



Le priorità per la politica dei trasporti

21 ottobre 2013

Venezia Marittima – Terminal 103

Concorrenza, competitività e regolazione nei trasporti

Relazione di Mario Sebastiani



Schema

1 Introduzione	p	2
2 Un settore speciale	p	4
2.1 <i>Il peccato (comunitario) originale</i>	p.	4
2.2 <i>Come eravamo ancora alle soglie del 2000</i>	p.	10
3 Una storia non ancora archiviata	p	15
3.1 <i>Le privatizzazioni delle gestioni infrastrutturali</i>	p	17
3.2 <i>Gli obblighi di servizio pubblico vs. mercato: trasporto locale e ferrovie</i>	p	18
3.2.1 <i>Trasporto pubblico locale e trasporto ferroviario in generale</i>	p	18
3.2.2 <i>Ancora sul trasporto ferroviario</i>	p	28
3.3 <i>Il caso aeroporti</i>	p	34
4 Un assetto regolatorio efficace	p	41
5 Conclusioni e proposte prioritarie	p	44

1.- Introduzione¹

“Nessuno può sperare di comprendere i fenomeni economici di qualunque epoca senza un adeguato senso della storia”².

La citazione di Schumpeter non è per tirarla per le lunghe ma perché lo stato di arretratezza che, seppure in modo non uniforme, affligge il sistema dei trasporti, in Italia in particolare, ha cause lontane, in primo luogo culturali, che ancor oggi ne ostacolano modernizzazione e sviluppo. Queste cause vanno dunque guardate alla luce della storia, comunitaria e nazionale.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, i trasporti sono stati interessati da rilevanti processi di liberalizzazione. Pur con luci e ombre, con velocità diverse e in misura differenziata a seconda dei comparti che lo compongono, e in modo non uniforme fra gli Stati europei, la concorrenza sta cambiando un settore fino ad allora ingessato da monopoli pubblici e da spinte protezionistiche, ostaggio di una percezione universalistica dei suoi servizi, proiezione di un mal impostato “stato sociale”. Una vena che seguita a vivacchiare, più o meno sotterraneamente.

¹ Università di Roma ‘Tor Vergata’ (sebastiani@economia.uniroma2.it). Il testo trae spunti dalla Relazione presentata dall’autore al Convegno “I principali sviluppi del diritto della concorrenza dell’Unione europea e nazionale”, Associazione Italiana Antitrust, Roma 1° giugno 2013. Ringrazio per i commenti e i suggerimenti al presente testo ricevuti in particolare da Andrea Pezzoli, Piero Rubino e Pietro Spirito.

² J.A.Schumpeter, *Storia dell’analisi economica*, 1954, p. 15.

La “politica comune” ha ancora molta strada da fare per raggiungere l’obiettivo di un reale mercato unico dei trasporti, non ultimo a causa dei margini di flessibilità che le norme comunitarie di liberalizzazione hanno lasciato agli Stati³. Ed è mancata una politica industriale – comunitaria e, da noi, nazionale - capace di sfruttare appieno le opportunità offerte dalla concorrenza. Se infatti si mette da parte, come si dovrebbe, la concezione religiosa, salvifica della concorrenza, la storia dimostra che senza un’adeguata politica industriale e senza buone regole (e regolatori attrezzati) la concorrenza non necessariamente genera automaticamente competitività e sviluppo.

Vi è una corresponsabilità europea a questo riguardo, se ciò può consolarci. Storicamente il conflitto fra accentramento di poteri in capo all’Unione e autonomie degli Stati si è risolto con un compromesso: all’UE la politica della concorrenza, agli Stati le politiche industriali e sociali, ossia il governo delle infrastrutture e dei servizi in quanto avvertiti come di interesse economico generale. Intendendo per politica industriale e sociale il disegno delle reti, la programmazione, le decisioni circa le priorità, le missioni affidate alle imprese a controllo pubblico, la determinazione dei servizi da fornire in regime di obbligo di servizio pubblico, la scelta delle modalità di gestione, il finanziamento, ecc.

“Di nostro” ci abbiamo messo una politica industriale e sociale incoerente, omnicomprensiva e insieme di corto respiro, fatta per compartimenti e propizia a limitarsi a mettere toppe. Insomma, è mancata una politica industriale che con coerenza e sistematicità abbia perseguito obiettivi di sviluppo di lungo termine, in una visione di sistema e secondo priorità definite. E’ per questa ragione di fondo che dalla liberalizzazione del settore - che pure in alcuni comparti l’ha vista avanti rispetto ad altri Paesi europei - l’Italia non ha afferrato l’opportunità e lo stimolo per tradurre la concorrenza in competitività. Considerato il ruolo strategico della mobilità per lo sviluppo economico e sociale, la *vacatio* di politica industriale è ostacolo alla competitività dell’intero Paese e freno alla realizzazione di obiettivi sociali, ambientali e di coesione territoriale.

Il filo conduttore di questo contributo è l’opacità della demarcazione fra “Stato e mercato” in materia di trasporti, dove l’invadenza del primo si è realizzata all’insegna di una concezione pubblicistica della gestione dei servizi: nozione superata fin dal Trattato di Roma ma che da noi è stata più o meno dichiaratamente perseguita, con una vena non ancora spenta e con un’applicazione capovolta del principio di neutralità della proprietà.

I fatti passati in rassegna nelle sezioni 2 e 3 che seguono hanno la finalità di mettere in evidenza le scorie che, sotto i profili indicati, la storia ha consegnato al presente e di cui occorrerebbe liberarsi. Il fuoco dell’analisi è concentrato, per un verso, sui deficit della politica industriale e del sistema regolatorio; per altro verso sulla nozione estensiva degli obblighi di servizio, terreno di elezione della commistione pubblico-privato, qui esaminata in rapporto ai servizi locali, alle ferrovie, al trasporto aereo. Un orientamento “policistico” di gran lunga prevalente nel tempo ma che, proprio quando avrebbe dovuto essere applicato (vedi privatizzazioni di gestioni infrastrutturali), si è invece opportunisticamente convertito nel suo opposto.

³ Si pensi, ad esempio, alla disomogeneità del recepimento delle direttive comunitarie in materia di trasporto ferroviario o ai margini di elasticità consentiti dal Regolamento (CE) 1370/07 sul trasporto pubblico di passeggeri.

2.- Un settore speciale

2.1. Il peccato (comunitario) originario

L'attuazione di una politica comune europea dei trasporti è stata un processo particolarmente laborioso, avviato in ritardo e contrastato dagli Stati membri, sebbene - considerato il suo ruolo chiave per la realizzazione del mercato interno - costituisca parte integrante dell'azione della Comunità⁴. Essa è stata attuata - inizialmente e per molto tempo in via esclusiva – utilizzando la leva su cui l'Unione aveva più diretta capacità di manovra e gli Stati membri minori attribuzioni da contrapporre: la concorrenza. La bipartizione di funzioni fra centro e periferia è ben sintetizzata dalla rivendicazione del *potere esclusivo* della Comunità in materia di libera circolazione dei servizi di trasporto, a fronte di un *potere condiviso* con gli Stati membri quanto alle reti, alla sicurezza, all'ambiente, ecc.⁵. Solo in un secondo tempo – e solo per i progetti infrastrutturali giudicati di interesse comunitario e per assicurare la interoperabilità fra le reti – la Comunità si è attivamente spesa nella politica delle infrastrutture.

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.

Il panorama pre-liberalizzazione dei servizi a rete vedeva in quasi tutti gli Stati la presenza di monopoli pubblici verticalmente integrati: nelle telecomunicazioni, nell'energia, nelle poste, nei trasporti. Ciò che differenziava gli ultimi due dai primi era il divario strutturale fra costi e prezzi abbordabili – un divario amplificato dall'inefficienza dei monopolisti, da un'interpretazione alquanto generosa della nozione di abbordabilità e, nei trasporti, dal costo degli investimenti infrastrutturali: di qui il forte peso dei finanziamenti pubblici e un'accezione omnicomprensiva del diritto alla mobilità e della nozione di universalità.

Sebbene l'articolo (oggi) 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che attribuisce agli Stati membri ampia discrezionalità nel fissare perimetro, obiettivi e asticella di adeguatezza dei servizi di interesse economico generale, sia stato introdotto solo nel 1997 dal Trattato di Amsterdam, questo diritto era comunque da sempre riconosciuto loro, che infatti sul terreno dei trasporti vi avevano fatto inusuale ricorso, in ciò favoriti dal dichiarato "*benign neglect*" della Commissione^{6,7}. Situazione per molti versi opposta caratterizzava settori quali le

⁴ Cfr. ad esempio l'art. 3, lettera f) del Trattato CE.

⁵ Cfr. al riguardo Commissione europea, *Lo sviluppo futuro della politica comune dei trasporti. Una strategia globale per la realizzazione di un quadro comunitario atto a garantire una mobilità sostenibile*, Comunicazione del 2 dicembre 1992 [COM (92)494 def.], paragrafi 43-44. Ciò è del resto previsto dal TFUE che prevede per i trasporti la competenza concorrente dell'Unione con gli Stati membri (art. 4, lettera g).

⁶ Cfr. ad esempio il Libro Verde sui servizi di interesse economico generale (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). "*Per quanto riguarda la partecipazione dello stato nella fornitura di servizi di interesse generale, spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)*" (par. 79).

⁷ Da notare che, rispetto all'art 16 del precedente TCE, l'art. 14 del TFUE, aggiunge la non trascurabile previsione,

telecomunicazioni e l'energia; qui i servizi erano potenzialmente remunerativi, residuali quelli che rientrano nei servizi di interesse economico generale, e le imprese (si pensi all'ENI) erano state costrette a farsi le ossa confrontandosi a livello mondiale. La percezione era dunque che nell'un caso i processi di liberalizzazione avrebbero redistribuito le rendite a favore dei consumatori, mentre negli altri si paventava che avrebbero messo a rischio la loro missione sociale o prodotto oneri aggiuntivi a carico dei contribuenti. O le due cose insieme.

In conclusione, la consistenza degli investimenti, la rilevanza sotto il profilo sociale, l'invasività delle regolamentazioni nazionali e le difformità fra i vari Stati, la struttura largamente monopolistica e insieme la coesistenza fra imprese di dimensioni assai diverse, la dipendenza da risorse pubbliche: tutti questi elementi, a cui se ne aggiungono altri a seconda dei comparti, spiegano le resistenze degli Stati al processo di "comunitarizzazione" dei trasporti, la rivendicazione di vie nazionali di politica industriale e, di conseguenza, la cautela della Comunità nell'intervenire sul settore.

La **"specialità" dei trasporti**, peraltro, era già iscritta nel Trattato di Roma e tutt'ora lo è nel TFUE, dove il settore è oggetto di un "titolo" separato (oggi il Titolo VI, artt. 90-100). Inoltre, solo per i trasporti si fa riferimento nel Trattato alla nozione di pubblico servizio e solo per essi vi è una espressa deroga alla disciplina sugli aiuti di Stato⁸.

Il fatto di essere oggetto di una disciplina speciale in materia di libera circolazione dei servizi⁹ ha inizialmente alimentato il dibattito, fomentato dagli Stati membri, se il settore fosse o meno soggetto 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 affatto¹⁰. Così, per un verso un Regolamento del 1962 stabiliva l'applicabilità a tutti i settori economici delle regole della concorrenza in materia di accordi, pratiche concordate e abusi di posizione dominante; per l'altro ne è immediatamente seguito un altro che la sospendeva per un triennio per trasporti terrestri e a tempo indeterminato per quelli aerei e marittimi (per questi ultimi *"considerando [...] che nel campo della navigazione marittima e area non si può prevedere se e quando il Consiglio adotterà disposizioni appropriate [in materia di politica comune]"*)¹¹.

che estende la discrezionalità di scelta degli Stati membri: *"Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi"* (enfasi aggiunta).

⁸ *"Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità di coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio"* (art. 93, TFUE).

⁹ *"La libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti"* (TFUE, art. 58).

¹⁰ 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

¹¹ Rispettivamente: Regolamento 17/62 del 17 del 6 febbraio 1962 del Consiglio, relativo alla applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, e Regolamento 141/62 del 26 novembre 1962 del Consiglio relativo alla non applicazione del Regolamento n. 17/62 del Consiglio al settore dei trasporti.

Si è già anticipato che solo per i trasporti 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 TFUE, a condizioni ben meno stringenti dalla quarta condizione *Altmark*^{12,13}. Questa "generosità" e la poca vigilanza esercitata dalla Commissione, è causa non secondaria dell'estensione dei servizi di trasporto "onerati" e della loro scarsa efficienza, così come della dispendiosità in termini di finanza pubblica.

La contrapposizione fra Commissione europea e il conservatorismo degli Stati membri è stata risolta dalla Corte di giustizia europea (CGE)¹⁴ 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 TFUE¹⁵.

Il percorso comunitario nel campo trasportistico ha visto in cinquant'anni azioni diverse alla ricerca del conseguimento obiettivi via via più ambiziosi: l'abbattimento delle barriere normative, l'armonizzazione dei sistemi legislativi, regolamentari e tecnici nazionali, la definizione di un sistema europeo dei trasporti. Un percorso accidentato, caratterizzato da un'iniziale stasi, da

¹² Le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale (SIEG) possono ricevere sovvenzioni a fronte degli obblighi di servizio pubblico loro imposti. Si è quindi posto da tempo il problema di stabilire se tali sovvenzioni debbano o meno essere considerate aiuti di Stato e, nel caso, quali condizioni debbano essere rispettate perché l'aiuto possa essere considerato compatibile con il diritto europeo. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla qualificazione o meno del sostegno come aiuto è stata a lungo ondivaga, determinando una situazione di notevole incertezza: dalla risposta alla questione dipende infatti l'obbligo per lo Stato membro di notificare la misura e di attendere la pronuncia della Commissione prima di erogare l'aiuto. Nel 2003 con la sentenza *Altmark* (Caso C-280/00) la Corte di Giustizia ha cercato di risolvere una volta per tutte la questione identificando i requisiti che devono essere soddisfatti perché la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisca aiuto ai sensi dell'articolo 107 TFUE e pertanto non sia soggetta agli obblighi di notifica di cui all'articolo 108. Per le compensazioni che non soddisfano i criteri di *Altmark* e quindi configurano un aiuto di Stato occorre valutare la compatibilità con il diritto europeo ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE. In base alla sentenza *Altmark*, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisce aiuto quando sono soddisfatti quattro criteri: (a) l'impresa beneficiaria è effettivamente incaricata dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, che devono essere definiti in modo chiaro; (b) il calcolo della compensazione è effettuato in base a parametri preventivamente definiti in modo obiettivo e trasparente; (c) la compensazione non eccede quanto necessario a coprire i costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico (costi netti aggiuntivi), tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole; (d) la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimenti degli obblighi di servizio pubblico è effettuata nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività. Se la scelta dell'impresa, in un caso specifico, avviene al di fuori di una tale procedura la compensazione deve essere calcolata in base a un'analisi dei costi che dovrebbe sopportare un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi per svolgere il servizio. Ebbene, ai sensi del Regolamento 1370/07/CE, in caso di affidamento diretto, la compatibilità è assicurata dalla congruità della compensazione non in base a costi efficienti ma a quelli effettivamente sostenuti dalla specifica impresa affidataria.

¹³ Su 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).

¹⁴ CGE, Sentenza 4 aprile 1974, C-167/73 (*Marinai francesi*); Sentenza 28 novembre 1978, C-97/78; Sentenza 30 aprile 1986, C-209/84 (*Nouvelles Frontières*); Sentenza 13 luglio 1989, C-4/88 (*Lambrechts Transportbedrijf*); Sentenza 13 dicembre 1989, C-49/89 (*Corsica Ferries*).

¹⁵ 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.

accelerazioni e da qualche frenata; un percorso non lineare dunque e non scontato in partenza.

Infatti il perseguimento dell'obiettivo più ambizioso – la messa a sistema del trasporto europeo, non più come somma di mercati nazionali – poteva apparire scontato sotto il profilo della razionalità complessiva, ma è da dubitare che, stante le norme del TR, rientrasse nelle competenze comunitarie.

Per restare a un periodo più remoto, liberalizzazione e armonizzazione delle “particolarità” nazionali (mettendo sotto questo titolo le legislazioni e gli aspetti tecnico-operativi) avrebbero dovuto andare di pari passo, posto che l'integrazione fra i mercati e lo spiegamento della concorrenza richiedevano che non fossero distorte da condizioni nazionali tali da comportare, ad esempio, livelli di costo diversi fra le imprese o ostacoli alla libertà di stabilimento. Tuttavia, mentre le regole di concorrenza potevano essere direttamente “enforced”, il processo di armonizzazione richiedeva la collaborazione degli Stati (direttamente e attraverso il Consiglio europeo), tutt'altro che propensi a darla. Di conseguenza, a voler sincronizzare le due azioni si rischiava di rallentare l'attuazione della politica comune dei trasporti.

Sul punto è intervenuta nel 1985 una storica sentenza della CGE nella causa proposta dal Parlamento e dalla Commissione europea contro il Consiglio¹⁶. Il testo della sentenza è un vivido e dettagliato resoconto del ventennale conflitto che vedeva le prime due istituzioni comunitarie contrapporsi alla terza, le une più attente alle previsioni del TR in materia di politica comune dei trasporti, l'altro più sensibile alle istanze conservatrici degli Stati. La sentenza sanciva la carenza del Consiglio nell'esprimersi e nel tradurre in atti normativi le numerose proposte avanzate dalla Commissione a partire dal 1965 e – constatando l'inerzia del Consiglio in materia di armonizzazione - stabiliva il principio del primato della liberalizzazione sulla armonizzazione delle legislazioni nazionali. 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”*¹⁷.

Purtroppo la riaffermazione del primato della concorrenza ha sì ridotto il potere di boicottaggio degli Stati membri, ma non ha generato una cabina di regia comunitaria che unisse le politiche della concorrenza con quelle di armonizzazione e, più ampiamente, con le politiche industriali.

Agli ostacoli alla concorrenza, comuni al settore e di cui si è detto sopra, se ne aggiungevano altri, peculiari ai singoli comparti e di segno opposto: l'essere alcuni comparti protetti da barriere “naturali” alla concorrenza (l'essere mercati di dimensione nazionale o locale - tipicamente le

¹⁶ CGE, Sentenza 22 maggio 1985, C-13/83 (Parlamento contro Consiglio): *“Il Consiglio ha ommesso, in violazione del Trattato, di garantire la libera prestazione di servizi in fatto di trasporti internazionali e di stabilire le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali in uno Stato membro”* (par. 78).

¹⁷ 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.

ferrovie e il trasporto pubblico locale); e l'essere altri "troppo" esposti alla concorrenza mondiale (il trasporto aereo e quello marittimo), dove gli Stati avevano da battersi contro il "resto del mondo".

L'essere state – le **ferrovie** - concepite, organizzate e disciplinate in ottiche puramente nazionali, l'assenza di interoperabilità infrastrutturale e operativa che facevano del sistema ferroviario europeo un mosaico di reti nazionali, gli elevati costi di infrastruttura non recuperabili con introiti di mercato, la loro vocazione di trasporto di massa e la pervasività degli obblighi di servizio imposti loro¹⁸, l'esistenza di oneri impropri a carico delle imprese ferroviarie e gli handicap competitivi con altre modalità di trasporto, gli alti livelli di indebitamento: tutti questi fattori congiuravano nel frenare le istanze liberalizzatorie. Dal canto suo il **trasporto pubblico locale** era considerato monopolio naturale da fornire in blocco in regime di obblighi di servizio, e i gestori braccio operativo delle amministrazioni pubbliche: esemplare la libertà che ancor oggi, con il Regolamento 1370/07/CE, l'Unione sembra (ma su questo si torna nella sezione 3.2) lasciare a Stati e Regioni di fornire in proprio, in gestione diretta o in *in house providing*, servizi pubblici di trasporto di passeggeri imponendo procedure concorsuali di affidamento di diritti esclusivi solo in caso di ricorso a terzi (con la non trascurabile deroga per i servizi ferroviari).

