

La liberalizzazione del trasporto ferroviario

di Paolo Polimanti

Sommario: 1. Premessa – 2. L'avvio del processo di liberalizzazione del settore. Le direttive comunitarie degli anni novanta – 3. L'introduzione nell'ordinamento interno del principio della separazione societaria. I primi rilievi dell'AGCM – 4. L'armonizzazione della discipline a livello comunitario. I c.d. "pacchetti infrastruttura" – 5. Il recepimento della normativa comunitaria – 6. Lo stato attuale del processo di liberalizzazione del servizio e le zone d'ombra del diritto nazionale. Le recenti decisioni dell'AGCM.

1. Premessa

E' opinione comunemente condivisa che il servizio di trasporto sia indissolubilmente connesso all'agire economico e sociale degli individui, tanto da presentare il sistema dei trasporti come termine di paragone del livello di modernizzazione raggiunto da un paese nonché del livello di efficienza delle sue istituzioni¹.

L'ipotesi dei trasporti come "generatori di sviluppo" mira a dimostrare il forte grado di dipendenza del progresso economico-industriale dalla dotazione infrastrutturale e dalla capacità di reti e di mezzi di comunicazione. Ciò perché l'ampliamento dei mercati di approvvigionamento, la riduzione dei tempi inerzia del ciclo di vita del prodotto e la possibilità di effettuare economie di scala, hanno come principale ricaduta la drastica contrazione dei costi di produzione e, come effetto derivato, l'allargamento della base sociale dei potenziali concorrenti e dei possibili consumatori².

Per queste ragioni, i trasporti hanno da sempre costituito un'area settoriale in cui l'intervento dei pubblici poteri, nelle loro articolazioni istituzionali e territoriali, è stata particolarmente saliente, anche nei sistemi economici più inclini alla accettazione dei paradigmi neoliberalisti.

Tuttavia, le politiche dei trasporti non stati avulsi dalle vicende che hanno caratterizzato i rapporti stato-mercato in Italia. Dal secondo dopoguerra sino all'inizio degli anni ottanta, se pur con alterne vicende, lo Stato ha interpretato un ruolo di attore principale nella scena economica europea

¹ Riguardo alle diverse modalità di concepire le politiche di trasporto si veda: S. BRUNO, *L'integrazione tra sistema economico e sistema dei trasporti*, in *Consiglio Nazionale delle Ricerche*, IV convegno nazionale, vol I, Torino, 1986.; R. CAGLIOZZI, *La scelta pubblica nel settore dei trasporti*, Napoli, 1986; G. GORLA, *Trasporti pubblici locali*, in *Fondazione Rosselli*, Bologna, 1993; M. TEBALDI, *La politica dei trasporti*, Bologna, 1999; M. PONTI, *I trasporti e l'industria*, Bologna, 1992; C. TALICE, *L'assetto istituzionale dei trasporti in Italia*, in *Trasporti*, 1979, 90-131;

² D.P. LOCKLIN, *Economics of transportation*, Homewood, Richard D. Irwin, 1966, 1-17, identifica i seguenti fattori di influenza dei trasporti sui mercati: livellamento e stabilizzazione dei prezzi dei prodotti; incidenza diretta dei costi di produzione e sui criteri di divisione del lavoro; incremento delle produzioni su larga scala; aumento della competizione e dell'efficienza.

e italiana, con delle politiche ispirate a teorie economiche inclini a richiedere forti dosi di intervento pubblico, sia allo scopo di pianificare e guidare lo sviluppo nelle zone più arretrate, sia per imprimere alla crescita un'impronta di equità e di solidarietà³.

Nel corso degli anni ottanta, pur con approcci diversi, è innegabile che l'arretramento dei confini dello stato è diventato un obiettivo largamente condiviso in tutti i paesi, europei ed extra-europei⁴, di vecchia e nuova industrializzazione⁵.

Indipendentemente dalle ragioni che hanno spinto i legislatori nazionali ad avviare il nuovo corso, l'arretramento dello Stato si è registrato anche in molti servizi di pubblica utilità (acqua, energia, raccolta e smaltimento dei rifiuti, ecc.), molte industrie ritenute un tempo di importanza strategica (siderurgia, chimica) nonché, tra gli altri, anche il settore del trasporto ferroviario, che, negli ultimi anni, a conosciuto una profonda evoluzione⁶. Si tratta di un lungo percorso avviato negli anni novanta e tutt'ora in corso e che a avrebbe dovuto garantire lo sviluppo di un settore fondamentale per l'economia italiana ed europea.

³ In Italia, tuttavia, nei primi anni post-Costituzione vengono adottati alcuni provvedimenti di stampo liberista, come ad esempio l'eliminazione di alcune forme di controllo pubblico ereditate dal regime fascista. Sulla effettiva della portata del liberismo in tale fase storica si veda con opinioni non sempre convergenti: G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972; S. CASSESE, *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in *Le imprese a partecipazioni statale*, Napoli, 1972. Sulle vicende dello Stato imprenditore si veda per tutti: G. GHETTI, *Tempo dello Stato, tempo dell'imprenditore*, in *Dir.dell'Economia*, 1999, 565.

⁴ Fuori dai confini europei, ad avviare con decisione una politica di privatizzazione e di liberalizzazione furono gli Stati Uniti, sotto la presidenza di Ronald Reagan, (1981-1985 e 1985-1989), attraverso una politica economica economica basata sull'offerta (*supply-side economics*). Tra i principali esponenti delle teorie nei liberiste che influenzarono i governi anglosassoni vi è M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, 1962. Inoltre, va evidenziato che ciò che ha caratterizzato il programma di Governo di Reagan fu l'applicazione in politica fiscale della curva di *Laffer* (dal nome dell'economista californiano Arthur Laffer), con la quale si teorizzava una riduzione delle imposte dirette. In Gran Bretagna, il Primo ministro Margaret Thatcher, che era diventata *leader* del partito conservatore nel 1975, spinse rapidamente il partito nella direzione delle dottrine del "New Right", sostenute dai proseliti di Friedrich von Hayek. L'obiettivo finale del governo inglese non era quello di "privatizzare", ma quello più organico di un generale "ritiro dello Stato"; il ritorno delle imprese possedute dallo Stato al settore del mercato è solo una manifestazione. In merito alle privatizzazioni inglesi sotto il governo Thatcher esiste una vasta letteratura, si veda per tutti: AA.VV., *Privatizzazioni e benessere. Il caso britannico*, in *Econ. Pubbl.*, fascicolo monografico, n. 2, 2003

⁵ Anche nell'Est europeo il dibattito sulle privatizzazioni, per lo più intese come elemento di una più ampia strategia di transizione verso l'economia di mercato, si è fatto sempre più intenso. Si veda, fra gli altri, AA.VV., *Le privatizzazioni nell'Est europeo*, in *S.i.p.i.*, 1991; M. FLORIO, *Stabilizzazione macroeconomica e privatizzazioni nell'Est europeo*, in *Econ. Pubbl.*, 1992, 615; FRYDMAN-RAPACZYNSKY, *Privatization in Eastern Europe: is the State withering Away?*, Londra-Budapest, 1994.

⁶ Non mancano in dottrina tesi volte a sostenere la gestione privatistica dei servizi ferroviari. In tal senso si veda R. CAGLIOZZI, *La scelta pubblica nel settore dei trasporti*, op. cit., 167-171, il quale evidenzia come il periodo di maggior sviluppo delle ferrovie coincide con quello in cui si è avuta la più vigorosa accumulazione capitalistica privata. La necessità di disporre di somme cospicue da destinare all'investimento non fu un impedimento, data la grande capacità di mobilitazione finanziaria manifestata, all'epoca, da parte dell'iniziativa privata; questa godeva, per altro, di un clima culturale e ideologico particolarmente favorevole, per cui, almeno agli esordi e finì ai primi del '900, si protrasse un vigoroso dibattito fra gli assertori del regime privatistico del network ferroviario e i sostenitori del controllo o della proprietà pubblica.

Tra l'altro, la ferrovia presenta l'innegabile vantaggio, rispetto ad altri mezzi di trasporto, di essere non inquinante dando un contributo sostanziale allo sviluppo del trasporto sostenibile. Tuttavia, il trasporto ferroviario nel corso degli anni ha perso di attrattiva; dagli anni sessanta alla fine del secolo XX, in Europa, si è registrato un costante declino in termini quantitativi sia del numero dei passeggeri⁷ sia dei volumi di merci trasportati a favore di altri mezzi di trasporto⁸.

La Comunità europea già da molti anni ha avviato una politica dei trasporti volta a sostenere un sistema di trasporto ferroviario efficiente e di qualità, consapevole che ciò rappresenta un elemento cardine per rafforzare le libertà fondamentali del mercato unico. Le autorità comunitarie, pertanto, hanno ritenuto che l'introduzione di effettivo regime concorrenziale nel settore del trasporto ferroviario creasse le condizioni anche per l'offerta di un servizio maggiormente efficiente e, conseguentemente, più attraente per gli utenti europei.

Tuttavia, come si vedrà in seguito, a causa di alcune peculiarità che contraddistinguono il trasporto ferroviario da altri servizi pubblici, questo processo di liberalizzazione ha incontrato diversi ostacoli che hanno allontanato gli obiettivi posti in sede comunitaria. Nelle pagine che seguono si cercherà di dare conto in particolare delle difficoltà incontrate dal legislatore nazionale attraverso le decisioni dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (di seguito AGCM), che in varie occasioni ha rilevato le carenze legislative al fine dell'introduzione di un regime concorrenziale che stenta ad affermarsi nel nostro paese.

2. L'avvio del processo di liberalizzazione del settore. Le direttive comunitarie degli anni novanta.

Il primo concreto segnale della volontà politica di apertura dei mercati nazionali si è avuto con l'adozione, da parte della Comunità, della Direttiva n. 440 del 29 luglio 1991 relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie⁹ che ha adottato – intervenendo alla fine di un travagliato dibattito tra gli Stati membri – una soluzione di compromesso tra le diverse posizioni emerse sia in ordine

⁷ Per quanto riguarda il trasporto passeggeri, occorre precisare che in termini assoluti il numero di passeggeri è cresciuto ma in misura inferiore ad altre modalità di trasporto, risultando pertanto un calo in termini relativi.

⁸ In tal senso si veda anche la Comunicazione della Commissione europea recante *Linee guida comunitarie per gli aiuti di stato alle imprese ferroviarie* (2008/C184/07) del 22 luglio 2008.

⁹ La direttiva 91/440, che prevedeva quale termine di recepimento il 1° gennaio 1993, ha trovato attuazione in Italia con l'adozione del D.P.R. 8 luglio 1998 n. 277. La direttiva in parola ha abrogato, con effetto dal 1 gennaio 1993, la decisione 75/327/CE, recependone però in gran parte i contenuti.

all'introduzione dei principi di concorrenza tra imprese ferroviarie che riguardo al modello da adottare ai fini della riorganizzazione strutturale dell'intero comparto¹⁰.

L'asse portante della direttiva ruotava attorno al principio della separazione della gestione del servizio di trasporto dalla gestione dell'infrastruttura ferroviaria, per la quale, stante la sua connotazione in termini di monopolio naturale, sarebbe stato difficile ipotizzare alcuna forma di competitività¹¹. La separazione contabile costituiva, in ogni caso, l'obiettivo minimo che si intendeva perseguire, laddove rimaneva meramente facoltativa l'eventuale divisionalizzazione delle ferrovie ovvero la creazione di soggetti distinti incaricati dalla gestione della rete e del servizio¹².

La direttiva 91/440, pertanto, ha rappresentato un primo passo verso un processo di deregolamentazione accelerando il distacco tra pubblici poteri e imprese di trasporto che, attrici di un processo di risanamento economico-finanziario, dovevano poter operare in condizioni di massima indipendenza organizzativa e gestionale al fine di poter concorrere sul mercato alla stregua di normali aziende private¹³, potendo, inoltre, costituire associazioni internazionali¹⁴. A queste

¹⁰ Per una approfondita analisi, anche sotto i profili prettamente economici, della Dir. 440/91/CEE, si veda R. FAZIOLI, A. AMELOTTI EICHLER, *Integrazione europea e ristrutturazione del settore ferroviario. Alcune esperienze a confronto*, in *Econ. Pubbl.*, 1995, I, 6 ss..

¹¹ Cfr. S.BUSTI, *Profili innovativi nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, in *Diritto dei trasporti*, 2003, 28, nonché G. GRECO, D.U. GALETTA, *Trasporti terrestri e relativo servizio pubblico*, in M.P.Chiti-G.Greco (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 1997, 1257 ss., nonché F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano 1996, 243. La separazione tra la rete ed il servizio, infatti, viene, considerata la *condicio sine qua non* per lo sviluppo e la gestione efficiente della stessa rete ferroviaria, anche e soprattutto sotto il profilo della copertura dei costi infrastrutturali. Questi ultimi, infatti, gravando interamente sull'impresa di trasporto che utilizza la rete, appesantivano il conto economico della ferrovia, impedendole, quindi, di operare secondo logiche di mercato. Attraverso la separazione tra infrastrutture e gestione del servizio, invece, le imprese di trasporto verrebbero sgravate dagli ingenti costi infrastrutturali e poste, quindi, nelle condizioni di poter operare a parità di condizioni non solo nel confronto concorrenziale con le nuove imprese ferroviarie entranti, ma anche con le altre modalità di trasporto. In tal senso, F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, cit., 244 e V. SPECIOSO, *La politica europea dei trasporti ferroviari*, Roma, 2000, 22 ss

¹² Cfr. P. SPIRITO, *Il settore ferroviario: politica nazionale e politica comunitaria*, in *Omnialogistica*, 2002, 4 ss., che lamenta la sostanziale indeterminatezza del principio di separazione dell'infrastruttura dall'esercizio dei servizi di trasporto. L'Autore, infatti, sottolinea che esistono almeno cinque modelli per l'attuazione di tale separazione: *a.* l'attribuzione di una parte dell'infrastruttura ad una società privata mediante l'alienazione pura e semplice della proprietà pubblica; *b.* l'assegnazione della rete allo Stato e l'istituzione di una autorità di regolazione che governa il libero accesso e determina il valore della capacità; *c.* la suddivisione della rete in infrastruttura di interesse nazionale gestita da società pubbliche ed infrastruttura di interesse nazionale gestita dalle regioni; *d.* l'assegnazione dell'infrastruttura alla compagnia ferroviaria nazionale che la gestisce in regime di servizio pubblico e diventa titolare dei finanziamenti pubblici; *e.* divisione dell'infrastruttura per grandi aggregati e la loro assegnazione a diverse società. In ogni caso, la separazione, anche soltanto contabile, dell'infrastruttura dal servizio rappresenta lo strumento indispensabile per distinguere nettamente gli oneri di gestione della rete da quelli direttamente connessi all'esercizio del trasporto, con ciò ponendo le premesse per garantire l'indipendenza e l'autonomia gestionale delle imprese di trasporto.

¹³ Cfr. F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, cit., 245, che rileva che il processo di risanamento delle aziende ferroviarie come prospetto dalla direttiva 91/440 ben poteva conciliarsi con ipotesi di effettiva privatizzazione delle stesse.

¹⁴ L'associazione internazionale è "qualsiasi associazione comprendente almeno due imprese ferroviarie stabilite in Stati membri diversi che abbia lo scopo di fornire prestazioni di trasporto internazionale tra Stati membri" (cfr. art.

ultime veniva espressamente riconosciuto il diritto di accesso all'infrastruttura, pertanto, rappresentando uno degli strumenti principali della direttiva al fine di agevolare il processo di liberalizzazione del settore. In tal modo, infatti, si sarebbe superato il principale ostacolo che le nuove imprese entranti avrebbero incontrato, rappresentato dal problema dell'interconnessione con la rete, generalmente gestita in regime di monopolio dall'*incumbent*¹⁵.

La direttiva 91/440 assumeva, quindi, un ruolo centrale nel processo, sia pur graduale, di apertura dei mercati ferroviari nazionale che, improntato ad una logica di liberalizzazione secondo "meccanismi concorrenziali progressivi", si snodava attraverso una prima fase di deregolamentazione e successiva riregolamentazione del settori, al fine di creare condizioni minime di concorrenza, per giungere, infine, all'instaurazione di un regime di libera concorrenza¹⁶.

Pur avendo il merito di avviare il processo di liberalizzazione, la direttiva, tuttavia, lasciava irrisolti una serie di problemi, legati al fenomeno dei c.d. "colli di bottiglia" generati da una infrastruttura limitata a fronte delle possibili molteplici richieste di accesso alla stessa. Il legislatore comunitario, infatti, non aveva determinato i principi ed i criteri cui attenersi nell'assegnazione delle tracce, soprattutto nei confronti delle imprese stabilite in altri Stati membri, né aveva fissato i parametri per la determinazione del canone d'accesso¹⁷. Infine, ma non meno importante, non

3 dir. 91/440). Giova sottolineare che affinché sia ravvisabile una associazione internazionale – con le conseguenze che ne derivano in termini di accesso all'infrastruttura – è sufficiente che almeno due imprese ferroviarie abbiano istaurato un rapporto contrattuale avente lo scopo di fornire, congiuntamente, un servizio di trasporto internazionale di merci o viaggiatori, non essendo, invece, necessaria l'istituzione di un nuovo soggetto, terzo, avente personalità giuridica ed indipendentemente dalla forma che l'associazione così creata vada a rivestire¹⁴. Unica condizione per la validità dell'associazione è rappresentata dalla necessità che la stessa sia costituita tra imprese ferroviarie riconosciute come tali nello Stato membro in cui risiedono (A tale proposito, V. SPECIOSO, *La politica europea dei trasporti ferroviari*, cit., 23 e 28).

