

³¹⁴ Cfr. comunicazione della Commissione, *Orientamenti su importanti progetti europei di interesse comune*, 2014/C 188/02. In questo caso, la base giuridica è l'articolo 107, comma 3, lettera b, e ciò consente in linea di principio una maggiore flessibilità da parte della Commissione. Sinora i requisiti individuati dalla Commissione per identificare i progetti di interesse comune europeo sono piuttosto stretti e prevedono necessariamente il coinvolgimento di più Stati membri.

settore cui fare riferimento. Rispetto a questi elementi di criticità il Governo si è impegnato a un miglioramento³¹⁵.

Se si guarda al tema chiedendosi quale possa essere il contributo dell'autorità settoriale di regolazione, si possono trovare vari spunti per l'attività dell'Istituzione.

L'IMPORTANZA DI UNA BUONA REGOLAZIONE

Per sviluppare piani di investimento e accertare se e in che misura è necessario un contributo pubblico, occorre potere prevedere con ragionevole certezza quali potranno essere le entrate derivanti dall'investimento.

L'Autorità, svolgendo i propri compiti in tema di regolazione delle condizioni di accesso alle infrastrutture (ad esempio, attraverso la definizione dei modelli di regolazione dei diritti aeroportuali adottati in attuazione della direttiva 2009/12/CE, ma anche attraverso la regolazione dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria, a porti e a autostrade³¹⁶), può contribuire a delineare un quadro chiaro che consenta di valutare la sostenibilità economica dell'investimento infrastrutturale nonché di verificare se un sostegno pubblico sia necessario, proporzionato e accettabile in base alle regole europee.

a. *Schemi di concessione e di bando di gara*

L'Autorità può contribuire alla predisposizione di schemi di concessione e schemi di bandi di gara relativi alla realizzazione di infrastrutture strutturati in modo da minimizzare la necessità dell'impiego di risorse pubbliche³¹⁷.

b. *Valutazione ex ante della sostenibilità economica*

E' da valutare se l'Autorità possa fornire un contributo conoscitivo all'Unità tecnica interministeriale per la valutazione della bancabilità dei progetti infrastrutturali.

c. *Regimi quadro per gli aiuti di Stato in specifici settori*

La Commissione europea, oltre a incoraggiare la programmazione dello sviluppo infrastrutturale, spinge gli Stati membri a notificare regimi-quadro di sostegno pubblico nei diversi settori piuttosto che singole misure di aiuto. L'Autorità potrebbe partecipare alla definizione delle linee generali dei regimi da notificare alla Commissione, in cui si dovranno inserire i singoli interventi di sostegno pubblico.

d. *Valutazione ex post dell'impatto degli aiuti*

Nelle ipotesi in cui la Commissione chiede una valutazione ex post dell'impatto conseguito attraverso i regimi di aiuto, la valutazione deve essere affidata da un soggetto diverso dall'amministrazione che ha erogato l'aiuto e dotato di adeguate competenze tecniche. Nel settore dei trasporti, l'Autorità rappresenta un naturale candidato a svolgere, eventualmente in collaborazione con altri soggetti, questo tipo di valutazione.

³¹⁵ Al fine di superare questi elementi di debolezza l'Accordo di partenariato prevede una programmazione per "risultati attesi e azioni", più trasparente e verificabile; l'istituzione dell'Agenzia della Coesione incaricata del monitoraggio permanente e del supporto all'attuazione dei programmi, nonché di task force specifiche su alcune misure/programmi; piani nazionali di settore quali pre-requisiti di efficacia delle misure finanziate (es: Ricerca e innovazione, Crescita digitale, Trasporti, Inclusione sociale); piani di rafforzamento amministrativo per le Regioni e le amministrazioni centrali. E' anche prevista la realizzazione di una nuova Unità interministeriale per la valutazione della bancabilità dei progetti. A livello europeo, nell'ambito del piano Juncker è prevista un'attività di assistenza tecnica per assicurare che le risorse pubbliche e private vengano mobilitate nel modo più efficace possibile. Le *National Promotional Banks* hanno dato la loro disponibilità a fornire assistenza tecnica utilizzando le loro competenze locali a livello nazionale e a contribuire alla definizione e individuazione di liste di progetti bancabili nazionali. Peraltro, il Piano Juncker costituirà un *hub* di assistenza tecnica a livello europeo.

³¹⁶ Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 2, lettere a, g, h ed i.

³¹⁷ Decreto legge n. 201/2011, articolo 37, comma 2, lettera g (limitatamente alle autostrade).

Mario Sebastiani

Come è stato anticipato nell'Introduzione, questo studio non ha pretesa di completezza, sistematicità e organicità di vedute fra quanti vi hanno partecipato.

Vi sono tuttavia elementi rilevanti di omogeneità: un filo conduttore che accomuna i diversi temi della ricerca e un terreno ampio di convincimenti comuni.

Il filo conduttore è la qualità della regolazione e dunque: i suoi nessi con l'assetto normativo (comunitario e nazionale) e istituzionale delle competenze in materia, e come tale assetto potrebbe essere migliorato per permettere una più efficiente regolazione dei mercati; come la regolazione dei mercati si pone rispetto alle problematiche di politica industriale e sociale, e i relativi confini; come il regolatore indipendente si interfaccia con il decisore politico, ecc. L'oggetto di fondo del rapporto riguarda il ruolo della regolazione e i suoi obiettivi (promozione della concorrenza, efficienza, tutela degli utenti) nel quadro europeo e in rapporto alla normativa e all'assetto istituzionale nazionale; i "confini" dell'indipendenza del regolatore, il ruolo di "sportello unico" e il contributo alla qualità della regolazione che può essere fornito da questo; infine il ruolo, attuale potenziale, dell'ART, ed eventuali proposte sia all'Autorità stessa, sia di modifiche normative.