Sul lato opposto, settori dove gli Stati membri avevano da combattere con una concorrenza su scala mondiale e non avevano quindi la minima intenzione di aprire anche un fronte comunitario. Nonostante l'accelerazione che poi ha preso, per molti decenni l'attuazione di una politica comune del trasporto aereo e marittimo ha presentato difficoltà peculiari, tanto da farne un caso nel caso. E' significativo il fatto che, insieme a quello marittimo, esso sia stato sottratto dal Trattato al quadro di norme che disciplinavano i trasporti. L'art. 84, comma 2, del TR infatti stabiliva che "*Il Consiglio, con deliberazione unanime, potrà decidere se, in quale misura e con quale procedura, potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea*"¹⁹. In altre parole, non vi erano principi e obiettivi – come per il trasporto terrestre - a cui dare obbligatoriamente attuazione, seppure graduale; tutto sembrava rimesso – nel se, nel come e nella misura - agli orientamenti del Consiglio europeo. Pur contestando il diffuso convincimento fra gli Stati membri che il trasporto aereo e quello marittimo fossero addirittura al di fuori del Trattato²⁰, a oltre vent'anni dalla sua entrata in vigore la Commissione mostrava particolare cautela circa l'opportunità di estendere al settore aereo le regole della concorrenza (cosa che comincerà ad avvenire solo nel 1987). Né d'altra parte, data la sospensione imposta dal citato regolamento 141/62 e l'opposizione del Consiglio, aveva poteri per assicurarne l'*enforcement*^{21,22}.

¹⁸ Si veda al riguardo L.Carpaneto, *Il diritto comunitario dei trasporti fra sussidiarietà e mercato: il caso del trasporto ferroviario*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 169-170.

¹⁹ Poi corretto nel Trattato CE in "*deliberazione a maggioranza qualificata*" (art. 80, comma 2), per assumere infine nel TFUE la seguente formulazione: "*Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire le opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea. Essi deliberano previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni*" (art. 100, comma 2).

²⁰ Cfr. al riguardo A.Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET, Milano 2007, p. 866.

²¹ Cfr. al riguardo Commissione europea, *Contributo delle Comunità europee allo sviluppo dei servizi di trasporto aereo*, Memorandum 4 luglio 1979 [COM (79)311], in particolare par. 14 e 68-69.

Paradossalmente, era proprio l'estrema "mobilità" del **trasporto aereo**, l'assenza di barriere tecniche alla concorrenza, ad alimentare le preoccupazioni degli Stati nazionali sulla radicalità degli effetti del mercato unico. Per converso, sarà proprio questa caratteristica a rendere inarrestabile l'onda della liberalizzazione, una volta rotti gli argini normativi.

Così, fino alla fine degli anni '80 i servizi di trasporto aereo di linea erano svolti dai vettori nazionali attraverso concessioni statali che, per collegamenti internazionali, erano esercitate sulla base di accordi bilaterali di traffico fra gli Stati, e gli Stati comunitari venivano considerati gli uni con gli altri "terzi", alla stregua di quelli non appartenenti alla Comunità. Gli accordi bilaterali regolamentavano minuziosamente i diritti di traffico di linea secondo criteri di reciprocità, fissando regimi di mono o pluridesignazione²³, i punti di origine e di destinazione, le frequenze, la ripartizione della capacità fra i vettori dei paesi interessati, le tariffe, quasi sempre il vincolo di nazionalità dei vettori designati. L'assegnazione degli *slots* aeroportuali seguiva i diritti di traffico assegnati dagli Stati ed era comunque governata dalle compagnie di bandiera, di fatto le uniche designate a operare.

In questo stato di cose non vi era spazio per l'applicazione al settore delle regole generali di concorrenza, posto che non vi era concorrenza intracomunitaria se non "regolamentata" su base di reciprocità dagli accordi bilaterali. Non aveva dunque molto senso ipotizzare la repressione di abusi di posizione dominante o il controllo delle intese, o anche limitazioni agli aiuti di Stato.

Questo regime dirigista valeva tanto più per gli **aeroporti**, considerati a tutti gli effetti monopoli naturali, la programmazione del cui sviluppo, il finanziamento e la gestione rientravano nella potestà esclusiva degli Stati. Eventuali discriminazioni all'accesso agli *slots* o ai servizi aeroportuali a danno di vettori non nazionali, infatti, sarebbero stati seguiti da ritorsioni da parte degli Stati lesi, i quali direttamente o indirettamente mantenevano un saldo controllo sulle gestioni aeroportuali^{24,25} e sulle compagnie di bandiera. In sostanza, suppliva alla assenza di regole di

²² Sono molti i fattori che concorrono a spiegare il conservatorismo della politica comunitaria in materia di trasporto aereo, in particolare quanto all'apertura del mercato e alla applicazione delle regole della concorrenza. Parte di essi sono comuni ad altri comparti del settore, parte specifici del trasporto aereo: (i) la natura dei trasporti come (potenzialmente) servizi di interesse economico generale, con la conseguente "riserva" a favore degli Stati membri quanto alle condizioni di offerta e la possibile sottrazione ai principi di libera prestazione; (ii) la presenza di una regolamentazione da parte delle Nazioni Unite (attraverso l'ICAO) e di pratiche tariffarie concordate in sede IATA; (iii) il sistema di accordi bilaterali di traffico e la conseguente difficoltà della Comunità di interferire in una materia nella quale la Convenzione di Chicago riconosceva agli Stati piena ed esclusiva sovranità nazionale; (iv) il timore da parte degli Stati di "effetti domino", che si rifletteva nell'opposizione ad "intrusioni" della Comunità anche laddove (i servizi intracomunitari) questa avrebbe avuto titolo per intervenire; (v) l'inclinazione degli Stati a considerare i collegamenti aerei internazionali anche come strumenti di politica estera; (vi) la difesa dei campioni nazionali.

²³ Gli accordi potevano prevedere l'operare di un solo vettore per ciascun Paese interessato dall'accordo oppure più vettori per ciascuna parte. Parimenti potevano prevedere un'unica città oppure più città servite per Paese.

²⁴ Da notare al riguardo la Proposta della Commissione al Consiglio relativa alla non discriminazione e allo statu quo nel settore dei trasporti aerei [COM (84) 072 def.] che vincola gli Stati membri a "*prendere provvedimenti per garantire che le disposizioni aeroportuali – ivi compresi i sistema o i sistemi di assegnazione delle fasce orarie – non siano meno favorevoli, nei loro effetti diretti o indiretti, sia per i vettori aerei degli altri Stati membri che per i vettori aerei nazionali*" (art. 2). Ciononostante, sarà necessaria l'apertura di una procedura di infrazione a carico dell'Italia (e di altri paesi) per eliminare – nell'anno 2000, cioè a liberalizzazione compiuta – il differenziale nei diritti aeroportuali fra voli domestici e voli intracomunitari.

²⁵ La prima privatizzazione aeroportuale, quella di *British Airport Authority*, avverrà nel 1987.

concorrenza una sorta di *countervailing power*, ogni compagnia di bandiera avendo dietro di sé la protezione del suo Stato di appartenenza.

Non è un caso che, diversamente da altri comparti del trasporto – tanto più, diversamente da altri settori – l’UE si sia a lungo guardata dall’intervenire in materia di regolamentazione delle tariffe aeroportuali. Solo nel 2009 è stata emanata, dopo una gestazione la cui durata ultradecennale la dice lunga sulle resistenze degli Stati, una direttiva al riguardo²⁶, che lascia agli Stati ampi margini di manovra – mal tradotti a casa nostra, come si avrà modo di dire poi.

Lato mare (il trasporto internazionale di merci), il Regolamento 4056/86/CEE – sopravvissuto fino al 2008²⁷ - introduceva un’esonazione in blocco dall’applicazione dell’art. (ora) 101 del TFUE, argomentando che le “conferenze marittime” rispondevano alle condizioni stabilite dal comma 3 del predetto articolo. Si trattava di un regime motivato dalla circostanza che “[...] *queste conferenze esercitano un ruolo stabilizzatore atto a garantire servizi affidabili ai caricatori; che esse contribuiscono in genere ad assicurare un’offerta di servizi di trasporto marittimo regolari, sufficienti ed efficaci, tenendo inoltre equamente conto degli interessi degli utenti; che questi risultati non possono essere ottenuti senza la cooperazione che le compagnie marittime organizzano in seno alle suddette conferenze in materia di tariffe e eventualmente di offerta di capacità o di ripartizione del tonnellaggio da trasportare, e anche delle entrate [...]*” (considerando n. 8). E’ verosimile che gli accordi celassero anche ripartizioni di mercato e altro. Gli operatori hanno anzi interpretato in modo estensivo la portata delle conferenze, estendendola anche ai servizi ancillari “lato porto” e ai servizi di trasporto “lato entroterra”.

2.2.- Come eravamo ancora alle soglie del 2000

Ciò che ha segnato l’intera storia dei trasporti (in Europa e, più prolungatamente in Italia) è l’uso estensivo di quella sua “specialità”, iscritta nei trattati e dianzi ricordata. In particolare, l’ambivalenza delle “vocazioni” che i governi, e più in generale, le società, hanno assegnato alle imprese del settore: (i) strumento per lo sviluppo delle economie e della coesione sociale e territoriale, il cui apporto va misurato dal servizio che rende alla società (un settore di servizio); e (ii) settore produttivo che “vale di per sé” e che, alla stregua di ogni altro, va reso efficiente, profittevole, aperto a capitali privati. Vocazione già inappropriata per le imprese pubbliche, tanto più se trasferita a quelle private.

Le due visioni sono in sé entrambe corrette e dovrebbero poter essere complementari. In un sistema economico tutto si tiene, tutti i settori produttivi, interagendo con gli altri, fornendo ad essi input e acquistandone, sono “di servizio”. Nella maggior parte dei settori ciò non ha impedito di trovare un’accettabile ricomposizione fra le due istanze: una ricomposizione prodotta dalla “mano invisibile” del mercato o pilotata dai pubblici poteri in mercati regolamentati, a seconda della natura dei beni e servizi, del progresso tecnico, della dinamica della domanda e della struttura dell’offerta.

²⁶ Direttiva 2009/12/CD del Parlamento europeo e del Consiglio concernente i diritti aeroportuali, recepita nell’ordinamento italiano dagli artt. 71-81 del decreto legge 1/2012.

²⁷ Poi modificato dal Regolamento (CE) 1/2003 e da ultimo abrogato, a far data dal 18 ottobre 2008, dal Regolamento (CE) 1419/2006.

Nel tempo questa riconciliazione verrà trovata anche per settori che forniscono beni essenziali, quali le comunicazioni e l'energia. Più complessa si è rivelata l'operazione nel campo dei trasporti, in forza delle peculiarità – reali o artificiose che siano - ricordate prima .

Con diverse velocità e con differenti varianti, questa evoluzione ha a lungo faticato ad affermarsi nelle società e nei governi degli Stati comunitari. Ed è prevalsa allorché si è proceduto a demarcare quei servizi di trasporto che, alla stregua di ogni altro settore, avrebbero potuto essere offerti in una logica di mercato, di interscambio con gli altri settori, da quelli che invece andavano inquadrati nella logica della solidarietà sociale e della coesione territoriale. In altre parole, quando si sono cominciati ad applicare con serietà e senza indulgenze i principi comunitari di sussidiarietà degli interventi e di proporzionalità delle misure a sostegno di essi. E ad adeguarli nel tempo, posto che l'area dei servizi di mercato e l'area dei servizi sociali sono caratterizzate da confini mobili.

Dove invece un equilibrio è, quasi per ipotesi, da escludere è quando il settore sia considerato “al servizio” della società, implicitamente accollandogli, estensivamente e per intero, obblighi di servizio pubblico. A questo handicap di fondo, a lungo comune ad altri paesi europei, altri se ne sono aggiunti in Italia: la priorità di fatto attribuita allo sviluppo del trasporto individuale rispetto a quello collettivo (specchio del prevalere, più in generale, dei consumi individuali su a quelli collettivi), da un lato, e il prevalere della ricerca del consenso politico immediato sul calcolo dei costi e benefici sociali a lungo termine, dall'altro.

Discende da quanto sopra la peculiarità storica di molte aziende di trasporto europee “**di bandiera**”: quella di essere state - talvolta di essere tuttora - doppiamente monopolisti: monopolisti nell'offerta di servizi di trasporto, ovviamente, ma anche monopolisti nella domanda di molti *assets* (dal materiale rotabile, agli appalti per la costruzione di infrastrutture, al lavoro, ecc., se stiamo alle ferrovie, che rappresentano un bel pezzo di storia patria), come invece si tende a trascurare. Monopolisti due volte, dunque, ma atipici. Ogni monopolista che si rispetti si sforza infatti di sfruttare il proprio potere di mercato per ottenere le condizioni più vantaggiose: cerca di vendere a prezzi più alti di quanto riuscirebbe a fare un operatore in concorrenza e cerca di comprare a prezzi più bassi di quelli che sarebbe costretto a pagare se si trovasse in quella condizione. Se non c'è un regolatore forte normalmente ci riesce. Anche sotto questo profilo molte imprese pubbliche di trasporto (Ferrovie dello Stato, Alitalia, Finmare) hanno storicamente dimostrato la loro specificità: hanno sistematicamente venduto sottocosto e acquistato a prezzi spesso oltre misura.

Le ragioni sono varie, ma vi è una *causa causans* che non può essere addebitata solo alle perversioni del monopolio o all'autolesionismo degli operatori, ma che ha carattere “ambientale” ed è il prodotto del convergere di una vastissima messe di interessi e, in definitiva, di una radicata arretratezza culturale.

Di fondo, vi è stata nella società europea (la vena non è del tutto spenta, specie da noi) la percezione che il trasporto avesse, strutturalmente e per intero, natura di servizio sociale piuttosto che di attività orientata al mercato, e che l'introduzione di logiche di mercato ne avrebbe compromesso la “naturale” vocazione. E' proprio lo scudo del servizio sociale che ha fatto di quello trasportistico un settore protetto: non a caso la liberalizzazione europea è arrivata tardi qui.

Questa generale percezione, che si è inevitabilmente travasata nella convinzione della natura pubblicistica della gestione dei servizi di trasporto (nell'identificazione fra servizi pubblici e imprese pubbliche), ha fatto sì che fra funzioni pubblicistiche delle imprese venisse fatta rientrare quella di essere erogatrici di sussidi per conto degli Stati, nella forma, appunto, di bassi prezzi di vendita e di alti prezzi di acquisto: nel mercato del lavoro, come in quello degli appalti e delle forniture. Dunque, un settore protetto sì, ma alquanto "protettivo". Un settore generoso.

Il fenomeno è stato peraltro propiziato dalle asimmetrie della regolamentazione europea sui sussidi e sugli aiuti di stato, come si è visto tollerante con le aziende di trasporto, più rigida con gli altri settori: di qui la convenienza per gli Stati ad alimentare il canale delle aziende pubbliche di trasporto a favore di soggetti che non avrebbero potuto beneficiare di sussidi in via diretta. Né va dimenticato che fino ad alcuni anni fa lo Stato italiano è stato azionista di imprese che operavano sui due lati del mercato (ad esempio, nell'industria ferroviaria, in quella aeronautica, in quella navale), cosicché le transazioni fra di esse erano in certo modo interne al sistema, con compensazione di costi e di benefici.

A mero titolo esemplificativo, **Ferrovie dello Stato** era sottoposta agli obblighi della Legge Organica del 1907²⁸, la quale aveva stabilito che nella acquisizione di materiali (fissi, mobili e di armamento) venisse data preferenza all'industria nazionale, a condizione che le condizioni praticate da quest'ultima non eccedessero in gravosità il 50% dell'offerta media estera! Era inoltre prevista una riserva a favore del Mezzogiorno, relativamente al 30% delle forniture e al 40% degli investimenti. L'applicazione di questa norma, chiaramente in violazione della concorrenza e di ogni criterio di economicità, sopravvisse fino agli anni '80 inoltrati e anzi, a partire dal 1971, comportò l'erogazione di compensazioni da parte dello Stato legittimate dal Regolamento 1192/69/CEE sulla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie e la compensazione per disparità delle condizioni rispetto alle altre modalità di trasporto: segno che la protezione delle industrie fornitrici nazionali era pratica diffusa in tutta Europa. Anziché abolire il vincolo, che avrebbe incontrato l'opposizione dell'industria nazionale, si preferì compensare le perdite.

Per oltre un trentennio Ferrovie dello Stato è stata utilizzata come ammortizzatore sociale: si racconta che sul finire degli '70 il governo italiano decise che vi erano "troppi giovani a contestare nelle strade" e che la cura doveva consistere nel farne assumere cinquantamila alle Ferrovie e altrettanti alla Poste. A questi se ne aggiunsero molti altri che l'Azienda assunse *motu proprio*. Così il costo del lavoro per addetto è aumentato (a lire costanti 1998) di oltre quattro volte dal 1951 al 1990, con un'accelerazione molto forte a partire dalla metà degli anni '60, in concomitanza con l'impennata delle assunzioni; il costo del personale, che nell'anteguerra era pari al 45% dei ricavi da mercato (esclusi introiti per obblighi di servizio pubblico), crebbe costantemente fino a superare di oltre tre volte i ricavi negli anni '80.

Ancora nel 1993 veniva rinnovata a Ferrovie dello Stato la concessione²⁹, il cui oggetto era "indifferenziato", riguardando sia la gestione dell'infrastruttura che l'esercizio dei servizi di

²⁸ Legge 429/1907.

²⁹ D.M. 26 novembre 1993, n. 225T.

trasporto; solo nel 2000 il regime concessorio per la parte relativa ai servizi ferroviari non in obbligo di servizio pubblico verrà rimosso e sostituito con quello dell'autorizzazione³⁰.

In conclusione, al di là dei tentativi di riforma avviati con la Direttiva Prodi del 1997, subito ridimensionata dalla Direttiva D'Alema, fino a tutti gli anni '90, causa il combinato disposto della proprietà pubblica, del regime concessorio e dell'esclusività dell'oggetto della propria attività, Ferrovie dello Stato poteva dirsi possedere i requisiti sostanziali dell' *in house*.

Sul fronte degli investimenti è emblematica la vicenda dell'alta velocità ferroviaria. Siamo stati fra i primi Paesi europei a pensare all'alta velocità, ma ci sono voluti vent'anni (1970-1992) per realizzare la sola direttissima Roma-Firenze (contro solo otto anni per i 700 chilometri dell'autostrada del sole). Altri paesi, quali la Francia, la Spagna e la Germania, hanno avviato i lavori molto dopo ma dispongono oggi di una rete incomparabilmente più vasta, a costi unitari di realizzazione di gran lunga inferiori³¹.

Lato "aria" il nanismo dei nostri vettori, che è oggi la causa maggiore della loro debolezza, è il risultato di una *summa* di devastazioni "ambientali" e di occasioni perdute.

