

Mario Sebastiani¹

Le sovra-compensazioni ai trasporti: le responsabilità comunitarie e quelle nazionali

Intervento al Workshop
Finanziare i trasporti al tempo della crisi: fra sussidi e corrispettivi
organizzato da Si.po.tra e Interporto di Bologna
Bologna 15 ottobre 2015

1.- C'è del "grasso" nei trasporti

Comunque li si chiamino - sussidi o compensazioni o corrispettivi ai servizi pubblici - questi implicano (o dovrebbero) un interesse generale da tutelare. Beneficiari dovrebbero essere infatti servizi di interesse generale - economici, non economici o sociali, questi ultimi a seconda dei casi riconducibili agli uni o agli altri. Non esiste a livello comunitario una classificazione strutturata dei servizi fra le tipologie indicate, né potrebbe esistere dato che il perimetro cambia in funzione delle impostazioni dei singoli Stati e dell'evolversi dei mercati. Si ricava tuttavia dalla giurisprudenza comunitaria e dalle decisioni della Commissione che ciò che contrassegna le attività non economiche di interesse generale è che gli Stati agiscono esercitando un potere di imperio o in veste di pubbliche autorità², oppure che sono fornite secondo principi di solidarietà (ad esempio, sicurezza sociale e sanità pubblica) o infine che hanno finalità sociali, culturali o educative (ad esempio istruzione pubblica)^{3,4}.

Comunque siano classificati, il tema di fondo di questo workshop è come ripartire risorse pubbliche per soddisfare gli interessi generali che sono dietro ai differenti servizi pubblici - un problema tanto più sentito in tempi di crisi. Ossia come ripartire gli oneri fra i consumatori dei diversi servizi pubblici e i contribuenti. Non mi sento di dare una risposta a una scelta che è tipicamente pubblica, quale quella se è "più essenziale" garantire o largheggiare sul servizio universale sanitario, scolastico, previdenziale, postale, idrico, elettrico, trasportistico, ecc.

Volerò dunque molto più basso focalizzandomi su alcune fonti di spreco nei trasporti, senza cimentarmi su come utilizzare le risorse che potrebbero essere risparmiate, se a questo spreco fosse posta fine.

¹ Università di Roma Tor Vergata (sebastiani@uniroma2.it) e Si.Po.Tra.

² In quanto tali attività "fanno parte delle funzioni essenziali dell'amministrazione pubblica o siano ad esse connesse per loro natura, scopi o norme a cui sono soggetti" (ad esempio, forze armate, pubblica sicurezza, amministrazione della giustizia, ecc.) - cfr. Commissione europea, COM 2012/C 8/02, par. 16.

³ Corte europea di giustizia: Causa C-118/85, *Commissione/Repubblica Italiana*, punti 7-8; Causa C.30/87, *Bodson*, punto 18; C-364/92, *SAT/Eurocontrol*, punto 30; Tribunale di I istanza, Causa T-319/99, *FENIM*, punti 39-40; Causa C-318/05, *Commissione/Repubblica Federale di Germania*, punto 68.

⁴ Per utili indicazioni al riguardo (anche in termini di FAQ) si veda Commissione europea - Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Guida relativa alla applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno* (SWD (2013) 53 del 29.4.2013).

Partendo da un punto dibattuto fin dal titolo del workshop - la “denominazione” appropriata del finanziamento pubblico (sussidio o corrispettivo?) - premetto che, se il finanziamento è calcolato “come si deve”, sussidio e corrispettivo sono due facce di una stessa medaglia: sussidio ai soli utenti e compensazione per oneri di servizio pubblico all’impresa; se non lo è, nel senso che eccede la compensazione necessaria a coprire i costi netti incrementali a carico di un fornitore efficiente, allora è in parte anche un sussidio a quest’ultimo o indirettamente ai suoi *stakeholders*.

Stando ai dati del MEF la spesa pubblica italiana per i trasporti è, sia in percentuale del totale sia pro-capite, più alta di quella dei maggiori paesi europei (Francia, Regno Unito, Germania), mentre è più bassa quella per l’istruzione e per la sanità⁵. Anche al netto delle patrie peculiarità (orografiche, urbanistiche, demografiche, ecc.) sarebbe difficile sostenere che la contropartita alla maggiore spesa per i trasporti sia la più elevata qualità dei suoi servizi.

Insomma, chiunque ne sia il beneficiario, c’è del “grasso” nei trasporti in Italia; i numeri ufficiali ne mostrano solo una parte poiché a questa si aggiunge il sommerso di cui vorrei discutere qui. Tutti e due alimentano rendite nella forma di extra-profitti o più spesso di extra-costi, ossia di sussidi traslati a valle a soggetti diversi dai consumatori.

2.- Il grasso occulto e la corresponsabilità della normativa comunitaria

Si discutono qui gli aspetti indicati soprattutto nella chiave degli aiuti di Stato, con particolare riferimento ai servizi di interesse economico generale (SIEG).