¹⁵ Cfr. A.G.C.M., *Relazione annuale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Roma, 1997, 6 ss., nella quale si evidenzia che le modalità ed i tempi con cui si realizza l'interconnessione possono rappresentare il fattore fondamentale che assicura il successo di un effettivo processo di liberalizzazione e, in definitiva, il grado di concorrenza dei mercati da sottrarre al monopolio. In tal senso anche L. PROSPRETTI, *Benefici e costi della separazione strutturale nelle reti energetiche*, in *Atti del Convegno su Servizi pubblici a rete*, Roma, 2002, 6 ss. Sulla dottrina delle *essential facilities* e sulle possibili soluzioni per garantirne l'interconnessione alle reti senza pregiudizio, sotto il profilo della concorrenza, né per le imprese entranti né per quelle detentrici della *facility*, si vedano, fra tanti, S. BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, I, 149 ss

¹⁶ In questi termini, G.BERNINI, G.B.NUZZI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: situazione attuale e prospettive future alla luce dell'evoluzione normativa a livello comunitario*, in G.SCIUTTO (a cura di), *Evoluzione e attuazione della liberalizzazione del trasporto pubblico*, Genova, 2003, 107 ss., secondo i quali la direttiva 91/440 avrebbe indicato alle imprese aventi un assetto di stampo monopolistico una sorta di "percorso guidato" che avrebbero consentito loro di incrementare la propria efficienza senza produrre danni irreversibili al sistema, permettendo altresì all'*incumbent* di godere in futuro dei benefici provenienti dalla liberalizzazione del settore.

¹⁷ L'articolo 8 della direttiva in parola, infatti, si limita a statuire che "il Gestore dell'infrastruttura applica alle imprese ferroviarie e alle associazioni internazionali che utilizzano l'infrastruttura ferroviaria da lui gestita un canone di utilizzazione dell'infrastruttura stessa. Previa consultazione di detto gestore, gli Stati membri definiscono le modalità per la fissazione del canone". Detto articolo prosegue disponendo che "il canone di utilizzazione è calcolato in modo da

disciplinava le modalità di risoluzione di eventuali controversie che sarebbero potute, verosimilmente, insorgere in caso di disparità di trattamento in ordine all'accesso alle infrastrutture dei altri Stati, né, tantomeno, era stato indicato un ordine di priorità da seguire per l'assegnazione delle tracce o per la ripartizione, anche dal punto di vista temporale, di transiti o per l'utilizzazione dei terminali o delle stazioni da parte dei diversi vettori ferroviari¹⁸.

Pertanto, in assenza di un intervento di regolazione, diretto a determinare preventivamente il prezzo che i potenziali concorrenti avrebbero dovuto pagare per ottenere l'accesso all'infrastruttura nonché per l'erogazione dei servizi ad esso propedeutici, il solo principio della separazione del gestore dell'infrastruttura dalle imprese ferroviarie, da un lato, e l'introduzione dell'obbligo per il gestore della rete di consentirvi l'accesso a tutti i potenziali concorrenti, dall'altro, non erano sufficienti a risolvere i problemi derivanti dall'esistenza di barriere all'entrata sia di natura tecnica che normativa. Alla luce di tali considerazioni, quindi, e delle limitazioni poste alla possibilità di accesso a diversi mercati nazionali non si erano realizzate le condizioni necessarie per sviluppare una reale contendibilità dell'accesso all'infrastruttura e per procedere, quindi, alla completa apertura dei mercati nazionali a nuovi operatori ferroviari.

Il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario, avviato dalla direttiva 91/440, necessitava, al fine di realizzare una effettiva apertura del mercato, del riconoscimento del diritto di accesso alle infrastrutture nazionali che diventava condizione necessaria anche per l'applicazione del principio di libera circolazione dei servizi.

A tal fine il legislatore comunitario ha provveduto con le c.d. direttive "gemelle" del 19 giugno 1995 n. 18 e n. 19¹⁹, riguardanti rispettivamente il rilascio delle licenze alle imprese ferroviarie e la

evitare discriminazioni tra le imprese ferroviarie e può tenere in particolare conto del totale dei chilometri percorsi, della composizione del treno e di ogni esigenza specifica in relazione a fattori quali la velocità, il carico per asse e il grado o il periodo di utilizzazione dell'infrastruttura". Le indicazioni fornite dal legislatore comunitario appaiono, tuttavia, generiche sia perché l'incidenza dei predetti fattori sulla determinazione del canone "può" tener conto dei vari fattori sulla determinazione del canone viene configurata come meramente facoltativa (nella parte in cui si prevede che il canone "può" tener conto dei vari fattori indicati dallo stesso art. 8 comma 2), sia perché non si chiarisce in quale misura detti fattori (percorrenza chilometrica, tipo di carico, periodo di utilizzazione della rete etc) concretamente incidono sulla determinazione del canone.

¹⁸ Tali sarebbero, secondo F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, cit., 246, le principali lacune della direttiva 91/440.

¹⁹ Tali direttive, pubblicate nella G.U.C.E. del 15 marzo 2001, dovevano essere trasposte nelle legislazioni nazionali entro il termine del 15 marzo 2003, per gli Stati già facenti parte della Comunità Europea ed entro il termine del 1 maggio 2004, per i nuovi Stati membri. Secondo quanto riportato in COMMISSIONE EUROPEA, COM(2006) 189 final – *Report from the Commission to the European Parliament, the council, the European and Social Committee and the committee of the Regions on the implementation of the first railway package*, del 3 maggio 2006, al primo gennaio 2006, 24 dei 25 Stati membri avevano già provveduto alla formale trasposizione delle direttive del primo pacchetto nell'ambito delle legislazioni nazionali. Il Lussemburgo, invece, si era impegnato a dar luogo al suddetto recepimento entro la prima metà del 2006.

determinazione dei criteri e delle modalità di ripartizione dell'infrastruttura ferroviaria e di riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura medesima, intervenendo in tal modo ad integrare il dettato della direttiva 91/440. Le citate direttive, senza modificare il campo di applicazione della 91/440²⁰, hanno fornito le indicazioni necessarie ad individuare i soggetti ai quali può essere riconosciuto il diritto di accesso ed i requisiti ai quali l'esercizio di tale diritto è subordinato. Inoltre, sono state dettate specifiche disposizioni in merito al soggetto chiamato a ripartire la capacità infrastrutturali ed ai criteri cui questi deve attenersi nella ripartizione delle tracce orarie, nonché delle tariffe da applicare per l'utilizzo della rete.

In particolare, la direttiva 95/18 è intervenuta a disciplinare il tema, assai delicato, della definizione di requisiti soggettivi uniformi sull'intero territorio comunitario in presenza dei quali un'impresa ferroviaria può essere definita e riconosciuta come tale nei vari Paesi membri agli effetti dell'esercizio del diritto di accesso all'infrastruttura nazionale.

Condizione necessaria, ma non sufficiente²¹, per ottenere l'accesso all'infrastruttura è il possesso della licenza ferroviaria, con la quale gli Stati membri autorizzavano l'impresa all'esercizio dell'attività ferroviaria, ancorché eventualmente limitata alla prestazione di determinati tipi di servizi di trasporto²².

La necessità della licenza ferroviaria prescritta, dalla direttiva 1995/18/CE, era prevista unicamente per le imprese che volevano effettuare i servizi di trasporto di cui all'art. 10 della direttiva 91/440/CEE, vale a dire per il solo trasporto internazionale effettuato dalle imprese o associazioni internazionali di imprese stabilite nella Comunità. In merito al rilascio della licenza ferroviaria, la direttiva comunitaria ha introdotto il principio del mutuo riconoscimento, secondo il quale se rilasciata dalle autorità nazionali competenti può essere fatta valere sull'intero territorio dell'Unione europea²³.

²⁰ Circa la conferma dell'ambito di applicazione della direttiva 91/440 si vedano i considerando n. 5 delle direttive 95/18 e 95/19 secondo i quali "è opportuno mantenere l'ambito d'applicazione della direttiva 91/440/CEE, comprese le eccezioni in essa previste per i servizi regionali, urbani ed extraurbani", come confermato dai rispettivi articoli 1, c.2

²¹ Per ottenere l'accesso all'infrastruttura, oltre alla licenza, sono necessari: il possesso di un certificato di sicurezza e l'ottenimento dell'accesso a specifiche linee ferroviarie da parte dell'organo deputato alla ripartizione della capacità infrastrutturali.

²² L'ultimo comma dell'art. 4 dispone, infatti, che la licenza – definita dall'art. 2 lett. b come "un'autorizzazione rilasciata da uno Stato membro a un'impresa cui è riconosciuta la qualità di impresa ferroviaria; tale qualità può essere limitata alla prestazione di determinati tipi di servizi di trasporto". – "non dà diritto di per se stessa all'accesso all'infrastruttura ferroviaria".

²³ L'art. 1 par. 3 della direttiva 95/18 disponeva espressamente che "la validità della licenza si estende all'insieme del territorio comunitario". Il par.3 è stato successivamente abrogato dalla direttiva 2001/13/CE ma la sua disposizione è stata riproposta, dalla direttiva da ultimo menzionata, nell'art. 4 par. 5 della dir. 95/18 che, nel testo vigente, dispone che la "licenza è valida in tutto il territorio della Comunità".

Il legislatore comunitario, al fine di garantire alle imprese ferroviarie il pieno esercizio del diritto di accesso riconosciuto loro dalla direttiva 91/440, era intervenuto a dettare criteri e parametri uniformi ai quali gli Stati membri dovevano conformarsi per assicurare una ripartizione equa e non discriminatoria della capacità infrastrutturale, tale da consentirne un impiego efficiente ed ottimale sia pur nel rispetto dell'ordine di priorità di utilizzo, fissato dagli stessi Stati, per l'erogazione di determinate tipologie di servizio. In particolare, la direttiva individuava tre possibili attori nel processo di assegnazione dell'infrastruttura: le imprese ferroviarie dotate della licenza che chiedono l'assegnazione di tracce, il gestore dell'infrastruttura²⁴ e l'organismo designato dai singoli Stati membri, preposto alla ripartizione dell'infrastruttura medesima.

La direttiva, peraltro, non richiedeva la necessaria terzietà dei predetti soggetti, ammettendo la possibilità che lo stesso gestore della rete sia incaricato anche dell'assegnazione delle tracce orarie e, quindi, del riparto della capacità infrastrutturali fra le varie imprese di trasporto che ne facevano richiesta²⁵.

Al fine di dirimere eventuali controversie che sarebbero sorte in merito all'assegnazione delle tracce ovvero in ordine alla riscossione dei canoni di accesso, la direttiva prevedeva che in ciascuno Stato membro l'istituzione di un organismo indipendente di fronte al quale le imprese ferroviarie potevano presentare ricorso, soprattutto nel caso in cui la competenza in materia di ripartizione della capacità di infrastruttura e di riscossione dei diritti di utilizzo non sia stata affidata ad un organismo terzo ma allo stesso soggetto gestore sia della rete che del servizio di trasporto²⁶.

Quanto al processo di effettiva assegnazione delle tracce orarie, questa doveva uniformarsi a criteri di equità, imparzialità e non discriminazione ferma restando la possibilità, riconosciuta agli Stati membri dalle clausole di salvaguardia contenute negli artt. 4 e 5 della direttiva, di concedere diritti speciali a favore delle imprese di trasporto operanti fasce di mercato di eminente utilità

²⁴ Intesa quest'ultima come il "complesso delle vie e degli impianti fissi...necessari per la circolazione dei veicoli e la sicurezza della circolazione" I criteri per stabilire che cosa costituisca l'infrastruttura ferroviaria sono contenuti nel Regolamento CEE 2598/70 All.1 parte A, cui rinvia la direttiva 91/440/CEE.

²⁵ La possibile coincidenza del gestore della rete con l'organismo deputato alla ripartizione della capacità infrastrutturale si evince dall'art.2 lett. f della direttiva 95/19/CE che definisce quest'ultimo come "l'autorità e/o il gestore dell'infrastruttura incaricati dagli Stati membri di ripartire le capacità di infrastruttura". E' chiaro, peraltro, che in un sistema ferroviario a gestione integrata, nel quale la ferrovia comprende sia il gestore della rete che l'impresa di trasporto, l'organismo di ripartizione della capacità infrastrutturali deve essere dotato della necessaria terzietà e della adeguata autonomia decisionale ed indipendenza al fine di garantire un'equa ed imparziale assegnazione della capacità della rete tra le varie imprese di trasporto che dovessero trovarsi a competere sullo stesso sistema.

²⁶ Tale esigenza, rappresenta nell'ultimo considerando della direttiva, trova corpo nell'art. 13 che prevede l'istituzione dell'organismo in parola.

sociale²⁷, ovvero di stabilire un ordine di priorità per garantire l'erogazione dei servizi di trasporto effettuati su infrastrutture cosiddette "dedicate", destinate all'alta velocità o specializzate per il trasporto merci, nonché per l'erogazione di servizi prestati nell'interesse della collettività, cui corrispondono in capo alle imprese ferroviarie gli obblighi di servizio pubblico di cui al Regolamento n. 1191/69. In tale ultimo caso, gli Stati potevano autorizzare l'erogazione di risorse finanziarie a favore del gestore dell'infrastruttura per indennizzarlo delle eventuali perdite subite a causa della necessità di riservare parte della capacità infrastrutturale all'erogazione di servizi pubblici²⁸.

In tal modo, si sono poste le premesse per la creazione di una nuova tipologia di obbligo di servizio pubblico a carico del gestore dell'infrastruttura che comporta, altresì, una conseguente modifica della struttura dei contributi pubblici, ai quali si andavano ad aggiungere quelli erogati per compensare le perdite subite dal gestore medesimo per la riserva di quote di traffico operata a favore delle tipologie di servizio individuate secondo l'ordine di priorità fissato dagli Stati membri²⁹.

La direttiva 95/19, infine, introduceva un ulteriore requisito indispensabile per poter accedere all'infrastruttura ferroviaria consistente nella titolarità da parte delle imprese ferroviarie di apposito certificato di sicurezza rilasciato dall'organo designato a tal fine dallo Stato membro in cui si trova l'infrastruttura utilizzata, che attesti il rispetto di determinati *standard* atti a garantire la sicurezza del servizio di trasporto. A differenza della licenza ferroviaria prevista dalla direttiva 95/18 diretta essenzialmente a garantire l'affidabilità dell'impresa ferroviaria sotto il profilo della competenza, della professionalità e della solidità finanziaria dell'impresa medesima, il certificato di sicurezza, introdotto dall'art.11 della direttiva 95/19, richiedeva alle imprese ferroviarie di assicurare il

²⁷ L'art. 5 della direttiva 95/19/CE prevede, infatti, la possibilità che gli Stati membri concedano diritti speciali per quanto riguarda la ripartizione delle capacità di infrastruttura su base non discriminatoria alle imprese ferroviarie che forniscono determinati servizi o li forniscono in determinate regioni, se tali diritti sono indispensabili per garantire un buon livello di servizio pubblico o un utilizzo efficace delle capacità di infrastruttura, o per consentire il finanziamento di nuove infrastrutture.

²⁸ I servizi per i quali disporre un ordine di priorità nell'assegnazione delle tracce orarie nonché la possibilità di erogare indennizzi a favore del gestore dell'infrastruttura sono previsti dall'art. 4 della direttiva 95/19/CE.

²⁹ Cfr. V.SPECIOSO, *Le licenze delle imprese ferroviarie e la ripartizione della capacità d'infrastruttura*, in *Amm. ferroviaria*, 1995, n. 11, 4 ss. che intravede una possibile leva da adottare al fine di governare la competitività delle imprese ferroviarie rispetto alle altre modalità di trasporto, favorendo da un lato i servizi di interesse pubblico e dall'altro lo sviluppo di nuove infrastrutture finanziate con il concorso del capitale privato.

rispetto di determinati requisiti tecnico-operativi relativi sia al personale che al materiale rotabile utilizzato³⁰.

Attraverso l'introduzione dell'istituto del certificato di sicurezza e la previsione dei criteri per l'assegnazione della capacità infrastrutturali e per la riscossione dei relativi canoni di utilizzo, la direttiva 95/19 aveva l'obiettivo di creare i presupposti per un impiego sicuro ed efficiente della rete attraverso una sua ripartizione sufficientemente flessibile, garantendone l'accesso alle imprese ferroviarie a condizioni non discriminatorie ed eque attraverso la fissazione di criteri comuni per la determinazione e la riscossione dei relativi diritti di utilizzo.

Quindi, rispetto alla precedenti direttiva 91/440, che poneva le premesse per l'apertura del mercato ferroviario, le due direttive del 1995, intervenivano a definire le condizioni per la concreta attuazione del processo di liberalizzazione del mercato, colmando, per certi versi, le lacune presenti nella direttiva 91/440.

Tuttavia, come è stato evidenziato, con le direttive c.d. "gemelle" non si erano colmati alcuni vuoti normativi³¹. In particolare, rimaneva invariata l'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri di scegliere le tecniche di determinazione dei canoni e le modalità di controllo più aderenti alla tradizione socio-politica del paese membro. Inoltre, persisteva l'assenza di limiti minimi nella determinazione del canone di accesso che ha legittimato la scelta di taluni Stati di considerare l'infrastruttura come bene pubblico cui le imprese ferroviarie possono accedere gratuitamente senza, tuttavia, poter fruire di alcuna forma di sussidio pubblico³². Infine, non erano state fornite chiare indicazioni circa l'assetto organizzativo che le stesse imprese ferroviarie dovevano assumere. Queste, pertanto, potevano scegliere di rimanere titolari sia dei mezzi di trazione che del personale di scorta e di condotta dei treni, ovvero strutturarsi in modo tale da limitarsi a svolgere le funzioni di commercializzazione dei servizi erogati da soggetti diversi³³.