Il destino di **Alitalia**, vittima e complice, era annunciato fin dalla fine degli anni '80. Il lento processo di incubazione della liberalizzazione e il crono-programma che per tempo era stato annunciato dalla Commissione sono stati da altri paesi europei impiegati per rafforzare i propri campioni nazionali in vista della competizione allargata che si andava annunciando; dopo, con il moltiplicarsi delle vie di fuga del traffico, sarebbe stato troppo tardi. Da noi, ancora una volta, quel tempo è stata impiegato a tamponare le falle, mantenere la pace sociale, tenere alta la "bandiera" (sorreggendola a forza): di qui le protezioni accordate e il simmetrico corrispettivo di vincoli, privilegi sindacali e interferenze politiche, le ricapitalizzazioni tardive e non risolutive, le alleanze fallite, la polverizzazione degli aeroporti e quella delle compagnie, agevolata dal poco rigore nel concedere e mantenere licenze di vettore aereo.

Fino agli inizi degli anni '90 i servizi aerei di linea erano esercitati in regime di concessione, in Italia quasi esclusivamente dal Alitalia. La concezione degli anni '70-'80 è bene delineata dal Ministero dei trasporti: "[...] *se è vero che la concessione delle linee rappresenta il presupposto giuridico per la loro realizzazione, in realtà sono state e sono le scelte dei vettori aerei – basate sui loro programmi aziendali e sulla disponibilità di macchine, di equipaggi, ecc. – a influenzare l'istituzione e la concessione di servizi aerei ed a deciderne in concreto l'esercizio*". Occorre invece *"una decisa inversione di tendenza nel senso di assicurare in pieno la funzione*

³⁰ Legge 388/2000, art. 131, comma 1.

³¹ Se è lecita una notazione personale, negli anni 1995-96 venne istituito un tavolo interministeriale trasporti-ambiente, coordinato da me, in quanto consigliere economico del Ministro dei trasporti, e finalizzato a ridurre il dissenso riguardo alla costruzione della linea ad alta velocità Torino-Milano-Roma – dissenso generato soprattutto dall'inquinamento elettromagnetico ("troppi volt") e acustico. L'accordo fu trovato su un terreno che, a conti fatti, per un verso si rivelerà solo nominalistico (la trasformazione del "nome" da alta velocità ad alta capacità, sì da permettere anche il transito di merci, decongestionare le strade, ridurre le emissioni, ecc.), per altro verso comporterà ulteriori aggravati di costo (le merci pesano e ingombrano – dunque sedimi più resistenti e gallerie più ampie, ecc). Soluzione nominalistica e onerosa, a conti fatti, in quanto non sembra che la rete AC sia oggi molto frequentata da treni merci.

programmatica dello Stato in sede di istituzione delle linee, indipendentemente da una preventiva richiesta dei vettori [...]³². In buona sostanza il documento programmatico del Ministero rivendicava una sorta di obbligo di servizio pubblico in capo al vettore concessionario, negandogli il diritto di operare secondo criteri di convenienza economica (un quadro che troviamo ancor oggi nel trasporto pubblico locale e regionale). Finito il tempo delle cannoniere, la bandiera italiana doveva sventolare ovunque e “a prescindere”, all'estero come nei comuni italiani.

Il dirigismo era sì una camicia di forza, ma anche una camicia protettiva. La convenzione stipulata con Alitalia nel 1979, di validità decennale, è significativa sotto più aspetti: il sostanziale monopolio assegnato alla Società, da un lato, e il trattamento da ente pubblico riservato ad essa e ai gestori aeroportuali. Così come significativo è che – seppure con contenuti attenuati – la convenzione verrà rinnovata nel 1992, dopo la pubblicazione del III e ultimo pacchetto di liberalizzazione del trasporto aereo comunitario, mantenendo in capo ad Alitalia diritti esclusivi sul traffico extra-comunitario e, più ancora, la clausola di prelazione sui collegamenti non attivati, che di fatto a lungo venne utilizzata come strumento di interdizione all'accesso di concorrenti³³. La caparbia con cui la compagnia tentò di mantenere in vita la convenzione – da ultimo giustificata come dote da portare alla (sperata) alleanza con KLM - venne vinta solo nel 1997, nel contesto della procedura per aiuti di Stato per la ricapitalizzazione della compagnia.

Per il resto, limitandoci alle partecipazioni dello Stato in Alitalia e in **Aeroporti di Roma**, qui più che altrove si trovavano a convergere le tante anime dello Stato: azionista, concedente, finanziatore, regolatore, protettore dell'industria aerea nazionale, tutore dei lavoratori. Molto più tardi si converrà che l'accentramento di questa messe di ruoli era portatore di cospicui conflitti di interesse – *vexata quaestio* per molti versi tuttora pendente; fino agli anni '90 inoltrati appariva invece come una felice combinazione di strumenti complementari al servizio della “politica industriale”. Per un verso Aeroporti di Roma gestiva il sistema aeroportuale della Capitale, terminale di gran parte del traffico nazionale e di quello internazionale, che all'epoca era considerato uno strumento fondamentale di politica estera. A questo si sommava la proprietà pubblica di Alitalia, che per tutto il sottoperiodo sarà pressoché monopolista sul lato italiano. Come quelli con Ferrovie dello Stato, anche i rapporti fra Stato e AdR e, per più versi, quello fra Stato e Alitalia per molto tempo possono essere assimilati al modello *in house*: un soggetto giuridicamente esterno alla Amministrazione pubblica, sulla quale però questa esercita un “controllo analogo” a quello che avrebbe su di un soggetto al suo interno e che svolge in larga prevalenza servizi richiesti dalla Amministrazione stessa, i servizi aeroportuali e quelli aerei essendo prestati alla collettività in nome di un superiore interesse pubblico e dunque “per conto” dello Stato. Non a caso, non solo AdR ma

³² Ministero dei trasporti, *Quadro di riferimento per il piano settoriale del trasporto aereo*, 1979, p. 15.

³³ Ancora una notazione personale. Nel 1997 coordinavo una commissione ministeriale, che avevo insistito affinché fosse istituita, per la riforma del regolamento di allocazione dei diritti di traffico sui collegamenti extra-UE fra le compagnie aeree, in particolare quelli che Alitalia non aveva mai attivato e dai quali avrebbe dovuto essere considerata decaduta, ai sensi della stessa Convenzione con lo Stato. Il nuovo regolamento, che individuava parametri oggettivi ed equilibrati, venne poi varato e, riferiscono fonti comunitarie, molto apprezzato a Bruxelles. Ebbene, nel corso dei lavori si dovette resistere a pressioni da varie origini, prevalentemente con finalità gattopardesche, inclusa la proposta (di origine ministeriale!) che fra i criteri di priorità nell'assegnazione dei diritti fosse inserita la “storicità” della compagnia!

anche Alitalia esercitava i servizi in regime di concessione. Ovvio dunque che la regia delle due Società fosse comune. Una regia di fatto subalterna ad Alitalia e (dal 1983 al 1995) formalmente assegnatale con il diretto controllo di AdR, probabilmente anche in funzione di contromisura ai processi di liberalizzazione³⁴. La storia mostrerà che la protezione l'Alitalia l'ha pagata a caro prezzo, trovandosi obbligata a offrire contropartite non dissimili da quelle ricordate per Ferrovie dello Stato: servizi a solo scopo di consenso politico a breve, assunzioni e trattamento del personale non giustificati, ecc. Venuti meno i privilegi sono rimaste le debolezze, di cui è molto più difficile liberarsi.

Qui siamo. Non c'è compagnia italiana che non se la passi stabilmente male e che non sia a corto di aspettative di un futuro migliore. Con la sua progressiva marginalizzazione, la ricerca per Alitalia di partners industriali si è fatta ricerca di salvatori. Dove i salvatori, se soci finanziari, permetterebbero solo accanimento terapeutico, se soci industriali se la vedrebbero pro domo propria: ossigeno finanziario in cambio di alimentazione del loro traffico di lungo raggio. Nuova comprensibile levata di scudi contro lo straniero (sempre Air France!). Si sta facendo strada una nazionalizzazione?

D'altra parte, come stupirsi se, dopo aver precipitosamente (e onerosamente) richiamato in servizio attivo a salvare la bandiera capitani coraggiosi sì, ma inesperti e con poca capacità di comprendere le dinamiche del settore si erano infilati, lo Stato viene ora chiamato a ricambiare il favore? Fra azioni e omissioni, scelte opportunistiche, sconfinamenti e ritirate strategiche, non è forse lo Stato il responsabile ultimo del disastro?

3.- Una storia non ancora archiviata

La ragione per ricordare questo poco commendevole pezzo di storia patria è che le sue distorsioni (come *“le vecchie idee che si ramificano in ogni angolo della nostra mente”*, per citare Keynes) seguitano a inquinare il quadro attuale, magari con vesti diverse. Purtroppo – è questa una costante nazionale – la politica industriale italiana in campo trasportistico non è stata nella direzione di cogliere le opportunità derivanti dalle liberalizzazioni traducendo la concorrenza in competitività e in sviluppo ma di adottare, per l'appunto, contromisure protettive. Ha prevalso la logica dell'attutire, smorzare, tamponare, come suggeriva il Conte Zio dei Promessi Sposi.

³⁴ Le ragioni che portarono a trasformare un monopolio bilaterale in concentrazione verticale, fino a includere AdR nel perimetro di consolidamento del bilancio di Alitalia, sono probabilmente diverse e variamente valutabili. Certamente di carattere industriale - accorciare la catena “logistica” unificando fornitore e acquirente all'interno della stessa “fabbrica”; probabilmente di ispirazione manageriale, posto che nessuno meglio di un vettore poteva farsi interprete dell'esigenza di efficienza operativa dell'aeroporto, e comunque delle sue proprie esigenze. Del resto, nell'epoca alla quale ci riferiamo l'obiettivo principale assegnato dal concedente all'aeroporto non era tanto l'economicità della gestione, tanto meno la sua redditività, quanto che fosse uno stabilimento funzionale alle esigenze della domanda. A queste virtuose ragioni se ne aggiungevano verosimilmente altre più pedestri, quali il mantenimento di una serie di privilegi, tanto più in un periodo nel quale già si coglievano i segni dell'avvio della liberalizzazione. Tanto più importante dunque stringere i freni e accorciare la catena di comando.

Resta che oggi ci troviamo a dover fronteggiare criticità plurime, che elenco non esaustivamente e solo a titolo esemplificativo:

- a) un sistema a rete non interconnesso (dunque non un vero sistema a rete o se vogliamo un sistema discontinuo) – mi riferisco non solo alle infrastrutture ma anche ai servizi (quelli di trasporto e quelli ancillari);
- b) insufficiente capacità infrastrutturale, con un bias favorevole al ferro e al cemento per superarla, sottovalutando che la capacità può essere accresciuta anche introducendo tecnologie, organizzazione e un coerente sistema di incentivi (operazioni più veloci e meno costose sotto ogni profilo);
- c) un diritto alla mobilità inteso in senso universalistico (un diritto alla mobilità su tutte le modalità), non solo nel trasporto regionale e locale;
- d) di cui è figlia l'assenza di chiari criteri di demarcazione fra servizi di mercato e servizi sociali;
- e) a sua volta figlia di una mentalità che ancora, più o meno sotteraneamente, alberga nel retro della mente di molti di noi, e che storicamente ha concepito i servizi di trasporto come, in blocco, servizi sociali da fornire a tutti a prezzi indipendenti dai costi, economici, finanziari ed esterni; che ha fatto delle imprese pubbliche ammortizzatori sociali e cinghia di trasmissione di aiuti di Stato;
- f) finanziamenti pubblici a pioggia, e discontinui, che hanno spesso privilegiato il sostegno all'esercizio rispetto agli investimenti, e che non hanno esercitato effetti di leva nell'attrazione di finanziamenti privati;
- g) scarso intervento di privati e operazioni di privatizzazione mal impostate, in funzione di obiettivi di finanza pubblica anziché di sviluppo a lungo termine.

A questi deficit si è sommato, amplificandone gli effetti, un **sistema regolatorio** caratterizzato da incertezza, da discontinuità, da disapplicazione, da frammentarietà, talvolta da inutile invasività e, non rara reazione, dalla “blindatura” delle regole, come si vedrà in riferimento a “casi” settoriali. Un caos il cui complemento è stato rappresentato dalla frammentarietà delle competenze nei comparti e fra i comparti di trasporto, che ha visto il concorso di una pletera di apparati che spesso si esercitano fra rivendicazione di funzioni, veti incrociati e rimpalli di responsabilità. 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 e inefficace ruolo di supplenza.

Va riconosciuto che nemmeno le imprese hanno dato sempre prova di maturità culturale, in linea di principio vedendo nella regolazione un inutile impaccio al dispiegarsi del libero mercato, in un contesto nel quale il mercato libero (ancora) non era, e non per responsabilità di regole imposte dall'esterno; non comprendendo che in settori caratterizzati da poca o nessuna concorrenza buone regole non garantiscono solo gli utenti ma forniscono un quadro di relative certezze entro cui

operare e fare programmi a lungo andare; spesso petulantemente rivendicando il livellamento ai *benchmarks* europei, non della remunerazione del capitale, delle tariffe *tout court*, ecc. Va detto però che il discredito della regolamentazione è stato anche per più versi giustificato, come si argomenta nelle sezioni che seguono.

3.1. – Le privatizzazioni delle gestioni infrastrutturali

Sorvolando per brevità sulle modalità di affidamento delle concessioni di gestione delle infrastrutture di trasporto, dove – in tutti i comparti del settore - solo una sparuta minoranza si è realizzata con procedure a evidenza pubblica, un non encomiabile capitolo riguarda le esperienze di privatizzazione delle gestioni infrastrutturali.

All’opposto di altri casi esaminati in questa relazione, i deficit di politica industriale vanno almeno in parte ricondotti a un approccio opposto a quello “pubblicistico”, che invece avrebbe dovuto prevalere qui. Lo Stato si è comportato nella logica del venditore privato, realizzando le privatizzazioni sostanzialmente in funzione degli obiettivi di finanza (certo, pubblica) anziché di quelli di politica di sviluppo a lungo termine, spesso in presenza di opacità in materia di regolazione tariffaria o di regole cambiate in corso d’opera. Si è perso che è essenziale vi sia coerenza fra tre tasselli fondamentali: (1) il prezzo di acquisto della partecipazione, (2) gli impegni di investimento a lungo termine in capo all’acquirente, (3) il sistema tariffario e più in generale le prospettive di *cash flow* della gestione. A cui debbono sommarsi (4) regole stabili e (5) un regolatore occhiuto ma non sproporzionatamente invasivo.

Ebbene, senza nulla togliere alle corresponsabilità degli acquirenti, nelle due grandi privatizzazioni statali in campo trasportistico (Autostrade e AdR) non vi è stata coerenza fra le tre prime condizioni che ho indicato, ed è venuta nel tempo a mancare anche la (4), con il risultato della prolungata stasi degli investimenti, per non parlare della (5).

Lo Stato privatizzatore, in sintesi, quando a che fare con assets essenziali di cui è per di più concedente, deve decidere quali obiettivi e interessi vuole prioritariamente perseguire: quelli di corto respiro (immediate basse tariffe per gli utenti, a scapito degli investimenti, e immediati minori oneri per i contribuenti massimizzando il prezzo di cessione, anche favorendo ardite operazioni di acquisto a debito); oppure quelli di lungo periodo, nell’interesse sia degli utenti che dei contribuenti, consistenti nello sviluppo equilibrato della capacità, della competitività e della qualità dei servizi, imponendo come driver prioritario di selezione gli impegni a lungo termine in materia di investimenti; ovviamente il tutto accompagnato dalla quarta e dalla quinta delle condizioni elencate sopra.

In campo di gestioni delle infrastrutture di trasporto le grandi privatizzazioni statali sono ormai pressoché esaurite. Restano concessioni da affidare (ad esempio quelle autostradali) e restano privatizzazioni di società partecipate da enti territoriali (ad esempio quelle aeroportuali).

Se effettuate con procedure a evidenza pubblica e se il terreno è preparato da un’appropriata revisione delle convenzioni, le privatizzazioni di società concessionarie sono un *proxy* degli affidamenti competitivi di costruzione e gestione: alla fine, il tutto va in capo a un soggetto che

comunque è stato selezionato con una procedura concorrenziale. Il ragionamento, ne convengo, è schematico ma “tiene”. La differenza più importante fra i due casi è che il cappello del privatizzatore può rendere chi lo ha in testa più interessato al prezzo, mentre è o dovrebbe essere proprio del concedente proporsi obiettivi pubblicistici, vale a dire, essere più sensibile a valorizzare il business a lungo andare nell’interesse dalla collettività: di qui la necessità di realizzare le privatizzazioni a condizioni coerenti con l’interesse generale.

E’ auspicabile che gli errori del passato non si ripetano: (a) che lo Stato-concedente o gli enti territoriali privatizzatori resistano al richiamo di fare cassa costi quel che costi e pongano al centro impegni di investimento a lungo termine (ben oltre i cinque anni previsti nella vendita di AdR) necessari a fronteggiare la crescita della domanda; (b) che la regolamentazione delle tariffe sia nota in anticipo e coerente con gli impegni di cui sopra e con gli standard di qualità richiesti, ma non blindata per sempre (i regolati vanno messi al riparo da rischi regolatori irragionevoli, e tanto più da “imboscate”, come se ne sono visti nel non lontano passato); (c) che gli acquisti a debito, con successivo accollo alla società acquistata, se proprio sono inevitabili, almeno siano “misurati” e il concedente vigili sul mantenimento di una struttura finanziaria equilibrata o almeno sul rientro verso di essa in tempi ragionevoli, condizionando a questo obiettivo la distribuzione di dividendi ai soci (come si sono visti nel caso di AdR).

3.2 .- Gli obblighi di servizio pubblico vs. mercato: trasporto locale e ferrovie

Gran parte di quanto segue si estendere a tutti i servizi svolti in obbligo di servizio pubblico: non solo dunque il trasporto locale su gomma o ferro, ma anche ai servizi ferroviari a media e lunga percorrenza, e per certi versi ai servizi di cabotaggio marittimo e a quelli aerei di continuità territoriale.

3.2.1.- Trasporto pubblico locale e trasporto ferroviario in generale

Qui di seguito si affrontano alcune questioni relative al trasporto pubblico locale e regionale e a quello ferroviario in generale.

Tra riforme e controriforme, da oltre vent’anni la discussione sul trasporto pubblico locale e regionale (TPLR) si è incentrata sulla opportunità e sulla legittimità di introdurre forme di concorrenza³⁵. Quasi tutte le norme hanno avuto per pretesa la *reductio ad unum* del quadro dei servizi pubblici locali: una pretesa sbagliata, che per di più ha in ultima analisi travolto il TPLR nell’infausto destino che il referendum del 2012 essenzialmente voleva riservare al settore idrico.

Argomento sacrosanto, quello della concorrenza, che tuttavia ha tendenzialmente trascurato non banali questioni preliminari: quali servizi e quanti vanno garantiti, e come organizzarli? Solo una volta chiariti questi aspetti si dovrebbe poter affrontare il “come” fornirli. In Italia si è invece preferito rovesciare la sequenza, forse perché mettere mano ai livelli di servizio e alla loro

³⁵ A partire dal d.lgs. 422/97, attraverso il disegno di legge Vigneri sul finire degli anni ’90 del secolo scorso, l’art. 35 della legge 448/2001, il disegno di legge Lanzillotta del 2008, l’art. 23-bis del decreto legge 112/2008, gli artt. 59 e 61 della legge 99/2009, il referendum abrogativo del 2012, l’art. 4 del decreto legge 138/2011, la sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale.

organizzazione, rivederne i contenuti di universalità e fuoriuscire dalla logica dell'ammortizzatore sociale è più conflittuale che avviare processi di liberalizzazione a cui pochi veramente credono e meno ancora reputano concretamente realizzabili senza mettere mano al quadro al contorno. In questa luce non si può non concludere oggi che il decreto Burlando era zoppo e il suo slancio pro-concorrenziale prematuro.