Due precisazioni :

- 1) Perché focalizzarsi sui SIEG. Questi sono quei servizi che il mercato non fornirebbe spontaneamente a condizioni conformi agli obiettivi di interesse generale fissati dagli Stati ex articolo 14 del TFUE e per i quali è possibile derogare alle regole della concorrenza nella misura in cui la loro applicazione ostacolerebbe le imprese incaricate dal raggiungimento degli obiettivi stabiliti (art. 106, par. 2). Ebbene, le infrastrutture di trasporto che rientrano nella categoria delle *essential facilities* sono SIEG, così come l’affidamento di diritti esclusivi o speciali nella fornitura di servizi al pubblico presuppone che questi siano SIEG: infatti tutti sono assoggettati in varia forma a obblighi di servizio pubblico. La disciplina comunitaria ha tuttavia largheggiato alquanto nel riconoscere agli Stati discrezionalità su come organizzare e finanziare questi servizi, tanto più in campo trasportistico, più al riparo di altri (ex)SIEG dalla concorrenza.
- 2) Perché utilizzare la chiave degli aiuti di Stato. A rigore la compatibilità degli aiuti di Stato con le regole della concorrenza e del mercato unico dovrebbe escludere la presenza di sussidi alle imprese e dunque essere il metro di valutazione della virtuosità degli Stati nel concederli e delle imprese nel riceverli. In realtà così non è, perché nella migliore delle ipotesi la disciplina sugli aiuti di Stato elimina le sovracompensazioni

⁵ Da dati MEF risulta che la spesa pubblica primaria nel 2012 per i trasporti in Italia è stata del 4,64% contro il 2,52% della Francia, il 3,12% del Regno Unito, il 3,6% della Germania. In termini di euro pro-capite 539 (Italia), 420 (Francia), 422 (UK), 495 (Germania). La spesa pubblica pro-capite in euro per la sanità e l’istruzione, risulta rispettivamente: 1860 e 1.046 (Italia), 2.687 e 2016 (Francia), 2.450 e 1.770 (UK), 2.340 e 1.377 (Germania) (MEF, *La spesa pubblica in Europa: anni 2000-2013*, 2014).

che si traducono in extra-profitti, non quelle che compensano extra-costi. Gli aiuti di Stato compatibili in parte espressamente compensano l'inefficienza delle imprese (altrimenti non sarebbero aiuti di Stato).

L'eccesso di grasso nei trasporti è dunque in parte di responsabilità comunitaria, alla quale sommiamo una "naturale" propensione nazionale a evadere o eludere le regole che ci sono.

2.1.- Il grasso e la poca concorrenza

Il settore dei trasporti è stato stralciato nei trattati dalla disciplina dei servizi⁶ e ad esso è riservato un titolo a sé (ora Titolo VI (artt. 90-100 TFUE). Inoltre solo per i trasporti si fa riferimento nel Trattato alla nozione di pubblico servizio e alla relativa deroga al regime di aiuti di Stato⁷.

Non di meno, è un settore che è stato infine liberalizzato, con il che è venuta meno la legittimità in sé di riservare i diritti speciali o esclusivi previsti dal par. 1 dell'art. 106 TFUE⁸. Salvo la deroga ex par. 2 dello stesso articolo: *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

Anche nei trasporti seguita dunque a essere possibile affidare diritti esclusivi ma a condizione che i relativi servizi siano SIEG, nel senso che non sarebbero spontaneamente forniti dal mercato a condizioni coerenti con gli obiettivi di interesse generale fissati dalle Autorità pubbliche, incluso quello di minimizzare gli oneri a carico della collettività⁹.

Ne segue che la discrezionalità delle scelte gestionali da parte delle Amministrazioni pubbliche andrebbe ridotta quella di organizzatrici, o anche di erogatrici – dirette o indirette

⁶ “La libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti” TFUE, art. 58.

⁷ “Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio” (art. 93, TFUE).

⁸ Il par. 1 stabilisce che: “Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi”. La norma, applicabile a tutti i settori dell'economia, introduceva una sorta di doppio criterio: da un lato la deroga al principio della concorrenza nel mercato (la legittimità di regimi di riserva) a condizione che la sua applicazione non comportasse violazioni del diritto antitrust, soprattutto nella forma di abusi di posizione dominante. Una norma evidentemente ambigua (la “chiara oscurità” cui fa riferimento Giuseppe Tesoro nella sentenza della Corte di giustizia del 1991 sul caso *Terminali di telecomunicazioni C-202/88*) e in contrasto con l'obiettivo fondante la Comunità europea, quello della creazione del mercato unico. L'applicabilità di questa norma è venuta meno, per i SIEG, con il processo di liberalizzazione e di armonizzazione (poste, comunicazioni, energia, trasporti), consentito dal par. 3 dello stesso articolo 106.

⁹ Fino a pochi decenni fa i servizi economici a rete erano in blocco considerati SIEG e affidati in monopolio legale a imprese pubbliche. Con i processi di liberalizzazione, lo sviluppo della domanda e il progresso tecnologico, questi servizi non hanno perso la caratteristica di interesse generale ma è venuta meno la condizione di fallimento del mercato e dunque il diritto degli Stati di surrogarsi a esso: è il caso delle comunicazioni elettroniche, della fornitura di energia elettrica e di gas, dei servizi postali, di parte consistente dei servizi di trasporto. La circostanza che siano spontaneamente forniti dal mercato non fa perdere ad essi la qualifica di servizi di interesse pubblico e che dunque le condizioni di fornitura siano regolamentate al pari di tanti altri servizi (ad esempio i servizi commerciali, di ristorazione, assicurativi, ecc.); essi perdono invece la qualifica di SIEG nella nozione comunitaria, che costituisce condizione per l'applicabilità delle restrizioni consentite dal trattato alla concorrenza e alle libertà fondamentali.

che siano - di ultima istanza, in caso di fallimento del mercato¹⁰. Una verifica dei presupposti che va effettuata come requisito essenziale per l'applicazione dell'art. 14 e, dunque, delle deroghe ex par. 2 dell'art. 106 TFUE.