Gli orientamenti di larga massima comuni possono essere così sintetizzati. Gli autori non sono fanatici sostenitori delle virtù concorrenza a tutti i costi né, all'opposto, credenti nelle capacità taumaturgiche della regolazione a rimediare ai fallimenti del mercato. Essi sono tuttavia convinti che: (i) un ambiente concorrenziale può accelerare la crescita economica; (ii) la promozione di una corretta concorrenza può richiedere qualche grado di regolazione dei mercati mentre una regolazione ingiustificatamente invasiva sortisce effetto opposto; (iii) la debolezza del sistema regolatorio e la sua poca credibilità rappresentano un freno potente allo sviluppo, tanto più nel settore dei trasporti, e forza le autorità della concorrenza a svolgere un ruolo di supplenza non parimenti efficace; (iv) i cambiamenti radicali dei mercati mondiali richiedono una regolazione intelligente, che concili obiettivi di lungo termine con la flessibilità nel breve periodo e la proporzionalità delle misure; (v) l'istituzione di autorità indipendenti di regolazione risponde alla necessità di trasparenza nei tanti compiti propri dei governi; (vi) indipendenza non significa autoreferenzialità; la regolazione economica si svolge all'interno di politiche industriali e sociali dirette a combinare la competitività con la concorrenza (che non necessariamente vanno a braccetto, almeno nel breve periodo), con l'equilibrio fra interessi contrastanti e con obiettivi di coesione sociale e territoriale: obiettivi non facili da riconciliare nel breve periodo; di qui la necessità di coinvolgere una larga messe di *stakeholders*; (vii) l'attuale assetto delle competenze istituzionali nel settore dei trasporti in Italia è ancora lontano da quello auspicabile e affermato in altri settori regolamentati.

Qui di seguito si tenta di fare una breve sintesi ragionata delle principali conclusioni, aggregandole per grandi aree tematiche.

1.- Una prima area di discussione riguarda i rapporti fra decisori politici e autorità indipendenti di regolazione economica. Per semplicità espositiva si rinvia al riguardo soprattutto ai capitoli 2.1, 2.2, 3.2 e 3.5, ma la problematica è sollevata da pressoché tutti gli autori.

Fermo restando per tutti che sia di "Cesare" la parola finale su scelte che hanno a che fare con la mediazione fra interessi diversi e contrastanti all'interno della collettività (tanto più quando comportino l'erogazione di finanziamenti pubblici). Tuttavia un argomento - a seconda dei casi sollevato con maggiore o minore decisione ma comune a molti contributi - è la "catturabilità" del decisore politico e il ruolo di "contenimento" svolto dalle autorità indipendenti.

Tutti concordano che a questi fenomeni siano particolarmente esposti i servizi di interesse economico generale (SIEG), dove il mercato viene considerato fallibile, e che dunque sono terreno di elezione della regolazione e di decisioni politiche: il riferimento è qui in particolare alla definizione dei livelli essenziali dei servizi e dei parametri del servizio universale, alle scelte relative all'imposizione di obblighi di servizio pubblico, al rilascio di concessioni e autorizzazioni, alle priorità infrastrutturali, ovviamente all'allocazione di risorse pubbliche. Comune agli autori che hanno affrontato la tematica dei trasporti con un focus sui SIEG è la convinzione che l'obiettivo di promuovere la concorrenza può

essere in conflitto con obiettivi sociali e, almeno nel breve periodo, con quello di assicurare competitività e sviluppo. Si tratta di un conflitto fisiologico che richiede un accorto dosaggio fra scelte politiche e regolazione tecnico-economica, e dunque una sana ripartizione delle funzioni fra i soggetti preposti a esse.

Sulla catturabilità del “principe” e sul ruolo della regolazione indipendente l’AB esprime opinioni at large comuni, pur con qualche “distinguo” in ordine alle radici di essa e al tipo di contrappeso che può essere esercitato delle autorità indipendenti.

I conflitti di interesse del decisore politico in molti settori dell’economia, e in particolare nei SIEG, sono la fisiologica conseguenza delle sue tante “anime”: azionista, concedente, investitore, garante degli utenti, dei dipendenti, dei fornitori, dei contribuenti, della universalità dei servizi; inoltre, e più in generale, responsabile degli equilibri di finanza pubblica. Ciascuna di queste anime è portatrice di obiettivi spesso confliggenti: lo Stato azionista è in conflitto con lo Stato garante della concorrenza e degli interessi degli utenti, quest’ultimo (se si propone, come dovrebbe, di abbattere i costi) è in conflitto con lo Stato difensore degli interessi (almeno a breve) del mondo del lavoro e dei fornitori, così come con lo Stato garante degli obiettivi di solidarietà sociale, ed entrambi sono in conflitto con lo Stato garante dei contribuenti; quest’ultimo e lo Stato risanatore della finanza pubblica non vanno sempre d’accordo fra di loro, ma entrambi si conciliano con lo Stato privatizzatore, che però – se ha fretta di risanare la finanza pubblica e salta qualche tappa – va a confliggere con la sua anima di liberalizzatore e di promotore di sviluppo e competitività, e così via. A questo può aggiungersi l’elemento “patologico” della soggezione - inclusi possibili fenomeni corruttivi (comunque di competenza di altri organismi) - a interessi particolari e più in generale alla ricerca di consenso politico immediato: il decisore politico è “catturabile” non solo dalla genuina ricerca di un bilanciamento fra interessi generali ma dalla ricerca di consenso immediato a proprio vantaggio. Naturalmente, non sfugge a nessuno che la qualità delle scelte dei decisori politici debbano passare ex post per il vaglio elettorale ma è materia di discussione quanto efficace in definitiva sia questa forma di “controllo”.