Affinché vi sia effettiva partecipazione alle gare e le gestioni private diano il meglio di se stesse è necessario che vi siano le condizioni proprie al contorno. Sotto questo profilo, vi è da chiedersi se la correlazione statisticamente rilevata fra efficienza e regime gestionale privato sia interamente dovuta alla "naturale virtuosità" di quest'ultimo o non anche alla circostanza che i privati (virtuosamente) si affacciano là dove vi sono le condizioni e dove il contesto ambientale del servizio è appropriato.

Il principio di sussidiarietà nella definizione dei servizi di interesse economico generale, introdotto dall'articolo (oggi) 14 del TFUE, è in sé più che sano ma in molta parte di Europa se ne è fatto un uso sproporzionato. In questo terreno l'Italia è un caso di eccellenza, amplificato dalla riforma del Titolo V della Costituzione e dal conseguente decentramento di queste competenze a livello regionale e locale. E' certamente vero che i governi locali sono migliori interpreti delle esigenze delle proprie comunità, ma la storia dimostra che la prossimità agli interessi non sempre favorisce ampi orizzonti.

La fase di programmazione dell'offerta, di definizione dei livelli minimi di servizio, di quelli che richiedono l'imposizione dei obblighi di servizio pubblico e, infine, di quelli cui riconoscere diritti speciali o esclusivi, dovrebbe precedere le decisioni su come assicurarne la fornitura, su allocare l'offerta fra i singoli affidamenti, su come procedere per questi ultimi. Al di là della discrezionalità che lascia agli Stati membri, infatti, la *ratio* dell'articolo 14 del TFUE riguarda i livelli essenziali dei servizi, mentre per i servizi non essenziali, per tipologia e per livello di fornitura, il mercato andrebbe lasciato libero di fornirli oppure no, salvo regolamentarne qualità e sicurezza.

La questione non è di secondaria importanza poiché gli studi di settore (almeno con riferimento al trasporto su gomma), documentano un quadro irrazionale e inaspettato ai più³⁶, dove l'offerta dei servizi in posti-km è più elevata della media europea, mentre più bassa è la domanda in passeggeri-km. Ne segue inevitabilmente che il gap fra questi due indicatori è causa della bassa copertura dei costi con i ricavi, aggravata anche da costi operativi per posto offerto più elevati e da ricavi per passeggero più bassi. Infine, i contributi pubblici in conto esercizio sono più elevati che in ogni altro grande paese europeo³⁷.

La promozione di un quadro settoriale diverso, nelle forme e nei tempi ragionevolmente possibili, richiede dunque di adottare **contemporaneamente una serie di misure**, fra cui:

³⁶ I dati si riferiscono al trasporto urbano ed extraurbano su strada. E' tuttavia da ritenere che – almeno quanto agli squilibri fra offerta e domanda – il quadro descritto valga anche per il trasporto ferroviario regionale.

³⁷ Cfr. Osservatorio presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; cfr. anche Bain & Company, Studio su *Il trasporto pubblico locale in Italia e in Europa*, 2013 (versione provvisoria). L'autore ringrazia la Società per l'accesso ai dati dello Studio e il consenso al loro utilizzo.

- a) la riprogrammazione dell'offerta per tenere conto delle effettive esigenze della domanda, anche in rapporto alle priorità modali, superando la nozione universalistica del servizio pubblico e lasciando spazio al mercato, almeno, sui servizi aggiuntivi a quelli minimi;
- b) appropriate *policies* locali e nazionali di efficientamento delle gestioni, posto che parte consistente delle leve non sono in mano ai gestori: (i) appropriate politiche di governo locale, di assetto del territorio e di organizzazione del traffico nelle aree urbane, di accelerazione della velocità commerciale che rappresenta il principale driver di abbattimento dei costi del trasporto su gomma e su tram³⁸; (ii) processi di aggregazione di imprese, sì da realizzare dimensioni minime ottime efficienti;
- c) corretti sistemi di incentivi e di allocazione dei rischi: meccanismi di partnership concedente-gestore in funzione della massimizzazione della domanda e di *profit sharing*; programmazione dei servizi in funzione della domanda, maggiore coinvolgimento del gestore nella pianificazione dell'esercizio (gare flessibili o semi-flessibili), contratti di servizio *net cost*, ecc.;
- d) criteri di efficientamento dei costi e di congruità delle compensazioni pubbliche: (i) costi standard in funzione della determinazione dei fabbisogni standard. Importante: costi e fabbisogni standard in se stessi non sono esattamente una novità rivoluzionaria; possono diventarlo se l'asticella viene fissata internalizzando obiettivi di efficienza estesi anche alle misure di *policy* indicate ai punti precedenti e non solo a quello che possono fare le imprese nel quadro locale dato; (ii) adozione di *cost cap* con l'imposizione *ex ante* di un tetto pluriennale alla dinamica in termini reali dei costi per unità di servizio. La misura in cui questo costo verrà poi coperto con tariffe o con compensazioni pubbliche (ossia, sarà posto carico degli utenti o dei contribuenti) resta - fatta salva la normativa comunitaria sugli aiuti di Stato e la disciplina di settore³⁹ - questione eminentemente di scelte pubbliche⁴⁰;
- e) maggiore trasparenza dei costi e delle relazioni finanziarie fra imprese e Amministrazioni concedenti; (i) passaggio essenziale al riguardo è imposizione di obblighi di contabilità analitica che evidenzino costi e ricavi per linea di traffico, condizione indispensabile per riprogrammare l'offerta in funzione della domanda e per determinare il canone a carico di eventuali nuovi entranti (vedi poi); (ii) così come la separazione societaria, prevista dall'art.

³⁸ Per il trasporto su metropolitane e per ferrovia valgono considerazioni diverse a causa della lievitazione dei costi di infrastruttura per permettere più elevate velocità.

³⁹ La quota del 35% di copertura indicata dal d.lgs. 422/1997 e ribadita dal decreto legge 95/2012.

⁴⁰ Ne segue che: 1) se il costo del servizio va integralmente pagato dagli utenti, il *cost cap*, al netto di eventuali altri ricavi non tariffari, coincide con il più noto *price cap*; 2) se invece il servizio beneficia di compensazioni pubbliche, dal *cost cap* si ricava un *trade off* fra la dinamica delle tariffe e quella delle compensazioni; in tal caso gli enti locali potranno scegliere (i) se predeterminare con *price cap* la dinamica tariffaria, derivando per differenza quella delle compensazioni necessarie a coprire il costo netto; (ii) oppure predeterminare con un *subsidy cap* la dinamica delle compensazioni, ricavando per differenza quella delle tariffe "a pareggio".

8, comma 2-bis della legge 287/1990, quando un'impresa eserciti congiuntamente servizi in affidamento e servizi in regime di libero mercato⁴¹.

- f) lo Stato dispone di leve a questo riguardo. Ad esempio, l'art. 16-bis del decreto legge 95/2012⁴², che prevede condizioni di accesso al fondo per il finanziamento del trasporto pubblico locale in relazione alla riprogrammazione dell'offerta e all'aumento della copertura dei costi operativi con ricavi da mercato⁴³; va da sé che questa misura rischia di essere sterile se non è accompagnata dall'obbligo di contabilità analitiche indicate al precedente;
- g) ristrutturazione dell'apporto di finanziamenti pubblici, riducendo progressivamente i contributi in conto esercizio e accrescendo quelli in conto investimento⁴⁴;
- h) divieto tendenziale di erogazione di finanziamenti, sia da parte degli enti concedenti che a carico del fondo nazionale, in eccedenza del fabbisogno standard; inclusione nei contratti di servizio di criteri per accertare le responsabilità al riguardo, con copertura a carico degli utenti in caso di responsabilità degli enti locali (ad esempio, velocità commerciale inferiore a quella prevista) o a carico dei gestori in caso di propria responsabilità.

Solo una volta messi a punto tutti i tasselli descritti sarà corretto affrontare la questione che negli anni ha assorbito tutta l'attenzione, la **concorrenza**, declinandola nella successione logica: 1) l'apertura del mercato alla concorrenza sui servizi che non rientrano fra quelli minimi da garantire; 2) la verifica se la fornitura dei livelli minimi sia compatibile con la concorrenza nel mercato; 3) in caso negativo, quali modalità di affidamento di diritti esclusivi siano preferibili all'interno del "menu" di scelte ex Regolamento 1370/07/CE, e 4) quale la dimensione ottima dei "lotti" da affidare (inclusi gli affidamenti congiunti di più servizi); infine 5) come rimuovere le barriere alla concorrenza per il mercato.

Prescindo qui di seguito da un tema oggi molto controverso, quello delle condizioni che, a seguito della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, debbono essere rispettate affinché sia legittima la fornitura di servizi pubblici locali di rilevanza economica senza ricorso a procedure a evidenza pubblica: precisamente se il ricorso all'*in house providing* richieda la sola presenza dei requisiti "Teckal"⁴⁵, o in quanto restrittivo della concorrenza, vada anche motivato ai sensi dell'art. 106, comma 2, del TFUE⁴⁶. Quale che sia la corretta interpretazione al riguardo⁴⁷, vale la pena di

⁴¹ Il Regolamento 1370/07/CE prevede in questi casi, nell'allegato, come obbligo la sola separazione contabile.

⁴² Ora art.1, comma 301 della legge 228/2012.

⁴³ Il DPCM applicativo della norma compie un'operazione tutt'altro che neutra, trasformando il parametro indicato dalla norma (rapporto ricavi/costi operativi pari almeno al 35%, come da d.lgs. 422/1997) nel rapporto fra i ricavi e la somma dei ricavi e dei corrispettivi, trascurando in tal modo le perdite di esercizio.

⁴⁴ In tal modo garantendo fra l'altro la progressiva acquisizione in proprietà da parte degli enti affidanti e sgomberando uno dei principali ostacoli alla partecipazione alle gare.

⁴⁵ Corte di giustizia europea, C-107/98 (Teckal).

⁴⁶ Più esattamente, la questione centrale è la assoggettabilità o meno dei fornitori *in house* agli articoli 49 e 56, relativi alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, da cui la loro assoggettabilità o meno all'art. 106, comma 2. A questo riguardo gli orientamenti della Commissione europea e le posizioni prevalentemente espresse dalla giurisprudenza comunitaria – sebbene concordino sul carattere eccezionale dell'*in house* – appaiono alquanto divergenti: da un lato la Commissione, che considera l'istituto come deroga ai sensi dell'art. 106, comma 2 (cfr. il

considerare alcune questioni, le quali rilevano anche per il trasporto ferroviario non *in house*, per il quale il regolamento prevede una speciale deroga nell'affidamento diretto⁴⁸.

Prima questione. Quale che sia la modalità di trasporto, la scelta della forma di affidamento (e del suo oggetto) va comunque **motivata** e formalizzata nelle relazioni che, ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012, gli enti affidanti debbono predisporre prima di procedere agli affidamenti. La motivazione dovrebbe essere comparativa con riguardo alla capacità delle diverse scelte di raggiungere le finalità di interesse generale che si vogliono raggiungere: (a) l'efficacia rispetto agli obiettivi di servizio; (b) l'economicità in termini di costi di fornitura dei servizi, nell'interesse degli utenti e della finanza pubblica⁴⁹; (c) l'adattabilità delle relazioni contrattuali a cambiamenti di scenario; (d) la salvaguardia della concorrenza possibile.

Seconda questione. La *ratio* per la quale l'*in house providing* potrebbe non essere considerato lesivo della concorrenza è che si tratterebbe di una modalità assimilabile alla fornitura diretta dei servizi da parte dell'ente concedente, al quale il diritto comunitario lascia ampia libertà, incluso quella di riservarsene la fornitura: è questa peraltro l'interpretazione letterale del Regolamento 1370/07/CE. Allorché invece l'ente decida di **terziarizzare la fornitura** con l'attribuzione di diritti esclusivi, anche se con procedura a evidenza pubblica, entra in ballo l'articolo 106, comma 2, del TFUE, vale a dire, l'obbligo che le limitazioni alla concorrenza siano necessarie e proporzionate. Vi entra con riferimento a due aspetti che vanno tenuti distinti: (a) la necessità o meno di precludere la concorrenza nel mercato e (b) la dimensione degli affidamenti in esclusiva.

Sul primo aspetto (gli spazi della **concorrenza nel mercato**), prima ancora della *querelle* sulla legittimità o meno degli affidamenti diretti e sulla dimensione dei lotti, le regole della concorrenza a cui fanno riferimento i principi generali del diritto comunitario e specificamente l'art. 106 sono *in primis* quelli che garantiscono il funzionamento di un mercato in cui è attiva la competizione fra una pluralità di operatori, e solo in subordine le regole della concorrenza per il mercato. La normativa comunitaria e quella nazionale⁵⁰ convergono sulla necessità di giustificare l'imposizione

citato Libro Verde, in particolare il par. 80); 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 (cfr. fra gli altri C-107/98 (Teckal), C-458/03 (Parking Brixen), C-410-04 (AMTAB)). Va aggiunto che nemmeno la giurisprudenza italiana sembra del tutto concorde a questo riguardo (cfr. Coste costituzione, sentenza 199/2012; Consiglio di Stato, sentenze Sezione V, 23 aprile 1998, Sezione VI, n. 762/2013; TAR Puglia, sentenza 241/2013).

⁴⁷ Cfr. al riguardo M. Sebastiani, *I contratti di servizio*, in "La disciplina dei servizi pubblici locali", cit.

⁴⁸ Regolamento 1370/07/CE, art. 5, paragrafo 6. Da notare che nella recente proposta di modifica del regolamento (COM (2013)28 del 30 gennaio 2013) la Commissione propone l'abrogazione di tale deroga.

⁴⁹ Cfr. al riguardo la recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 762/2013), dove si afferma che la scelta *in house* deve basarsi su di una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, inclusa l'"individuazione del modello economico più efficiente".

⁵⁰ Anche la più recente normativa nazionale va in questa direzione vietando "Le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche" salvo che "la restrizione rappresenti un mezzo idoneo, indispensabile e, dal punto di vista del grado di interferenza nella libertà economica, ragionevolmente proporzionato all'interesse pubblico cui è destinata" (Legge 148/2011, art. 3, commi 8-11). Cfr. anche la legge 27/2012, art. 1, comma 2: "Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i

di obblighi di servizio pubblico e la conseguente concessione di diritti speciali o esclusivi (almeno) nei casi in cui l'ente concedente decida di non riservare a se stesso la fornitura. La definizione stessa di obbligo di servizio pubblico⁵¹ logicamente conduce a delimitare in termini residuali il perimetro dei servizi da fornire sotto questo regime. Ne segue che il ricorso all'affidamento di diritti esclusivi (almeno a terzi, società mista inclusa) richiederebbe il previo accertamento dell'eventuale interesse da parte di operatori privati e, in caso positivo, della conformità dell'apertura del mercato agli obiettivi di interesse generale, inclusa la garanzia di regolare fornitura dei servizi in quanto essenziali. I criteri valutazione al riguardo sono non dissimili da quelli indicati sopra, che dovrebbero assistere le motivazioni espresse nelle relazioni.

Vista sotto l'aspetto economico-finanziario, la concessione di **diritti esclusivi**, quale che sia il settore, è giustificata; (a) laddove sussistano condizioni di monopolio naturale; in alternativa (b) laddove non vi siano misure meno restrittive della concorrenza per realizzare economie di risorse pubbliche^{52, 53}, a causa di *cream skimming* altrimenti operato dai concorrenti.

Il ricorrere della condizione di monopolio naturale è dirimente, ma ne va giustificata l'estensione, come si vedrà poi. L'obiettivo dell'economia di risorse pubbliche (via sussidiazione incrociata che un unico affidatario può effettuare al suo interno) non è invece un argomento a priori determinante per escludere l'accesso al mercato di più operatori in concorrenza. Il perseguimento di questo obiettivo infatti: (a) può essere coerente con la presenza di concorrenza *per e nel* il mercato, ossia con l'accesso di un **numero limitato di affidatari** di diritti speciali in concorrenza fra di loro (il massimo numero, compatibilmente con l'estensione del mercato e con la dimensione minima ottima di ciascuno di essi), fra i quali potrebbe ripartirsi il dato finanziamento pubblico; (b) può essere raggiunto anche nel caso di entrata libera di nuovi operatori nell'offerta di servizi già forniti in obbligo di servizio pubblico (che in quanto aggiuntivi ai livelli che l'ente concedente giudica essenziali, tali non sono), se è possibile introdurre misure che permettano di sterilizzarne l'effetto di *cream skimming* attraverso il versamento da parte dei nuovi operatori di **canoni di accesso** tali da coprire l'onere netto incrementale a carico del soggetto gravato di obblighi di servizio pubblico (da aggiungere che il pericolo di *cream skimming* sussiste se vi è "cream", vale a dire se all'interno del complesso dei servizi affidati ve ne sono alcuni redditizi a cui attingere per

limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica".

⁵¹ "obbligo di servizio pubblico: l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso" (Regolamento 1370/07/CE, art. 2, lettera e).

⁵² Cfr. al riguardo, M. Sebastiani, *La valutazione economica delle scelte di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in "La disciplina dei servizi pubblici locali", cit.

⁵³ Si veda al riguardo la sentenza "Corbeau" della Corte di Giustizia, laddove si stabilisce che "una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici" può essere giustificata se è condizione per permettere al titolare di un diritto esclusivo "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 [...]". Al tempo stesso "L'esclusione della concorrenza non si giustifica tuttavia qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale [...]" (sentenza 19 maggio 1993, C-320/91, par. 19).

coprire le perdite di altri; in caso contrario nuove imprese andrebbero salutate come benefattori che fanno “*loss skimming*”, abbastanza bravi magari da trasformare perdite in profitti).

Questa soluzione è stata recentemente disciplinata dall’art. 24 del decreto legge 69/2013, con riferimento al solo settore ferroviario⁵⁴, nel senso indicato sopra: benvenuto il nuovo entrante se è così bravo da poter indennizzare l’ente concedente e al tempo stesso guadagnarci; più concorrenza senza costi per la finanza pubblica – un avvicinamento all’ottimo paretiano. Emendata di qualche grave “slabbratura”⁵⁵, questa soluzione andrebbe estesa a tutti i servizi in regime di obbligo di servizio pubblico. Va da sé che: (a) la possibilità al riguardo andrebbe *ex ante* incorporata nei contratti di servizio, inclusa la previsione di rivedibilità dei livelli di servizio a evitare situazioni di *overcapacity*; (b) il canone di indennizzo andrebbe determinato sulla base di costi efficienti del titolare del contratto di servizio, poiché altrimenti la sua inefficienza si convertirebbe in barriera all’entrata.

Sul secondo aspetto (la **dimensione degli affidamenti**), l’applicazione del criterio di efficienza dovrebbe portare alla scelta delle dimensioni ottime dei lotti di affidamento e quello di proporzionalità a ché queste siano quelle minime, in tal modo promuovendo sia la concorrenza per comparazione sia la più ampia partecipazione di contendenti alle gare. Oppure che la dimensione del lotto sia tale da permettere la compresenza di più affidatari in concorrenza, ciascuno di dimensione minima ottima, sì da unire i benefici della concorrenza per il mercato a quelli della concorrenza nel mercato.