Il previo accertamento della possibilità di gestione concorrenziale dei servizi (nella fattispecie i servizi pubblico locali, trasporti inclusi) disposto dall'art. 4 del d.l. 138/2011, poi abrogato in blocco dalla Corte costituzionale con la sentenza 199/2012, seguita quindi a essere presupposto per l'affidamento di diritti speciali o esclusivi nonostante l'opposta, compiacente interpretazione che comunemente se ne è data (questo aspetto è stato però resuscitato dall'art. 19 della legge delega 124/2015). La Corte ha riconsegnato il tutto alla disciplina comunitaria ma al tempo stesso di essa ha offerto l'interpretazione appena esposta: “*La normativa comunitaria ammette [la gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica] nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)*”^{11,12}.

Considerazioni analoghe valgono anche per l'eventuale deroga alla concorrenza *per* il mercato, alla quale i trasporti fanno ampio ricorso. L'orientamento appena richiamato della Corte costituzionale (e quello della Commissione europea) è che il regime dell'*in house providing* costituisca eccezione alla regola della concorrenza (stavolta *per* il mercato) ai sensi del par. 2 dell'art. 106 TFUE, adottabile nella misura in cui sia giustificato da motivi imperativi di interesse generale.

La questione è dunque se il ricorso all'*in house* sia essenziale per perseguire gli obiettivi di interesse generale che l'ente locale si è prefisso, in rapporto alle possibili alternative. Rientrano fra questi obiettivi non solo la qualità, certezza, continuità, coesione sociale e territoriale, universalità e accessibilità delle prestazioni, ma anche la minimizzazione dei costi per la collettività, siano questi posti a carico degli utenti o dei contribuenti. A parità di efficacia rispetto agli altri obiettivi le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero quindi optare per la modalità di gestione che comporta il costo minimo per la collettività e la minore restrizione della concorrenza (almeno per il mercato).

In conclusione, la verifica concorrenziale dovrebbe poter accertare la possibilità di economizzare risorse pubbliche rispetto al riconoscimento di diritti speciali o esclusivi. Pur non aspettandomi risultati miracolistici dall'apertura alla concorrenza nel mercato del trasporto locale, è da pensare che parte del grasso potrebbe essere scremato anche per questa via.

¹⁰ E' quanto è avvenuto, ad esempio, nel settore postale, in quelli delle comunicazioni elettroniche, dell'elettricità, del gas e dei trasporti, dove l'area del servizio universale si è progressivamente ristretta.

¹¹ Sentenza 325/2010 (enfasi aggiunta) espressamente richiamata dalla sentenza 199/2012. La Corte si riferisce qui alla legittimità o meno dell'*in house providing* di servizi pubblici locali, oggetto specifico della controversia, ma è evidente che la portata della sua posizione è ben più ampia: (a) in primo luogo la sentenza precisa la necessità che siano giustificate sia le restrizioni alla concorrenza *nel* mercato sia, a valle, quelle alla concorrenza *per* il mercato; (b) in secondo luogo considera anche l'istituto dell'*in house* soggetto all'art. 106 Tfue; c) infine, nel riferirsi alla “*gestione diretta*” include anche la fornitura di servizi “in economia”, ossia erogati in via diretta da parte delle amministrazioni pubbliche senza avvalersi di soggetti giuridicamente distinti. In conclusione, deroghe al principio della concorrenza nel e per il mercato debbono essere adeguatamente giustificate da obiettivi di interesse pubblico non diversamente perseguibili.

¹² La Corte fa qui proprie le posizioni della Corte di Giustizia nella sentenza del 1993 sul caso C-320/91 (*Corbeau*).

Considerazioni analoghe riguardano la mancata verifica della convenienza relativa dell'*in house* rispetto a modalità di affidamento a evidenza pubblica. Questo caso (più in generale i casi di affidamenti diretti) può sollevare però anche profili di aiuti di Stato. Infatti la nozione di aiuto non si esaurisce in erogazioni monetarie ma si basa sul concetto di vantaggio ingiustificato attribuito a un'impresa¹³, quale indubbiamente è l'affidamento diretto di un servizio: ingiustificato se non consente economie di risorse pubbliche.

2.2.-Il "grasso" e la disciplina degli aiuti di Stato

Vengo ora alla disciplina degli aiuti di Stato come mezzo (imperfetto) per discernere le compensazioni dai sussidi alle imprese.

Questa disciplina è stata recentemente oggetto di due importanti messe a punto:

- a) per un verso la c.d. "modernizzazione" con una maggiore responsabilizzazione delle Amministrazioni nazionali (cfr. sezione 3).
- b) per altro verso, con riferimento agli aiuti di Stato ai SIEG, è stato varato un nuovo pacchetto ("Almunia") di misure, in sostituzione di quello ("Monti-Kroes") del 2005.

Il pacchetto Almunia ha sistematizzato la materia sancendo che per assicurare la conformità di una misura al diritto comunitario occorre alternativamente dimostrare:

- 1) che sono rispettate le condizioni indicate dalla sentenza *Altmark* del 2003¹⁴ (cfr. Comunicazione 2012/C 8/02), vale a dire, che nel fissare l'importo della compensazioni l'Autorità si comporti come un normale operatore di mercato e che pertanto nessun vantaggio sia concesso all'impresa a causa della natura pubblica del soggetto erogatore; ne segue che la misura non costituisce aiuto di Stato e come tale non va notificata. Semplificando, la Corte ha indicato due modalità alternative attraverso le quali si può assicurare che nel calcolo della compensazione non siano presi a riferimento i costi di un'impresa inefficiente e non vi sia quindi un elemento di vantaggio per il beneficiario: (a) la prima è la selezione del prestatore in base a una procedura ad evidenza pubblica che consenta di individuare quello in grado di fornire i servizi al minore costo per la collettività; (b) la seconda è definire la compensazione con riferimento ai costi di un'impresa media rappresentativa dotata di adeguate risorse e gestita in modo efficiente. Nei casi in cui non si ricorre alla gara, per escludere che vi sia un aiuto occorre quindi identificare un *benchmark* appropriato.
- 2) che l'aiuto è compatibile perché rientra nelle ipotesi *de minimis* (500.000 euro su base triennale) per cui si presume che non vi sia un impatto sensibile sulla concorrenza e sugli scambi¹⁵ (Regolamento (UE) 360/2012); anche in questo caso non vi è obbligo di notifica;
- 3) che l'aiuto è compatibile:

¹³ "According to well established case law, the concept of aid embraces not only subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without therefore being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect. It follows from the above that the concept of aid is based on the economic concept of advantage, the formal criterion being therefore immaterial. In conclusion, the concept of aid is an objective concept which takes no account of the legal form of a state measure, being exclusively concerned with the latter's effects. Consequently, these provisions must be interpreted not on the basis of formal criteria but rather by reference to their purpose, which, according to Article 3(g) of the Treaty, is to ensure that competition is not distorted" (Commissione europea, Decisione 2006/621/CE (*France Télécom*), O.J. 2006 L 257, p. 11), par. 192 - enfasi aggiunta).

¹⁴ Corte di giustizia europea, caso C-280/00; cfr. anche la comunicazione 2012/C 8/02.

¹⁵ Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione europea.

- (a) in quanto necessario ad assicurare l'adempimento della missione di interesse generale affidata all'impresa ai sensi dell'articolo 106, par. 2, TFUE (cfr. decisione della Commissione 2012/21/UE e comunicazione 2012/C 8/03) o
- (b) per il trasporto di passeggeri su strada o per ferrovia, in quanto è conforme alla disciplina speciale contenuta nel regolamento CE 1370/2007, di attuazione all'articolo 93 TFUE¹⁶.

La prima, quella di Altmark, è la via maestra per escludere che una compensazione incorpori un sussidio al fornitore ma è poco battuta in campo trasportistico. In tutti gli altri casi è presente nella compensazione una componente di sussidio alle imprese (non ai consumatori ex art. 107, c. 2, lettera a). In questi casi la disciplina europea punta (i) a minimizzare il sussidio alle imprese, non a escluderlo del tutto; (ii) a evitare che si trasformi in extra-profitti, consentendo invece implicitamente che costituisca “compensazione” di inefficienze.

In diversa misura ciò risulta con evidenza sia dalla decisione 2012/21/UE che la comunicazione 2012/C 8/03 (c.d. “*framework*”), le quali affrontano le fattispecie indicate al punto 3) sopra; esse impongono agli Stati di presentare ogni due anni alla Commissione una relazione dettagliata sulla loro applicazione, su cui si tornerà (sezione 3). Ciò che essenzialmente le distingue è che:

- a) la prima esenta dall'obbligo di notifica, trattandosi di misure di entità minore: (i) 15 milioni annui di euro per settori diversi dai trasporti e dalle infrastrutture; per i trasporti: (ii) sostegno a collegamenti aerei o marittimi con le isole traffico annuale medio nei due anni precedenti non superiore a 300 000 passeggeri; (iii) sostegno agli aeroporti traffico annuale medio nei due anni precedenti non superiore a 200.000 passeggeri; (iv) idem per i porti con traffico annuale medio nei due anni precedenti non superiore a 300.000 passeggeri.
- b) la seconda invece riguarda tutti gli casi, ad eccezione del trasporto terrestre.

Entrambe indicano le condizioni che la Commissione ritiene necessarie per ritenere l'aiuto compatibile. Con la comunicazione *framework* la Commissione richiede di giustificare la durata dell'incarico con riferimento a criteri oggettivi e di impostare una contabilità interna che consenta di verificare l'assenza di sovracompensazioni per ciascun servizio di interesse economico generale prestato.

I criteri di determinazione della compensazione nella comunicazione *framework* sono piuttosto dettagliati. La Commissione propone due metodi alternativi:

- a) il metodo preferito è quello del costo netto evitabile (punti 25, 32, 45), vale a dire, la differenza fra i costi evitabili e le entrate cessanti nel caso in cui l'impresa non fosse stata assoggettata a obblighi di servizio pubblico; sebbene non specificato, è da ritenere che i primi vadano intesi come costi evitabili di lungo periodo;
- b) nel caso in cui la metodologia dei costi evitabili netti non sia possibile o opportuna, si può ricorrere a quella dell'attribuzione dei costi, “*calcolati come differenza fra i costi e le entrate*” derivanti dagli obblighi di servizio “*specificati e stimati nell'atto di incarico*” (punto 28); qualora l'impresa operi anche al di fuori dell'ambito del SIEG oggetto di obbligo di servizio pubblico, oltre ai costi diretti potrà essere imputata una

¹⁶ L'articolo 93 TFUE, che fa parte del Titolo VI sui trasporti, indica che sono compatibili gli aiuti richiesti dalle necessità di coordinamento dei trasporti o corrispondenti al rimborso di “talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”.

quota di costi comuni, in base ai *drivers* più opportuni (punto 31), rispettando la separazione contabile di cui alla direttiva 2006/111/CE, di cui si dirà.

In buona sostanza, il primo metodo è quello dei costi incrementali netti di lungo periodo, il secondo quello dei costi pienamente distribuiti. Le due metodologie conducono a risultati sostanzialmente equivalenti solo nel caso in cui l'impresa fornisca un solo servizio o un solo affidatario. Se invece l'impresa svolge più attività o lavora per più committenti, i risultati sono divergenti poiché il metodo dei costi netti evitabili comporta un'imputazione minore di costi comuni o di costi fissi, che in parte restano accollati ai servizi che sopravvivono; questa è fra le ragioni della preferenza della Commissione per la prima delle due opzioni.