³⁰ Ai fini del rilascio del certificato di sicurezza di cui all'art. 11 della direttiva 95/19, le imprese ferroviarie devono provare che il personale di condotta e di scorta possiede la necessaria formazione in materia di circolazione e di sicurezza del traffico ferroviario e che il materiale rotabile è stato omologato ed autorizzato alla circolazione dall'autorità pubblica o dal gestore dell'infrastruttura.

³¹ Cfr. D.SICCOLONE, *La politica europea dei trasporti ferroviari*, cit., 692.

³² Tale scelta è stata, per esempio, adottata in Olanda dove – salvo che per alcune tratte e per i corridoi merci definiti dal gennaio 1998 – non era previsto il pagamento di canoni di accesso all'infrastruttura, considerata come bene pubblico concesso alle imprese ferroviarie in luogo di sussidi diretti. A partire dal 2000, tuttavia, sono stati introdotti canoni di accesso alla rete calcolati in base al costo operativo marginale (cd. short run marginal cost) necessario per la gestione dell'infrastruttura. In argomento, si veda M. MARTINEZ, *L'accesso alla rete in Olanda ed il ruolo di Railned BV*, in M. MERCURIO, M. MARTINEZ, *Il trasporto ferroviario europeo. Organizzazione e regolazione del mercato*, Roma, 2000, 218.

³³ V.SPECIOSO, *La politica europea dei trasporti ferroviari*, cit., 45.

Nonostante le lacune lasciate aperte dalla normativa in esame, tuttavia, appare evidente la sua *ratio* diretta, principalmente, ad introdurre una maggiore flessibilità dei servizi in modo da consentirne un più agevole adeguamento ai mutamenti in atto nel mercato e da stimolare l'accrescimento dell'offerta dei servizi e degli stessi prestatori di servizi³⁴.

3. L'introduzione nell'ordinamento interno del principio della separazione societaria. I primi rilievi dell'AGCM

Il principio di separazione della gestione della rete dall'esercizio del trasporto, introdotto dalla direttiva 91/440/CEE; appare strumentale all'obiettivo di apertura alla concorrenza giacché, pur non realizzando direttamente l'ampliamento della competizione, ne rappresenta un presupposto indispensabile per il corretto funzionamento fornendo un decisivo impulso verso la liberalizzazione del trasporto ferroviario, nei singoli paesi europei³⁵.

La scelta delle modalità con cui dare attuazione al principio di separazione dipende, in larga misura, dalla valutazione circa l'opportunità, in termini di costi benefici per gli utenti finali, di attuare o meno una integrazione verticale tra imprese operanti su mercati contigui o comunque collegati, nei quali la posizione di monopolio detenuta su un mercato sia tale da condizionare,

³⁴ In Italia, se pur con notevole ritardo, si è proceduto al recepimento delle direttive c.d. "gemelle" con il DPR 146/99 attraverso il quale l'ordinamento italiano si avvia verso la liberalizzazione del mercato dei trasporti ferroviari. Con l'adozione del provvedimento si riconosce, nell'ambito del trasporto ferroviario nazionale di linea, alle associazioni internazionali di imprese ferroviarie ed alle imprese ferroviarie di trasporto combinato internazionale di merci, il diritto di accesso alle infrastrutture ed ai servizi nel rispetto del principio di non discriminazione. E' stata, inoltre, attribuita al Ministero dei trasporti e della navigazione la competenza in ordine al rilascio delle licenze, alla vigilanza sulla definizione e sulla applicazione degli standard di sicurezza e alla determinazione del canone per l'utilizzazione delle reti. Per un commento allo schema di decreto cfr. M. CONTICELLI, *Licenze e slot: la liberalizzazione del settore ferroviario*, in *Giorn.dir.amm.* 1999. 1, 87 ss. A queste norme si sono affiancate nuove disposizioni attuative che riguardano sia il tema generale della liberalizzazione del mercato che, più in particolare, il rilascio delle licenze a i criteri e le modalità di accesso all'infrastruttura. Tuttavia, una delle problematiche maggiormente sentite riguardava la ristrutturazione finanziaria delle imprese ferroviarie nazionali che ha costituito uno dei principali nodi conflittuali che hanno ostacolato il recepimento della direttiva 91/440 nei differenti contesti nazionali. Cfr. A. BATTAGLIA, *Verso la liberalizzazione del trasporto ferroviario?*, in *Giornale dir. Amm.* 2000, 962 ss. A seguito dell'entrata in vigore della normativa di attuazione delle direttive comunitarie, il 23 maggio 2000 è stata rilasciata dal Ministero dei trasporti e della navigazione la prima licenza per il trasporto passeggeri, alla Italiana Trasporti s.p.a. (l'attuale Trenitalia); avviando in tal modo il processo di apertura del mercato.

³⁵ Cfr. H. CAIROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 489 ss. Tale processo, come visto nella direttiva 91/440, può attuarsi nelle diverse modalità della separazione meramente contabile delle attività, forma minima obbligatoria imposta dalla normativa comunitaria, ovvero della separazione strutturale mediante una operazione di societarizzazione, ovvero, infine, in una drastica separazione proprietaria attuata mediante la creazione di soggetti giuridicamente distinti e né altrimenti collegabili in virtù di rapporti proprietari.

mediante lo sfruttamento delle “rilevanti economie di produzione congiunta”³⁶, l’andamento dei mercati contigui operanti in regime di concorrenza.

Tale valutazione dipende, in primo luogo, dal tipo di regolamentazione del mercato monopolistico che può diversamente influenzare la tendenza dell’impresa monopolistica ad esercitare la propria forza di mercato per limitare l’accesso di nuovi concorrenti nei segmenti di mercato contigui. In secondo luogo, può essere determinante il ruolo svolto dai metodi di regolazione dei prezzi e delle tariffe nonché dai sistemi di controllo dell’accesso alla rete. Infine, ulteriore elemento di valutazione è dato dal progresso tecnologico conseguito nel settore caratterizzato dal residuo monopolio naturale³⁷.

In Italia, il principio della separazione contabile previsto dalla direttiva 91/440/CEE ha conosciuto un primo riconoscimento con l’art. 17 dell’atto di concessione, rilasciata alle Ferrovie dello Stato S.p.A. con D.M. 26 novembre 1993, il quale prevedeva espressamente, la separazione contabile delle attività di gestione dell’infrastruttura da quelle di gestione dei servizi di trasporto³⁸. Anche in sede istituzionale, attraverso la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri datata 30 gennaio 1997 si era evidenziata la necessità di dare un organico seguito normativo alla direttiva 91/440, dando attuazione al principio di separazione dalla stessa introdotto³⁹.

In particolare, si riteneva necessario concentrarsi sulle attività considerate di *core business*, cedendo le attività non strategiche e definendo strategie di sviluppo dei traffici e delle quote di mercato nelle diverse aree di trasporto. Infine, la direttiva governativa consentiva l’organizzazione di alcune attività funzionali all’espletamento del servizio (manutenzioni, commercializzazioni dei

³⁶ Cfr. AGCM, *Concorrenza e regolamentazione dei servizi di pubblica utilità*, Relazione al Presidente del C.d.M., Roma, luglio 1994, in *Suppl. al Bollettino*, 1994, n. 25-26.

³⁷ Cfr. H. CAROLI CASAVOLA, *cit.*, 496, ritiene che nei casi di regolazione blanda o inefficace del monopolio legale e di forte concorrenza nel mercato del prodotto o servizio finale, viene addirittura meno l’esigenza di destrutturazione verticale dell’impresa. Per quanto concerne la regolamentazione dei prezzi, il metodo del *price cap*, che comunque attribuisce alle imprese una certa libertà nella fissazione delle tariffe, prevede meccanismi di adeguamento delle tariffe in relazione alle variazioni di produttività ed efficienza del servizio, favorendo, in tal modo, condotte efficienti di gestione dell’impresa ed evitando il rischio di extraprofiti non giustificati. L’Autrice conclude la sua analisi affermando che la separazione proprietaria rappresenta la soluzione più efficace al problema degli incentivi del monopolista che detenga posizioni dominanti in settori collegati di un ‘industria a rete, e ne controlli l’infrastruttura, a restringere la concorrenza sui segmenti competitivi, soprattutto limitando l’accesso alla rete.

³⁸ Successivamente a dare concreta attuazione all’atto di concessione interveniva il contratto di programma stipulato nel 1996 tra il Ministro dei trasporti e le Ferrovie dello Stato (art. 8) stipulato il 25 marzo 1996 per il periodo 1994-2000”.

³⁹ Cfr. art. 5 della direttiva adottata dal Presidente del C.d.M. il 30 gennaio 1997 (c.d. direttiva Prodi). La direttiva Prodi, incontrò l’avversione delle organizzazioni sindacali. Venne quindi siglato in Protocollo d’intesa tra queste ed il Ministero Dei Trasporti che si impegnava a conservare l’unitarietà dell’azienda, dando attuazione alla direttiva comunitaria mediante la semplice separazione contabile tra reti e servizi di trasporto.

documenti di viaggio ecc..) attraverso forme organizzative più economiche, quali *l'outsourcing* e lo scorporo societario con l'applicazione di un più appropriato contratto collettivo di lavoro.

Sulla questione intervenne anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, nell'esprimere il proprio parere sulla bozza di regolamento di recepimento della direttiva, affermò che la separazione contabile dovrebbe rappresentare soltanto un passaggio intermedio verso una separazione effettiva delle due attività, al fine di favorire una reale apertura del mercato alle dinamiche concorrenziali⁴⁰. Tuttavia, è pacifico che la separazione contabile, che rappresenta comunque un requisito minimo ed obbligato per garantire la trasparenza nell'utilizzo dei fondi pubblici, non esaurisce di per sé le iniziative necessarie per aprire il trasporto ferroviario al mercato. Secondo l'Autorità *antitrust*, pertanto, si doveva procedere ad una rapida riorganizzazione del sistema ferroviario che, pur passando attraverso la fase intermedia di separazione contabile, giungesse alla realizzazione di un assetto societario diversamente strutturato, in cui lo svolgimento delle due attività di gestione della rete e di erogazione dei servizi fosse affidato a due entità distinte sia sotto il profilo giuridico che sotto quello proprietario. Secondo, l'Autorità, soltanto una separazione effettiva del gestore della rete dall'impresa di trasporto avrebbe garantito il pieno raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla Direttiva 91/440/CEE, agevolando, quindi, il processo di risanamento finanziario delle ferrovie e consentendo una gestione basata su criteri commerciali⁴¹.

⁴⁰ Cfr. AGCM, Parere AS140, in *Bollettino* 21/1998 Si sottolinea che, nell'ambito della segnalazione, l'Autorità ha indicato la separazione proprietaria come "*una delle possibili soluzioni*" idonee a garantire l'indipendenza tra il gestore dell'infrastruttura e l'impresa ferroviaria, soluzione, peraltro, non priva di rischi, anche sotto il profilo concorrenziale. Infatti, siffatto modello rischia di allontanare il gestore dell'infrastruttura, investito del ruolo di garante della sicurezza della rete, dalle esigenze proprie del soggetto erogatore del servizio, chiamato invece ad operare secondo le nuove logiche di mercato. L'offerta di un servizio efficiente e rispondente alle aspettative del mercato necessita, spesso, di paralleli investimenti infrastrutturali (di manutenzione, di efficientamento o di implementazione di linea) che, tuttavia, possono non collimare appieno con le priorità del gestore della rete. L'interdipendenza tecnologica esistente tra l'infrastruttura ed il materiale rotabile, non è sempre accompagnata dalla corrispondente identità di obiettivi. Inoltre, la necessità di recuperare i costi infrastrutturali di rinnovo, ampliamento e manutenzione della rete richiederebbe l'applicazione di un sistema di tariffazioni che, ispirato ai criteri del *ramsey pricing*, preveda la compensazione di detti costi mediante il pagamento del canone di accesso corrisposto dalle imprese ferroviarie. Ma, la separazione rende difficoltosa, se non addirittura impraticabile, l'introduzione del sistema tariffario del *ramsey pricing*, producendo, quindi, l'effetto di continuare a richiedere l'intervento finanziario di sostegno da parte degli Stati. L'esperienza inglese sta a dimostrare come una privatizzazione delle ferrovie che non si coniughi con l'apertura alla concorrenza possa determinare risultati insoddisfacenti sia sotto il profilo dell'efficienza che della qualità del servizio. A tali conclusioni si giunge, dopo una approfondita disamina degli effetti della separazione verticale, M. MARTINEZ, *I modelli economici e organizzativi...*, cit., 43 e ss

⁴¹ Nello stesso senso, per cui la separazione contabile e quella societaria rappresenterebbero soltanto passaggi intermedi verso una separazione più sostanziale tra la gestione della rete e l'attività di trasporto, si veda AGCM, *Disciplina di servizi pubblici locali*, segnalazione AS222 dell' 8 novembre 2001, in *Bollettino* n. 43/2001; *idem*, *Riforma della Regolazione e promozione della concorrenza*, Segnalazione AS226 del 20 dicembre 2001, in *Bollettino* 1-2/2002; *idem*, *Trasporto Pubblico Locale*, Segnalazione AS125 del 26 febbraio 1998, in *Bollettino* n. 8/1998.

Pur se con un certo ritardo, il governo dette attuazione alla direttiva 91/440 con l'adozione del D.P.R. 8 luglio 1998 n. 277 attraverso il quale si affermò la necessità di separare la gestione delle infrastrutture ferroviarie dall'esercizio dell'attività di trasporto, prevedendo che queste siano esercitate da imprese separate o, comunque, da soggetti, ancorché collegati, autonomi dal punto di vista contabile, al fine di garantire la libertà di accesso al mercato dei trasporti passeggeri e di merci per ferrovia⁴². Al processo di riorganizzazione del servizio di trasporto ferroviario veniva aggiunto un importante tassello riguardante la riorganizzazione aziendale⁴³ attraverso una razionalizzazione delle strutture ed una semplificazione delle divisioni interne al fine di provvedere, oltre al rilancio del servizio ferroviario, al risanamento tecnico-economico della società⁴⁴. Il lungo processo che doveva portare alla effettiva separazione della infrastruttura dal servizio di trasporto fu completato l'anno successivo con l'adozione del regolamento ministeriale D.M. 31 ottobre 2000 n. 138 T, con il quale veniva rinnovata a Ferrovie dello Stato la concessione di 70 anni, per la gestione

D'altronde, come osservato anche dalla Commissione Europea nel Rapporto sullo stato di attuazione della Direttiva n. 91/440/CEE, la normativa comunitaria richiede agli stati membri almeno la separazione della contabilità dei servizi di trasporto e della gestione delle infrastrutture, fermo restando che gli Stati potrebbero andare oltre, prevedendo la creazione di entità giuridiche distinte per la gestione delle due attività Cfr. paragrafo 3 della *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione e sull'impatto della Direttiva n. 91/440/CEE relativo allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e ai diritti di accesso per il settore del trasporto di merci per ferrovia*, COM (1998) 202, def. del 31 marzo 1998. La Commissione evidenziava un atteggiamento di preferenza a favore dell'ipotesi di una più netta separazione e rilevava che "la separazione della contabilità è il minimo grado di separazione possibile" e che, "ad eccezione dei casi in cui le ferrovie sono state suddivise in entità giuridicamente distinte, la separazione contabile ha dato risultati insoddisfacenti"

⁴² Il D.P.R. n. 277 statuiva i principi di autonomia gestionale delle imprese ferroviarie e di risanamento della struttura finanziaria delle imprese ferroviarie, nonché il principio di separazione contabile o costituzione di imprese separate per la gestione della rete e dell'infrastruttura ferroviaria e per l'esercizio dell'attività di trasporto a mezzo ferrovia ed, infine, di libertà di accesso al mercato dei trasporti di passeggeri e di merci per ferrovia da parte delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie che espletano servizi di trasporti combinati internazionali di merci, a condizioni non discriminatorie che garantiscono lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario. Quanto al Gestore dell'infrastruttura, l'art. 4 del predetto D.P.R. 277/98 stabiliva che questi debba essere soggetto autonomo ed indipendente rispetto alle imprese operanti nel settore dei trasporti e che nel caso in cui l'attività di gestore dell'infrastruttura ferroviaria sia svolta da un soggetto che sia titolare anche di un'impresa ferroviaria, l'attività stessa deve essere espletata, dalle altre strutture destinate allo svolgimento delle attività espletate in qualità di impresa ferroviaria e di servizi.

⁴³ La vicenda societaria che ha portato alla creazione di Trenitalia S.p.A. è stata piuttosto articolata: già nel 1997 era stata costituita la Società Italia Trasporti Ferroviari (ITF) S.r.l. (12 novembre 1997), interamente detenuta da FS. S.p.A., successivamente trasformata, con delibera assembleare del 29 febbraio 2000, in ITF S.p.A. Con contratto del 30 maggio 2000, FS S.p.A. – che aveva ottenuto dal Ministero dei Trasporti, in data 23 maggio 2000, la licenza per lo svolgimento dell'attività ferroviaria – cede in affitto a ITF S.p.A. il ramo d'azienda "trasporto" (comprendente le Divisioni Passeggeri, Trasporto Regionale, Cargo e Unità Tecnologie Materiale Rotabile). Infine, a seguito di delibera dell'assemblea dei soci del 7 gennaio 2000, I.T.F. S.p.A. ha mutato la propria ragione sociale in Trenitalia S.p.A..