In questo contesto l’istituzione di autorità indipendenti può fornire un contributo importante, poiché nasce proprio dalla necessità di gettare luce sulla selva di competenze governative. La loro presenza risponde alla necessità di trasparenza nei tanti compiti propri dei governi e il fatto stesso che il potere politico di spogli di parte delle competenze finora esercitate a favore di soggetti che non gli rispondono gerarchicamente libera il terreno da una serie di conflitti di interesse al suo interno. La funzione delle autorità dovrebbe essere dunque di fornire la cornice regolatoria che permetta scelte consapevoli e trasparenti: in primis, la promozione della concorrenza, la definizione di criteri di determinazione dei costi efficienti di investimenti e servizi, valutazioni di impatto delle decisioni politiche sugli utenti ed eventualmente sulla finanza pubblica. Facendo un uso accorto ma intensivo dei loro poteri sia di regolazione diretta sia, senza timidezza o eccessivo timore di essere accusate di invasioni di campo, di advocacy, si dà fornire ai decisori politici un quadro di razionalità economica – un menu di opzioni coerenti con gli indirizzi politici perseguiti da questi - all’interno del quale operare le proprie scelte e da sensibilizzare, attraverso i canali istituzionali, l’opinione pubblica. Di qui un ulteriore elemento a favore dell’indipendenza delle autorità, a evitare che le scelte politiche siano autoreferenziali, fermo restando tuttavia che la decisione ultima spetta alla politica e che non spetta invece all’autorità indipendente la “vigilanza” – tanto meno poteri di interdizione - su tali scelte.

2.- Una seconda area, strettamente connessa alla precedente, riguarda i processi di liberalizzazione, soprattutto nei SIEG, i rapporti con la normativa comunitaria e nazionale e il ruolo della regolazione indipendente (cfr. soprattutto i capitoli 2.1, 2.2 e 3.5).

Su questo terreno le opinioni dell’AB non sono del tutto omogenee. Fermo restando che tutti i componenti hanno in certa misura affrontato questa tematica, si possono distinguere tre orientamenti.

M. Maresca (cap. 2.1) presenta una visione critica dell’evoluzione neoliberista degli orientamenti europei e nazionali, la quale mette in dubbio conquiste sociali acquisite negli ultimi decenni del secolo scorso. Viene così criticato l’affermarsi di “dogmi”, quali la supremazia del “privato”, il carattere residuale che l’ordinamento italiano ha tentato di attribuire all’istituto dell’*in house providing*, la superiorità del modello della gara per gli affidamenti di servizi o della gestione delle infrastrutture, il divieto di aiuti di Stato. In tal modo si rinuncia al perseguimento dell’interesse generale e specialmente ad una qualsivoglia politica economica industriale e dei trasporti e alla tutela di valori non economici. Circa la regolazione economica, Maresca argomenta che la funzione delle autorità indipendenti

dovrebbe essere sostanzialmente di promuovere il “buon funzionamento del mercato”, assicurandone un ordinato accesso, di dirimere controversie fra operatori e di garantire condizioni propizie per gli investimenti privati, dati gli obiettivi di politica industriale e sociale stabiliti dai governi.

All’opposto una visione (M. Ponti, soprattutto nel capitolo 2.7) che dal pessimismo sulla saggezza del Principe trae il convincimento che la promozione del libero mercato e di obiettivi di efficienza, compiti propri delle autorità di regolazione, sia la via maestra per accrescere il benessere collettivo a lungo andare, verificando accuratamente se e quanto questo possa realmente contrastare obiettivi sociali, troppo spesso usati in modo generico e pretestuoso per conseguire altri obiettivi meno dichiarabili (concetto noto come “*hidden agenda*”). Secondo Ponti ciò richiede un contesto di affidamenti realmente competitivi, un estensivo effettivo passaggio alla mano privata, a causa del conflitto di interesse che si genera in presenza della proprietà pubblica di aziende che godono di rendite monopolistiche (nella forma di extraprofitti o, più spesso, di extracosti di produzione). Molte esperienze internazionali inoltre mostrano, proprio nei trasporti, che l’entrata nel mercato di soggetti privati è in grado di incentivare l’efficienza di quelli che restano pubblici e di ridurre le asimmetrie informative del regolatore. Inoltre interventi regolatori che si basino su incentivi o disincentivi economici sarebbero meno efficaci per le imprese pubbliche, per le quali gli incentivi economici si tramutano quasi esclusivamente in partite di giro: i maggiori profitti tornano alla mano pubblica mentre simmetricamente le perdite, o le sanzioni, vengono ripianate dalla proprietà. Infine, per i suddetti motivi la proprietà pubblica manifesterebbe una propensione al rischio pressoché infinita, elemento che da solo determina una grave asimmetria nei confronti di soggetti privati con cui si trovasse a competere in caso di gare. Di qui la missione della autorità indipendenti di vigilare sulla “naturale catturabilità” del decisore politico.