Quanto alle entrate, quale che sia il metodo di calcolo dei costi, vanno incluse tutte quelle *“realizzate attraverso i SIEG, quali specificati nell'atto di incarico, e gli utili in eccesso derivanti da diritti speciali o esclusivi anche se connessi ad altre attività”*¹⁷ (punto 32).

Più articolata che nella comunicazione 2012/C 8/03 è anche l'indicazione su come calcolare il margine di utile ragionevole (punti da 35 a 38):

- a) la base è comune è il tasso interno di rendimento richiesto da un'impresa media, tenuto conto del grado di rischio¹⁸;
- b) il margine da riconoscere dipende anche dai meccanismi di allocazione dei rischi e varia, ad esempio: (i) se il rischio industriale (lato costi) e quello di mercato (lato ricavi) è accollato all'impresa (qualora la compensazione sia *“costituita da una somma forfetaria fissa che comprende sia i costi netti previsti che un margine di utile ragionevole e l'impresa opera in un contesto concorrenziale”*, punto 37); o all'opposto (ii) se il costo netto è *“sostanzialmente compensato integralmente ex post”*. In quest'ultimo caso l'utile ragionevole non può superare *“il tasso swap pertinente [tasso swap la cui scadenza e valuta corrispondono alla durata e valuta dell'atto di incarico] maggiorato di un premio di 100 punti base”* (punti 38 e 36);
- c) in ogni caso, lo Stato dovrà provare che l'utile previsto non eccede il livello che sarebbe richiesto da un'impresa media, anche fornendo *benchmarks* di contratti simili affidati con procedure concorrenziali.

Il fatto che nella valutazione della compatibilità dell'aiuto venga meno il riferimento al *benchmark* dell'impresa media efficiente comporta (quasi per definizione) che costi e compensazioni siano in linea di principio più elevati che nel caso *Altmark*. Ne segue che la compensazione, anche se calcolata correttamente in modo da non eccedere i costi netti effettivi dell'impresa, incorpora un sussidio pari al differenziale di efficienza fra di essa e il *benchmark*.

¹⁷ *“Se l'impresa in questione dispone di diritti esclusivi o speciali legati ad attività diverse rispetto al SIEG per il quale vengono concessi aiuti, che producono utili superiori all'utile ragionevole, o se beneficia di altri vantaggi concessi dallo Stato, essi devono essere presi in considerazione, indipendentemente dalla loro qualificazione ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, e vanno aggiunti alle entrate dell'impresa. L'utile ragionevole sulle attività per le quali l'impresa dispone di diritti esclusivi o speciali deve essere valutato da una prospettiva ex ante, alla luce del rischio o dell'assenza di rischio per l'impresa considerata. Tale valutazione deve anche prendere in considerazione gli incentivi all'efficienza che lo Stato membro ha introdotto in relazione alla fornitura dei servizi in questione”* (punto 45).

¹⁸ Oppure: *“Ove debitamente giustificato, per determinare l'ammontare del margine di utile ragionevole è possibile ricorrere ad indicatori del livello dell'utile diversi dal tasso di remunerazione del capitale come il tasso medio di remunerazione del capitale proprio [ROE] sul periodo di durata dell'incarico, il rendimento del capitale investito, il rendimento delle attività o l'utile sulle vendite”* (punto 34).

Proprio questa ragione rafforza l'opportunità di introdurre vincoli di efficienza. Infatti un altro rilevante aspetto del *framework* è l'obbligo di introdurre incentivi all'efficienza dell'impresa incaricata di SIEG. L'imposizione di obiettivi di efficientamento nel periodo di affidamento rappresenta peraltro condizione necessaria affinché siano ammesse compensazioni a copertura dei costi netti¹⁹.

Il suggerimento (punti 39-42) è per una sorta di *subsidy cap* "statico" (una compensazione fissa stabilita in anticipo, "*che preveda e incorpori incrementi di efficienza*", punto 39), oppure per un *cost cap* ai cui risultati legare, attraverso le compensazioni, un sistema di premi o di penalizzazioni, in funzione dei risultati raggiunti, monitorabili da un soggetto indipendente dal fornitore di SIEG almeno ogni tre anni²⁰.

Infine il *framework* condiziona il riconoscimento della compatibilità dell'aiuto al rispetto della direttiva 2006/111/CE²¹ in materia di trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati e le imprese pubbliche o incaricate di SIEG e, in particolare, in materia di separazione contabile, (ove la direttiva in questione sia applicabile, punto 18). Secondo la direttiva, l'obbligo di separazione contabile per le imprese incaricate di SIEG sussiste se ricorrono le seguenti condizioni: (a) l'impresa riceva compensazioni (in qualsiasi forma) per la prestazione di tali servizi e (b) al tempo stesso eserciti anche altre attività (art. 2, comma 1, lettera d); (c) sono invece esentate da tale obbligo le imprese le cui compensazioni "*siano state fissate per un periodo appropriato con una procedura pubblica, trasparente e non discriminatoria*" (art. 5, comma 2, lettera c). Il venir meno dell'obbligo nel caso ricorra il precedente punto (c) porta a concludere che la procedura in parola garantisce contro sovracompensozioni e, per questa via, escluda illeciti sussidi incrociati fra attività in obbligo di servizio pubblico e altre attività.