Non ha contribuito a chiarire le cose al riguardo l’art. 3-bis del decreto legge 138/2011, sopravvissuto alla sentenza della Corte costituzionale, che pur con la condivisibile finalità di

⁵⁴ La materia era stata inizialmente disciplinata, con riferimento al trasporto ferroviario, dalla legge 99/2009, all’articolo 59, la quale subordina l’accesso a due condizioni: la prima, che l’entrata di una nuova impresa non pregiudichi l’equilibrio economico-finanziario del gestore titolare del contratto di servizio in essere; la seconda, aggiuntiva se i richiedenti sono imprese ferroviarie che svolgono servizi internazionali di trasporto passeggeri, se la finalità principale del servizio è il trasporto di passeggeri fra stazioni situate in Stati membri diversi. La *ratio* delle due condizioni è chiara e condivisibile: quella di evitare servizi di cabotaggio domestico camuffati come internazionali, la seconda; quella di evitare effetti di *cream skimming* tali da pregiudicare l’equilibrio economico dell’impresa che opera in regime di obblighi di servizio pubblico, la prima. La verifica è affidata all’Ufficio di regolazione del trasporto ferroviario (URTF) presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che ha elaborato una serie di criteri al riguardo. Non sono mancati casi di cui l’URSF ha dovuto occuparsi (si vedano i casi di Ferrovie Udine-Cevedale, di Deutsche Bahn AG, di OBB Austrian Rail e Le Nord, di Arenaways.). Casi tormentati, fra ondivaghi parametri di valutazione, deliberazioni e sospensioni, dinieghi e autorizzazioni condizionate (più noto quello che ha interessato Arenaways e che si è concluso con il provvedimento AGCM del 25 luglio 2012 che ha accertato l’abuso di posizione dominante da parte di RFI e Trenitalia). Si tratta di materia decisamente delicata sotto il profilo concorrenziale e difficile da misurare è l’impatto “sostenibile” sull’equilibrio economico-finanziario del contratto di servizio in essere.

⁵⁵ Mi riferisco a una delle condizioni di esenzione dal versamento del canone: “*Si prescinde dalla valutazione di cui ai commi precedenti e dalle limitazioni conseguenti qualora il modello di esercizio sia tale che le fermate intermedie siano a distanza superiore ai 100 Km e i livelli medi tariffari applicati risultino di almeno il 20% superiori a quelli dei servizi a committenza pubblica*”. Nulla *quaestio* sulla prima condizione. La seconda appare invece (convertita sì ma) “irricevibile”: in sostanza è vietato all’operatore privato fare concorrenza di prezzo al titolare del contratto di servizio. Se la *ratio* di questa previsione è che anche l’impresa che opera fermate oltre 100 chilometri fa *cream skimming* del contratto di servizio, ebbene, si calcoli direttamente il danno, anziché introdurre una condizione due volte illegittima, poiché falserebbe la concorrenza con l’impresa a committenza pubblica e, nel caso sul mercato entrassero più operatori “indipendenti”, falserebbe la concorrenza anche fra di loro.

superare la frammentazione delle gestioni dei servizi pubblici locali (SPL), ha suggerito – con un’ enfasi che però si è via via opportunamente affievolita⁵⁶ – l’ identificazione della dimensione organizzativa dei servizi (gli ambiti territoriali ottimali) con quella gestionale (i lotti di affidamento). Idea due volte errata: poiché non esiste motivo per ritenere che gli ATO abbiano uguale dimensione (di norma non inferiore alle province) per i diversi SPL; perché la dimensione ottima gestionale è legata alle economie di scala dell’ impresa e non vi è ragione a priori per ritenere che queste siano tanto “lunghe” da abbracciare l’ intero ATO⁵⁷.

Questo conduce ad affrontare una terza questione, che ha due corna: la dimensione ottima del gestore di una singola tipologia di servizi e gli affidamenti plurimi.

Sul primo aspetto e sullo scetticismo circa la “lunghezza” delle economie di scala a livello di esercizio rinvio alle considerazioni su cui si diffonde il paper di Andrea Boitani, condividendo che lotti di affidamento che comportano dimensioni di impresa superiori a quella minima ottima rappresentano un ingiustificato ostacolo alla concorrenza: riducono il pluralismo degli affidatari – dunque la concorrenza per comparazione, utile anche se fra *in house providers* – e riducono la platea dei potenziali partecipanti alle gare^{58,59}.

L’ oggetto degli affidamenti può anche essere **plurimo**, riguardare cioè servizi diversi, che l’ articolo 4, abrogato, del decreto legge 138/2011 subordinava all’ accertamento di economicità. Accertamento, basato sull’ esistenza di economie di scopo che comunque andrebbe effettuato e formalizzato nelle relazioni che gli enti concedenti debbono pubblicare ai sensi del citato decreto legge 179/2012. A titolo di esempio, le analisi empiriche non sembrano suffragare l’ esistenza di

⁵⁶ Va notata l’ altalena dell’ impostazione del governo a questo riguardo. Infatti, con l’ articolo 34, comma 13, del decreto legge 179/2012, che integrava l’ art. 3-bis menzionato sopra, l’ identificazione fra ATO e lotti di affidamento appariva viepiù rafforzata, sancendo che “*le procedure di conferimento della gestione [...] sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali omogenei [...]*” (enfasi aggiunta); con la conversione in legge, la norma veniva modificata stabilendo che “*le funzioni [...] di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali [...]*” (legge 221/2012, art. 34, comma 23).

⁵⁷ L’ identificazione fra ambiti ottimali e lotti di affidamento sarebbe per più motivi inappropriata: (a) per un verso essa è potenzialmente in antitesi con la finalità concorrenziale della stessa norma, posto che questa prevede in linea di principio bacini alquanto estesi. Al contrario, allentare una tale corrispondenza può favorire forme di “concorrenza comparativa” tra i diversi gestori operanti, seppure in forza di diritti esclusivi (anche se *in house*), in diverse aree territoriali all’ interno di uno stesso ATO; (b) per altro verso, l’ enfasi posta dall’ art. 3-bis sulle economie di scala e di differenziazione – dunque, sui costi di produzione – come *driver* di delimitazione degli ambiti ottimali (ATO) implica a rigore anche l’ unicità dell’ impresa affidataria, posto che consorzi o associazioni fra imprese farebbero svaporare buona parte delle economie di scala. Questa condizione appare tuttavia assai astratta, in quanto contraria alla libertà di impresa e dunque illegittimo vietare la partecipazione a gare da parte di soggetti associati, ovvero obbligarli a costituire una unica società a seguito dell’ aggiudicazione.

⁵⁸ Va segnalato che la proposta di modifica del Regolamento 1370/07/CE prevede consistenti innovazioni quanto al trasporto ferroviario. Oltre a stabilire l’ obbligo di gara, infatti: “*Le autorità competenti possono, per aumentare la concorrenza nel settore, decidere di aggiudicare a imprese ferroviarie diverse contratti di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia che riguardano parti della stessa rete o un complesso di tragitti. A tal fine, prima di indire la procedura di gara le autorità competenti possono decidere di limitare il numero di contratti che una stessa impresa ferroviaria può aggiudicarsi*” (nuovo comma 6 dell’ art. 5).

⁵⁹ Il modello comunitario “a tendere” è stato del resto già adottato, ad esempio, in Gran Bretagna, dove i concessionari di tratte ferroviarie profittevoli versano un canone, mentre quelli che si trovano nella condizione opposta ricevono corrispettivi, e il problema del *cream skimming* è stato risolto nel senso di consentire nuovi ingressi solo se assicurano passeggeri aggiuntivi.

3.2.2.- Ancora sul trasporto ferroviario

Quanto argomentato nella sezione precedente per lo più vale anche per le ferrovie. Qui se ne affrontano alcune peculiarità.

Della “storia antica” delle ferrovie si è detto nella sezione 2. Le ristrutturazioni societarie sul finire degli anni '90 e le norme di liberalizzazione hanno tentato di dare a Ferrovie dello Stato un ruolo “normale”: rapporti contrattualizzati con lo Stato a fronte di oneri di infrastruttura e rapporti contrattualizzati, seconda dei casi con lo Stato o con le Regioni, per obblighi di servizio pubblico e i relativi corrispettivi. Libertà di iniziativa sul resto. Ammesso che di normalità si tratti, è cosa recente e incompleta.

La vicenda degli obblighi di servizio pubblico ferroviario, fino alla fine di questo decennio, è stata esemplare di come le cose fossero solo in parte cambiate. Di contratti di servizio, inizialmente ai sensi del Regolamento 1893/91/CE e della legge 538/93, ve ne è stata una varietà, per oggetto e per contraenti pubblici: contratti di servizio con le regioni a statuto ordinario, contratti di servizio nazionale relativi alle regioni a statuto speciale, contratti di servizio nazionale per i servizi passeggeri a media e lunga percorrenza, contratti di servizio nazionale per il trasporto di merci.

Per il **trasporto di carattere regionale**, l'art. 18 del d.lgs. 422/1997 prevedeva come unica forma di affidamento il ricorso a procedure concorsuali. A questo sono seguite una serie di norme che, per un verso procrastinavano i termini di attuazione delle procedure concorsuali, per altro verso prorogavano i contratti in essere, per altro ancora rinviavano alla più lasca normativa comunitaria in materia di obblighi di servizio pubblico per il trasporto di passeggeri. Il Regolamento (CE) 1370/07, va ricordato, legittima gli affidamenti diretti nei soli casi in cui ricorrano i requisiti dell'*in house providing* oppure nel caso dei servizi ferroviari⁶⁵.

A conti fatti, il susseguirsi delle norme si è rivelato influente. Infatti dal 1994 al 2008 (fino al 2013 per le merci) i servizi in obbligo di servizio pubblico per conto dello Stato⁶⁶ sono stati forniti in regime di “continuità”, vale a dire senza contratti di servizio o con contratti sottoscritti (a sanatoria) dopo la conclusione del relativo periodo⁶⁷ e con risorse per i corrispettivi fino all'ultimo

⁶⁵ E' stata già menzionata la proposta di modifica del Regolamento 1370/07/CE che abroga la disposizione che permette agli Stati di procedere con affidamenti diretti dei servizi ferroviari. Appare tuttavia altamente dubitabile che alla proposta si dia seguito in tempi ravvicinati.

⁶⁶ Nel 2001 sono stati trasferiti alle Regioni a statuto ordinario i contratti di servizio per il trasporto ferroviario regionale.

⁶⁷ Si veda il quadro riepilogativo qui sotto.

incerte. Miglior sorte, in termini di puntualità, per i contratti di servizio con le regioni a statuto ordinario.

La questione centrale – in questa sede - non è tanto se da tali contratti Ferrovie dello Stato (poi Trenitalia) perdessero o meno, ma che un'”impresa normale” non avrebbe accettato di seguire a svolgere servizi “sulla parola”, peraltro di governi non proprio stabili. Restava e resta ancora l’antica vena di identificare la nozione di impresa di proprietà pubblica con quella di impresa pubblica *tout-court*: distinzione non irrilevante, poiché come si è detto la proprietà è un “accidente (può cambiare) e il Trattato impone il principio di neutralità al riguardo; la nozione di imprese pubblica sta invece a significare una caratteristica strutturale per la quale l’impresa è inestricabilmente legata a obblighi di pubblico servizio che deve assicurare perché il concedente è anche l’azionista.

Sebbene le cose si stiano avviando a cambiare negli ultimi anni, di questo stato di cose l’Azienda ha seguito a essere in parte vittima ma in parte probabilmente anche complice.

Si discute ricorrentemente da anni della separazione proprietaria fra gestore dell’infrastruttura e imprese ferroviarie, operazione non imposta da norme comunitarie né nazionali, ma ritenuta necessaria da chi la richiede ad evitare forme mascherate di *constructive refusal to deal* o di *margin/price squeeze*.

Non si menziona invece quello che invece è da oltre dieci anni un inattuato obbligo di legge: la **separazione societaria** fra attività libere e attività in obbligo di servizio pubblico. La legge antitrust italiana, infatti, stabilisce che le imprese che “*per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all’adempimento degli specifici compiti loro affidati [...] qualora vogliano svolgere attività in mercato diversi da quelli [di cui sopra] operano mediante società separate*”⁶⁸.

La *ratio* della norma antitrust è ovviamente di evitare o di rendere palesi sussidi incrociati fra servizi onerati svolti in esclusiva e servizi aperti alla concorrenza, di evitare cioè che l’impresa

Tempistica dei contratti di servizio con lo Stato					
		Delibera CIPE	Sottoscrizione	Regime di servizio	Erogaz. Corresp.
1992 (luglio-dicembre) (1)	tutti i servizi di trasporto		23.01.92		
1993	tutti i servizi di trasporto		29.12.92		
1994-1996	tutti i servizi di trasporto		13.02.96	continuità	disp. cap. bil. (4)
1997-1999	tutti i servizi di trasporto		13.07.00	continuità	disp. cap. bil. (4)
2000-2001	tutti i servizi di trasporto (2)	28.03.02, n. 18	18.10.02	continuità	disp. cap. bil. (4)
2002-2003	tutti i servizi di trasporto, escluse merci (2)	29.11.02, n. 114	-	continuità	disp. cap. bil. (4)
2004-2005	regionale e pax m/l percorrenza notturno	02.12.05, n. 127	06.03.2006	continuità	disp. cap. bil. (4)
2004-2006	merci in OSP	17.11.06, n. 137	27.03.07	continuità	disp. cap. bil. (4)
2006-2008	tutti i servizi di trasporto, escluse merci (2)	-	-	continuità	disp. cap. bil. (4)
2007-2008	merci in OSP	-	-	continuità	
2009-2014	merci in OSP	-	-	continuità	
2009-2014	servizi nazionali pax m/l percorrenza	17.12.09, n. 122	9.06.11	parzial. continuità	
2009-2010	CdS ponte Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta	-	-	-	
2011-2012	CdS ponte Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta (3)	-	-	-	

(1) Contratto di programma 1992-93
(2) Per il 2001 in poi escluso regionale regioni a statuto ordinario
(3) La stipula di CdS con le residue Regioni è prevista nel 2012 con decorrenza dal 1.1.2013
(4) Corrispettivi accertato in via definitiva e senza dar luogo a conguagli, negli importi iscritti nel bilancio dello Stato: 1994-98 (L. 448/98, art. 43); 1999-2000 (d.lgs. 299/01, art. 12, c. 5); 2001 (L. 160/02, art. 38, c.1); 2002 (L. 2000/03, art. 6, c. 1-bis); 2003-2005 (...); 2007-07 (L. 222/07, art. 7, c. 1).

⁶⁸ Legge 287/1990, art. 8, commi 2 e 2-bis (come modificata dalla legge 57/2001).

utilizzi la leva del potere (e dei vantaggi) dell'essere monopolista (peraltro senza gara) su di un mercato per effettuare concorrenza sleale sugli altri. E' una norma di portata assai più ampia ma, stando al caso qui considerato, la domanda che si pone è “*cui prodest*” (e perché) il velo di silenzio che ha nascosto quest'obbligo⁶⁹? Certamente non giova alla trasparenza e rende meno facilmente accertabile il rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato: non dico la “quarta condizione Altmark”, ma almeno quella di congruità prevista dal Regolamento 1370/07/CE per la compatibilità ai sensi dell'art. 93 del TFUE.

Sui servizi ferroviari passeggeri a **media e lunga percorrenza** lo scudo dell'impresa pubblica ha a lungo prodotto più devastazioni: una è sul perimetro da assoggettare a obblighi di servizio pubblico, l'altra sui prezzi.

Il primo aspetto è stato inizialmente risolto per legge, posto che fino al 2000 Trenitalia era concessionaria di tutti i servizi e dunque soggetta a obblighi al riguardo. Successivamente è stata materia di dottrina controversa, protrattasi fino alla fine del 2009 quando, a seguito delle conclusioni dell'indagine parlamentare sul trasporto passeggeri a media e lunga percorrenza, sono state definite le tratte onerate e quelle che non dovevano esserlo.

La norma istitutiva dell'indagine ratifica un discrimine⁷⁰ se vogliamo banale: (a) sono da considerarsi in regime di liberalizzazione (potenzialmente di concorrenza nel mercato) i servizi che sono o sono in grado di essere economicamente autosufficienti; (b) sono invece servizi di “*utilità sociale*”, da sottoporre a obblighi di servizio pubblico e da assoggettare ad affidamenti in esclusiva (la concorrenza per il mercato o affidamenti diretti, a seconda dell'alternarsi delle norme che ha caratterizzato la storia italiana nella seconda parte del decennio), quelli non suscettibili di raggiungere tale autosufficienza. Quanto ai secondi l'indagine parlamentare (mai resa pubblica) si concluse con l'individuazione di una serie di linee da onerare, con servizi regolamentati dal contratto di servizio 2009-2014 approvato dal CIPE.

La demarcazione era rilevante per almeno due aspetti: (i) sotto il profilo concorrenziale, poiché in sua assenza restava parzialmente sospesa l'apertura del mercato del trasporto merci e passeggeri a lunga percorrenza, liberalizzato in Italia dal d.lgs. 188/2003⁷¹; (ii) sotto il profilo della libertà di impresa, in quanto si riconosceva il diritto di libera prestazione, vale a dire, la (teorica) libertà per Trenitalia di offrirli oppure no.

La seconda devastazione è che la veste pubblica di Ferrovie dello Stato ha permesso per decenni di occultare la necessità di **adeguamenti tariffari**. Le ragioni sono varie ma su tutte ha prevalso

⁶⁹ La stessa Corte dei Conti si esprimeva ancora nel 2009 con grande cautela limitandosi a suggerire di “*valutare l'opportunità di separare contabilmente i due tipi di attività in modo che si possano conoscere in anticipo i costi che, per la gestione 'istituzionalmente' in perdita, non potranno che essere coperti dalla mano pubblica [...]*” (Corte dei Conti, Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Ferrovie dello Stato S.p.A. per gli esercizi 2007-2008, 2009, p. 43).

⁷⁰ “*Il servizio sulle relazioni che presentano o sono in grado di raggiungere l'equilibrio economico è assicurato in regime di liberalizzazione*”; integrato dalla individuazione delle “*eventuali azioni di miglioramento dell'efficienza*” (legge 244/2007, art. 2, comma 253).

⁷¹ Sotto questo profilo si vedano le segnalazioni dell'AGCM AS 528 del 1 giugno 2009 e AS 659 del 9 febbraio 2009.

l'impossibilità di regolamentare in assenza di un regolatore terzo e in presenza di "ben altri obiettivi" assegnati all'azienda. Così l'incremento approvato dal CIPE nel 1999 per il quadriennio 2000-2003 (circa +4% in media d'anno) sulle tariffe passeggeri a media e lunga percorrenza è stato attuato solo nel biennio 2000-2001. Nell'autunno del 2001, infatti, l'incremento già autorizzato per il 2002, fu improvvisamente sospeso dal Ministro dell'Economia e le tariffe di fatto congelate fino al 2007: nessuna reale analisi alle spalle della decisione del governo, salvo quella non dichiarata di evitare pressioni inflazionistiche "ufficiali" (le tariffe ferroviarie erano parte del paniere dei prezzi) in concomitanza con il passaggio all'euro; nessun provvedimento equipollente a quello che aveva autorizzato l'adeguamento, solo una lettera dell'azionista tesoro all'Azienda con la quale la si "invitava" a sospendere il prossimo aumento tariffario. Un ritorno all'antico, l'Azienda come strumento di politica generale.