Una visione intermedia è sostenuta da M. Sebastiani (cap. 2.2), incline alla promozione di criteri di sussidiarietà verticale, pur mettendo in risalto i guasti di privatizzazioni realizzate senza una visione di lungo termine. Il favore è per lo sviluppo di processi di liberalizzazione e di apertura ai privati, a condizione che questi siano accompagnati da un sistema regolatorio che si liberi delle debolezze del passato, senza il quale la transizione potrebbe addirittura produrre risultati opposti a quelli sperati. In questo contesto l’istituzione di un’autorità indipendente dei trasporti rappresenta una condizione necessaria, sebbene non sufficiente nel dato quadro normativo nazionale. Nel capitolo si sostiene fra l’altro che i deficit di concorrenza, di efficienza e di economia di risorse pubbliche nel campo dei trasporti derivano da un ricorso illegittimamente estensivo alla nozione di SIEG e alle conseguenti deroghe comunitarie alle norme concorrenza. Tali deroghe sono infatti applicabili solo ai servizi che non verrebbero spontaneamente forniti in regime di concorrenza – nel o, in subordine, per il mercato – a condizioni conformi agli obiettivi di interesse generale fissati dal decisore politico. Limitazioni all’una o all’altra forma di concorrenza, dunque, possono essere introdotte solo in caso di accertato fallimento del mercato e nei limiti di stretta proporzionalità. L’autore mostra che a questo riguardo il settore dei trasporti, in Italia e non solo, è alquanto indietro rispetto ad altre utilities nel ridimensionamento dei servizi che effettivamente vanno inquadrati come SIEG. In questo contesto cruciale può essere il ruolo dell’ART, tanto più una volta che fossero eliminati vincoli e contraddizioni normative (inclusa l’attribuzione ad essa dei poteri ex articolo 21-bis della legge 287/1990), nel dettare criteri di valutazione al riguardo, anche esercitando energicamente i poteri di *advocacy*.

Orientamento simile al precedente è espresso da G. Bruzzone (capitolo 3.5), con riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato. In ordine al ruolo dell’ART Bruzzone argomenta che essa dovrebbe poter esprimere pareri sulle decisioni delle amministrazioni pubbliche di limitare la concorrenza con l’attribuzione di diritti speciali o esclusivi, sull’imposizione di obblighi di servizio pubblico e sulla necessità – e la congruità - delle relative compensazioni pubbliche. Per la realizzazione delle infrastrutture, l’Autorità può contribuire a delineare un quadro di regolazione chiaro che consenta di valutare la sostenibilità economica dell’investimento nonché di verificare se un sostegno pubblico sia necessario e proporzionato. L’ART può partecipare alla definizione delle linee generali di eventuali regimi quadro di aiuti pubblici, da notificare alla Commissione europea. Infine laddove la Commissione chieda una valutazione ex post dell’impatto conseguito attraverso i regimi di aiuto da parte di un organismo indipendente dall’amministrazione che ha erogato l’aiuto, l’ART rappresenta un naturale candidato a livello nazionale per lo svolgimento del compito.

3.- Una terza area di riflessione riguarda i rapporti fra l’ART e i “suoi *stakeholders*”, intesi nel senso più ampio, a includere anche i rapporti interistituzionali (capitoli 2.3, 2.4, 2.5 e 2.6). Sulla materia si è registrata una sostanziale ampia condivisione da parte dei componenti del *Board*.

M. D'Alberti e C. Iacolucci (capitolo 3.3) discutono i rapporti fra l'ART, i governi ai diversi livelli territoriali e gli enti governativi. Essi rilevano una sorta di "policentrismo normativo e amministrativo" nella regolazione del settore dei trasporti, a causa della mancata abrogazione, unitamente alla legge istitutiva dell'ART, delle competenze regolatorie di altre amministrazioni. Gli autori elencano una serie di funzioni, anche di regolazione economica, ancora in capo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, al CIPE, all'ENAC, alle Autorità portuali. Questo quadro di competenze, caratterizzato da contraddizioni e complicazioni, rischia di compromettere lo spazio decisionale dell'ART. Si tratta peraltro di un quadro difforme da quanto previsto dalla legge 481/1995, istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, la quale disciplina i principi generali per tutte le autorità di tale specie. Questa legge prevede infatti che in capo al governo permangano solamente poteri e funzioni di indirizzo generale, avendo riguardo ai settori in cui le funzioni regolatorie siano state attribuite ad apposite autorità indipendenti. Ne segue che la legge istitutiva dell'ART andrebbe riformulata o interpretata restrittivamente nella parte in cui stabilisce il permanere in vita di competenze regolatorie – non di indirizzo – in capo a soggetti diversi dall'ART.

Nei rapporti con i livelli territoriali di governo, gli autori argomentano la competenza esclusiva dell'ART in materia di promozione della concorrenza. Le regioni dovrebbero quindi rinunciare a tutte quelle funzioni legislative e amministrative in cui si imponga il tema della tutela e promozione della concorrenza; e gli altri enti locali territoriali subordinare le loro funzioni gestorie alla regolazione pro-concorrenziale dell'ART, finalizzata anche a garantire l'uniformità a livello nazionale.