Questa dunque la regolamentazione vigente per tutti i servizi di trasporto, eccetto quelli terrestri per passeggeri. Per questi l'art. 93 TFUE costituisce *lex specialis* rispetto all'art. 106, paragrafo 2, ai fini della disciplina degli aiuti di Stato. Il regolamento (CE) 1370/2007²² stabilisce le condizioni in presenza delle quali le compensazioni di obblighi di servizio sono compatibili con l'articolo 93 e non sono soggette ad obbligo di notifica. A questi servizi, pertanto, non si applica la decisione 2012/21/UE né la comunicazione 2012/C 8/03²³.

Il regolamento prevede che le compensazioni – nel caso di affidamenti al di fuori di procedure di gara - debbano essere determinate in modo che il loro importo "*non possa superare l'importo necessario per coprire l'effetto finanziario netto sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi ricavi trattenuti dall'operatore del servizio pubblico, nonché di un profitto ragionevole*" (art. 4, comma 1, lettera b), laddove "*si deve intendere per 'ragionevole utile' un tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, in un determinato Stato membro, che tiene*

¹⁹ "*Tale meccanismo di compensazione non prevede incentivi all'efficienza per il fornitore del servizio pubblico. Il suo uso è pertanto rigorosamente limitato ai casi in cui lo Stato membro è in grado di dimostrare che non è possibile o opportuno prendere in considerazione l'efficienza produttiva ed avere un'impostazione contrattuale più efficiente che incentiva l'ottenimento di incrementi di efficienza*" (punto. 38)..

²⁰ Nel caso invece che la compensazione sia stata forfetariamente stabilita all'inizio, la verifica della sovra compensazione si limita a controllare che il livello di utile accordato all'inizio sia ragionevole da una prospettiva ex ante (punto. 50).

²¹ Recepita con decreto legislativo 226/2007.

²² Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga I regolamento del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

²³ Commission Staff Working Document, SWD(2013) 53 final/2.

conto dell'esistenza o della mancanza di rischio assunto dall'operatore di servizio pubblico a seguito dell'intervento dell'autorità pubblica" (Allegato, punto 6).

In conclusione:

- a) il metodo di calcolo delle compensazioni non rispetta la quarta condizione Altmark, essendo basato sui costi effettivi della specifica impresa incaricata del servizio;
- b) la metodologia sembra rifarsi, seppure in modo non del tutto chiaro, quella dei costi netti evitabili di lungo periodo poi esplicitata dalla comunicazione *framework*; tuttavia, rispetto a quest'ultima
- c) non introduce obblighi di efficientamento progressivo.

Ne segue che tanto più le compensazioni conformi al regolamento mantengono un elemento di sussidio alle imprese come "compensazione", non già di una "ragionevole" inefficienza (ex *framework*) ma dell'"inefficienza che c'è": dunque un sussidio traslato a favore di dipendenti, fornitori, manager, consenso politico nel caso di imprese pubbliche.

Inoltre il regolamento non richiama gli obblighi di trasparenza ex direttiva 2006/111/CE. Vi è quindi da chiedersi come siano calcolate le compensazioni nel caso di imprese affidatarie di più Autorità pubbliche e di separati contratti di servizio (magari ferroviari): precisamente, se vi sia una verifica dell'effettiva applicazione ai singoli contratti del metodo dei costi evitabili di lungo periodo che, come si è argomentato, comporta compensazioni minori del metodo dei costi pienamente distribuiti. Per non dire se questa metodologia consideri anche che alcune imprese – mancando l'attuazione dell'art. 8, c. 2-bis, della legge 287/90 - operano come soggetti (almeno orizzontalmente) integrati anche su mercati liberi, cosicché la metodologia indicata sopra, se applicata correttamente, scaricherebbe su questi ultimi parte dei costi evitabili dei servizi in OSP.

Va aggiunto che il regolamento non prevede obblighi di notifica e che il pacchetto Almunia non estende ai trasporti terrestri l'obbligo in capo agli Stati di relazionare ogni due anni sugli aiuti erogati. Insomma la complicità fra Stati e Unione sembra funzionare, almeno su questo terreno.

2.3.- Aiuti di Stato e il "grasso" nelle infrastrutture

A lungo le istituzioni europee hanno ritenuto che la costruzione e la gestione di infrastrutture, quali aeroporti, autostrade, porti, ponti e così via, costituissero misure generali di politica pubblica e non attività economiche e, pertanto, non fossero soggette alle regole sugli aiuti di Stato.

Questa impostazione è stata capovolta da una serie di sentenze comunitarie relative agli aeroporti²⁴ che hanno sancito che sia la gestione che la costruzione di un aeroporto commerciale sono attività economiche, come tali soggette alle regole sugli aiuti di Stato. La Commissione europea ha successivamente generalizzato i principi enunciati dalla Corte a tutte le infrastrutture sfruttate a fini commerciali.

La disciplina degli aiuti di Stato si applica sia per le risorse nazionali che per le risorse messe a disposizione a livello europeo se vengono assegnate dalle autorità dello Stato membro

²⁴ *Aéroports de Paris* del 2000 (T-128/98) e *Leipzig Halle* del 2009 (T-443/08 e T-455/08),

con un margine di discrezionalità. Restano escluse solo le ipotesi in cui non sia configurabile un'attività economica (infrastrutture generali per uso pubblico gratuito quali strade, ponti, infrastrutture destinate ad attività dello Stato nell'esercizio dei suoi poteri di natura pubblicistica, quali sistemi per il controllo del traffico aereo, fari, ecc.).

Se la realizzazione o il potenziamento dell'infrastruttura di trasporto sono qualificati come servizi di interesse economico generale si applicano le regole illustrate in precedenza, vale a dire, la loro compatibilità ai sensi della deroga prevista dal par. 2 dell'art. 106 TFUE.