Infine, a partire dal 2007 si è tacitamente passati a un regime di adeguamento dei prezzi dei servizi di alta gamma (Eurostar, Alta Velocità ed Eurostar City) direttamente consegnato all'impresa. L'operazione va analizzata nel merito e nel metodo. Cominciando dal metodo, un *turnaround* di questo tipo avrebbe dovuto essere accompagnato almeno da un'analisi dello stato della concorrenza – attuale e potenziale, modale e intermodale – e da un formale provvedimento governativo basato (diremmo "noi moderni") sull'analisi di impatto della regolazione. Nulla di tutto ciò è avvenuto e ancora una volta si è giocato sul ruolo pubblico di un'impresa pubblica, implicitamente argomentando che si trattava solo di una mezza liberalizzazione dei prezzi, posto che i limiti di autonomia di Trenitalia sono segnati dalla sua natura pubblica (non si sarebbe approfittata del potere di mercato di cui disponeva – di qui il merito della questione⁷² - in tal modo identificando l'"accidente" (la proprietà) con il principio generale. Contenta ovviamente l'azienda di poter finalmente fare l'impresa, contento di governo che in questo modo si scrollava il fardello di misure impopolari.

In campo **merci**, il pilastro della liberalizzazione ferroviaria è stata la convinzione che la concorrenza ne avrebbe accresciuto la competitività rispetto ad altre modalità meno ambientalmente sostenibili. In assenza di una politica industriale di accompagnamento, le cose sono andate assai diversamente: (i) l'ex monopolista ferroviario ha (giustamente) preso a comportarsi in logica di operatore di mercato, avviandosi ad abbandonare i servizi in perdita (anche al netto dei potenziali recuperi di efficienza); (ii) i nuovi entranti si sono ovviamente collocati sui servizi e le tratte profittevoli; (iii) ciò ha ulteriormente ridotto i margini dell'*incumbent* per seguitare a fare sussidi

⁷² Il cambio di indirizzo è stato propiziato dalla stessa Commissione europea, che nel luglio 2007 (commentando il disegno di legge 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/CEE⁷². La *ratio* di fondo della posizione comunitaria, su cui hanno fatto leva le Ferrovie dello Stato per emanciparsi (e, vi è da sospettare, il governo dell'epoca allo scopo di evitare di attribuirsi la titolarità di decisioni impopolari), è che in un mercato liberalizzato i prezzi emergono dal gioco della concorrenza. Un principio su cui non si può non convenire in astratto, che avrebbe però dovuto essere calato nel contesto specifico di mercato e coniugato con i principi generali che sono alla base della regolazione. Un mercato *di diritto* aperto alla concorrenza non è necessariamente un mercato *di fatto* concorrenziale e non è necessariamente nemmeno un mercato contendibile, un mercato nel quale la concorrenza potenziale preclude all'impresa che vi opera lo sfruttamento del proprio potere di mercato.

incrociati inducendolo, per un verso, ad accelerare le dismissioni di servizi non appetibili commercialmente, per altro verso a opporsi ai *competitors*, suscitando da questi ultimi accuse di *foreclosure*; (iv) in conclusione, la sola liberalizzazione non ha prodotto nuovo traffico ferroviario netto ma, al contrario, diversione di traffico dalla ferrovia alla strada – c'è più concorrenza ma c'è meno lavoro.

Nonostante i propositi di riequilibrio modale a favore del ferro, lo Stato italiano (non solo quello italiano) ha coerentemente preso a sussidiare non solo il trasporto merci su ferrovia ma anche quello su strada, anche quando in competizione, con misure tampone (sussidi, appunto) palesemente distorsive della concorrenza. Per l'autotrasporto, dalla fissazione di “costi minimi” chilometrici (misura recentemente rinviata dal TAR Lazio alla Corte europea di giustizia), a sussidi a cadenza annuale camuffati da incentivi, perché di fatto non condizionati a operazioni di ristrutturazione del settore.

Per il trasporto merci per ferrovia, nel decennio 2001-2012 solo il 2004-2006 è stato “coperto” da contratto di servizio, seppure stipulato postumo. Nel corso dei lavori per l'indagine conoscitiva parlamentare di cui si è detto la parte merci venne stralciata poiché era stato nel frattempo emanato il nuovo Regolamento 1370/2007/CE che, innovando rispetto al precedente regolamento 1191/69/CEE, escludeva dal proprio campo di applicazione il trasporto di merci, stabilendo che dopo un triennio dalla sua emanazione eventuali provvidenze sarebbero state soggette ai principi generali del Trattato⁷³. Era dunque inopportuno anticipare conclusioni che a breve avrebbero dovuto essere implementate per vie diverse da quelle degli obblighi di servizio pubblico.

Non è che per questo Trenitalia abbia cessato di trasportare le merci: l'ha fatto, come di consueto in vacanza di un contratto di servizio, perché di impresa pubblica si tratta - e probabilmente perché è meglio seguire a presidiare un mercato, anche in perdita, che lasciare troppi spazi a malintenzionati. Così, nell'ultimo scorcio del 2012 è stato sottoscritto un ulteriore contratto di servizio fra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e Trenitalia (2009-2014). Questo contratto in parte copre il periodo pregresso⁷⁴, in parte ha valenza a venire. Sotto quest'ultimo profilo presenta rilevanti criticità. Infatti, tenuto conto che le merci sono fuori della portata del Regolamento 1370/07/CE: (i) non dovrebbe essere possibile effettuare affidamenti diretti e (ii)

⁷³ “Contrariamente al regolamento (CEE) n. 1191/69, nel cui ambito di applicazione ricadono anche i servizi di trasporto di merci, non si reputa opportuno disciplinare, nel presente regolamento, l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico in detto specifico settore. Tre anni dopo l'entrata in vigore del presente regolamento [a partire dal 2 dicembre 2012] l'organizzazione dei servizi di trasporto di merci dovrebbe quindi rimanere soggetta all'osservanza dei principi generali del trattato”. “Il presente regolamento sostituisce il regolamento (CEE) n. 1191/69, che è quindi opportuno abrogare. Per i servizi pubblici di trasporto di merci, un periodo transitorio di tre anni accompagnerà la progressiva riduzione delle compensazioni non autorizzate dalla Commissione a norma degli articoli 73, 86, 87 e 88 del trattato” (rispettivamente considerando n. 11 e 36).

⁷⁴ Difatti, lo schema di contratto di servizio 2009-2014, mai sottoscritto, prevedeva due sottoperiodi di tre anni ciascuno: il primo secondo le vecchie regole del Regolamento 1191/69/CEE, il secondo subordinato – nel se e nel come - all'accertamento della conformità alle nuove norme comunitarie.

affidamenti e compensazioni dovrebbero passare il vaglio della Commissione Europea, non ultimo in materia di compatibilità degli aiuti di Stato⁷⁵. Cronaca di un'infrazione annunciata?

Il riequilibrio possibile fra strada e ferrovia dovrebbe fisiologicamente passare con il perimetrare i servizi di trasporto sui quali – per tipologia di merce e per distanze geografiche coperte - il trasporto ferroviario possa essere realisticamente reso competitivo con la strada, (i) previa eliminazione dei deficit infrastrutturali, e (ii) con un uso accorto della leva del livello relativo dei pedaggi. Andrebbero introdotte misure quanto meno possibile anti-concorrenziali, superando la logica del ricorso all'esclusiva e relative compensazioni per obblighi di servizio pubblico.

A quest'ultimo riguardo la Commissione europea da tempo batte sul tasto dell'applicazione di pedaggi infrastrutturali che tengano conto dei costi esterni comparati delle diverse modalità (congestione, incidentalità, inquinamento atmosferico, salute). Tenuto conto che la modalità ferroviaria è quella a minor impatto di esternalità negative, lo sconto sui pedaggi di accesso alla rete ferroviaria presenterebbe numerosi vantaggi rispetto all'attuale sistema delle compensazioni dirette:

- a) renderebbe potenzialmente contendibile il mercato e non solleverebbe i problemi concorrenziali associati alla concessione di sussidi “ad impresam”, posto che ne beneficerebbero tutte le imprese ferroviarie, senza discriminazione;
- b) non solleverebbe dunque delicati rilievi sul terreno degli aiuti di Stato, la cui compatibilità dovrebbe poter essere riconosciuta senza particolari difficoltà;
- c) potrebbe essere graduato – nel se e nella misura (fino ad assumere valore zero o addirittura negativo) - in base alla tipologia di merci trasportate e alle distanza coperta, vale a dire, alla sua efficacia; eventualmente si potrebbe prevedere un sistema di sconti quantità, articolato per scaglioni, sì da incentivare ulteriormente le imprese ferroviarie;
- d) la graduazione del pedaggio ferroviario per le merci dovrebbe tendere a ripristinare condizioni di normale redditività, tenuto conto – in relazione alla specifica tipologia di merci – di prezzi di trasporto competitivi con la gomma, da un lato, e di costi efficienti, dall'altro;
- e) potrebbe consentire, nei limiti della operatività del trasporto passeggeri, un effettivo utilizzo della rete ad alta capacità anche al trasporto di merci a condizioni, con pedaggi orientati al costo marginale “industriale” di lungo periodo;
- f) il finanziamento degli sconti potrebbe gravare, attraverso l'incremento dei pedaggi infrastrutturali a carico delle modalità a maggior impatto esterno: (i) prendendo a base i costi esterni del trasporto ferroviario, il pedaggio di accesso alle infrastrutture di differenti

⁷⁵ Ai sensi della Comunicazione della Commissione 2012/C 8/03 (*Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sottoforma di compensazioni degli obblighi di servizio pubblico*). Non risulta che il governo italiano abbia intrapreso passi chiarificatori con la Commissione Europea, cosicché i servizi merci seguivano a oggi ad essere erogati in un vuoto di attenzione da parte della Commissione, che ragionevolmente sarà presto colmato dai suoi riflettori.

modalità – ove potenzialmente (e realisticamente) concorrenti con le ferrovie - andrebbe maggiorato sulla base del differenziale di costi esterni; (ii) eventualmente introducendo pedaggi autostradali progressivi con la distanza percorsa, sì da disincentivare l'autotrasporto su distanze “a portata di altre modalità”.

Infine, lo sviluppo della concorrenza ferroviaria richiederà anche di assicurare l'effettiva terzietà del gestore dell'infrastruttura, con interventi regolatori di diversa incisività a seconda della geometria di *unbundling* che si riterrà di adottare – materia sulla quale, in forza della legge istitutiva, l'Autorità dei trasporti sarà chiamata a riferire al Parlamento. Su questo aspetto è intervenuta a dicembre 2012 la Direttiva 34/2012/UE e, in rapida sequenza, la proposta, da parte della Commissione Europea, di un IV pacchetto comunitario, che sarà discusso dal Consiglio e dal Parlamento Europeo. A questo riguardo, ogni decisione dovrà essere vagliata sulla base di un'analisi costi-benefici – economici, organizzativi e di concorrenza - dell'*unbundling* proprietario, da un lato, e del mantenimento dell'attuale separazione societaria in capo a una holding comune, accompagnata da differenti possibili contrappesi per salvaguardare i principi di non discriminazione e l'obiettivo di piena contendibilità del mercato, dall'altro. L'Autorità dei trasporti potrà comunque dare una mano ad assicurare condotte improntate a terzietà. Resta che l'eventuale mantenimento dell'attuale assetto proprietario, se giustificato da benefici economici e organizzativi dell'integrazione, richiederà comunque che la regolazione dell'accesso alle *essential facilities* ferroviarie sia accompagnato da misure che garantiscano che i benefici siano paritariamente ripartiti fra tutti gli operatori dei servizi ferroviari⁷⁶.

⁷⁶ I fautori del mantenimento di una struttura integrata pongono giustamente l'accento sul fatto che la transizione verso il *full unbundling* è assai più complessa del mero trasferimento delle azioni in quanto i due lati operano in modo strettamente interconnesso (il che per converso solleva delicati profili concorrenziali). Per altro verso richiamano l'attenzione sul fatto che l'integrazione permette di ridurre i costi di coordinamento e di riallineamento degli incentivi, con considerevoli economie di costi e che questo vantaggio aumenta con il crescere del traffico. Concludono dunque che esistono mezzi meno traumatici e costosi per assicurare la piena terzietà del gestore nello svolgimento delle funzioni sensibili (Cfr. C.ER., “*The economic effects of vertical separation in the railway sector*”, 2012. Secondo il rapporto, per il complesso delle ferrovie europee, l'integrazione verticale comporterebbe minori costi dell'ordine di 7-14,5 miliardi di euro all'anno, a seconda della dinamica prospettica della densità di traffico).

Ebbene, esistono due tipi di conflitti fra il modello integrato e la concorrenza: il primo, quello più discusso, è che l'uno potrebbe minare l'altra; il secondo è invece che l'affermarsi della concorrenza tendenzialmente riduce i benefici dell'integrazione. Banale da ricordare, nei paesi dove vi è concorrenza nel mercato, già esiste una (asimmetrica) separazione verticale: quella fra il gestore dell'infrastruttura e le imprese ferroviarie diverse da quella integrata. Ne segue che la discussione sui due modelli si risolve nei benefici relativi della conservazione dell'integrazione limitatamente a queste due imprese.

A questo riguardo va detto che: (1) (i) la necessità di stretto coordinamento fra i due lati del mercato – in termini di investimenti, tecnologie, operativi, ecc. – è del tutto ovvio; (ii) l'efficacia del coordinamento è funzione della quota del mercato a valle coordinata internamente; (iii) più corta è la catena di coordinamento, più bassi i costi. (2) Ne segue che (i) i benefici dell'integrazione sono massimi nel caso di monopolio bilaterale e che (ii) sono destinati a decrescere al passo con cui aumenta la quota di mercato “unbundled”, ossia la concorrenza; (iii) nel lungo periodo, se la concorrenza crescerà in modo sostanziale (come nelle comunicazioni o nell'energia) i benefici della (residua) integrazione sono destinati dunque a ridursi drasticamente. (3) nel breve/medio periodo, invece, i benefici del coordinamento interno possono essere consistenti, ma: (i) i benefici immediati sono (automaticamente) per le parti integrate; (ii) per consentire a tutte le imprese ferroviarie di ottenere pari vantaggi il coordinamento interno va accompagnato da un attento e non discriminatorio coordinamento esterno, allineamento degli incentivi, ecc – situazione costosa che riduce i benefici netti dell'integrazione e al tempo stesso accresce l'esigenza di regolazione e i conseguenti costi amministrativi.

3.3.- Il caso aeroporti

Del lato aria si è già rapidamente detto nella sezione 2.2. Qui ci si soffermerà solo sul lato terra.

Difficile essere tacciati di ingenerosità ad affermare che in materia di **infrastrutture aeroportuali** è mancato un qualunque disegno di sistema. La disseminazione degli scali ha disperso domanda e risorse, amplificato i costi per le compagnie aeree e ridotto la capacità di attrarre traffico.

Emblematica della miope velleitarietà della politica industriale del trasporto aereo – e della sua soggezione a malintesi interessi di Alitalia⁷⁷ - è stata l'apertura del secondo hub aeroportuale. Senza entrare qui nel merito se l'hub italiano" avrebbe dovuto essere Fiumicino oppure Malpensa, il paese non poteva permettersi di averne due, se il modello di hub che si perseguiva era quello dei maggiori scali europei. Assunto sbagliato è stato attribuire a Malpensa e a Fiumicino vocazioni complementari (rispettivamente, settentrionali e meridionali), quasi a farne baricentri di mercati distinti, posto che per i collegamenti di lungo raggio il mercato rilevante ha dimensione continentale, come dimostra la concorrenza in atto fra i principali hub europei. Inutile dunque ispirarsi alla microchirurgia: per quei collegamenti Malpensa e Fiumicino competono sullo stesso mercato. Lo prova il fatto che non vi è paese europeo che possieda due hub veri e propri - due hub di pari dignità - anche se possiede compagnie aeree dotate di capacità di gran lunga superiori a quelle italiane. E non vi è paese europeo che abbia avuto la pretesa di lanciare un hub dopo la liberalizzazione del trasporto infra-comunitario, pienamente compiuta nel 1997: vale a dire, dopo che i varchi di uscita dal Paese si erano ormai moltiplicati e il nuovo hub non avrebbe quindi più avuto la possibilità di consolidarsi sul mercato all'ombra di una protezione ormai cessata. La duplicazione degli hub non solo non ha generato effetti virtuosi ma non si è rivelata nemmeno un gioco a somma zero. Conseguenza anticipata da molti poiché frantumare il traffico – in aggiunta, per lo più prodotto da un vettore claudicante - al di sotto della massa critica necessaria è strategia perdente⁷⁸.

I livelli di intermodalità degli scali aeroportuali italiani sono complessivamente inadeguati, sia a livello di rete locale che regionale, e non paragonabili agli standard ormai diffusi in Europa: nessun scalo è collegato con l'alta velocità e risultano accessibili su ferro soltanto gli aeroporti di Roma Fiumicino, Milano Malpensa, Palermo, Pisa, Torino ed Ancona. In tutti i casi di connessioni ferroviarie esistenti, i tempi di percorrenza, le frequenze e le caratteristiche dei treni, scoraggiano la clientela e rendono non competitivo il collegamento ferroviario rispetto a quello su gomma.

Ammesso comunque che i benefici economici ed organizzativi del coordinamento interno, così come economie di scala e di scopo, sussistano, sotto lo specifico profilo concorrenziale si pone la questione di come garantire ai concorrenti di condividere tali benefici al pari dell'incumbent. In particolare, come scremare la rendita di posizione dell'incumbent, dovuta a all'integrazione (the incumbent dovrebbe poter conservare solo economie "stand alone", come se fosse separato dal gestore, e come spalmarle su tutte le imprese i benefici.

⁷⁷ Anche Malpensa era parte della dote portata da Alitalia al matrimonio (fallito) con KLM, causa la saturazione dell'aeroporto di Schiphol e il conseguente possibile dirottamento di traffico su Malpensa.

⁷⁸ Cfr. al riguardo M. Sebastiani, *Le infrastrutture di trasporto: programmazione, concorrenza, interesse pubblico*, in "I nodi delle reti" (a cura di P.M. Manacorda), Passigli, Firenze 2010.

Dopo dodici anni dall'ultimo PGT è stato emanato l'atto di indirizzo del governo per la definizione del Piano nazionale per lo sviluppo aeroportuale (2013-2016)⁷⁹. Il Piano può rappresentare base di partenza per la razionalizzazione del settore, ma richiede consistenti modifiche: (a) la classificazione degli aeroporti è appiattita su quella comunitaria delle TEN-T ("core" o "comprehensive network"), senza apparente vaglio dei flussi di traffico e degli "effetti di rete"⁸⁰. Occorrerebbe invece procedere a una classificazione che tenga conto dei flussi di traffico, della centralità che gli scali rivestono nella rete nazionale, delle "vocazioni", ecc.; (b) il piano ha validità solo triennale, mentre dovrebbe fornire indicazioni per la pianificazione nazionale nel medio-lungo periodo, anche in considerazione della lunghezza e complessità dei processi di realizzazione delle infrastrutture.

La razionalizzazione del sistema aeroportuale è importante ed urgente tenuto anche conto dei processi di concentrazione che vanno caratterizzando le gestioni aeroportuali e che dovrebbero potersi realizzare in un quadro strategico definito.

Per altro verso è esemplare è la storia della regolamentazione nazionale delle **tariffe aeroportuali**, quanto a come alimentare confusione, comprimere l'incentivo a investire e, come risultato ultimo, blindare la regolazione.

L'introduzione della regolamentazione delle tariffe (specificamente del criterio di orientamento a costi efficienti) è stata in generale accolta con discreto malumore dal mondo aeroportuale. Alla delibera CIPE 86/2000 sono seguiti almeno due anni di sostanziale boicottaggio, ufficialmente motivato dal fatto che le tariffe erano all'estero sensibilmente più elevate (ma anche i finanziamenti pubblici minori) e che dunque lì si doveva andare a parare⁸¹, come se il mercato comunitario dei servizi aeroportuali fosse caratterizzato da piena concorrenza e da piena mobilità di tutti i fattori⁸².