Nel capitolo 2.4 G. Bruzzone si occupa delle relazioni fra autorità settoriali di regolazione, nella specie l'ART, l'Autorità antitrust e quella anticorruzione. Quanto all'AGCM l'autore sottolinea la complementarità delle funzioni e al tempo stesso la maggiore efficacia degli strumenti di regolazione rispetto all'enforcement ex post delle regole di concorrenza. Anche per questa ragione, è auspicabile che laddove può essere adeguato un intervento dell'autorità di regolazione, l'autorità della concorrenza lasci spazio a quest'ultima, astenendosi dall'avviare procedimenti paralleli e semmai esercitando i propri poteri di segnalazione per orientare l'azione regolatoria. L'intervento in applicazione del diritto antitrust dovrebbe essere considerato un'ipotesi di ultima istanza.

Nel settore dei contratti pubblici, vi sono possibili ambiti di sovrapposizione tra le competenze dell'ANAC e dell'ART. Per la predisposizione di bandi tipo e schemi di convenzione, l'importanza della conoscenza del settore porta a propendere per l'attribuzione della competenza unicamente o comunque in via prevalente all'autorità specializzata. Per le proposte di sospensione, decadenza o revoca degli atti, viceversa, le competenze potrebbero coesistere in ragione delle sensibilità complementari delle due autorità.

M. Sebastiani (capitolo 2.5) per un verso sottolinea come la scelta, avviata nel 1995, di istituire autorità uniche di settore ha la finalità di massimizzare i benefici dell'integrazione regolatoria in settori caratterizzati da mercati l'uno con l'altro legati da relazioni di concorrenza o di complementarità o di entrambe (si pensi, ad esempio, alla telefonia fissa e mobile, al trasporto ferroviario e aereo, ecc.). Una regolamentazione settoriale di sistema è dunque il complemento necessario del concepire ciascun settore come un aggregato di mercati variamente interrelati.

Per altro verso Sebastiani argomenta l'importanza di potenziare le interazioni fra le autorità dei diversi settori delle utilities (energia, comunicazioni e trasporti). Le ragioni possono essere sostanzialmente ricondotte a due gruppi di profili. Il primo riguarda la possibilità di applicare esperienze e metodologie in uso in settori più avanzati, sia sotto il profilo della concorrenza che sotto quello delle pratiche regolatorie. Su questo versante la regolazione "ministeriale" dei trasporti, storicamente rigida e conservatrice, ha molto da guadagnare: l'importazione di modelli regolatori più flessibili e meno invasivi, l'orientamento al lungo periodo e alla promozione della concorrenza anche fra infrastrutture, diversi modelli di finanziamento delle infrastrutture e del servizio universale, possibili modalità di *unbundling*.

Il secondo profilo è l'armonizzazione delle regole fra settori diversi. Fra trasporti e altre utilities non vi è né sostituibilità dal lato della domanda né forte complementarità, cosicché non si vedrebbe ragione immediata di armonizzazione delle regolamentazioni. Questi settori tuttavia, più o meno a seconda dei casi, competono sulla finanza pubblica e sempre competono sul mercato dei capitali. Inoltre, essi esercitano un'influenza decisiva sulla competitività complessiva del sistema economico. Essendo settori regolamentati, la redditività relativa e la capacità di attrazione di capitali dipendono largamente dalle

regole che li governano. L'armonizzazione di queste in funzione delle priorità industriali del paese rappresenta dunque una questione centrale di politica industriale con evidenti implicazioni regolatorie. Al tempo stesso l'autore argomenta, in linea con quanto sostenuto anche nel capitolo 3.3, l'"anomalia" di un'Autorità la cui radice (la legge 481/1995) è comune a quella delle altre autorità di regolazione settoriali ma le cui competenze, in forza della sua legge istitutiva, sono assai più frammentate e condizionate da organismi governativi.

L'area tematica oggetto dei capitoli precedenti è completata da E. Cascetta, S. Battini e C. De Luca (capitolo 2.6) sulla regolamentazione dei rapporti fra autorità indipendenti e *stakeholders* in senso proprio, in primo luogo riguardo alle finalità e modalità di procedure di consultazione. Il tema unificante è qui l'*accountability*.

Un processo di *stakeholder engagement* ben progettato e condotto avanti correttamente consente non solo di giungere a scelte condivise ma di ampliare il campo delle conoscenze di tutti coloro che sono coinvolti, con un meccanismo di scambio delle informazioni e superando le asimmetrie informative tra regolatore, regolato e utenti; si propiziano così soluzioni che effettivamente incontrano i bisogni, si promuove la comprensione da parte degli *stakeholders* della complessità dei problemi e il senso di partecipazione al processo. In definitiva, si migliora la qualità del processo decisionale e si riduce il rischio di fallimento della regolazione o di barriere di processo.

Per altro verso, la partecipazione ai processi decisionali dell'autorità non deve intendersi solo alla luce delle finalità indicate prima – di efficienza ed efficacia delle decisioni – ma anche come strumento sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative-democratiche. In altre parole, le autorità indipendenti trovano in questo modo una legittimazione “dal basso”, proprio attraverso le garanzie del giusto procedimento. In tal modo la “legalità procedurale” compensa la caduta di quella sostanziale.