In alternativa si applicano le previsioni dell'art. 107, par. 3, del TFUE²⁵. Dai criteri utilizzati dalla Commissione per valutare se l'aiuto sia compatibile in quanto agevola lo sviluppo di alcune attività, emergono alcuni elementi chiave di un modello di politica pubblica di finanziamento delle infrastrutture. Devono essere infatti soddisfatte le seguenti condizioni: (i) deve contribuire al raggiungimento di obiettivi di interesse comune; (ii) il mercato non è in grado di conseguire l'obiettivo (fallimento del mercato); (iii) l'aiuto di Stato è uno strumento di intervento pubblico adeguato; (iv) la misura ha un effetto di incentivazione degli investimenti privati; (v) l'aiuto è limitato al minimo necessario; (vi) gli effetti negativi sulla concorrenza sono limitati; (vii) la misura è trasparente.

Data questa normativa, da dove viene la parte di grasso "lato infrastrutture" dei trasporti?

Al di là della violazione delle norme comunitarie su contratti e concessioni, la pratica degli affidamenti diretti di concessione e realizzazione di infrastrutture, e relative proroghe, può celare aiuti di Stato. Di base l'elemento di aiuto è quello menzionato prima (nota 13) nel vantaggio ingiustificato attribuito al concessionario per il fatto stesso di avergli evitato di sottoporsi a un confronto concorrenziale: ingiustificato se non ne è stata previamente verificata la convenienza per lo Stato.

E' vero che in Italia alcune grandi concessionarie di infrastrutture di trasporto sono state privatizzate con procedure a evidenza pubblica, con risultati che, sotto il profilo degli aiuti di Stato, si possono considerare analoghi all'affidamento competitivo delle concessioni stesse. Resta però che in altri casi ciò non è avvenuto o che le società concessionarie sono ancora a controllo pubblico (in campo aeroportuale, la trasformazione delle gestioni parziali in totali è stata addirittura a domanda), e che sarebbe difficile assimilare tali casi all'*in house*.

Resta poi la materia delle proroghe delle concessioni in essere. La domanda da porsi per individuare l'elemento di aiuto è sempre la stessa: come si comporterebbe in questi casi un normale investitore (qui venditore per la precisione) privato, magari (qui sì) sensibile a guardare all'interesse generale e al lungo periodo ma non a quello della sua diretta controparte?

²⁵ "Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: (a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; (b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; (c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; (d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; (e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione".

C'è poi la questione delle tariffe per l'uso delle infrastrutture - tariffe regolamentate in base all'orientamento al costo al netto di eventuali finanziamenti statali. Qui lo Stato regolatore (da chiunque impersonato) agisce in veste di autorità pubblica cosicché se le tariffe che fissa (eventualmente sommate a finanziamenti pubblici) sono maggiori dei costi sostenuti dal gestore, la differenza è assimilabile a un aiuto di Stato: non necessariamente come sua erogazione diretta ma come ingiustificata erogazione imposta a carico della collettività. Considerazioni analoghe a quelle svolte sui servizi SIEG valgono se le tariffe sono orientate ai costi effettivi ma non a quelli efficienti.

Altro caso: le tariffe sono inferiori ai costi, i costi sono efficienti, la differenza è coperta da finanziamento pubblico - le regole sugli aiuti di Stato al gestore sono rispettate. Lo sono necessariamente anche quelle sugli aiuti di Stato alle imprese che utilizzano l'infrastruttura e le ragioni di interesse generale che hanno guidato questa scelta? La risposta è sì a condizione che le imprese utilizzatrici trasferiscano il beneficio integralmente sugli utenti, ciò che è presumibile avvenga se vi è sul mercato effettiva concorrenza oppure se i prezzi dei servizi sono regolamentati al costo. Se così non è, è probabile che le imprese intaschino aiuti di Stato. Nel trasporto italiano ad alta velocità ferroviaria vi è da qualche anno una concorrenza che sembra vivace e tuttavia la deregolamentazione dei prezzi dell'incumbent per i servizi Eurostar e alta velocità è avvenuta ben prima (2009), quando questi era in regime di monopolio²⁶. Quale garanzia vi era che non approfittasse della situazione, se non quella - nefasta alla luce della Storia - che un'impresa pubblica non deve comportarsi secondo logiche di mercato?

Da chiedersi (pensando e scrivendo "ad alta voce") se entrambi i casi menzionati siano suscettibili di class action da parte dei consumatori: nel primo, in quanto sono essi ad essere danneggiati se le imprese di trasporto hanno fatto *passing on* dell'*overcharge*; nel secondo se non l'hanno fatto degli sconti.

Infine, alcune considerazioni che si spera siano circoscritte a pochi casi. Le convenzioni di concessione di alcuni importanti gestori di infrastrutture di trasporto prevedono, che in caso di decadenza anticipata per loro responsabilità, abbiano diritto a un indennizzo pari al lucro cessante per l'intera durata residua della concessione, al netto del 10% a titolo di "sanzione".

Prescindendo da ogni altra, scontata, valutazione mi limito al terreno che mi sono scelto e mi chiedo se non vi sia qui il *fumus*, almeno potenziale, di aiuto di Stato. Infatti concessioni congegnate così sono "bancabili", nel senso che non vi è rischio per i creditori che il debitore si riveli insolvente a causa della decadenza; la condizione indicata equivale dunque a una gratuita garanzia sui crediti riconosciuta dal concedente, ossia un aiuto di Stato. Inoltre la garanzia di non rimetterci la camicia se i rapporti con il concedente andassero a picco dovrebbe propiziare l'interesse di investitori privati (eventualmente a rilevare l'intera proprietà) e dunque l'acquisizione di *equity* a condizioni più vantaggiose.