⁴⁴ Si tratta della direttiva del Presidente del C.d.M. 30 Marzo 1998 (cd. direttiva D'Alema) sul risanamento delle Ferrovie dello Stato, in G.U. 17 maggio 1999 n. 113. Veniva, inoltre, previsto il passaggio, entro il 31 dicembre 2003, ad un regime di affidamento con procedure ad evidenza pubblica per i servizi di trasporto regionale e metropolitano soggetti ad oneri di servizio pubblico. Inoltre, il primo giugno 2000 le quattro divisioni, Passeggeri, Trasporto regionale, Cargo, Unità Tecnologie e Materiale rotabile, confluiscono tutte in Trenitalia S.p.A.; società che ha come missione quella di progettare ed erogare servizi per la mobilità di persone e merci

dell'infrastruttura ferroviaria; ma si affermò anche che detta attività fosse espletata dal concessionario tramite una divisione autonoma e distinta dalle altre strutture destinate allo svolgimento servizi di trasporto e che, pertanto, fosse costituita apposita società per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria⁴⁵.

Tale situazione ha dato luogo ad un ampio dibattito, destinato a durare molto a lungo⁴⁶, circa l'opportunità mantenere siffatto assetto organizzativo, chiedendosi, in particolare, se questo potesse in qualche modo pregiudicare la posizione di necessaria autonomia ed indipendenza che deve rivestire il gestore dell'infrastruttura rispetto a tutti i possibili operatori ferroviari. I maggiori dubbi erano rivolti al fatto che sia la società di gestione dell'infrastruttura, sia la società di trasporto, pur essendo due imprese formalmente distinte, sotto il profilo sostanziale facevano capo alla stessa *holding*. La soggezione alle medesime politiche di gruppo, avrebbe potuto pregiudicare l'autonomia del gestore, soprattutto agli effetti del processo di assegnazione delle tracce orarie, in

⁴⁵ Veniva, quindi, creata, nel luglio 2001, mediante trasformazione di Ferrovie dello Stato S.p.A., la Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (R.F.I.) che subentrava nella concessione rilasciata a Ferrovie dello Stato S.p.A. assumendo, quindi, il ruolo di gestore dell'infrastruttura nazionale, con il compito di garantire la sicurezza sull'intera rete, assicurandone il mantenimento in efficienza, e di sviluppare la tecnologia dei sistemi e dei materiali; la divisione "infrastruttura" diventa così R.F.I. Nello stesso tempo, veniva creata, mediante scorporo, la Ferrovia dello Stato Holding S.p.A., società capogruppo che deteneva – e continua a detenere tuttora – l'intero pacchetto azionario sia della stessa R.F.I. che di Trenitalia. Era stata, quindi, realizzata l'auspicata separazione societaria tra il gestore della rete (RFI) ed il gestore del servizio (Trenitalia), i quali, tuttavia, continuano ad operare sotto la direzione ed il coordinamento della comune capogruppo Ferrovie dello Stato Holding S.p.A., a sua volta interamente partecipata dal Tesoro.

⁴⁶ In particolare, il dibattito politico si è concentrato, anche recentemente, sull'opportunità di mantenere o meno la società *holding* Ferrovie dello Stato S.p.A., anche alla luce dei passivi di bilancio che nel corso degli anni si sono accumulati per la *holding* pubblica. Il dibattito sulla questione si fece particolarmente acceso durante il Governo presieduto da Romano Prodi (2006-2008), anche a seguito delle dichiarazioni rilasciate dall'allora Ministro per le infrastrutture Antonio Di Pietro che intervistato dal Il Sole 24-ore (28 novembre 2007) dichiarava: "Le FS hanno tre problemi: il primo è finanziario, ma non spetta certamente agli stanziamenti pubblici destinati alle infrastrutture di ripianare le perdite e i debiti di Trenitalia; il secondo è di programmazione, e non spetta alle FS ma al Governo decidere a quali opere destinare i fondi; e il terzo è funzionale e organizzativo per chè oramai le FS non rispondono più a una missione pubblica, sono *legibus solutus*. Mi chiedo a quale funzione pubblica e sociale corrisponda oramai la *holding* FS che a me sembra piuttosto un centro di potere in cui si prendono decisioni per tutto il sistema dei trasporti, ma non si sviluppa la ferrovia". *Contra* va rilevata la posizione dell'allora Presidente della Commissione Trasporti della Camera dei Deputati, Michele Meta, che sempre sulle pagine del Il sole 24-ore, in risposta al Ministro "Le Ferrovie dello Stato sono un'azienda strategica per il Paese ... Per quanto riguarda la "mission" della *holding* FS, essa è sottoposta ad un contratto di servizio che regola la qualità dei servizi e la quantità dei treni da effettuare anche in relazione al servizio pubblico universale. Lo Stato definisce i termini del servizio universale in base ad una valutazione "costi-benefici per i cittadini". L'impresa da parte sua deve valutare costi e ricavi con l'obbligo di mantenere i conti in regola e anche il rapporto numero dei treni/numero addetti. Il Governo, poi, deve decidere e sostenere il servizio universale che vuole, e deve impegnarsi a trovare una copertura finanziaria in questo senso. ... La proposta di abolire la *holding*, oltre ad apparire immotivata, contrasta con un percorso di riforma portata avanti da quindici anni, in regola e in anticipo con le direttive comunitarie. Tale riforma del settore ha portato tra l'altro alla separazione contabile tra le società (quindi non si possono trasferire risorse da RFI a Trenitalia, come affermato dal Ministro) e soprattutto ad individuare e responsabilizzare "chi fa che cosa".

tal modo limitando la possibilità di accesso di nuovi operatori sul mercato del trasporto, a tutto vantaggio dell'impresa ferroviaria *incumbent* Trenitalia, propria collegata⁴⁷.

Pertanto, la soluzione, al fine di garantire il ruolo di necessaria autonomia ed indipendenza del gestore dell'infrastruttura, non poteva che essere un radicale intervento di carattere strutturale, quale appunto la sua separazione non solo societaria, ma anche proprietaria dall'impresa di trasporto, per garantire, al di là di ogni possibile ambiguità, l'autonomia gestionale delle due società e, pertanto, l'effettiva apertura del mercato e alla concorrenza⁴⁸. Di diverso avviso era quella parte della dottrina⁴⁹ che riteneva che, al fine di garantire la necessaria autonomia al gestore del servizio, sarebbe stata necessaria una riforma del sistema di regolazione interna alla struttura del gruppo; una via agevolmente percorribile sul piano delle pattuizioni contrattuali infragruppo, più adatta, proprio per la sua stessa flessibilità, ad un processo evolutivo in corso, caratterizzato da un regime di temporaneità e di prudente transizione. Nell'ambito della regolamentazione dei rapporti infragruppo, particolari cautele sono richieste per la disciplina dei rapporti con le nuove imprese ferroviarie, terze rispetto al gruppo, al fine di garantire una parità di trattamento nei confronti dei *newcomers* che intendano accedere alla rete ferroviaria e alle relative *facilities*, soprattutto qualora le stesse siano ancora di esclusiva pertinenza dell'impresa *incumbent*.

A distanza di qualche anno dall'entrata in vigore del regolamento governativo in materia di separazione societaria è ritornata sull'argomento nuovamente l'AGCM⁵⁰ la quale, ha osservato che, in concreto, il Gruppo Ferrovie dello Stato continua a configurarsi, dato l'assetto organizzativo che lo connota, come un'unica entità economica, in quanto la *holding* FS, in virtù dei rapporti di controllo e dei comuni interessi economici, risulta in grado di condizionare le politiche di impresa delle società RFI e Trenitalia appartenenti al medesimo gruppo. D'altra parte, le imprese in

⁴⁷ L'indicazione data dall'Autorità nel citato parere del 1998 non esclude che si possano individuare modalità alternative idonee a garantire l'effettiva terzietà del gestore della rete. Si ricorda come l'OCSE, ad esempio, nel Rapporto sulla Riforma della Regolazione in Italia del 23 marzo 2001, sembra privilegiare la costituzione di un'agenzia o di un'autorità indipendente al fine di garantire una gestione equa e non discriminatoria delle infrastrutture ferroviarie. Tale orientamento prevedeva l'affidamento ad un soggetto terzo e neutrale della gestione della rete al fine di una allocazione trasparente e non discriminatoria dell'infrastruttura e delle tracce orarie

⁴⁸ L'ipotesi prospettata era quella di effettuare lo scorporo di RFI da FS, direttamente sotto il controllo Min. Economia, "tesi strutturalista". La visione dell'ex AD di FS Cimoli era che non c'è bisogno di scorporo perché RFI è sottoposta al controllo del ministero delle Infrastrutture nello svolgimento per le funzioni sensibili (individuazione delle tracce, definizione dei diritti di utilizzo, rilascio dei certificati di sicurezza). Possibile una definizione molto severa della riserva gestionale del ministero sulle tre funzioni da recepire nello statuto di RFI. Una specie di patto di sindacato, per cui non è FS a decidere ma il governo (*sole 24 ore 26/09/03*).

⁴⁹ A sostegno della tesi cd. "comportamentale" che non richiede la necessaria separazione proprietaria del gestore della rete dall'impresa di trasporto, sollecitando, peraltro, l'adozione delle necessarie cautele nella regolamentazione dei rapporti infragruppo, si veda G. BERNINI, G.B. NUZZI, *cit.*, 51 ss.

⁵⁰ Cfr. Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Parere AS265 del 13 agosto 2003

questione operano nello stesso settore industriale e le azioni intraprese dall'una risultano suscettibili di influenzare l'attività dell'altra, in tal modo incidendo sul risultato economico dell'intero gruppo industriale. Inoltre, va considerato il fatto che Trenitalia rappresenta il più importante cliente di RFI che, a sua volta, in quanto gestore dell'infrastruttura, determina la possibilità per i concorrenti di Trenitalia di accedere all'infrastruttura stessa e, quindi, di entrare sul mercato. Il principio di separazione, formalmente recepito mediante la creazione delle due società incaricate della gestione della rete e del servizio di trasporto, risulta sostanzialmente eluso alla luce dell'assetto organizzativo che caratterizza il Gruppo FS e dei conseguenti comportamenti adottati dalle società RFI e Trenitalia ad esso appartenenti. Per tale motivo, l'AGCM sollecitava l'attuazione di un processo di separazione effettiva del gestore della rete dall'impresa di trasporto, che passasse attraverso una fase meramente transitoria di separazione contabile e societaria, per approdare, infine, alla definitiva separazione proprietaria dei due soggetti. La semplice separazione societaria, infatti, non appare, di per sé, in grado di garantire l'effettiva parità di trattamento nei confronti dei *newcomers* che intendano accedere alla rete ferroviaria e alle relative *facilities* qualora queste ultime siano, a vario titolo, nella disponibilità dell'impresa ferroviaria *incumbent*. L'AGCM osservava che il settore ferroviario è caratterizzato dalla presenza di infrastrutture essenziali che, di fatto, rappresentano un serio limite allo sviluppo del settore medesimo, non altrimenti realizzabile se non tramite il riconoscimento alle imprese che effettuano il servizio di trasporto di accedere, in maniera equa e non discriminatoria, alle infrastrutture in questione.

A livello nazionale, il principio di separazione sancito dalla direttiva 91/440, recepito con il D.P.R. 8 luglio 1998, n. 277, è stato attuato mediante la costituzione di due imprese distinte, l'una incaricata dell'esercizio delle attività di trasporto e l'altra della gestione della rete e delle infrastrutture ferroviarie in forza di apposita concessione, rilasciata con D.M. 31 ottobre 2000, n. 138T, attività che, peraltro, previo parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, può essere affidata anche a terzi.

L'AGCM osservava che i "terzi" cui si riferisce la concessione devono essere soggetti diversi e distinti dall'impresa ferroviaria⁵¹ perché, diversamente, si assegnerebbe al vecchio operatore ferroviario *incumbent* un indubbio vantaggio concorrenziale, a discapito degli operatori del settore, attuali o potenziali.

⁵¹ L'AGCM, nel parere *Separazione tra gestione delle infrastrutture e servizi di trasporto ferroviario*, cit, rileva, inoltre, che il principio di autonomia ed indipendenza tra le imprese che gestiscono l'infrastruttura ferroviaria e quelle che svolgono l'attività di trasporto per ferrovia, nonché il diritto di accesso all'infrastruttura da parte di questi ultimi, è stato ribadito dal D.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, di attuazione delle Direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE.

4. L'armonizzazione della discipline a livello comunitario. I c.d. "pacchetti infrastruttura"

Al fine di introdurre un complesso di regole comuni a tutti gli stati membri per accelerare il processo di apertura del mercato e, in particolare, del trasporto delle merci, prevedendo la progressiva apertura della rete ferroviaria transeuropea ad ogni impresa che effettui servizi di trasporto internazionale delle merci, il legislatore comunitario ha introdotto quello che viene definito il "primo pacchetto infrastruttura", costituito dalle direttive n. 12/2001, 13/2001 e 14/2001 intervenendo sull'architettura normativa delineata dalle direttive del decennio precedente.

Il pacchetto infrastruttura, volto ad introdurre norme eque di accesso, di tariffazione e di ripartizione della capacità infrastrutturale, impone una netta distinzione, dal punto di vista soggettivo, tra chi è chiamato a definire le regole del gioco e gli attori del mercato al fine di garantire la parità di condizioni per l'accesso e, quindi, una maggiore contendibilità del mercato medesimo⁵².

La direttiva 12/2001, prevede l'istituzione di organismi per la regolazione del mercato ferroviario, investiti, tra l'altro, del compito di risolvere le eventuali controversie insorte tra imprese ferroviarie e gestori della rete in materia di accesso, nonché la creazione di un osservatorio permanente sull'evoluzione del settore ferroviario europeo che, attraverso il monitoraggio dei dati statistici, registri le tendenze del settore medesimo. Modificando la precedente 91/440/CEE spinge verso una più marcata separazione tra la funzione di gestione della rete e quella di gestione del servizio quale condizione necessaria per garantire l'accesso equo e non discriminatorio alla rete, ribadendo, tra l'altro, la necessità di attribuire sia al gestore della rete che alle imprese ferroviarie una situazione di indipendenza rispetto ai pubblici poteri e la libertà, quindi, di gestire le proprie attività interne⁵³. Inoltre, imprime una forte accelerazione al processo di apertura del mercato del

⁵² Aumentano, infatti, i soggetti legittimati a richiedere l'assegnazione di tracce orarie, giacché viene introdotta la nuova figura dei c.d. "authorised applicant", ovvero di tutti quei soggetti interessati all'acquisto di tracce orarie (si pensi, ad esempio, alle regioni che acquistano tracce da assegnare, poi, all'impresa aggiudicataria della gara per l'espletamento del servizio di trasporto a livello locale).

⁵³ Nel ribadire e rafforzare il principio di separazione della gestione della rete dall'esercizio del trasporto, viene rimessa agli Stati membri la decisione circa l'assetto organizzativo da adottare, consistente o nella creazione di sezioni organiche distinte all'interno di una stessa impresa ovvero di un ente distinto cui affidare la gestione dell'infrastruttura. In ogni caso, è necessario che le funzioni essenziali (quali la ripartizione di capacità, la fissazione del pedaggio, l'attribuzione delle licenze ecc.) siano attribuite ad enti o società che non svolgano anche servizi di trasporto ferroviario. La norma comunitaria, peraltro, non sembra imporre alcun obbligo relativamente all'assetto societario da adottare, ma

trasporto delle merci, prevedendo che ogni singola impresa europea che intenda effettuare servizi internazionali di trasporto merci ha il diritto di accedere alla rete nazionale facente parte della rete europea di trasporto, al cosiddetta *Trans european Rail Freight Network* (TERFN), prevedendo l'apertura dell'intera rete, dividendo quindi uno spazio ferroviario integrato in cui ogni impresa comunitaria sia libera di competere con le altre uscendo dai propri confini nazionali⁵⁴. In tal modo, si viene a rimuovere, seppur limitatamente al trasporto internazionale delle merci da svolgere sulla rete TERFN aperta, quella condizione, rappresentata dalla necessità di costituire associazioni internazionali di imprese, che, di fatto, finiva per costituire un limite alla libertà di impresa.

La direttiva 2001/13/CE interviene a modificare la disciplina relativa alle licenze ferroviarie prevista dalla precedente direttiva 95/18/CE, ampliandone l'ambito di applicazione. Al fine di offrire una garanzia di equità, trasparenza e non discriminazione, il regime della licenza, valida sull'intero territorio comunitario, viene esteso a tutte le imprese operanti nel settore ferroviario e non più limitato alle sole imprese (associazioni internazionali) impegnate nel trasporto internazionale. In sintesi, la licenza viene estesa a tutti i servizi ferroviari nazionali, facendo in tal modo venir meno il precedente limitato ambito di applicazione ai soli servizi internazionali.

Di particolare impatto sull'assetto previdente è la direttiva 2001/14⁵⁵, che, abrogando la precedente direttiva 95/19/CE con la quale si era inteso introdurre un quadro generale per l'assegnazione della capacità infrastrutturale, mira ad introdurre un sistema armonizzato per l'elaborazione, da parte di gestori indipendenti, delle condizioni e delle tariffe di accesso alla rete ferroviaria eque e non discriminatorie al fine di sviluppare la qualità del servizio e la concorrenza fra vettori⁵⁶.

soltanto un vincolo d'indipendenza e di autonomia effettiva del gestore della rete. Viene stabilito, inoltre, che l'obiettivo di sviluppo delle ferrovie comunitarie non può essere sufficientemente realizzato dai soli Stati membri, considerata la dimensione chiaramente internazionale inerente al funzionamento di importanti elementi della rete ferroviaria. È necessario, pertanto, un intervento a livello comunitario che sembra trarre la propria legittimazione dai principi di sussidiarietà e proporzionalità richiamati dalla stessa direttiva. Il richiamo ai principi di sussidiarietà e proporzionalità è contenuto nel considerando n. 15 della direttiva. S.BUSTI, *Profili innovativi nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, cit., 30, sottolinea che, in tal modo, il Parlamento ed il Consiglio si siano premurati di individuare la fonte di legittimazione del proprio intervento

⁵⁴ In seguito con il secondo pacchetto ferroviario, viene anticipata al Gennaio 2006 (anziché marzo 2008) l'apertura dell'intera rete transeuropea per i servizi di trasporto internazionale delle merci.