4.- La quarta e ultima area riguarda temi specifici di regolazione economica (capitoli 3.1, 3.2, 3.3, 3.4). Su alcuni capitoli di questa area si sono registrate opinioni di alcuni componenti del *Board* diverse da quelle dell'estensore di essi.

M. D'Alberti e C. Iacolucci (capitolo 3.1) sviluppano il tema dell'accesso ai mercati di trasporto, distinguendo fra problematiche di accesso alla gestione delle infrastrutture, di accesso all'uso delle stesse e di accesso ai mercati dei servizi finali. Gli autori pongono in evidenza le numerose criticità che si presentano al riguardo sotto il profilo concorrenziale.

Per le infrastrutture essi sottolineano la prassi generalizzata di attribuzione di concessioni di costruzione e gestione senza procedure a evidenza pubblica, l'ingiustificata durata di esse e la pratica dei rinnovi o delle proroghe, auspicando che venga meno a seguito della direttiva 2014/23/UE.

Quanto a un accesso veramente paritario e non discriminatorio all'uso delle infrastrutture permangono numerose criticità: dalla regolamentazione conservatrice dell'allocazione degli *slot* aeroportuali, all'inefficacia del sistema regolatorio portuale, dove le competenti Autorità talvolta si caratterizzano per cospicui conflitti di interesse, alla poca terzietà del gestore dell'infrastruttura ferroviaria.

Le maggiori criticità concorrenziali nei servizi finali di trasporto riguardano quello locale e regionale, dove si registra un generale ricorso alla concessione di diritti esclusivi, nella massima parte dei casi senza procedure a evidenza pubblica. Gli autori propongono al riguardo la transizione, ove possibile, dall'attuale regime concessorio a uno basato sulle autorizzazioni generali.

Infine D'Alberti e Iacolucci pongono in evidenza l' incisivo ruolo pro-concorrenziale che l'ART potrebbe svolgere ove venissero apportate le modifiche normative da essi argomentate nel capitolo 2.3.

Nel capitolo 2.7 M. Ponti affronta il tema della regolazione modale e intermodale.

In materia di infrastrutture (trattata anche nel capitolo 3.2 dello stesso autore) egli propone una revisione radicale della disciplina del comparto stradale e autostradale, abolendo le concessioni in scadenza e assoggettando anche parte della viabilità ordinaria a un pedaggio determinato in base al costo marginale sociale di breve periodo (inclusi i costi esterni propri dell'infrastruttura), aumentato di una parte del costo opportunità dei fondi pubblici (cfr. al riguardo anche il capitolo 3.2). Al tempo stesso le esternalità ambientali e di sicurezza, generate dai veicoli, andrebbero internalizzate per via fiscale dagli utenti. In materia di infrastrutture ferroviarie Ponti auspica diversi cambiamenti. Per un verso eccepisce fenomeni

di *overinvestment* (dunque la necessità di sottoporre nuovi progetti a valutazioni terze) e la necessità di verificare l'effettiva congruità degli attuali sussidi. Per altro verso sostiene l'*unbundling* della rete ferroviaria almeno nazionale attraverso la privatizzazione di Trenitalia, il frazionamento di essa fra più affidatari di dimensione minima efficiente scelti con procedure di gara. Riguardo agli aeroporti andrebbero applicati criteri analoghi a quelli auspicati per altre gestioni infrastrutturali (gare periodiche, durata ottimale, criteri tariffari basati sul *price cap*), valutando altresì la possibilità di reintrodurre meccanismi di *single till*.

Per il trasporto di passeggeri a media e lunga percorrenza andrebbe promossa la sostituibilità fra servizi di diverse modalità (ferro, strada, aereo) sulla base di principi di economicità, eventualmente estendendo – per servizi a spiccata vocazione sociale – sussidi anche a modalità diverse da quella ferroviaria. Sul trasporto regionale e locale il maggior punto dolente è rappresentato dall'ingiustificata dimensione dei lotti di affidamento (specie nel ferroviario) e dalla assenza di procedure competitive o di gare con esito non scontato, soprattutto a motivo della frequente coincidenza, consentita dalle norme, tra soggetti che bandiscono le gare e proprietari di concorrenti alle gare stesse.

Il capitolo 2.8 (M. Ponti) contiene un'ampia disamina delle tecniche di misurazione delle esternalità ambientali e delle relative modalità di internalizzazione, sia con riguardo ai servizi di trasporto che alle infrastrutture. Al tempo stesso l'autore eccepisce che, per un verso, le esternalità prodotte dal settore sono inferiori a quanto comunemente percepito e che, per altro verso, non vengono in Italia misurate correttamente e internalizzate in modo efficiente. L'autore ritiene che le esternalità negative non debbano contribuire alla determinazione delle tariffe di accesso alle infrastrutture, da orientare al costo di offerta del servizio, ma essere internalizzate per altre vie, in particolari fiscali, come già avviene.

Riconoscendo che il trasporto stradale è quello che produce le maggiori esternalità negative (ambientali e da congestione) l'autore afferma che il grado di internalizzazione, soprattutto via fiscale, che il settore stradale in Italia presenta oggi nel suo insieme è il più elevato tra tutti i settori inquinanti, i quali peraltro talvolta godono addirittura di sussidi pubblici, quali l'agricoltura e la pesca. Al tempo stesso l'internalizzazione su distanze brevi in aree dense (urbane e metropolitane) è certamente insufficiente, mentre su distanze medio-lunghe supera i costi esterni che la modalità stradale genera ed è quindi inefficiente.