²⁶ Il cambio di indirizzo è stato propiziato dalla stessa Commissione europea, che nel luglio 2007 (commentando il d.l. governativo sulla istituzione di una Autorità indipendente per i trasporti) comunicava al governo italiano che le tariffe per servizi di media e lunga percorrenza non potevano ricadere nell'ambito delle competenze di questa in quanto l'autonomia delle imprese ferroviarie in materia tariffaria è sancita dalla direttiva comunitaria 1991/440 (art. 5) dove si stabilisce che "[...] le imprese ferroviarie sono in particolare libere di disciplinare le modalità della fornitura e della commercializzazione dei servizi e stabilirne la tariffazione [...]", con esclusione dei servizi disciplinati da un contratto di servizio pubblico.

3.- Modernizzazione degli aiuti di Stato

Si è già anticipato il processo in corso a Bruxelles di modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato, che ha importanti implicazioni anche per i temi qui trattati²⁷.

Fra le varie finalità è quella di concentrare il controllo *ex ante* della Commissione sui casi a maggior impatto sul mercato interno, esentando una serie di misure dall'obbligo di notifica preventiva e al tempo stesso responsabilizzando le Autorità nazionali, incluse quelle della concorrenza e di regolazione dei mercati, nella definizione, nell'attuazione e nel controllo di conformità alla normativa comunitaria delle misure di sostegno, con particolare riferimento a quelle esentate dall'obbligo di notifica. Anche in questa prospettiva è richiesto agli Stati membri di creare registri pubblici degli aiuti che vengono erogati e di presentare periodicamente relazioni sul modo in cui viene attuata la disciplina, anche per gli aiuti rientranti nel trattamento *de minimis* o esentati dall'obbligo di notifica alla Commissione.

Ogni due anni gli Stati membri debbono presentare alla Commissione relazioni sugli aiuti di Stato erogati ai sensi della decisione 2012/21/UE (aiuti non notificabili) e della comunicazione 2012/C 8/03, già esaminate, nelle quali debbono dare dettagliatamente conto delle misure attuate in forza di queste²⁸. E' stato già anticipato che, per i trasporti, la decisione riguarda i collegamenti aerei e marittimi a basso traffico e, per le infrastrutture, il sostegno a porti e aeroporti anch'essi a basso traffico. La comunicazione *framework* invece riguarda tutti gli altri casi, salvo il trasporto terrestre di passeggeri ex regolamento 1370/07/CE, esentato sia dall'obbligo di notifica *ex ante* che di relazione *ex post*.

Le relazioni degli Stati per il biennio 2012-13 sono state recentemente pubblicate sul sito della Commissione²⁹.

Ebbene, il Governo italiano ha dichiarato di non aver aiuti da segnalare per gli aeroporti; parimenti nulla viene segnalato quanto ai porti. La cosa è sorprendente, considerato che le soglie massime di traffico (200.000 e 300.000 pax/anno, rispettivamente, per aeroporti e porti) sono tali da rendere almeno problematica la sostenibilità delle gestioni. E' del tutto probabile che queste gestioni abbiano ricevuto aiuti regionali e infatti la precisazione "*per quanto di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*" (p. 21), riferita agli aeroporti, sembra aver finalità cautelativa (ma anche poco dignitosa considerato che sono gli Stati a rispondere degli aiuti di Stato).

Anche in forza della maggiore responsabilizzazione derivante dalle nuove regole le Autorità della concorrenza e di regolazione dei mercati possono fare la loro parte.

²⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione COM(2012) 209

²⁸ "Ogni due anni gli Stati membri presentano alla Commissione una relazione sull'attuazione della presente decisione. Tali relazioni forniscono una descrizione dettagliata dell'applicazione della decisione alle differenti categorie di servizi di cui all'articolo 2, paragrafo 1, e in particolare: (a) una descrizione dell'applicazione della presente decisione e delle sue disposizioni ai servizi che rientrano nel suo campo di applicazione, comprese le attività interne; (b) l'indicazione dell'importo totale degli aiuti concessi in forza della presente decisione, ripartito per settore economico di appartenenza dei beneficiari; (c) l'indicazione se, per un particolare tipo di servizio, l'applicazione della presente decisione ha occasionato difficoltà o denunce di terzi; e (d) ogni altra informazione richiesta dalla Commissione in merito all'applicazione della presente decisione, che verrà indicata in tempo utile prima del termine per la trasmissione della relazione. La prima relazione deve essere trasmessa entro il 30 giugno 2014". (decisione 2012/21/UE, art. 9; cfr. anche comunicazione 2012/C 8/03, punto 62).

²⁹ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/reports_2012_2014_en.html

L'Autorità antitrust segnalando violazioni alle regole di concorrenza anche in materia di aiuti di Stato, così come utilizzando poteri di segnalazione ed eventualmente quelli ex art. 21-bis della legge 287/90, almeno in caso di mancata notifica degli aiuti.

Dal canto suo, l'Autorità di regolazione dei trasporti ha varie frecce al suo arco per far emergere l'elusione della normativa sugli aiuti di Stato e fare il "sommerso" di questi. Anzitutto, la determinazione dei criteri per la redazione della contabilità delle imprese l'imposizione di regole di separazione (contabile e societaria) ben oltre il regime base previsto dalla direttiva 2006/111/CE; in questo modo può contribuire a delineare un quadro trasparente di valutazione della sostenibilità economica dei servizi (infrastrutturali e non) e verificare se un sostegno pubblico sia necessario e proporzionato in base alle regole europee. In secondo luogo, può promuovere l'efficienza del prestatore in modo da contenere il fenomeno della "compensazione" di costi inefficienti.