⁵⁵ Direttiva 2001/14/CE del 26 febbraio 2001, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, pubblicata in G.U.C.E., 15 marzo 2001, n. L 75 ed è entrata in vigore il 15 marzo 2001.

⁵⁶ S. BUSTI, *op. cit.*, 34, nel quale si può ritrovare una ricostruzione delle principali disposizioni della direttiva. Tra le innovazioni di maggior rilievo, vi è la previsione relativa all'adozione da parte del gestore dell'infrastruttura di un Prospetto Informativo della Rete (P.I.R.) contenente le informazioni sulla natura e sulle limitazioni tecniche della rete, le condizioni di accesso e la procedura di assegnazione della capacità infrastrutturale, nel rispetto delle priorità definite dal prospetto medesimo.

La direttiva amplia, poi, il novero dei soggetti autorizzati a richiedere l'assegnazione di capacità infrastrutturale introducendo, accanto alle imprese ferroviarie ed alle associazioni internazionali di imprese, la figura del cd. "richiedente autorizzato", ovvero il soggetto portatore di un interesse di pubblico servizio o commerciale ad acquisire capacità di infrastruttura per la prestazione di un servizio ferroviario nei rispettivi territori⁵⁷. Esistono, quindi soggetti – quali acquirenti di servizi pubblici per passeggeri, operatori di trasporto combinato, industrie con grandi volumi di merci – portatori di un legittimo interesse ad usare le ferrovie per servizi di trasporto, che possono acquistare la capacità di infrastruttura e scegliere l'impresa ferroviaria a cui affidare il servizio. In tal modo, la creazione di nuove imprese ferroviarie non rappresenta più il passaggio obbligato per avere accesso al mercato del trasporto ferroviario *tout court*, essendo stata ritagliata, al suo interno, una nicchia di mercato rappresentata dal mercato della sola trazione. Resta ferma, tuttavia, la facoltà degli Stati membri di derogare alla direttiva n. 14 del 2001 nei casi di reti locali e per aree regionali particolarmente isolate.

Tra gli aspetti di maggior rilievo della direttiva consiste nella previsione, contenuta nell'art. 30, dell'istituzione di un "organismo di regolamentazione" indipendente, sul piano organizzativo, giuridico, decisionale, sia dal gestore dell'infrastruttura, sia dal soggetto preposto alla determinazione dei diritti per il suo utilizzo, sia da quello incaricato a provvedere all'assegnazione delle tracce orarie che, in ultima istanza, dagli stessi richiedenti l'assegnazione di capacità. L'organismo di regolamentazione, che potrebbe essere individuato anche nello stesso ministero competente in materia di trasporti, ha funzioni non solo di regolazione ma anche funzioni di carattere "paragiurisdizionali"⁵⁸, giacché i richiedenti possono adire l'organismo qualora ritengano

⁵⁷ L'art. 2 lett. b) della direttiva 2001/14 definisce il "richiedente" come "un'impresa ferroviaria titolare di una licenza e/o un'associazione internazionale di imprese ferroviarie e, negli Stati membri che prevedono tale possibilità, altre persone fisiche o giuridiche con un interesse di pubblico servizio e commerciale ad acquisire capacità di infrastruttura per la prestazione di un servizio ferroviario nei rispettivi territori, quali le autorità pubbliche di cui al regolamento (CEE) n. 1191/69, nonché i caricatori, gli spedizionieri e gli operatori di trasporti combinati". La direttiva non definisce le caratteristiche che il richiedente deve possedere, lasciando al gestore tale compito.

⁵⁸ La funzione di risoluzione non giurisdizionale delle controversie tra utenti e gestori, attraverso forme di tipo conciliativo e arbitrato, arricchisce il quadro del sistema integrato di regolazione, amministrazione settoriale e tutela affidato alle Autorità di regolazione. In tal senso si veda: C. MALINCONICO, *I procedimenti di aggiudicazione*, in AA.VV., *I procedimenti davanti alle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 1999, 21 e ss. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, F. FRANCHINI, (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna 1996, 108, sottolinea con l'attività di soluzione dei conflitti, nell'ambito delle quali sono inquadrabili gli istituti in commento, sembra riconducibile ad una forma di regolazione diretta dei singoli rapporti intersoggettivi che si instaurano con riferimento ad un settore dell'attività e a una forma più di regolazione indiretta di un settore, attraverso la scelta della modalità e criteri di risoluzione dei conflitti che all'interno dello stesso settore si verificano". La previsione di modalità alternative di soluzione dei conflitti, nell'ambito dei servizi pubblici si inserisce, peraltro, in un più generale disegno di politica del diritto, anche a livello comunitario (Cfr. Libro verde adottato dalla Commissione UE il 16 novembre 1993, *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia ddi*

di essere stati discriminati per effetto di decisioni del gestore, fermo restando che le determinazioni adottate dall'organismo devono comunque essere soggette al sindacato giurisdizionale⁵⁹.

Infine, degno di nota è il regime della licenza, rimasto sostanzialmente invariato quanto a contenuto, ma esteso a tutto il mercato del trasporto, ivi compreso, quindi, anche quello di dimensione nazionale. In particolare, coerentemente con il limitato impatto liberalizzatore voluto in un primo tempo dal legislatore comunitario, la necessità della licenza ferroviaria era prescritta, dalla direttiva 1995/18/CE, unicamente per le imprese che avessero voluto effettuare i servizi di trasporto di cui all'art. 10 della direttiva 91/440/CEE, vale a dire per il solo trasporto internazionale effettuato dalle imprese o associazioni internazionali di imprese stabilite nella Comunità⁶⁰. Si trattava, d'altronde, dello stesso ambito applicativo del sistema di assegnazione della capacità infrastrutturale previsto dalla direttiva 1995/19/CE⁶¹. Ciò voleva significare, quindi, che gli Stati membri erano autorizzati a mantenere in vita regimi di chiusura del mercato non solo per i mercati ferroviari di scala locale e regionale – espressamente esclusi dall'applicazione della direttiva in questione – ma anche per i mercati di dimensione nazionale.

La rilevanza delle direttive del 2001, va ricercata dalla diversa prospettiva rispetto a quelle varate dal legislatore comunitario nel decennio precedente, avviando, in definitiva, una vera e propria inversione di tendenza nella direzione di una effettiva liberalizzazione del settore⁶². Il legislatore comunitario non solo ha accelerato il processo di apertura del mercato del trasporto internazionale, ma ha altresì posto le premesse per un eventuale apertura anche del mercato nazionale alle regole della concorrenza e, nel contempo, ha stabilito un quadro normativo puntuale per la ripartizione della capacità di infrastruttura e l'imposizione dei diritti per il suo utilizzo e chiede l'istituzione di un organismo di controllo in ciascuno Stato membro.

Nello stesso anno in cui veniva adottato il primo pacchetto infrastrutture, l'Unione faceva il punto della situazione sulla complessiva situazione del settore ferroviario dettando, nel "*Libro*

consumo nell'ambito del mercato unico), nel quale l'individuazione di forme e tecniche di composizione alternative al ricorso giurisdizionale è volta a facilitare l'accesso dei consumatori alla giustizia; P. ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2004, 133 e ss.

⁵⁹ L'art. 30 della direttiva 2001/14 prevede che gli Stati membri istituiscano un organismo di regolamentazione che può essere adito dal richiedente che ritenga di "essere stato vittima di un trattamento ingiusto, di discriminazioni o di qualsiasi altro pregiudizio, in particolare avverso decisioni dal gestore dell'infrastruttura o eventualmente dall'impresa ferroviaria in relazione a quanto segue: a) prospetto informativo della rete; b) criteri in esso contenuti; c) procedura di assegnazione e relativo esito; d) sistema di imposizioni dei diritti; e) livello o struttura dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura che è tenuto o può essere tenuto a pagare". Le decisioni adottate dall'organismo sono vincolanti per tutte le parti interessate ma devono poter essere soggette a sindacato giurisdizionale.

⁶⁰ Cfr. art. 1 direttiva 1995/18/CE.

⁶¹ Cfr. art. 1 comma 1 direttiva 1995/19/CE.

⁶² In tal senso D. SCICOLONE, *La politica europea dei trasporti ferroviari*, cit., 655.

*Bianco sulla politica europea dei trasporti fino al 2010*⁶³, le linee guida che avrebbero dovuto ispirare l'azione futura dell'Unione medesima e dei singoli stati. L'obiettivo principale assegnato dal programma di azione disegnato dal Libro Bianco è il perseguimento dell'equilibrio modale che, con riferimento al settore ferroviario, si traduce non solo nella necessità di una sua "rivitalizzazione" anche mediante la ricerca scientifica, ma soprattutto nell'esigenza di creare una rete transeuropea dei trasporti e di elaborare una efficace politica di tariffazione. Viene auspicata l'adozione di un "secondo pacchetto ferroviario" inteso a favorire la creazione di un effettivo mercato interno, ribadendo, tra l'altro, l'importanza di una effettiva separazione tra rete e servizi di trasporto, per promuovere l'accesso di nuovi operatori alle infrastrutture degli *incumbent*.

Il Libro Bianco, inoltre, pone l'attenzione sul trasporto delle merci, considerato elemento strategico per una politica volta al riequilibrio modale e per la soluzione dei problemi connessi con la gestione della rete europea nel rispetto dei vincoli ambientali. In tal senso, la Commissione propone di rilanciare il settore mediante l'apertura dei mercati alla competizione tra le compagnie ferroviarie non solo per quel che concerne i servizi internazionali, ma anche per il cabotaggio nel mercato nazionale e per i servizi di trasporto passeggeri internazionale. Chiaramente, l'apertura dei mercati richiede un lavoro estremamente complesso di armonizzazione delle normative e delle procedure che riguardano la sicurezza e le caratteristiche tecniche delle reti e del materiale rotabile. Infine, in vista dell'ingresso di nuovi Stati nell'Unione, vengono affrontati i problemi derivanti dal previsto allargamento, considerando che le infrastrutture di trasporto dovranno far fronte ad una vera e propria esplosione degli scambi delle merci e delle persone⁶⁴. In tale prospettiva, vista la scarsità delle risorse comunitarie da destinare allo sviluppo della rete infrastrutturale, la Commissione auspica un maggiore coinvolgimento del settore privato al fine di modernizzare il sistema infrastrutturale.

Coerentemente con l'assetto definito dal Libro bianco, nel 2002 è stata presentata una riforma del settore⁶⁵ che sarà destinata a culminare con l'adozione del "secondo pacchetto ferroviario"⁶⁶, composto dalle direttive n. 2004/49⁶⁷, n. 2004/50⁶⁸ e n. 2004/51⁶⁹.

⁶³ Libro Bianco "La politica europea dei trasporti fino al 2010: il tempo delle scelte", COM (2001)370 del 12/09/2001.

⁶⁴ Uno studio sugli effetti dell'apertura dell'Unione ai nuovi quindici Stati è stato realizzato dalla European Federation for Transport and Environment, *Besmart, do it better. A guide to sustainable transport in accession countries*, Bruxelles, dicembre 2002.

⁶⁵ Per un commento sui contenuti della proposta di riforma, si veda AGENS, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: il punto della situazione*, in *Quaderni Agens*, 2002, n.1.

⁶⁶ Cfr. AGENS, *Il "Secondo pacchetto ferroviario"*, in *Quaderni Agens*, 2004, n. 2, 13 ss.

Il secondo pacchetto ferroviario, introduce una serie di innovazioni tese ad imprimere, almeno nelle intenzioni del legislatore comunitario, una accelerazione al processo di apertura del mercato ferroviario⁷⁰ avviato già da tempo con l'adozione della direttiva 91/440/CEE.

In particolare con la direttiva 2004/51⁷¹, si è inteso imprimere una ulteriore accelerazione al processo di liberalizzazione prevedendo l'apertura dei mercati nazionali e internazionali per il trasporto ferroviario di merci, inclusa quindi la possibilità di cabotaggio. Viene, infatti, rimossa la scadenza del 2008 ed anticipata al gennaio 2006 l'apertura dell'intera rete trans-europea per i servizi di trasporto internazionale delle merci. Viene, inoltre, fissato al gennaio 2007, il termine per l'apertura del mercato nazionale del trasporto merci⁷². Il legislatore comunitario, invece, decide di lasciare sostanzialmente invariato l'assetto stabilito dal pacchetto infrastrutture del 2001, per quanto riguarda le regole di accesso al mercato e per il rilascio delle licenze.

La direttiva 2004/49, infatti, conferma l'assetto definito dalle precedenti direttive 2001/13/CE e 2001/14/CE, limitandosi ad ampliare il campo di applicazione, prendendo in considerazione tutte le imprese ferroviarie operanti nel sistema ferroviario europeo, indipendentemente dalla copertura geografica o dallo svolgimento di attività di trasporto nazionali o internazionali. La direttiva in questione si concentra, piuttosto, sugli aspetti legati alla sicurezza per l'esercizio del trasporto dettando una minuziosa disciplina in ordine al rilascio del cd. "certificato di sicurezza"⁷³ che sino a

⁶⁷ relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie e recante modifica della direttiva n. 95/18/CE riguardante la regolamentazione delle licenze delle imprese ferroviarie; della direttiva n. 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza (direttiva sulla sicurezza delle ferrovie).

⁶⁸ Modifica la direttiva 96/48/CE del Consiglio relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario trans-europeo convenzionale

⁶⁹ Modifica la direttiva 91/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie; del regolamento n. 881/2004 che istituisce un'Agenzia ferroviaria europea (regolamento sull'agenzia) e della decisione del Consiglio che autorizza la Commissione a negoziare le condizioni di adesione della Comunità alla Convenzione relativa ai trasporti internazionali per ferrovia (COTIF) del 9 maggio 1980 (come modificata dal protocollo di Vilnius del 3 giugno 1999, pubblicate nella G.U.C.E. 30 aprile 2004. n. L 164)

⁷⁰ Contestualmente alla presentazione del secondo pacchetto ferroviario, la Commissione, con la Comunicazione COM (2002) 18, illustrava al Consiglio ed al Parlamento Europeo le azioni che intende attuare nel futuro: per il trasporto ferroviario delle merci, si tratta di garantire una qualità elevata del servizio, rimuovere gli ostacoli che impediscono l'accesso ai servizi paneuropei di trasporto ferroviario delle merci, sviluppare l'infrastruttura per accrescere le prestazioni dei servizi europei di trasporto ferroviario di merci, migliorare le prestazioni ambientali del trasporto ferroviario di merci per accrescerne il contributo ad una mobilità sostenibile; per il trasporto passeggeri, di procedere verso una progressiva apertura del mercato e consolidare i diritti dei passeggeri.

⁷¹ Direttiva 2004/51 che modifica la direttiva 91/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie.

⁷² Cfr. art. 10 par.3 della dir. 91/440/CEE, come modificata dalla direttiva 2004/51.

⁷³ L'istituto del certificato di sicurezza era stato già introdotto dall'art.32 della direttiva 2001/14 che, si limitava a prevedere l'obbligo delle imprese ferroviarie di presentare un certificato di sicurezza che attestasse il possesso di requisiti che garantissero la sicurezza del servizio sulla linea ferroviaria. Detto articolo è stato abrogato dall'art. 30 della direttiva 2004/49 la quale, tra l'altro, contiene una disciplina piuttosto articolata in merito al certificato ed al soggetto deputato al rilascio.

quel momento aveva rappresentato una forma di barriera di ingresso al mercato sia a causa della complessità, anche burocratica, per il suo ottenimento sia in ragione del suo limitato ambito di validità che, di fatto, riduceva la concorrenza tra le imprese solamente nell'ambito dei mercati nazionali⁷⁴.

Cambia, infatti, il soggetto competente al rilascio di tale certificazione: tale competenza viene sottratta all'organismo "designato dallo Stato membro in cui è situata l'infrastruttura"⁷⁵ e viene affidata, invece, "all'autorità preposta dallo Stato membro in cui l'impresa ferroviaria inizia la propria attività"⁷⁶. In tal modo, il rilascio del certificato viene collegato all'esercizio dell'attività, e quindi al luogo in cui viene effettuato il servizio, piuttosto che all'infrastruttura.

Sotto questo profilo, particolarmente importante è stata l'approvazione del Regolamento 2004/881 che istituisce l'Agenzia ferroviaria europea, con il "compito di contribuire sul piano tecnico all'attuazione della normativa comunitaria finalizzata a migliorare la posizione concorrenziale del settore ferroviario potenziando il livello di interoperabilità⁷⁷ dei sistemi ferroviari e a sviluppare un approccio comune in materia di sicurezza del sistema ferroviario europeo, nella prospettiva di concorrere alla realizzazione di uno spazio ferroviario europeo senza frontiere, in grado di garantire un elevato livello di sicurezza"⁷⁸.