Per l'attività regolatoria, una corretta valutazione delle esternalità è condizione irrinunciabile per entrare in merito all'efficienza delle imprese regolate, in particolare per quanto concerne i trasferimenti pubblici. Addurre esternalità ambientali non valutate, o valutate in modo non corretto, per legittimare investimenti pubblici o sussidi di altra natura, ha infatti lo stesso contenuto di inefficienza del promuovere o legittimare extracosti di qualsiasi natura. Ne consegue la necessità di promuovere l'internalizzazione efficiente ed omogenea tra i diversi modi di trasporto, ricordando che la tassazione pigouviana tende ad essere più efficiente dei divieti, degli standard e soprattutto dei "sussidi incrociati".

Ponti affronta infine il tema della regolazione degli investimenti infrastrutturali (capitolo 2.2). L'autore eccepisce che la regola di tariffazione proposta dall'Unione europea (il costo marginale sociale di breve periodo - cfr. capitolo 2.7) è disattesa anche a livello europeo, dove i pedaggi ferroviari sono largamente al di sotto, mentre quelli autostradali e le tariffe aeroportuali sono alquanto al di sopra in forza dell'applicazione del criterio del costo medio di lungo periodo. Proprio questi meccanismi tariffari che ribaltano sulla finanza pubblica o sugli utenti il costo degli investimenti, senza serie analisi costi benefici e senza efficaci misure di *claw back*, sono alla base di vistosi fenomeni di *overinvestment* e di *gold plating*.

Spesso il decisore pubblico è catturato dalla pressione dei concessionari e dei costruttori ad investire senza rischi commerciali, cioè con schemi tariffari tali da garantire la remunerazione degli investimenti stessi. La cattura avviene tramite la promozione politica, effettuata sia a livello centrale che locale, di opere di dubbia utilità sociale. La prassi attuale italiana appare infatti molto difforme da logiche riconducibili ad una qualsiasi razionalità economica: in nessun caso sono note analisi comparative *ex-ante* di ottimizzazione; per alcune modalità di trasporto, come abbiamo visto, gli investimenti sono ad intero onere pubblico (sempre per le ferrovie, spesso per i porti), in altri casi beneficiano di contributi pubblici legati solo ad aspetti finanziari (autostrade), in altri ancora sono interamente a carico degli utenti (aeroporti).

Naturalmente l'autore non disconosce che la realizzazione investimenti infrastrutturali nel settore dei trasporti possa basarsi sul perseguimento di obiettivi sociali. Ciò tuttavia rende di primaria importanza la verifica da parte del regolatore dell'efficienza con cui gli obiettivi politici dichiarati vengono conseguiti da parte dei concessionari, posto che gli incentivi impliciti all'inefficienza sono purtroppo rilevanti (l'incentivo al sovradimensionamento ed al *gold plating* dell'investimento a motivo dell'estensione del capitale remunerabile). Tuttavia, il problema maggiore risiede nello stesso tipo di incentivi presenti nel decisore politico "catturato", posto che *overinvestment* e *gold plating* creano comunque consenso a breve. Ne segue che il regolatore indipendente dovrebbe poter verificare le condizioni tecniche realmente necessarie per conseguire gli obiettivi politici dichiarati.

C. Cambini (capitolo 3.3) affronta la problematica dell'allocazione dei rischi di investimento fra imprese, utenti ed eventualmente finanza pubblica. Cambini distingue il rischio propriamente di impresa (industriale e commerciale) da quello regolatorio e politico, così come i principali modelli regolatori in funzione dell'allocazione dei rischi.

Sotto il profilo "ambientale" è importante che il modello regolatorio, a prescindere dallo specifico meccanismo implementato, si collochi all'interno di un sistema di regole chiare, condivise e stabili, che abbiano carattere coerente e definitivo. Rinegoziazioni contrattuali riducono infatti la credibilità della regolazione, aumentano l'incertezza e in ultima analisi suggeriscono l'incompletezza del meccanismo adottato.

Quanto alla sua allocazione, il rischio dovrebbe essere accollato al soggetto capace di ottenere le informazioni più accurate per anticiparlo, controllarlo e gestirlo. E' tuttavia di cruciale importanza che l'assegnazione del rischio sia sempre accompagnata da un'adeguata compensazione, tanto maggiore quanto più grandi sono l'entità del rischio assunto e l'avversione al rischio del soggetto che se ne fa carico. Nel caso delle imprese l'assunzione del rischio deve trovare contropartita in un'adeguata remunerazione del capitale investito (una remunerazione di livello concorrenziale). Tuttavia è altrettanto importante che l'impresa sia effettivamente responsabile dei rischi per cui ottiene la remunerazione. Il regolatore non dovrebbe infatti attribuirsi la responsabilità degli shock negativi di domanda, ad esempio, o in generale farsi carico dei rischi qualora contrattualmente l'impresa ne ottenga già una adeguata compensazione. Sarebbe infatti del tutto illogico applicare un meccanismo di regolazione incentivante, garantire un adeguato ritorno sul capitale investito e poi prevedere meccanismi di ulteriore compensazione in caso, ad esempio, del verificarsi di shock esogeni di lieve entità.