Pregiudiziale quanto si vuole, la sfiducia nella regolamentazione aeroportuale è stata però per più versi giustificata dal seguito della storia. Infatti, proprio quando i maggiori aeroporti italiani si erano ormai fatti una ragione della delibera CIPE del 2000 ed erano in fase di conclusione dei contratti di programma, è intervenuta la legge 248/2005 ("requisiti di sistema" o "salva Alitalia"

⁷⁹ Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Atto di indirizzo per la definizione del Piano Nazionale per lo Sviluppo Aeroportuale, 29 gennaio 2013. Le principali linee guida dell'atto di indirizzo sono: 1) individuazione degli aeroporti di interesse nazionale, con una indicazione di 31 scali rispetto alla struttura complessiva di 112 aeroporti oggi operativi; 2) adozione di piani di riequilibrio economico-finanziario, con un orientamento del Governo mirato a procedere alla dismissione delle quote societarie ancora in possesso degli enti pubblici, favorendo l'ingresso di capitale privato nella gestione aeroportuale; 3) incentivazione delle reti aeroportuali, per favorire la costituzione di ambiti organizzativi gestiti da un unico soggetto, al fine di conseguire vantaggi sul fronte della differenziazioni e della specializzazione; 4) razionalizzazione dei servizi di navigazione aerea e dei servizi alla clientela, per semplificare le procedure, rivedere gli orari di apertura degli scali e dei servizi, modificare il servizio di controllo aereo, intervenire per snellire i controlli di sicurezza, antincendio, doganali.

⁸⁰ A titolo di esempio, in un raggio di 150 km si trovano quattro aeroporti classificati di rilevanza strategica (Torino, Genova, Malpensa e Linate).

⁸¹ Rivendicazioni che traevano origine, peraltro, da una precedente norma (legge 662/1996) che stabiliva fra l'altro che i diritti aeroportuali dovessero sì essere orientati i costi, ma anche ai livelli europei: tradotto in logica, che i costi dovessero tout-court adeguarsi a quelli, più alti, dei maggiori aeroporti europei!

⁸² L'unico fattore pienamente mobile essendo il capitale, il *benchmark* europeo è valido essenzialmente quanto alla remunerazione di esso.

secondo i gestori) che, senza sostanzialmente innovare l'impianto della precedente regolamentazione, ne accresceva inutilmente le tecnicità e, soprattutto, introduceva il principio secondo il quale parte del margine (almeno il 50%) proveniente dalle attività commerciali andava portato in detrazione dei diritti aeroportuali. Criterio sacrosanto, quello di scremare le rendite dei concessionari pubblici, tanto più dopo che la nozione di margine è stata opportunamente declinata dalle Linee guida dell'ENAC come extra-margine eccedente il Wacc. Se non che il principio andava a colpire società che erano state privatizzate da poco o che si erano impegnate in ingenti programmi di investimento sulla base di previsioni di redditività che ovviamente non scontavano la confisca di parte di questa. Ne è seguito un nuovo arresto, sboccato – in forza della legge 102/2009⁸³ che istituiva contratti di programma “in deroga” per i grandi aeroporti – con la recente stipula dei contratti per AdR, SEA e SAVE.

Dieci anni persi e, a ben vedere, contratti “più volte” in deroga.

In primo luogo in deroga, in forza del decreto legge 79/2009 (art. 17, comma 34-bis), rispetto alla normativa generale introdotta dalla legge 248/2005. In secondo luogo, “in deroga” (in difformità) rispetto alla nuova direttiva comunitaria sui diritti aeroportuali 2009/12/CE, la quale – nella forma recepita nel nostro ordinamento dal decreto legge 1/2012 (artt. 71-81) - prevede un diverso approccio. Da segnalare che alla procedura di infrazione a suo tempo aperta dalla Commissione europea per il mancato recepimento delle direttiva, poi provvisoriamente sanata dal decreto legge di cui si è detto, si è recentemente aggiunto un preannuncio di procedura di infrazione in quanto al recepimento della direttiva non è finora seguita la sua concreta attuazione e, anzi, la regolamentazione del grosso del traffico è stata impostata⁸⁴ in modo difforme da quanto previsto dalla nuova normativa comunitaria. Infine sono pendenti davanti al TAR ricorsi di numerose compagnie aeree contro i contratti di programma di AdR e SEA.

Infine, i contratti di programma in questione “derogano” ai principi di una sana regolamentazione, intendendo con questo una regolazione stabile e affidabile ma non necessariamente imperitura. Invece:

- a) in forma più o meno esplicita, il modello tariffario (la modalità di calcolo delle tariffe e valore dei principali parametri, *in primis* l'elasticità dei costi operativi al traffico) è fissato

⁸³ Art. 17, comma 34-bis.

⁸⁴ A evitare l'interruzione dei procedimenti in corso in materia di contratti di programma delle società aeroportuali - a causa dell'incertezza relativa sia al regime applicabile sia al regolare “abilitato” - l'art. 22 del decreto legge n. 5/2012, convertito dalla legge n. 35/2012, ha fatto comunque salvo il completamento delle procedure in essere in capo a ENAC, a condizione che si concludessero entro il 31 dicembre 2012. Ciò ha consentito di completare i contratti di programma c.d. in deroga (dei maggiori aeroporti) ma non altri contratti in fase di istruttoria presso l'ENAC, a cui si sono aggiunte ulteriori richieste. E' venuta quindi in soccorso la legge n. 228/2012 (legge di stabilità per il 2013), che al comma 388 proroga al 30 giugno 2013 “il termine di scadenza dei termini e dei regimi giuridici indicati nella tabella 2 [il punto 8 riguarda la materia che qui interessa] allegata alla presente legge”.

- per l'intera durata della concessione⁸⁵. Ne segue che la durata decennale dei contratti di programma, articolata in sottoperiodi di cinque anni, serve di fatto ad adeguare le tariffe in base alle circostanze "esterne" (in primo luogo la realizzazione dei piani di investimento, l'andamento del traffico), fermo restando il modello;
- b) peculiare per AdR (il cui contratto di programma è un *unicum* con la convenzione di concessione, scadente nel 2044) è la previsione che in caso di risoluzione anticipata della concessione - per volontà del concedente o per volontà del concessionario (giustificata, ad esempio, da cambiamenti normativi che impattino negativamente sulla redditività e con compensati) - il concessionario ha diritto a un indennizzo che include il lucro cessante sulle attività non regolamentate fino alla scadenza della concessione; stesso trattamento, forse con qualche aggiustamento al ribasso, anche in caso di decadenza per colpa del concessionario;
- c) non attiene tanto alla qualità dei principi di regolazione ma a quello di non discriminazione il fatto che - solo per i contratti in deroga - sia previsto che il 50% dell'extra margine ricavato dalle attività commerciali non vada in detrazione dei diritti (dunque dei ricavi) ma sia destinato all'autofinanziamento di investimenti nei servizi regolamentati; in quanto capitale autofinanziato, il gestore calcola gli ammortamenti e riceve una remunerazione del capitale. Non dunque una scrematura di extraprofitti ma un vincolo di destinazione di risorse proprie. Al di là dei limiti della norma del margine, di cui si è detto, i contratti in deroga di fatto la disapplicano (e va bene), introducendo però una disparità di trattamento di dubbia legittimità con gli altri gestori aeroportuali.

Le condizioni indicate sopra sono la diretta conseguenza dei guasti prodotti dall'incertezza regolatoria e dalla debolezza del sistema istituzionale, tanto più quando velleitariamente e ingiustificatamente indossa i panni della squadra d'assalto. La regola del pendolo insegna che a un eccesso segue l'eccesso opposto: cambiamenti di regole in corsa e regole oggettivamente non eque vengono inevitabilmente percepiti da chi se ne sente vittima come crediti da portare all'incasso con il governo seguente, dove la blindatura rappresenta un'assicurazione contro i rischi. La vicenda delle concessioni autostradali post eccessi "dipietristici" e quella dei contratti in deroga post eccessi della legge sui requisiti di sistema stanno a dimostrarlo.

In base al nuovo impianto europeo, così come recepito nell'ordinamento italiano, viene a cessare lo strumento del contratto di programma e il regolatore (artt. 76 e 80 del decreto legge 1/2012) dovrà predisporre "*specifici modelli tariffari, calibrati sulla base del traffico annuo di movimenti passeggeri registrato*", al fine di assicurare che i diritti applicati agli utenti degli aeroporti rispondano a principi non discriminazione e di orientamento al costo. Il gestore aeroportuale individuerà il modello tariffario tra quelli predisposti dal regolatore, determinerà l'ammontare dei diritti, previa consultazione degli utenti degli aeroporti, e li sottoporrà all'organismo di vigilanza

⁸⁵ Si vedano i DPCM di approvazione dei contratti di programma i quali stabiliscono che il "Documento tecnico di regolazione tariffaria", ossia il modello (inclusi i valori dell'elasticità degli opex al traffico), si applica per "*l'intera durata del rapporto*" fra Enac e il gestore.

che verifica la corretta applicazione del modello tariffario e del livello dei diritti aeroportuali; a cadenza annuale il gestore dovrà poi consultare/informare gli utenti circa gli adeguamenti tariffari.

Risulta che l'ENAC abbia elaborato tre modelli tariffari, completato la procedura di consultazione e sia in attesa dei pareri (non vincolanti) che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero dell'economia e delle finanze potranno formulare entro 60 giorni.

Da notare incidentalmente che:

- a) stante la norma di recepimento della direttiva, i modelli tariffari sono ricondotti alla sola dimensione del traffico (oltre 8 milioni di passeggeri, fra 1 e 8 milioni, sotto 1 milione) e dunque non possono essere di fatto "scelti" dai gestori;
- b) peraltro (salvo quello pertinente gli aeroporti minori, che è semplificato) i modelli hanno la medesima impostazione, con differenziazioni davvero marginali;
- c) essendo riconducibili alla sola dimensione del traffico i diversi modelli tariffari non tengono conto dello stato della concorrenza, dunque della più efficace forma di regolazione da applicare; molto meglio sarebbe stato prevedere periodiche analisi di mercato per definire, caso per caso, il tipo di regolamentazione più adatta e meno invasiva (modello consentito dalla norma comunitaria e oggi adottato da Autorità di regolazione di altri settori);
- d) quanto sopra vale tanto più per gli aeroporti minori; infatti qui la direttiva comunitaria lascia liberi gli Stati sul se e come regolamentare le tariffe di aeroporti con traffico inferiore a cinque milioni di passeggeri; l'aver abbassato la soglia a 1 milione di passeggeri potrà comportare una regolamentazione ingiustificatamente onerosa.

In conclusione, convivono oggi e conviveranno nel non prossimo futuro più tipologie di regolamentazione: a) quella nuova ex direttiva comunitaria; b) quella "vecchia", ma destinata a produrre a lungo i suoi effetti, a sua volta sdoppiata in (i) quella ordinaria (basata sui contratti di programma ex art. 11-nonies del decreto-legge n. 203/2005, convertito dalla legge n. 248/2005), o (ii) derogatoria per i grandi aeroporti (ex art. 17, comma 34-bis, del decreto-legge 79/2009, convertito dalla legge n. 102/2009^{86,87}).

Sarebbe utile introdurre **margini di flessibilità** nella determinazione delle tariffe aeroportuali, una flessibilità suggerita dalla direttiva comunitaria ma non recepita nel nostro ordinamento, e tantomeno dai contratti in deroga e dai modelli tariffari proposti dall'Enac.

⁸⁶ Esteso alla società di gestione dell'aeroporto di Venezia dalla legge n.122/2010.

⁸⁷ Il quadro si complica ulteriormente – almeno nell'incertezza – a seguito di una recentissima ordinanza del Consiglio di Stato del 4 marzo 2013 (n. 09329/2007 REG.RIC) che rinvia alla Corte costituzionale il giudizio di legittimità della citata legge 248/2005. I profili di "non manifesta infondatezza" di illegittimità costituzionale vengono ravvisati; (i) nell'assenza di motivi di necessità ed urgenza del ricorso allo strumento del decreto legge; e (ii) nel merito nella violazione del principio di uguaglianza e tutela della concorrenza, derivanti dall'applicazione del meccanismo della *single till* in abbattimento dei diritti aeroportuali, e in altre previsioni della norma "mediante una iniziativa legislativa unilaterale che è avulsa da una adeguata istruttoria e considerazione degli effettivi costi dei gestori aeroportuali" (par. 26.10).

L'attuale regolamentazione, infatti, tende a fare degli aeroporti terminali passivi di traffico, mentre i gestori andrebbero messi nelle condizioni di attuare politiche commerciali. Mi riferisco, ad esempio, all'introduzione di agevolazioni sui diritti per lo *start up* di nuovi collegamenti, di clausole di *risk* e *profit sharing* fra gestori e compagnie aeree o legati a impegni di lungo termine da parte delle compagnie aeree.

Una regolazione unitaria delle tariffe aeroportuali è infine il complemento necessario della razionalizzazione "a sistema" del settore, attraverso un'incentivazione alla ripartizione del traffico fra scali appartenenti a uno stesso bacino – nei limiti consentiti dalla normativa comunitaria – che abbia per obiettivo un uso efficiente delle capacità infrastrutturali e la valorizzazione delle specificità. Il fenomeno delle concentrazioni fra società di gestione dovrebbe avere per obiettivo non solo lo sfruttamento di economie di scala e sinergie di costo, ma anche e forse prioritariamente quello di valorizzare ciascuno scalo in una logica unitaria. A questo scopo i modelli tariffari dovrebbero poter consentire ai gestori flessibilità nell'articolazione dei corrispettivi.

Prima o poi le competenze in materia dovranno essere trasferite dall'ENAC all'**Autorità dei trasporti**. Due sembrano le maggiori criticità:

- a) quanto alle tariffe aeroportuali, l'Autorità si troverà a gestire una regolamentazione ormai data, posto che il grosso del traffico aeroportuale (AdR, SEA, SAVE) è regolamentato su basi fissate da qui a fine concessione (rispettivamente: 2044, 2041 e 2041) e parte dei contratti in scadenza o in itinere verranno verosimilmente conclusi dall'ENAC, in base ai modelli tariffari dianzi menzionati, prima che l'Autorità possa assumerne concretamente le funzioni e comunque non potrà non tenere conto di tali modelli; in sostanza, per un periodo più o meno lungo a seconda dei casi l'Autorità si troverà a poter gestire solo gli "affari correnti";
- b) la portata della direttiva comunitaria - e simmetricamente delle competenze espressamente attribuite all'Autorità dalla legge istitutiva - si ferma alla materia disciplinata dalla direttiva, vale a dire ai "diritti" aeroportuali, le altre essendo regolamentate da altre norme comunitarie. Non sono invece chiarite dalla legge le competenze dell'Autorità in materia di affidamento in concessione delle gestioni aeroportuali e, per alcuni versi, di accesso all'uso delle infrastrutture aeroportuali. Sotto il primo aspetto, la norma non fa menzione delle competenze, che invece riconosce all'Autorità per le autostrade, di definire schemi di concessione e di bandi di gara per le nuove concessioni; fermo restando che la titolarità delle concessioni deve restare in capo al governo, è evidente che la regolamentazione dell'accesso e delle tariffe costituisce parte integrante e prioritaria delle condizioni concessorie. Sotto il secondo aspetto, la legge prevede che l'Autorità garantisca condizioni eque e non discriminatorie di accesso alle infrastrutture aeroportuali, ma non ne specifica i criteri: per quanto riguarda l'accesso da parte dei vettori, non è espressamente previsto che passino ad essa le funzioni di vigilanza e di risoluzione delle controversie in materia di allocazione degli *slots* aeroportuali, oggi svolte dall'ENAC; né sono contenute nella norma previsioni relative all'accesso dei prestatori di servizi aeroportuali e ai canoni richiesti ad essi dalle società di gestione.

4.- Un assetto regolatorio efficace⁸⁸

I deficit indicati nelle sezioni precedenti, come si è detto, sono da ricondurre alla assenza di una politica industriale coerente e di lungo respiro. Parte consistente di essi vanno imputati a un braccio fondamentale della politica industriale, la regolazione e il suo assetto istituzionale. Dei difetti si è già detto in premessa nella sezione 3.

Una regolazione concorrente e per comparti, con regole e regolatori in competizione, è quello che la casa ha passato finora ed è l'opposto di quello che dovrebbe essere: una regolazione convergente nelle regole, una regia unitaria.

Una **regolazione convergente** delle differenti modalità di trasporto è il necessario complemento del concepire il settore come un insieme integrato di servizi caratterizzati da competizione o da complementarietà (o da entrambe insieme)⁸⁹, dove sane e fra loro coerenti politiche industriali e regolatorie dovrebbero promuovere il raggiungimento di un set indivisibile di obiettivi rappresentato da concorrenza, competitività, sviluppo, coesione, coerenza ed economia di risorse pubbliche: obiettivi che attengono *in primis* alle scelte di politica industriale e sociale, ma dei quali un'appropriata e coerente regolazione è essenziale per agevolarne il perseguimento.

Riconoscendo che le diverse modalità di trasporto sono caratterizzate da differenze strutturali e da differente contendibilità – cosicché si rende necessaria un'opera di *fine tuning* della regolazione - un *level playing field* regolatorio si rende necessario per più ragioni: (a) per l'aumentata concorrenza e complementarietà fra modalità, processi che auspicabilmente si accelereranno in futuro e che richiedono scelte di politica industriale (ad esempio in ordine alle priorità da promuovere) e una regolazione unitaria e coerente con gli obiettivi; (b) per superare la condizione attuale di contrastanti regolamentazioni e sistemi di incentivi, (c) accompagnati (e causati) da una pletora di organismi spesso in conflitto fra di loro.

⁸⁸ Considerazioni in parte riprese da M. Sebastiani, *Convergenza, efficacia e qualità della regolazione dei trasporti: spunti di riflessione e Regolazione e antitrust*, in "L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti" (a cura di L. Torchia), Astrid 2013.

⁸⁹ A fini regolatori – e, più ampiamente, di politica industriale - le diverse modalità che compongono il settore dei trasporti possono essere così schematicamente "classificate": (a) modalità (attualmente o potenzialmente) in concorrenza le une con le altre (es., il trasporto ferroviario di passeggeri e quello aereo sulle medie distanze, l'autotrasporto e il trasporto ferroviario di merci sulle medie e lunghe distanze, il trasporto passeggeri su ferro e su gomma nel trasporto locale e regionale), per le quali occorrono 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 complementari (es. il trasporto merci per ferrovia e l'autotrasporto, il "feederaggio" ferroviario dei collegamenti marittimi e aerei), dove gli interventi dovrebbero puntare ad accrescere l'integrazione e, ove necessario, a complementarli con quelli di cui al punto precedente; (c) modalità il cui congiunto esercizio può generare economie di coordinamento, di scala e di scopo (es. il trasporto ferroviario di merci e di passeggeri – o, su un terreno diverso ma attiguo – l'integrazione verticale fra reti e servizi), dove gli interventi dovrebbero valutare attentamente i costi e i benefici in termini di efficienza e di concorrenza e "pesare" i relativi *trade off*.

Di qui la necessità di agire in più direzioni, distinte ma complementari: (1) armonizzare la regolazione delle diverse modalità facendola convergere su di un impianto di base comune – una “messa a sistema” di regole, coerente con il quadro di unitarietà degli obiettivi indicati sopra; (2) concentrare le competenze regolatorie in un unico organismo, che possa promuovere una visione di insieme e abbia gli strumenti per realizzarla e che (3) sia capace di guardare agli impatti a medio e lungo termine su concorrenza, competitività e benessere (non infrequentemente il perseguimento di obiettivi immediati a favore dei consumatori pregiudica quelli a lungo, così come la concorrenza rappresenta condizione necessaria, ma non sempre sufficiente, per promuovere competitività); e che per far questo (4) disponga di un’ampia gamma di strumenti che possa utilizzare in funzione degli obiettivi prefissi.