⁷⁴ Durante la discussione del secondo pacchetto ferroviario, in merito alla sicurezza ferroviaria, è stata rivolta particolare attenzione alle questioni relative alla formazione del personale, ritenendo questo aspetto di primaria importanza al fine di garantire un più alto livello di sicurezza per il settore. Per questo motivo, al consiglio "Trasporti" del 28 marzo 2003 la Commissione si è impegnata a completare il «secondo pacchetto ferroviario» con una proposta specifica sulle licenze dei macchinisti. Il Parlamento europeo ha sottolineato fin dall'inizio dell'esame dei testi l'importanza cruciale attribuita alla formazione e negli emendamenti in seconda lettura ha ricordato che «lo sviluppo di un sistema ferroviario comunitario sicuro richiede l'introduzione di condizioni armonizzate per il rilascio della licenza di macchinista e di personale di scorta incaricato di compiti di sicurezza» a Commissione ha quindi avviato immediatamente i lavori di preparazione e redazione di una proposta di direttiva relativa alle licenze dei macchinisti. Questi lavori si sono basati sulla consultazione dei soggetti interessati, in particolare le autorità nazionali competenti in materia di sicurezza, le imprese ferroviarie e i rappresentanti del personale. I lavori hanno tenuto conto anche del lavoro svolto dalle parti sociali in questo settore. Di conseguenza, la Commissione è ora in grado di presentare con la presente comunicazione una proposta completa relativa alla certificazione dei macchinisti di locomotori e treni che operano nel trasporto merci e passeggeri nella Comunità. COM(2002)21 del 23.01.2002.

⁷⁵ Cfr. art. 32 dir. 2001/49. Inoltre, al fine di rimuovere l'ulteriore barriera all'entrata rappresentata dal limitato ambito di operatività del certificato di sicurezza, la direttiva 2001/49 riconosce al certificato rilasciato dalla competente autorità nazionale validità su tutto il territorio comunitario.

⁷⁶ Art.10 dir. 2004/49.

⁷⁷ L'interoperabilità può essere definita come lo sforzo per rendere compatibili ed operativi i diversi sistemi ferroviari nazionali degli Stati membri. Per progredire verso l'interoperabilità, è indispensabile adottare approcci e metodi comuni, compresi gli scambi di esperienze ed informazioni. l'obiettivo dell'interoperabilità è molto importante nell'ambito del trasporto ferroviario, dove la situazione è preoccupante, dal momento che le differenze tra i sistemi ferroviari nazionali – di ordine organizzativo, amministrativo e tecnico – implicano lunghe pause alla frontiera e un allungamento insostenibile dei tempi di percorrenza portando così a prediligere mezzi di trasporto alternativi. Ai sensi degli articoli 154 e 155 del trattato, la Comunità deve contribuire alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nel settore dei trasporti.

⁷⁸ Cfr. art. 1 Reg. CE 881/2004 del 29 aprile 2004

Con riferimento alle competenze in materia di certificazione di sicurezza, l'art. 7 del regolamento riconosce all'Agenzia un compito di "armonizzazione", prevedendo che questa provveda ad elaborare un formato "armonizzato" sia per i certificati di sicurezza che per le domande di certificato, contenente l'elenco degli elementi essenziali da produrre⁷⁹.

Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore del secondo pacchetto ferroviario, le critiche dei commentatori riguardavano il poco coraggio dimostrato dal legislatore comunitario ad aprire in modo compiuto il settore ad un regime effettivamente concorrenziale nel servizio del trasporto passeggeri. Per questa ragione, ad appena tre anni dal Secondo Pacchetto, viene presentata una proposta di riforma del settore⁸⁰ definito come il Terzo Pacchetto ferroviario. Dopo una lunga discussione e il concreto rischio che il "pacchetto" naufragasse definitivamente, a seguito delle difficili trattative in seno al Parlamento europeo, venne approvato il 23 ottobre del 2007 e composto dalle Direttive 2007/58/CE, 2007/59/CE, nonché dai Regolamenti 2007/1370/CE, 2007/1371/CE e 2007/1372/CE.

Particolare attenzione merita la prima direttiva che, nel modificare le Direttive 91/440CEE e 2001/14/CEE, introduce novità importanti in tema di apertura del mercato dei servizi ferroviari internazionali di trasporto passeggeri all'interno della Comunità⁸¹. Infatti, *alle imprese ferroviarie*

⁷⁹ Inoltre, sempre in tema di sicurezza, l'Agenzia deve apportare il necessario sostegno tecnico all'attuazione della direttiva 2004/49/CE relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie. I principali compiti sono: preparare e proporre i metodi e gli obiettivi comuni di sicurezza; appoggiarsi ai gruppi di esperti del settore posti sotto la sua responsabilità; consultare le parti sociali e le organizzazioni che rappresentano a livello europeo i clienti del trasporto merci e i passeggeri; assicurare una sorveglianza continua delle prestazioni di sicurezza; elaborare una relazione pubblica ogni due anni; tenere una banca dati relativa alla sicurezza ferroviaria; provvedere alla messa in rete e alla cooperazione delle autorità nazionali di sicurezza ferroviaria e degli organismi d'inchiesta diretti a favorire gli scambi di esperienza e lo sviluppo di una cultura comune della sicurezza stradale.

⁸⁰ Il Terzo Pacchetto ferroviario, presentato dalla Commissione il 3 marzo 2004, si compone di quattro proposte consistenti nella "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie" COM (2004)139, nella "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla certificazione del personale viaggiante addetto alla guida di locomotori e treni sulla rete ferroviaria della Comunità" COM (2004)142; nella "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario internazionale" COM (2004)143 e nella "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle indennità per inosservanza dei requisiti contrattuali di qualità nei servizi di trasporto ferroviario di merci" COM (2004)144. Tuttavia, questa ultima proposta è stata respinta dal Parlamento Europeo e non ha trovato accoglimento favorevole nemmeno al Consiglio. Per una disamina dei principali contenuti del terzo pacchetto ferroviario, si veda AGENS, *Il "terzo pacchetto ferroviario" – Proposte di legislative della Commissione Europea*, in *Quaderni Agens*, 2004, n. 2, 17ss.

⁸¹ In sintesi, le altre misure del "terzo pacchetto ferroviario" concernono: a) la certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario; b) la disciplina dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia; c) i diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario; d) l'organizzazione di un'indagine per campione sulle forze di lavoro nella Comunità. Inoltre, la Commissione aveva proposto anche un regolamento, respinto dal Parlamento, in cui si proponeva, tra l'altro, di stabilire delle clausole minime obbligatorie nei contratti di trasporto, tra cui un sistema di compensazione in caso di ritardo o di danni alle merci importate.

(...) è accordato, entro il 1° gennaio 2010, il diritto di accesso all'infrastruttura di tutti gli Stati membri per l'esercizio di servizi di trasporto internazionale di passeggeri.

Tra le novità di maggior rilievo, vi è il principio del diritto di accesso alla rete ferroviaria anche al trasporto passeggeri, nell'intento di ampliare la concorrenza nel settore. In particolare, viene prevista, a partire dal gennaio 2010, l'apertura del mercato ferroviario per il trasporto internazionale dei passeggeri e, indirettamente, anche per il cabotaggio, ovvero per il trasporto effettuato sul territorio nazionale nell'ambito di un tragitto internazionale. La prima direttiva, infatti, prevede il diritto di accesso all'infrastruttura di tutti gli Stati membri per l'esercizio internazionale del trasporto di passeggeri ed il diritto – durante lo svolgimento di tale servizio – di *“far salire e scendere passeggeri tra due stazioni situate lungo l'itinerario internazionale, ivi compreso tra due stazioni situate nel medesimo Stato membro”*.

L'introduzione della possibilità di effettuare soste anche all'interno del tragitto nazionale è considerata fondamentale per attirare nuovi *competitors* sul mercato e garantire, quindi, il successo del progetto di apertura del mercato del trasporto dei passeggeri alla concorrenza di nuovi operatori ferroviari. Il terzo pacchetto prevede, comunque, la possibilità di limitare l'accesso sulle tratte che sono soggette a contratto di servizio pubblico tra imprese ferroviarie e Stato o comunità locali per l'erogazione di alcuni servizi di trasporto non remunerativi sotto il profilo commerciale ma considerati di rilevanza sociale. Gli Stati membri, pertanto, possano limitare il diritto di accesso alle imprese ferroviarie che effettuano servizi di trasporto passeggeri sulle relazioni oggetto di un contratto di servizio pubblico, nel caso in cui ciò risulti strettamente necessario per il mantenimento dell'equilibrio economico del servizio definito nel contratto di servizio pubblico, e previo parere favorevole dell'Organismo di regolazione istituito ai sensi della direttiva 2001/14/CE.

Con il “terzo pacchetto ferroviario”⁸², le autorità comunitarie si sono poste l'obiettivo di completare l'integrazione dello spazio ferroviario europeo, rilanciando così un modo di trasporto più che mai necessario. Tutto ciò passa necessariamente anche per un rafforzamento dei diritti dei passeggeri internazionali e l'istituzione di un sistema di certificazione per i macchinisti al fine di migliorare la qualità del trasporto ferroviario di merci⁸³. Sono state introdotte, pertanto, regole

⁸² Libro Bianco “La politica europea dei trasporti fino al 2010: il tempo delle scelte”, COM (2001)370 del 12/09/2001.

⁸³Cfr. COM(2003)719 del 26/11/2003. Questo testo, elaborato in stretta collaborazione con i rappresentanti del settore e le parti sociali, prevede un meccanismo destinato a definire meglio le competenze e responsabilità in materia di formazione, valutazione e riconoscimento delle qualifiche dei macchinisti e del personale di scorta. I macchinisti dovranno essere titolari di una certificazione nominativa che attesterà le competenze generali acquisite e valide su tutto il territorio comunitario. Questa certificazione dovrà essere completata da un'attestazione rilasciata dall'impresa

minime per l'informazione dei passeggeri, prima e durante il viaggio, le modalità di risarcimento dei passeggeri in caso di ritardo, nonché il trattamento dei reclami e l'assistenza alle persone a mobilità ridotta. Infine, con riferimento al trasporto ferroviario merci sono state introdotte norme che prevedono l'introduzione di clausole minime di qualità nei contratti tra le imprese ferroviarie e i clienti.

5. Il recepimento della normativa comunitaria

Con il D.lgs. 8 luglio 2003 n.188, il legislatore italiano recepisce il primo "pacchetto infrastruttura" con il quale viene adottata la disciplina delle modalità di accesso e di utilizzo dell'infrastruttura nazionale, dei criteri di rilascio delle licenze, per la determinazione dei canoni di accesso all'infrastruttura, nonché per la regolamentazione dei servizi accessori e funzionali all'espletamento del servizio di trasporto ferroviario.

Il provvedimento afferma i principi di autonomia ed indipendenza delle imprese ferroviarie dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome ed enti locali, nonché dal gestore dell'infrastruttura e, con riferimento a quest'ultimo, il principio di separazione contabile delle eventuali attività connesse alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria da quelle relative al servizio di trasporto.

A livello di gestione contabile, inoltre, viene confermato l'obbligo delle imprese ferroviarie di tenere una contabilità separata delle attività relative al trasporto merci, nonché di indicare separatamente, entro le pertinenti contabilità, le eventuali sovvenzioni ricevute per lo svolgimento del servizio pubblico, fermo restando il divieto di un loro trasferimento alla attività relative ad altri servizi di trasporto (cd. divieto di *cross subsidiation*).

Per quanto riguarda l'utilizzo dell'infrastruttura, il D.Lgs. 188/03 prevede che le imprese ferroviarie debbano essere in possesso della licenza per l'espletamento di servizi internazionali di trasporto ferroviario di merci o di persone, del certificato di sicurezza rilasciato dal Gestore dell'Infrastruttura, nonché di apposito titolo autorizzatorio necessario per lo svolgimento del trasporto nazionale merci e passeggeri ed internazionale passeggeri relativamente alla parte di infrastruttura ferroviaria nazionale. L'autorizzazione viene rilasciata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, su richiesta delle imprese ferroviarie in possesso di licenza, che

ferroviaria che riconoscerà la formazione specifica relativa alla linea percorsa, al materiale usato e alle procedure operative e di sicurezza proprie dell'impresa in questione

consente l'espletamento, sulla rete infrastrutturale nazionale, di tutte le tipologie di servizi di trasporto in ambito nazionale ed internazionale, a condizioni di reciprocità⁸⁴ qualora si tratti di imprese ferroviarie aventi sede all'estero o loro controllate⁸⁵. Il D.Lgs. 188/03 assegna sempre al gestore il compito di elaborare, previa consultazione delle regioni, delle province autonome e delle altre parti interessate e sulla base delle eventuali indicazioni e prescrizioni del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Prospetto Informativo della Rete (P.I.R.), documento particolarmente importante per la gestione dei rapporti con le imprese ferroviarie, in quanto contenente la descrizione delle caratteristiche dell'infrastruttura, le condizioni di accesso alla rete, i principi, i criteri, le procedure, le modalità ed i termini per l'assegnazione della capacità di infrastruttura e per il calcolo e la riscossione del relativo canone di accesso.

Per quel che concerne i rapporti tra il gestore della rete e lo Stato, questi debbono essere disciplinati da un atto di concessione e da un contratto di programma che può, tra l'altro, prevedere la concessione di finanziamenti per investimenti sull'infrastruttura ferroviaria nonché l'indennizzo delle perdite dovute all'esistenza di oneri di servizio pubblico.

Il diritto di accesso all'infrastruttura nazionale viene riconosciuto alle imprese ferroviarie comunitarie per la fornitura di servizi internazionali merci nonché alle imprese ferroviarie comunitarie che abbiano costituito una associazione internazionale di imprese, di cui almeno una abbia sede in Italia, per effettuare il trasporto internazionale passeggeri⁸⁶.

Nella determinazione del canone di accesso possono venire in rilievo eventuali sistemi di compensazione a favore del trasporto ferroviario, per la mancata copertura, da parte delle altre

⁸⁴ Si è posto, allora, il problema se tale condizione di reciprocità sia applicabile anche al servizio di trasporto regionale. Secondo D. SCICOLONE, *Trasporti ferroviari in Italia tra Stato e mercato*, cit., 852 ss., ritiene che al riguardo che il D.Lgs. 188/2003 non si applica al servizio di trasporto regionale, avendo le Regioni competenza esclusiva in materia di trasporto e, pertanto, anche la disposizione in esame non dovrebbe applicarsi a tale tipologia di trasporto. Tuttavia, il successivo articolo 39 prevede che le disposizioni dello stesso decreto si applicano anche alle Regioni sino a quando queste non provvederanno a recepire la normativa comunitaria contenuta nel "pacchetto infrastruttura". Poiché, allo stato, le Regioni non hanno ancora provveduto ad adempiere a tale incumbente, sembrerebbe che il requisito del titolo autorizzatorio, rilasciato a condizioni di reciprocità, debba applicarsi anche nell'ambito delle gare per l'affidamento del servizio di trasporto regionale.

⁸⁵ Viene, inoltre, ribadito, l'obbligo del Gestore di mettere l'infrastruttura ferroviaria a disposizione delle imprese ferroviarie e delle associazioni internazionali di imprese in maniera equa e non discriminatoria, prestando, altresì, una serie di servizi funzionali all'accesso alla rete ed all'espletamento del servizio

⁸⁶ Dette imprese debbono corrispondere al Gestore un canone di accesso stabilito con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sulla base dei costi di gestione della rete (da questi costi devono dedursi gli eventuali indennizzi e contributi pubblici, previsti nel contratto di programma) e tenuto conto della qualità dell'infrastruttura medesima e del suo livello di saturazione. Nel rispetto del Trattato istitutivo della Comunità europea e della normativa comunitaria, con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, possono essere previsti coefficienti di maggiorazione sui canoni corrisposti per l'utilizzo della rete ferroviaria, ovvero riduzioni dei canoni stessi, nonché modifiche dei canoni che tengano conto del costo degli effetti ambientali causati dalla circolazione dei treni.

modalità di trasporto, dei costi ambientali ed infrastrutturali dalle stese prodotti. Il gestore dell'infrastruttura può svolgere direttamente i servizi connessi al trasporto ferroviario delle merci (gestione terminali, attrezzature, manutenzione) mediante società controllate oppure darli in appalto, ma con il divieto di affidarli ad imprese ferroviarie. La *ratio* della norma è ravvisabile dunque nell'esigenza di assicurare la neutralità del prestatore di tali servizi rispetto alle imprese di trasporto ferroviario, quale corollario del principio più generale di separazione fra gestione dell'infrastruttura e attività di trasporto⁸⁷.

Il D.Lgs. 188/03, disciplina, inoltre, le procedure per l'assegnazione della capacità infrastrutturale, ribadendo, nuovamente, il principio per cui le tracce orarie devono essere assegnate in modo equo, trasparente, non discriminatorio ed in modo tale da soddisfare, per quanto possibile, tutte le richieste di capacità avanzate dalle diverse imprese ferroviarie, sia pur nel rispetto dell'ordine delle priorità definito con apposito decreto ministeriale. In ragione della limitata possibilità di utilizzo della rete, data la sua natura di risorsa scarsa, viene prevista l'adozione di un "*sistema di misurazione delle prestazioni*" (art. 21) che, introducendo strumenti penalizzanti per il cattivo utilizzo delle tracce orarie ovvero forme premiali in caso del loro uso efficiente, abbia lo scopo di garantire la migliore allocazione nell'assegnazione della capacità infrastrutturale⁸⁸.

Infine, viene disciplinata l'istituzione, il funzionamento ed i poteri del c.d. Organismo di Regolazione, al fine di vigilare sui mercati dei servizi ferroviari, di dirimere le eventuali controversie sorte tra il gestore della rete e le imprese ferroviarie⁸⁹. Lunghi dall'assurgere ad una

⁸⁷ Tale disposizione, tuttavia, ha sollevato, immediatamente problematiche di carattere interpretativo in riferimento all'obbligo del gestore di garantire l'accesso agli impianti di manutenzione dei rotabili situati lungo la rete, D.SICCOLONE, *Trasporti ferroviari in Italia tra Stato e mercato*, cit., 854 ss.