Infine nel capitolo 3.4 E. Cascetta e C. De Luca analizzano le innovazioni tecnologiche che stanno modificando la progettazione e realizzazione di nuove infrastrutture e di nuovi veicoli, così come la nascita di nuovi servizi di mobilità e di nuovi servizi digitali aprendo il mercato dei trasporti a nuove *opportunità*. Si sta sostanzialmente passando dal concetto di "servizi di mobilità" a quello di "mobilità come servizio" in cui l'utente è al centro del sistema.

Gli autori si focalizzano sulle principali innovazioni, quali i veicoli "intelligenti" ed autonomi. Il futuro prossimo sono a loro avviso i V2V (*Vehicle To Vehicle*) ed i V2I (*Vehicle To Infrastructure*), ma la vera rivoluzione saranno i veicoli a guida autonoma in cui, inizialmente, il guidatore "cederà il controllo" alla macchina in condizioni particolari ed in cui, poi, il conducente dovrà semplicemente inserire la destinazione. Innovazioni profonde riguardano anche la gestione della domanda, con l'introduzione di nuove e più eque modalità di gestione quali le politiche di *pricing* ed i *mobility credit*. Argomentano inoltre Cascetta e De Luca che il mercato della mobilità del futuro è digitale, l'*information technology* consente di personalizzare i servizi in base alle esigenze dell'utente, creando valore aggiunto per i tradizionali servizi di trasporto. Diverse sono le modalità di trasporto pubblico non di linea che si stanno diffondendo alternative ai taxi ed al servizio di noleggio con conducente, che hanno provocato, fra l'altro, vere e proprie sollevazioni da parte delle associazioni di categoria.

In conclusione le numerose opportunità che derivano dal connubio fra trasporti e tecnologia sono la sicurezza, l'affidabilità, l'efficienza, l'eco-compatibilità, la nascita di nuovi mercati della mobilità e l'equità. Tuttavia questa evoluzione "spontanea" si accompagna ad una serie di problemi legati, spesso, alla mancanza di leggi e/o regolamentazione. E' necessario dunque che l'ART regoli i nuovi mercati derivanti dallo sviluppo delle tecnologie in modo da fornire gli strumenti necessari per affrontare i problemi prima che nascano le emergenze.

5.- Tirando le somme, il *leit motiv* dello studio è l'efficienza complessiva del sistema delle regole e dell'insieme dei regolatori che, in vesti diverse, indirizzano l'operare dei mercati. L'opinione comune del *Board* è che l'assetto attuale non sia tale da permettere di ottimizzare la qualità della regolazione del mercato di trasporto.

Convivono ancora in Europa differenti modelli di esercizio di funzioni di regolazione economica dei mercati: un modello "anglofono", basato sulla preferenza per le autorità indipendenti, e quello "francofono" che affida invece le competenze a strutture governative o para governative. Con la legge 481/95 l'Italia aveva convintamente optato per il primo modello, istituendo l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e i servizi idrici, prima, e poco dopo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Analoga convinzione non emerge dalla legge istitutiva dell'Autorità dei trasporti, che conserva un'ingiustificata e inefficiente frammentazione di competenze.

Ciò è in controtendenza con quanto va evolvendo in Europa e rischia di alterare che quella che la quasi totalità degli autori di questo studio giudicano dovrebbe essere una sana dialettica, in particolare, fra la sfera politica, cui spetta indicare indirizzi e obiettivi di politica industriale e sociale, e autorità di regolazione economica competenti a promuovere concorrenza ed efficienza nel quadro fissato "più in alto". La poca trasparenza nell'allocazione delle funzioni regolatorie nei trasporti fra diversi "corpi" dello Stato e l'incompletezza di quelle attribuite all'ART delineano confini fra di essa e il livello politico e burocratico assai più labili di quanto inevitabilmente siano e di quelli che caratterizzano altre autorità settoriali; rischiano di alimentare il "sentimento" di servizio di interesse economico generale che ancora pervade la percezione dei trasporti, assai più che in ogni altro settore di *utilities*; introducono incertezza e contraddizioni sul chi fa chi in gangli vitali del settore - dalla regolamentazione delle infrastrutture di pressoché tutti i comparti, al trasporto pubblico locale; dilatano i tempi del processo regolatorio e ne alimentano l'incertezza sugli esiti; disincentivano l'afflusso di capitali privati in una fase in cui la crescente domanda mondiale di investimenti a lungo termine si scontra con un'insufficiente offerta di risparmio, anch'esso a lungo termine, sia pubblico che privato.

Il sistema regolatorio non dovrebbe sommare ai rischi propri del mercato rischi regolatori sproporzionati. Affinché raggiunga questo obiettivo il sistema deve essere "certo", caratterizzato da regole relativamente stabili (meglio se buone - il che non vuol dire che debbano essere blindate) e da un'articolazione delle competenze chiara, non barocca, snella, efficiente e terza.

E' auspicabile che la "riforma" della regolazione dei trasporti sia quanto prima completata secondo le linee suggerite. Purtroppo è lecito nutrire dubbi, anche tenuto conto delle vicende che hanno contrassegnato l'iter parlamentare di approvazione della legge delega di riforma della pubblica amministrazione, la quale prevedeva inizialmente la soppressione di uffici ministeriali con funzioni in sovrapposizione con quelle delle autorità indipendenti, e che è stata invece sostanzialmente modificata in sede di approvazione definitiva e tradotta in razionalizzazione "bidirezionale" delle competenze.