In Italia quanto al punto (2) è in fase di *start-up* ma, a normativa data, sono invece carenti i punti (1) e (4), che a cascata compromettono anche il (3).

In effetti, la vera novità da un bel po’ di anni a questa parte è stata l’istituzione di una Autorità indipendente di regolazione del settore. L’Autorità dei trasporti può essere leva essenziale di una riforma sostanziale del quadro di regolazione, sì da essere complemento di una politica industriale e della concorrenza che voglia essere efficace.

Come è stato detto, il vuoto di organismi di regolazione efficienti è stato in parte colmato dall’Autorità antitrust, il cui scopo sociale è alquanto diverso e le leve di cui dispone meno efficaci, non ultimo in quanto agisce caso per caso e in gran parte dei casi dopo che i buoi sono scappati. La regolazione (questo il punto 3 sopra) deve piuttosto guardare anche al medio e lungo periodo, in coerenza con l’evoluzione del quadro concorrenziale, con obiettivi di crescita dell’offerta e della qualità dei servizi, promuovendo le condizioni per uno sviluppo equilibrato degli investimenti, proporzionato a tali obiettivi, e per il concorso di capitali privati.

Di qui la necessità di applicare modalità di regolazione proporzionate agli obiettivi di interesse generale che si debbono perseguire. 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. Lo strumento regolatorio va attentamente tarato e adattato in relazione 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.

Da non trascurare il rapporto fra la **regolamentazione dei trasporti** e quella **di altri settori a rete**, che andrebbe utilmente sdoppiato fra imitazione e armonizzazione:

- a) il primo profilo riguarda l’utilità di applicare nella regolamentazione dei trasporti esperienze e metodologie in uso in settori più avanzati, sia sotto il profilo della concorrenza che sotto quello delle pratiche regolatorie. Alcuni spunti a titolo esemplificativo: (i) la realizzazione di periodiche analisi di mercato per stabilire la necessità o meno di introdurre misure regolatorie *ex ante* o per passare a misure meno invasive e onerose di quelle tradizionali di tipo “*command and control*”; (ii) connesso al precedente, l’orizzonte temporale preferibile per implementare la concorrenza; (iii) le modalità di finanziamento

del servizio universale; (iv) le modalità per promuovere forme di concorrenza *facilities based vs. services based* (tema che, tradotto in materia di trasporti, assomma alle modalità di regolazione di infrastrutture in competizione); (v) le esperienze di *unbundling*, ecc.

- b) il secondo profilo – l’armonizzazione delle regole fra settori diversi – è di meno immediata percezione ed è di più ampia portata. E’ vero che, ad esempio, fra trasporti, energia e comunicazioni non vi sono né concorrenza dal lato della domanda né dell’offerta, né (eccetto lo scambio di input) complementarità, cosicché non si vedrebbe ragione immediata di armonizzazione delle regolamentazioni (a parte il diritto della concorrenza). Questi settori tuttavia (tutta l’economia, del resto), più o meno a seconda dei casi competono sulla finanza pubblica e competono sul mercato dei capitali. Trattandosi di settore regolamentati, la redditività relativa di essi e la loro capacità di attrazione di capitali dipendono dalle regole che li governano. L’armonizzazione di queste in funzione delle priorità industriali del paese rappresenta dunque una questione che meriterebbe di non essere ignorata.

Dato che le Autorità indipendenti hanno poteri di autoregolamentazione, anche questa Autorità potrà agire nella direzione indicata sopra (la convergenza, la scelta più appropriata delle misure), forse anche adattando o interpretando nella misura del possibile il quadro normativo esistente.

Gli ostacoli tuttavia non mancano e si possono distinguere in due principali: i “buchi” nelle competenze espressamente attribuite a essa dalla legge istitutiva; i vincoli che derivano da normative applicate.

Quanto ai primi, più che buchi veri e propri si tratta di opacità nella allocazione delle funzioni fra di essa e altre amministrazioni, che già evoca il rischio del ripetersi degli “antichi” mali: il concorso (quando non necessario) di più voci⁹⁰, la reciproca rivendicazione *ex ante* di competenze e di rimpalli di responsabilità *ex post*. Un quadro già visto nelle devastazioni che ha prodotto, nel disorientamento degli operatori, nell’accendere in essi impulsi opportunistici, nell’allontanamento di capitali privati. Mi riferisco in particolare ai rapporti fra l’Autorità e i Ministeri quanto a contratti di programma o di servizio, a quelli con l’Anas, con le Autorità portuali, con l’Enac, con le regioni, ecc. In effetti, da quando è stata varata la norma istitutiva dell’Autorità si osserva una lodevole accelerazione di iniziativa da parte di ministeri e enti paraministeriali, positiva se servirà a propiziare il terreno per il subentro dell’Autorità, meno se si dovesse configurare come una sorta di *pre-emption* in fatto di competenze.

Quanto ai secondi, è stato argomentato nelle sezioni precedenti che parte non irrilevante dei modelli tariffari sono ormai blindati: gli aeroporti maggiori, i gestori autostradali che operano in forza di concessioni precedenti all’istituzione dell’Autorità. Qui c’è scarso margine di manovra: la gestione della normale amministrazione dei contratti o poco più.

A cui si aggiunge l’art. 24 del decreto legge 69/2013 che, nel ribadire le competenze del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in materia di accesso all’infrastruttura ferroviaria

⁹⁰ Va da sé che l’operare dell’Autorità non potrà che essere concertato con altre amministrazioni quando ha impatto sulla finanza pubblica.

sembra ignorare che si tratta di materia che la legge istitutiva (confusamente) attribuisce all’Autorità. E che le Autorità di altri settori regolamentano in autonomia, ovviamente nell’ambito delle norme nazionali e comunitarie. Sarebbe decisamente un’occasione mancata se l’Autorità venisse ad assorbire le sole competenze dell’Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari.

5.- Conclusioni e proposte prioritarie

La carenza delle politiche industriali, si è argomentato nelle precedenti sezioni, è stato il massimo fattore frenante la modernizzazione e lo sviluppo dei trasporti in Italia. Misure per compartimenti, frammentarie e spesso contraddittorie, propizie a mettere toppe anziché perseguire un disegno di lungo periodo, secondo priorità stabili. Deficit di programmazione infrastrutturale, cerchiobottismo sulle priorità modali, opacità dei confini fra servizi di mercato e servizi sociali, finanziamenti pubblici sbilanciati in conto esercizio e conseguente tolleranza (o incentivo) all’inefficienza gestionale, privatizzazioni finalizzate a fare cassa, deficit regolatori nel senso più ampio del termine. L’elemento di stabilità della politica industriale italiana è stato proprio nel pervicace perpetuarne i limiti.

Gli aspetti infrastrutturali sono affrontati in altra relazione. In questo contributo ho dunque affrontato temi diversi, anche se connessi: in particolare l’estensività del ricorso a obblighi di servizio pubblico e i modi spesso ingiustificatamente invasivi con cui si è voluto assolverli; di fondo, la gestione pubblicistica dei servizi e i deficit del sistema di regolazione.

In termini (per dire) “operativi” le proposte principali sono sintetizzate qui sotto⁹¹.

5.1.- Obblighi di servizio pubblico

Le criticità non riguardano il solo trasporto pubblico locale e regionale di passeggeri, sul quale si accentra per lo più il dibattito: sia pure in diversa misura e con modalità diverse è trasversale a tutte le modalità di trasporto e non solo passeggeri. Per questa ragione andrebbe costruito un *level playing field*, in senso ampio regolatorio, comune a tutti i servizi svolti in regime di obblighi di servizio pubblico, declinabile in varianti a seconda delle specifiche problematiche.

1) Efficacia:

- a) livelli di servizio: ridefinizione dei livelli minimi da garantire, sulla base di priorità modali sostenibili, economicamente e ambientalmente, eliminazione di duplicazioni, ecc.;
- b) sulla base di quanto al punto precedente, programmazione generale da parte degli enti concedenti, ma flessibilità del gestore nella definizione della programmazione di dettaglio e flessibilità (regolamentata nei contratti di servizio) a cambiamenti di operativo in relazione alla domanda.

⁹¹ Per una più ampia disamina di proposte di politica industriale cfr. P.Spirito e M.Sebastiani, *I trasporti*, in “Per il governo del Paese: Proposte di politiche pubbliche” (a cura di F.Bassanini), Passigli, Firenze 2013.

2) Efficienza:

- a) interpretazione “estesa” dei criteri del costo e del fabbisogno standard, i quali possono offrire un contributo fondamentale solo se la loro “asticella” viene fissata internalizzando obiettivi di efficienza estesi anche alle misure di *policy* locale e regionale e non solo a quello che possono fare le imprese nel quadro locale dato; “tarati” dunque sulla base di obiettivi di efficienza conseguibili dalle imprese in un contesto di *policies* locali efficienti;
- b) estensione dell’applicazione del costo/fabbisogno standard a tutti i servizi di trasporto svolti in obbligo di servizio pubblico⁹²;
- c) introduzione nei rapporti concedente-gestore di corretti sistemi di incentivi e di allocazione dei rischi (*cost cap* o, in assenza di finanziamento pubblico, *price cap*; flessibilità degli operativi, rivedibilità dei livelli di servizio, introduzione di forme di *profit/revenue sharing*, ecc.);
- d) per quanto possibile comuni alle diverse modalità di affidamento (incluso *in house providing*, al fine di ridurre l’impatto della commistione concedente-proprietario);

3) Trasparenza:

- a) obbligo di separazione societaria ex art. 8, comma 2-ter, della legge 287/1990 in caso di simultanea fornitura di servizi in esclusiva e di servizi di mercato;
- b) obbligo di contabilità analitica per linee e per fasce orarie (essenziale per la razionalizzazione dei servizi, sia per l’accesso al fondo di cui all’art. 16-bis del decreto legge 95/2012, sia per il calcolo del canone di indennizzo di cui al punto e) che segue, sia come base conoscitiva per l’espletamento di successive gare;

4) Finanziamenti pubblici:

- a) riarticolazione dei finanziamenti a favore della spesa in conto capitale, rispetto ai corrispettivi in conto esercizio;
- b) possibilmente, finanziamento diretto, con conseguente assunzione di proprietà, da parte degli enti concedenti, degli investimenti in asset strumentali e in materiale rotabile (inclusi bus); in alternativa, separata contabilizzazione dei finanziamenti in conto capitale, anche a evitare travasi di risorse a favore dell’esercizio;
- c) divieto di erogazione di finanziamenti, sia da parte degli enti concedenti che a carico del fondo nazionale, in eccedenza del fabbisogno standard; inclusione nei contratti di servizio di criteri per accertare le responsabilità al riguardo, con copertura a carico degli utenti in caso di responsabilità degli enti locali (ad esempio, velocità commerciale inferiore a quella prevista) o a carico dei gestori in caso di propria responsabilità.

⁹² Tenuto conto della sua finalità, la legge delega 42/2009 impone quest’obbligo ai soli servizi di competenza regionale e locale.

5) Concorrenza.

- a) ove possibile, ricorso a misure di finanziamento a minor impatto sulla concorrenza (ad esempio, gli aiuti diretti ai consumatori di cui all'art. 107, comma 2, lettera b), del TFUE);
- c) generalizzazione a tutte le modalità di quanto disposto dall'art. 24 del decreto legge 69/2013 (in relazione al solo trasporto ferroviario) in ordine alla possibilità di entrata di nuovi operatori su bacini di traffico o su linee già servite da contratti di servizio a fronte del versamento all'ente titolare del contratto di servizio di un canone pari all'onere netto incrementale da questo eventualmente sopportato per effetto del *cream skimming* prodotto dal nuovo entrante, con riferimento al costo efficiente del gestore (altrimenti l'inefficienza del gestore si tradurrebbe di barriera all'entrata);
- d) eventuale concessione di diritti speciali (più gestori titolari di contratti di servizio, di dimensione minima ottima, in concorrenza nello stesso bacino di traffico) anziché di diritti esclusivi;
- e) obbligo di includere nelle relazioni di cui all'articolo 34, comma 20, del decreto legge 179/2012, anche valutazioni comparative di convenienza economica;
- f) introduzione nei bandi dell'obbligo per il gestore, alla scadenza dell'affidamento posto a gara, di cedere – a richiesta dell'ente concedente e sulla base di criteri pre-determinati – asset, anche non rientranti nella fattispecie di *essential facilities*, da questi considerati comunque essenziali per assicurare il maggior concorso di partecipanti.

5.2.- Riequilibrio ferro-strada nel trasporto merci

Premesso che gli obiettivi al riguardo vanno impostati con cautela, tenuto conto delle caratteristiche strutturali del tessuto produttivo e urbano italiano, delle carenze infrastrutturali e del conseguente accentramento del traffico sulle brevi percorrenze:

- a) superamento della nozione di obblighi di servizio pubblico e relativi contratti di servizio (salvo trasporti particolari – es. merci pericolose), non più consentiti dalle norme comunitarie;
- b) sostegno al trasporto merci per ferrovia attraverso la leva del livello relativo dei pedaggi, graduando quello ferroviario – nel se e nella misura (fino ad assumere valore zero o addirittura negativo) - in base all'efficacia in termini di acquisizione di competitività con l'autotrasporto e a costi efficienti delle imprese ferroviarie; ciò non solleverebbe problemi concorrenziali associati alla concessione di sussidi “ad impresam” né ostacoli sul terreno degli aiuti di Stato;
- c) eventuale introduzione di pedaggi autostradali progressivi con la distanza percorsa, sì da disincentivare l'autotrasporto su distanze “a portata di altre modalità”; utilizzo dell'extra-gettito a copertura degli “sconti” sui pedaggi di accesso all'infrastruttura ferroviaria.

5.3.- Trasporto aereo

Per la parte infrastrutturale:

- a) revisione dell'atto di indirizzo sullo sviluppo aeroportuale, mediante una classificazione degli scali che tenga conto dei flussi di traffico, delle strategie di sviluppo dei territori, degli effetti di rete, delle vocazioni che, compatibilmente con la regolamentazione comunitaria, possono essere attribuite a ciascuno scalo. La razionalizzazione del sistema aeroportuale è importante ed urgente anche considerati i processi di concentrazione che vanno caratterizzando le gestioni aeroportuali, che dovrebbero potersi realizzare in un quadro strategico definito;
- b) semplificazione delle procedure di VIA (anche attraverso la VAS sul Piani nazionale di sviluppo degli aeroporti);
- c) potenziamento delle infrastrutture ferroviarie di accesso ai principali aeroporti.

Sul piano della regolazione tariffaria:

- a) l'attuale regolamentazione tende a fare degli aeroporti terminali passivi di traffico, mentre i gestori andrebbero messi nelle condizioni di realizzare politiche attive di sviluppo del traffico.
- b) i margini di discrezionalità aperti dalla direttiva comunitaria sono stati in gran parte chiusi dai contratti in deroga,
- c) mentre per quelli in scadenza sarebbe auspicabile un *fine tuning* più attento a flessibilità, concorrenza in atto e potenziale, costi della regolazione e specificità degli scali, anche riformulando i modelli tariffari recentemente definiti dall'ENAC;
- d) a titolo di esempio, andrebbe studiata la possibilità di introdurre, da parte dei gestori, agevolazioni non discriminatorie per lo *start up* di nuovi collegamenti, clausole di *risk/profit sharing* con le compagnie aeree, ecc.;
- e) una regolazione unitaria delle tariffe aeroportuali è infine il complemento necessario della razionalizzazione "a sistema" del settore, attraverso l'incentivazione alla ripartizione del traffico fra scali appartenenti a uno stesso bacino – nei limiti consentiti dalla normativa comunitaria – che abbia per obiettivo un uso efficiente delle capacità infrastrutturali e la valorizzazione delle specifiche;
- f) il fenomeno delle concentrazioni fra società di gestione dovrebbe avere per obiettivo non solo lo sfruttamento di economie di scala e sinergie di costo ma anche e forse prioritariamente quello di valorizzare ciascuno scalo in una logica unitaria. A questo scopo i modelli tariffari dovrebbero poter consentire ai gestori flessibilità nell'articolazione dei corrispettivi.

5.4.- Concessioni di gestioni infrastrutturali

E' auspicabile che gli errori del passato (sezione 3.1) non si ripetano: (a) che lo Stato-concedente (vedi autostrade) o gli enti territoriali privatizzatori (vedi gestioni aeroportuali) resistano al richiamo di fare cassa costi quel che costi e pongano al centro impegni di investimento a lungo termine; (b) che la regolamentazione delle tariffe sia nota in anticipo e coerente con gli impegni di cui sopra e con gli standard di qualità richiesti, ma non blindata per sempre (i regolati vanno messi al riparo da rischi regolatori "irragionevoli", e tanto più da imboscate, come se ne sono visti nel non lontano passato); (c) che gli acquisti a debito, con successivo accollo alla società acquistata, se proprio sono inevitabili che almeno siano "misurati", e che il concedente vigili sul mantenimento di una struttura finanziaria equilibrata o almeno sul rientro verso di essa in tempi ragionevoli, condizionando a questo obiettivo la distribuzione di dividendi ai soci (come si sono visti nel caso di AdR).

5.5.- Assetto regolatorio

Il sistema regolatorio è parte indissolubile della politica industriale di settore e concorre con essa a promuovere un set indivisibile di obiettivi rappresentato da concorrenza, competitività, sviluppo, coesione, coerenza ed economia di risorse pubbliche, attrazione di capitali privati. L'efficienza del sistema regolatorio rappresenta pre-condizione per il rilancio di tutti i comparti che compongono il settore dei trasporti e per l'attrazione di capitali privati. Il suo stato attuale è lontano da quello necessario per realizzare gli obiettivi indicati: regole non coerenti e spesso farraginose, una pletorica e inefficiente catena di competenze, mancanza di credibilità, incapacità di garantire stabilità e certezze.

Con l'avvio dell'Autorità di regolazione la frantumazione dell'assetto delle competenze è – sulla carta - in via di superamento. Con esso potrà essere introdotta una regolazione non più concorrente fra comparti ma unitaria, "di sistema" appunto. Una regolazione possibilmente efficace, capace di assicurare l'interesse degli utenti non solo "qui e ora" ma di promuovere competitività e sviluppo a lungo andare; ossia (anche), una regolazione flessibile, quanto meno intrusiva possibile e invece attenta ai costi che essa comporta.

In forza del potere di autoregolamentazione, l'Autorità potrà agire nella direzione indicata sopra, forse anche adattando o interpretando nella misura del possibile il quadro normativo esistente.

Tuttavia:

- a) si rendono opportuni interventi normativi che eliminino le aree di opacità e di sovrapposizione di competenze fra l'Autorità e i "vecchi" regolatori (Ministeri e istituzioni para-ministeriali quali ANAS e ENAC, ecc.), le Autorità portuali, le regioni. Senza questo passaggio può profilarsi la perpetuazione di vecchi balletti e dell'inefficienza del quadro regolatorio complessivo; eventualità che è da pensare sia vissuta in modo, come dire, variegato dalle imprese e da altre istituzioni pubbliche;

- b) parte dei modelli tariffari (quelli dei maggiori gestori aeroportuali e autostradali) sono ormai blindati per le ragioni esposte in precedenza, cosicché per lungo tempo a venire l’Autorità rischia di non poter gestire molto più della normale amministrazione in non irrilevanti comparti del sistema dei trasporti.