⁸⁸ Si deve, tuttavia, precisare che la normativa nazionale sembra attenuare il ruolo che detto sistema di controllo assumeva nelle intenzioni del Legislatore comunitario. Ed invero, l'art. 11 della direttiva 2001/14/CE – di cui l'art. 21 del D.L.vo 188/03 costituisce l'atto interno di recepimento – indica come soggetti passivi dalla funzione incentivante del sistema di prestazioni "le imprese ferroviarie e il gestore dell'infrastruttura". Posto, quindi, che si tratta di compiere scelte finalizzate ad influire sia sui comportamenti delle imprese ferroviarie che dello stesso Gestore dell'Infrastruttura, attraverso un sistema di penalità e premi rispetto al quale gli interessi delle imprese e del Gestore possono divergere significativamente, la mancanza di un governo neutrale della fase di fissazione dei principi potrebbe determinare una situazione di conflitto, con possibili esiti contenziosi. Per ovviare a tale fattore di rischio, l'art. 21 del D.Lgs. 188/03 ha previsto che detto sistema di controllo delle prestazioni (cd. *performance regime*) debba essere elaborato dallo stesso Gestore dell'Infrastruttura il quale è, peraltro, vincolato al rispetto delle direttive e dei principi dettati, al riguardo, dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che, attraverso la fissazione di tali principi, assume un ruolo di governo neutrale dell'intero sistema. Per comprendere la scelta adottata dal summenzionato art. 21, si deve tenere presente che il Gestore dell'infrastruttura è un'impresa, ancorché investita di funzioni di interesse pubblico.

⁸⁹ L'Organismo può adottare le misure necessarie a imporre rimedio alle eventuali controversie insorte tra le imprese ferroviarie ed il gestore della rete e, in caso di ricorso avverso al rifiuto di assegnazione di capacità, può confermare la decisione del G.I. ovvero indicare allo stesso i criteri cui questi deve conformare il proprio comportamento. In ogni caso, è ammesso il ricorso giurisdizionale avverso le decisioni dell'Organismo, le quali, peraltro, hanno carattere vincolante per i loro destinatari.

nuova entità amministrativa indipendente, assume, comunque, un importante ruolo di governo del sistema e di mediazione, attraverso la sua posizione di neutralità, dai rapporti tra il Gestore della rete e le imprese operanti nel mercato del trasporto ferroviario.

Il D.Lgs. 188, pur avendo avuto il merito di aver dettato una disciplina organica del settore, lasciava aperte alcune questioni, soprattutto in ordine applicativo, che trovano, ancora una volta, la loro principale causa nella persistente compenetrazione, all'interno dello stesso gruppo imprenditoriale, sia dell'impresa di trasporto *incumbent* (Trenitalia) che del gestore della rete (R.F.I), il quale dovrebbe, invece, assumere un ruolo di assoluta terzietà ed indipendenza rispetto a tutte le imprese ferroviarie operanti nel mercato. L'appartenenza delle due società – RFI e Trenitalia – al medesimo gruppo imprenditoriale e la loro soggezione alle medesime politiche di gruppo, rischia di pregiudicare l'autonomia del gestore della rete e, quindi, compromettere obiettivo di liberalizzare il mercato ferroviario; pur ribadendo sia il principio dell'autonomia tra le imprese che gestiscono l'infrastruttura ferroviaria e le imprese che svolgono l'attività di trasporto, sia il diritto per queste ultime di accedere all'infrastruttura ferroviaria a condizioni non discriminatorie.

In merito, l'AGCM ha avuto modo di fornire il proprio punto di vista nel 2003, fornendo alcuni spunti di riflessione sul grado di concorrenza nel settore⁹⁰. L'occasione è stata fornita all'AGCM a seguito della conclusione del contratto di locazione fra Rete Ferroviaria Italiana e Trenitalia avente ad oggetto la gestione di alcuni terminali intermodali merci. Il ragionamento dell'AGCM si fonda sul presupposto che il trasporto di merci è strettamente connessa alla fornitura dei servizi accessori di terminalizzazione⁹¹.

Sul punto, l'art. 20 del decreto, oltre ad assicurare un accesso equo ed indiscriminato a tali aree, si preoccupa di stabilire che *"il gestore dell'infrastruttura, ove non sia in condizione di fornire alcuni dei servizi di cui al comma 2, provvede, entro un anno dall'entrata in vigore del presente decreto, ad affidare la gestione dei servizi stessi [...] a soggetti indipendenti dalle imprese ferroviarie [...]"* (comma 4). La *ratio* della norma è ravvisabile dunque nell'esigenza di assicurare la neutralità del prestatore di tali servizi rispetto alle imprese di trasporto ferroviario, quale corollario del principio più generale di separazione fra gestione dell'infrastruttura e attività di trasporto. In tal senso, infatti, la norma intende evitare che un'impresa ferroviaria titolare anche

⁹⁰ Cfr. AGCM, AS265 del 7 agosto 2003.

⁹¹ Tali servizi comprendono, tra l'altro, il rifornimento combustibile e idrico, la movimentazione con gru fisse e mobili, i servizi di manovra (per il trasferimento dai binari di arrivo/partenza a quelli di carico scarico o presa consegna e viceversa), le manovre all'interno degli impianti, la predisposizione degli itinerari di manovra con scambi a mano, lo stoccaggio ed immagazzinamento, l'accesso ai piazzali asfaltati per lo svolgimento dello scambio intermodale.

della gestione dei terminali possa utilizzare tale circostanza a proprio vantaggio ed eventualmente discriminare i concorrenti nei mercati del trasporto.

Proprio per queste ragioni, l'AGCM ha ritenuto che l'affidamento a Trenitalia, tramite contratto di locazione, della gestione di una parte sostanziale della rete di terminali merci è contrastante con il principio di separazione tra l'attività di gestione dell'infrastruttura e l'attività di trasporto, affermato dalla normativa comunitaria e nazionale di liberalizzazione del settore ferroviario e, in particolare, con l'esigenza che l'esercizio di alcune funzioni di carattere neutrale, finalizzate a garantire l'accesso equo e non discriminatorio alla rete e alle attrezzature di servizio, sia affidato ad un soggetto indipendente dalle imprese ferroviarie, sul piano giuridico, organizzativo e decisionale⁹².

Nonostante la decisione dell'AGCM, Trenitalia ha continuato ad occuparsi della gestione dei terminali merci ben oltre il periodo transitorio, perpetuando una situazione di asimmetria fra i concorrenti nei mercati del trasporto di cui deve necessariamente farsi carico RFI, assumendo direttamente la produzione di tali servizi ovvero affidando i servizi a soggetti indipendenti dalle imprese ferroviarie. Il mancato adempimento degli obblighi posti a carico del gestore dell'infrastruttura ha, di fatto, ostacolato la piena realizzazione del principio di separazione disciplinato dal legislatore, e, in ultima analisi, rallenta il processo di liberalizzazione del settore promosso in sede comunitaria e nazionale⁹³.

L'Autorità, pertanto, fu costretta a ritornare sulla questione qualche anno dopo, segnalazione AS325 in *Bollettino* n.4/2006, ribadendo quanto già detto nella decisione del 2003, ovvero che RFI provveda nel più breve tempo possibile a dare esecuzione agli obblighi disciplinati dall'articolo 20 del D.Lgs n. 188/2003, individuando soggetti indipendenti dalle imprese ferroviarie che provvedano alla fornitura dei servizi di terminalizzazione nei terminali intermodali o prestando direttamente tali servizi⁹⁴.

⁹²D'altronde, non a caso, la concessione della gestione delle infrastrutture in capo a RFI ha incluso nel suo oggetto, oltre all'intera rete ferroviaria nazionale, anche "gli impianti merci modali e intermodali", confermando, in tal modo, il valore strategico ad essi attribuito nelle politiche di gestione del trasporto ferroviario di merci. D'altra parte, lo stesso art. 20 del D.Lgs, 188/03, prevede che la gestione dei servizi possa essere affidata dal gestore a soggetti terzi purché siano "indipendenti dalle imprese ferroviarie" ossia non partecipati da imprese ferroviarie o da società a loro volta partecipate da imprese ferroviarie.

⁹³La portata pro-competitiva della regolamentazione settoriale rischia infatti di essere almeno in parte vanificata qualora si assistesse al protrarsi di uno scenario che nei fatti attribuisce a Trenitalia un vantaggio competitivo non trascurabile, a discapito degli operatori del settore, attuali o potenziali.

⁹⁴Nella suddetta segnalazione, infatti, l'AGCM ribadisce che "Come già evidenziato dall'Autorità in una recente segnalazione resa in occasione della conclusione di un contratto di locazione fra Rete Ferroviaria Italiana e Trenitalia avente ad oggetto la gestione di alcuni terminali intermodali merci, infatti, la gestione dei terminali intermodali per il

Tale separazione di ruoli costituirebbe garanzia della neutralità del fornitore dei servizi, contribuendo a tutelare l'esigenza di un accesso equo e non discriminatorio da parte delle imprese ferroviarie all'infrastruttura ed ai servizi di terminalizzazione. In conclusione, la circostanza che Trenitalia continui a gestire senza soluzione di continuità una parte sostanziale della rete di terminali merci esistenti sul territorio nazionale dimostra l'insufficienza della separazione fino ad oggi adottata, sul piano formale e sostanziale, tra le società RFI e Trenitalia e tra queste ultime e la società *Holding FS*.

6. Lo stato attuale del processo di liberalizzazione del servizio e le zone d'ombra del diritto nazionale. Le recenti decisioni dell'AGCM

Lungo la strada della liberalizzazione intrapresa dalle istituzioni comunitarie, queste ultime hanno incontrato una serie di ostacoli che di fatto hanno rallenato e, in alcuni momenti, bloccato il processo in corso. Le ragioni sono molteplici e vanno ricercate, soprattutto, nelle differenti discipline nazionali. Esistono, infatti, una serie, assolutamente non trascurabile, di barriere tecniche, legali ed economiche per la fornitura di trazione per i servizi internazionali di trasporto ferroviario,

trasporto di merci è strettamente connessa alla fornitura dei servizi accessori di terminalizzazione, dalla cui rapidità e livello qualitativo dipende in larga misura l'efficienza organizzativa del traffico, e, quindi, in ultima analisi, il livello di concorrenza nei servizi di trasporto intermodale di merci. A tal fine, l'articolo 20 del richiamato decreto, oltre ad assicurare un accesso equo ed indiscriminato a tali aree, si preoccupa di stabilire che *"il gestore dell'infrastruttura, ove non sia in condizione di fornire alcuni dei servizi di cui al comma 2, provvede, entro un anno dall'entrata in vigore del presente decreto, ad affidare la gestione dei servizi stessi [...] a soggetti indipendenti dalle imprese ferroviarie [...]"* (comma 4). La *ratio* della norma è ravvisabile dunque nell'esigenza di assicurare la neutralità del prestatore di tali servizi rispetto alle imprese di trasporto ferroviario, quale corollario del principio più generale di separazione fra gestione dell'infrastruttura e attività di trasporto. In tal senso, infatti, la norma intende evitare che un'impresa ferroviaria titolare anche della gestione dei terminali possa utilizzare tale circostanza a proprio vantaggio ed eventualmente discriminare i concorrenti nei mercati del trasporto. In considerazione degli ampi margini di discrezionalità che permangono in concreto in capo al soggetto che fornisce tali servizi, il legislatore ha ritenuto insufficiente a fugare le preoccupazioni riconducibili a tale sovrapposizione di ruoli il solo obbligo di fornitura di tali servizi a condizioni eque e non discriminatorie. Talché, ad un obbligo di natura prettamente comportamentale, ha ritenuto di doverne affiancare uno implicante la necessaria indipendenza del soggetto deputato a fornire tali servizi. Nella segnalazione richiamata, riguardo alle problematiche scaturenti dall'importanza strategica dei terminali intermodali ai fini di una completa liberalizzazione dei servizi di trasporto nazionale ed internazionale di merci, l'Autorità ha sottolineato con forza che *"l'affidamento a Trenitalia della gestione di una parte sostanziale della rete di terminali merci contrasta con il principio di separazione tra l'attività di gestione dell'infrastruttura e l'attività di trasporto, affermato dalla normativa comunitaria e nazionale di liberalizzazione del settore ferroviario e, in particolare, con l'esigenza che l'esercizio di alcune funzioni di carattere neutrale, finalizzate a garantire l'accesso equo e non discriminatorio alla rete e alle attrezzature di servizio, sia affidato ad un soggetto indipendente dalle imprese ferroviarie, sul piano giuridico, organizzativo e decisionale"* (AS 265 *cit.*). Tale circostanza determinava, infatti, l'attribuzione di un evidente vantaggio competitivo che avrebbe consentito al soggetto beneficiario di condizionare le dinamiche concorrenziali dei mercati del trasporto ferroviario di merci e dei servizi di terminalizzazione in evidente contrasto con i principi a tutela della concorrenza.

considerato che ogni singolo paese membro ha sviluppato ed adottato propri standard tecnici ed amministrativi diversi a seconda delle diverse esigenze nazionali. Proprio la diversità degli standard tecnici adottati a livello nazionale rappresenta il principale ostacolo alla realizzazione del progetto di interoperabilità dei servizi ferroviari a livello europeo⁹⁵.

Quindi, per una effettiva apertura del settore al mercato, la possibilità di accedere alla rete rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente; le imprese, devono anche essere poste nelle condizioni di poter fruire di quei servizi indispensabili ai potenziali concorrenti, come ha più volte riconosciuto la stessa Commissione europea, anche nei confronti dell'*incumbent* italiano⁹⁶. La Commissione, infatti, nel corso degli anni ha aderito a quel filone giurisprudenziale comunitario che, seguendo l'insegnamento delle corti nord americane e la conseguente elaborazione dottrinale in materia di *essential facilities*⁹⁷, ha sanzionato il comportamento del monopolista pubblico che abbia abusato della posizione dominante come proprietario della infrastruttura essenziale al fine di proteggere o rafforzare la propria posizione nel mercato del trasporto.

⁹⁵ Il problema della disomogeneità come freno per la liberalizzazione del settore è stato sottolineato anche recentemente da Mauro Moretti, amministratore delegato di Ferrovie dello Stato in occasione dell'apertura del Convegno di Expoferroviaria a Torino 8 giugno 2010 (fonte: ASCA)

⁹⁶ L'occasione si è presentata nel 2003 dal caso *Gerge Verkehrsorganisation GmbH*, società tedesca operante nel trasporto aereo e ferroviario che ha presentato denuncia alla Commissione Europea lamentando il fatto che l'impresa ferroviaria italiana (Ferrovie dello Stato S.p.A.), abusando della propria posizione dominante sul mercato, avrebbe impedito alla stessa *Gerge Verkehrsorganisation* di offrire un servizio di trasporto internazionale di passeggeri di collegamento tra la Germania e l'Italia. Le Ferrovie dello Stato, secondo quanto lamentato dalla *Gerge Verkehrsorganisation GmbH*, avrebbe opposto rifiuto all'effettivo accesso all'infrastruttura italiana e di fornitura del servizio di trazione e contemporaneamente si sarebbe rifiutata ingiustificatamente di avviare le trattative per la costituzione di un'associazione internazionale. La Commissione ha ritenuto illegittima la condotta di Ferrovie dello Stato poiché questa risulterebbe, allo stato attuale, l'unico soggetto economico dotato dei requisiti per la costituzione di una associazione internazionale di imprese nonché delle infrastrutture e delle dotazioni necessarie per fornire i servizi di trazione (decisione della Commissione 2004/33/CE del 27 agosto 2003, in *G.U.C.E.* n. L. 011 del 16 gennaio 2004, pp. 17 ss.).

⁹⁷ Il tema della *essential facilities* è stato affrontato sotto molteplici profili: si segnalano G.CERVIGNI, *L'intervento pubblico nelle essential facility: aspetti teorici e analisi istituzionale*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, 295 ss.; L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, 329; J.BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, *ibidem*, 255 ss.; G. GUGLIELMETTI, *Essential facilities nelle decisioni dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, *ibidem*, 449 ss.; W.J. BAUMOL, A. NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test di un test*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 257 ss.; A.G. DE CAPITIS, *Essential facilities doctrine: una disciplina in cerca di identità*, in *Riv.Dir. Impresa*, 1999, 579 ss.; E. COSTANTINI, *Il diritto di iniziativa economica e la tutela della libertà di concorrenza nella prospettiva dell'essential facility doctrine*, in *I Diritti Fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 77 ss.; M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 2 ss. I giudici comunitari utilizzano per la prima volta la nozione di *essential facility* nella decisione della Commissione del 21 dicembre 1993, *Sea Containers c.Sealink*, in *GUCE* del 18 gennaio 1994, p. 8, nella quale si affermò che un'impresa che abbia una posizione dominante nel mercato della fornitura di infrastrutture portuali di cui è allo stesso tempo proprietario ed utente viola l'art. 86 Trattato qualora rifiuti ai propri concorrenti l'accesso a tali infrastrutture, senza peraltro addurre alcuna ragione oggettiva ovvero concedendolo soltanto a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi. Nel caso di specie, *Sealink*, che controllava alcune strutture portuali di cui era proprietaria ed utente e gestiva i servizi di traghettamento al suo interno, aveva negato a *Sea Containers* l'accesso a dette strutture portuali impedendole di avviare un analogo servizio di traghettamento veloce all'interno del porto medesimo.

Tuttavia, una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che il rifiuto di concedere l'accesso ad una infrastruttura non costituisce, per ciò stesso, abuso di posizione dominante, ma è necessario che venga concretamente provato che tale preclusione, se non sorretta da giustificazioni obiettive, possa eliminare del tutto la concorrenza sul mercato contiguo dei servizi e che l'utilizzo dell'infrastruttura a cui viene negato l'accesso sia indispensabile per l'esercizio dell'attività del concorrente, nel senso che non sia praticabile alcuna alternativa alla stessa⁹⁸. L'essenzialità dell'infrastruttura, d'altronde, deve fondarsi su ragioni oggettive, non essendo sufficiente a determinare l'illegittimità del diniego di accesso il solo fatto che lo stesso produca svantaggi economici all'attività del richiedente, dovendosi piuttosto verificare se, in concreto, possa pregiudicare gravemente l'attività economica di qualsiasi concorrente. In altri termini, il diniego di accesso costituisce abuso, allorquando la concorrenza risulti estremamente difficile non solo per l'impresa che richiede l'accesso, ma anche per qualsiasi altra impresa, nel senso che il costo di riproduzione dell'infrastruttura deve essere tale da scoraggiare qualsiasi imprenditori prudente dall'entrare sul mercato⁹⁹.

Per quanto riguarda l'ordinamento interno, è opinione dell'AGCM, che, oltre alle ragioni evidenziate dalla giurisprudenza comunitaria, la condizione di monopolista si è tradotta in una situazione di vantaggio rispetto ai potenziali concorrenti anche per la perdurante assenza di chiarezza in tema di definizione degli oneri di servizio pubblico nel settore. Infatti, più volte l'AGCM¹⁰⁰ ha evidenziato una "parziale" o "opaca" distinzione tra il perimetro dei cosiddetti

⁹⁸ Tra le più importanti decisioni in tal senso cfr. Corte di Giustizia CEE, 16 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG. C. Mediaprint*, in *Racc.*, 1998, I, 7791: la questione riguardava la richiesta di un piccolo editore austriaco, di accedere alla rete di distribuzione dei giornali a domicilio. Il ricorrente sosteneva che tale sistema di recapito costituiva una *essential facility* il cui utilizzo gli avrebbe consentito di competere efficacemente sul mercato. La Corte, in merito all'elemento della essenzialità della rete di distribuzione a domicilio, ha affermato che tale carattere viene meno quando, da un lato, esistano altri canali di distribuzione (a mezzo posta, vendita nei negozi o nelle edicole) ancorché eventualmente meno vantaggiosi, e, dall'altro lato, non sussistano ostacoli di natura tecnica, normativa od anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile a qualsiasi altro editore di quotidiani di creare, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale e avvalersene per distribuire i propri quotidiani.

⁹⁹ G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 2003, 4 ss, ha evidenziato che La tutela della libertà di impresa del monopolista incontra, quindi, un limite nell'esigenza di promuovere l'accesso al mercato da parte di altri operatori. In particolare D. SCICOLONE, *I trasporti ferroviari in Italia tra Stato e mercato*, cit., 850 ss, sostiene che nell'ottica comunitaria, la libertà individuale di esercizio dell'attività di impresa sia recessiva rispetto all'esigenza di promuovere la concorrenza per il mercato.

¹⁰⁰ Cfr. AGCM, AS528, *Definizione del servizio universale nel trasporto ferroviario e affidamento dei conseguenti oneri di servizio*, 1 giugno 2009; AGCM, Comunicato stampa riguardante "Legge sulla concorrenza: antitrust, prioritari interventi normativi su poste, ferrovie, autostrade e trasporti" del 9 febbraio 2009. Tuttavia, l'AGCM già nel 2008 aveva segnalato il problema di una mancanza di chiarezza in merito agli obblighi di servizio (AS453, *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, 11 giugno 2008). In quell'occasione l'Autorità afferma che "analoghe tensioni tra obblighi di servizio

servizi “di mercato” e di quelli “del servizio universale” e l’affidamento di questi ultimi al di fuori di procedure di evidenza pubblica, comportano importanti implicazioni in merito: alla determinazione dei livelli di sussidi; alle condizioni concorrenziali di offerta del servizio ferroviario merci e passeggeri; agli incentivi a segnalare la domanda per il principale operatore di trasporto ferroviario e agli standard qualitativi del trasporto ferroviario.

Sotto questo profilo, evidenzia l’AGCM, le recenti norme varate dal legislatore nazionale non hanno dato un contributo determinante al fine di rendere più chiaro il quadro di riferimento. In particolare, le maggiori difficoltà riguardano l’individuazione della parte del servizio attribuite al servizio universale nel trasporto a media e lunga percorrenza (di seguito MLP), oggetto di un Contratto di Servizio Pubblico tra lo Stato e Trenitalia. Pertanto, all’interno della categoria passeggeri MLP coesistono un gruppo di servizi nè regolati nè esplicitamente sussidiati e un gruppo di servizi inseriti in un contratto di servizio pubblico con lo Stato, pur non essendo disponibili informazioni in merito all’ampiezza dei servizi di MLP sussidiati e delle obbligazioni che gravano su ente regolatore e impresa regolata in termini di quantità e qualità del servizio¹⁰¹.

Inoltre, sempre secondo l’AGCM, gli ostacoli che impediscono la realizzazione di un regime concorrenziale non riguarda solamente il servizio passeggeri ma si estenderebbero anche al trasporto merci. Nonostante, infatti, che quest’ultimo abbia conosciuto un processo di liberalizzazione più accentuato rispetto a quello passeggeri, per quanto riguarda l’individuazione del servizio universale la situazione non è molto diversa da quella relativa al trasporto passeggeri. Ferma restando la convinzione che la configurazione del mercato non renda necessaria la definizione di un area di servizio universale, “laddove in ogni caso lo Stato dovesse rilevare il permanere di una esigenza di imporre oneri di servizio universale nel settore”, l’AGCM “auspica una maggiore chiarezza nella definizione delle obbligazioni a carico del soggetto regolato e una

pubblico e concorrenza caratterizzano il settore del trasporto ferroviario, dove l’assenza di chiarezza in tema di oneri di servizio pubblico può limitare ingiustificatamente le opportunità di accesso al mercato. La possibilità di sfruttare la leva dei sussidi incrociati tra tratte profittevoli e non profittevoli consente infatti all’operatore dominante di ostacolare l’entrata o la crescita di imprese concorrenti. Inoltre, la scarsa trasparenza in merito agli effettivi costi del servizio universale, implica che il contributo richiesto agli altri operatori sia commisurato ai costi del gruppo FS, anziché a quelli del gestore più efficiente”.

¹⁰¹ Tale contratto, in assenza di una chiara previsione al riguardo, dovrebbe riguardare i treni espressi notte, i treni interregionali e i servizi che interessano le Regioni a Statuto speciale, che sono esclusi dalla contrattazione diretta con le Regioni. I corrispettivi per il trasporto passeggeri in relazione ai Contratti di Servizio Pubblico con lo Stato sono stati nel 2007 pari a 239.944.000 euro relativi al Contratto di Servizio Pubblico con le Regioni a Statuto speciale, e a 188.632.000 euro per servizio viaggiatori notturno e per agevolazioni e gratuità tariffarie per determinate categorie di viaggiatori,

opportuna trasparenza nell'accesso ai servizi onerati da parte di tutti gli operatori ferroviari attraverso la consultazione pubblica di mercato"¹⁰².

In ogni caso, al fine di colmare le inevitabile asimmetrie che limitano le autorità competenti nella definizione dei costi *standard* di produzione del servizio, che correttamente dovrebbero essere utilizzati a supporto della fissazione delle tariffe¹⁰³, la corretta definizione del servizio deve essere prontamente seguita dalla aggiudicazione attraverso procedure ad evidenza pubblica della gestione del servizio di trasporto ferroviario, sulle tratte non remunerative, all'operatore in grado di minimizzare i sussidi.

Il Regolamento comunitario n. 1370/2007 prevede come principio generale che "*l'autorità competente che si rivolge a un terzo diverso da un operatore interno aggiudica i contratti di servizio pubblico mediante una procedura di gara*" (art. 5, comma 3). Con riferimento ai servizi ferroviari, una deroga significativa dispone che "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, fatta eccezione per altri modi trasporto su rotaia quali metropolitana e tram" (art. 5, comma 5).

Pertanto, va sottolineato che, ad oggi, a livello regionale, ben pochi contratti di servizio sono stati assegnati tramite gara, prevalendo ancora gli affidamenti diretti e, nei pochi casi in cui si stata indetta gara ad evidenza pubblica è stata riconfermata l'impresa *incumbent*, spesso unico partecipante alla gara. Le ragioni vanno ricercate, secondo l'AGCM¹⁰⁴, essenzialmente dalla predisposizione di bandi di gara che, di fatto, favoriscono il precedente gestore e dalla difficile reperibilità del materiale rotabile, suggerendo, al contempo, alcune misure necessarie al fine di dar luogo ad un regime di mercato effettivamente concorrenziale.

In particolare, tra le misure auspiccate vi è la piena attuazione del D.lgs. 422 del 1997, procedendo senza ulteriori proroghe all'affidamento dei servizi di trasporto con gara; eliminare le

¹⁰² Per quanto riguarda il settore del trasporto merci vi è un Contratto di Servizio 2004-2006, stipulato il 27 marzo 2007, che regola infatti i rapporti tra Ministero dei Trasporti e la società Trenitalia S.p.a relativi ai servizi attinenti il trasporto ferroviario merci, qualificati dal Ministero come rispondenti a servizio pubblico e soggetti, pertanto, a compensazione finanziaria da parte dello Stato. In particolare, il contratto si riferisce ai servizi di trasporto tra il continente e la Sardegna e viceversa, tra il continente e la Sicilia e viceversa, ai trasporti internazionali attraverso il porto di Trieste, e in generale sulle distanze superiori ai 1000 km, a causa della degressività della tariffa. Nel 2007, il corrispettivo per il trasporto merci è stato pari a circa 140 milioni di euro (rispetto ai quasi 100 milioni di euro nel 2006): fonte Bilancio Trenitalia, 2007.

¹⁰³ Si veda per una più puntuale disamina della questione: M. BRIGNARDELLO, *La disciplina delle tariffe e dei prezzi nel settore dei trasporti*, Torino, 2000.

¹⁰⁴ Cfr. AS453, *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, cit.

commistioni tra ente appaltante e imprese partecipanti alle procedure di aggiudicazione; assicurare che l'oggetto della gara, per quanto riguarda la dimensione dei lotti e le esigenze di integrazione intermodale, sia rispettoso delle economie di scala e di gamma e non limiti il numero dei potenziali partecipanti; garantire che gli obiettivi occupazionali e di tutela dei lavoratori siano perseguiti con misure meno restrittive della concorrenza, che non vincolino il nuovo aggiudicatario ad assumere lo stesso numero di dipendenti e alle stesse condizioni contrattuali garantite del precedente gestore.

La situazione non cambia se si volge lo sguardo all'affidamento del servizio a MLP, oggetto di un contratto di servizio pubblico dello Stato con Trenitalia¹⁰⁵. In particolare, l'Autorità ha focalizzato l'attenzione sui "legami proprietari" tra RFI e Trenitalia i quali, secondo l'*antitrust*, impedirebbero un effettivo sviluppo della concorrenza¹⁰⁶.

L'introduzione di un regime di concorrenza – in coerenza con i principi comunitari – renderebbe, secondo l'AGCM, "concretamente possibile la minimizzazione delle risorse pubbliche necessarie per lo svolgimento del servizio pubblico"¹⁰⁷. L'onere di servizio pubblico (il servizio minimo), definito quanto più possibile nei suoi dettagli prima della gara attraverso il contratto di servizio, verrebbe dunque affidato all'operatore in grado di offrirlo richiedendo il sussidio più basso (date le tariffe). In questo modo la gara diviene lo strumento più efficiente per individuare il

¹⁰⁵ In data 14 marzo 2008, è stato firmato dal Ministro dei Trasporti pro tempore e l'Amministratore Delegato di Trenitalia un accordo – valido solo per il 2008 – che alloca le risorse disponibili di cui all'art. 2, comma 252, della legge finanziaria per il 2008, e rappresenta una soluzione "ponte" nelle more della ridefinizione del perimetro dei servizi di utilità sociale, da regolare con un nuovo contratto di servizio.

¹⁰⁶ Cfr. AS453, *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, cit.; "Anche nel trasporto ferroviario, gli assetti proprietari e la struttura organizzativa del gruppo Ferrovie dello Stato (FS) rappresentano, sotto il profilo concorrenziale, un rilevante elemento di criticità, soprattutto nella prospettiva imminente dell'apertura alla concorrenza del trasporto passeggeri e dell'ingresso di nuovi operatori nel servizio ad alta velocità. I mutamenti intervenuti negli ultimi anni nella struttura organizzativa del gruppo FS sono sicuramente importanti e in linea con gli orientamenti comunitari in materia di liberalizzazione del settore. La sola separazione societaria tra Rete Ferroviaria Italiana (RFI) e Trenitalia non appare, tuttavia, sufficiente (...). La persistenza di legami proprietari tra le due società e la permanenza in capo a RFI di alcune funzioni regolamentari continuano infatti a rappresentare fattori non trascurabili di distorsione e di impedimento allo sviluppo della concorrenza"

¹⁰⁷ Cfr. AGCM, segnalazione AS528, cit.. In più occasioni, inoltre, l'AGCM, ha puntualizzato che la carenza di concorrenza determina un maggiore livello di costi per il soggetto pubblico. In particolare, recentemente, nella segnalazione AS453 cit, afferma che "Il settore dei trasporti comprende al suo interno un ampio e diversificato insieme di realtà: comparti caratterizzati da pervasivi obblighi di servizio pubblico (come i trasporti locali), ovvero liberalizzati da oltre un decennio (trasporto aereo), o caratterizzati da una notevole concorrenza intermodale (trasporto merci). Una caratteristica comune a gran parte del settore (con la sola parziale eccezione degli aeroporti) è tuttavia che le distorsioni concorrenziali tendono generalmente a tradursi, piuttosto che in maggiori profitti, in costi eccessivamente elevati. In altri termini, la rendita, laddove esistente, risulta ripartita tra più soggetti – azionisti, lavoratori e fornitori – tutti egualmente interessati a contrastare l'apertura alla concorrenza dei relativi mercati".

sottoscrittore del contratto incentivante, incrementando altresì il potere negoziale dal lato dell'offerta di Stato e Regioni¹⁰⁸.

Sotto questo profilo, occorre sottolineare, però, che siamo prossimi all'ingresso di nuovi operatori nel mercato del trasporto passeggeri ad alta velocità, che costituirà un valido banco di prova per la concorrenza nel settore¹⁰⁹; anche se l'arrivo di un nuovo gestore del servizio ha generato immediatamente contenzioso davanti l'AGCM¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. AGCM, segnalazione AS528, *cit.*: tali soggetti (Stato e Regioni), regolatori e responsabili politici del servizio, sono, ad oggi, privi di reali poteri di *enforcement* di un contratto di servizio che, per quanto completo, essendo il frutto di una negoziazione con l'*incumbent*, lascia inevitabilmente rendite all'impresa in ragione dell'informazione asimmetrica.

¹⁰⁹ Entro il 2011, infatti, entrerà nel mercato il nuovo operatore NTV. Quest'ultimo è l'acronimo di Nuovo Trasporto Viaggiatori, costituita nel 2006 per iniziativa degli imprenditori Luca Cordero di Montezemolo, Diego Della Valle, Gianni Punzo e Giuseppe Sciarrone. La società ha modificato il suo assetto societario con l'ingresso di Intesa-Sanpaolo (gennaio 2008) e dei francesi di SNCF (ottobre 2008). Diverrà operativa nel 2011..

¹¹⁰ Nell'ottobre 2009, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE nei confronti della società Ferrovie dello Stato Spa e Rete Ferroviaria Italiana Spa (RFI) rendendo obbligatori gli impegni da questa presentati ai sensi dell'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria nei confronti delle due società. L'istruttoria era stata avviata nell'ottobre 2008 sulla base della segnalazione della società Nuovi Trasporti Ferroviari (NTV), la quale lamentava l'atteggiamento dilatorio di RFI a fronte della richiesta di NTV dell'aprile 2008, di accesso ed utilizzo del centro di manutenzione e delle infrastrutture tecniche costituenti l'Impianto Dinamico Polifunzionale del Nodo di Napoli (IDP), nonché della richiesta di accesso agli spazi nei fabbricati viaggiatori, inviata in data 26 giugno 2008 alla stessa società RFI. Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva considerato che, stante la posizione di dominanza del gruppo FS (tramite le controllate RFI e Trenitalia) nei mercati nazionali dell'accesso alle infrastrutture ferroviarie necessarie allo svolgimento dei servizi di trasporto e del trasporto ferroviario di passeggeri (con particolare riferimento al trasporto ad alta velocità), il rinvio opposto alle richieste di NTV appariva ingiustificato e poteva ostacolare l'ingresso di un nuovo concorrente in un mercato appena liberalizzato, favorendo così la controllata Trenitalia. Con riguardo al profilo dell'accesso agli spazi nei fabbricati viaggiatori, gli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria hanno evidenziato che RFI aveva in effetti dato un seguito alla richiesta di NTV, assicurando l'accesso agli spazi fabbricati viaggiatori a condizioni non discriminatorie; già a partire dal 3 ottobre 2008 erano state condotte trattative negoziali, che avevano portato ad un sostanziale accordo per le superfici richieste nella quasi totalità delle grandi stazioni interessate dalla linea ad Alta Velocità, e a uno stadio avanzato di definizione anche per gli accordi per le superfici richieste nelle stazioni minori. In ogni caso, RFI ha affermato nel corso del procedimento che avrebbe garantito a NTV parità di trattamento con Trenitalia e con qualsiasi altra Impresa Ferroviaria, relativamente all'accesso agli spazi con caratteristiche simili. L'Autorità ha quindi ritenuto, per il profilo in oggetto e in base alle evidenze allo stato disponibili, l'insussistenza delle condizioni per accertare che le società FS e RFI avessero posto in essere un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE. Con riguardo invece alle condotte del gruppo FS in relazione alla richiesta di NTV di accesso ed utilizzo del centro di manutenzione e delle infrastrutture tecniche costituenti l'Impianto Dinamico Polifunzionale del Nodo di Napoli (IDP), RFI ha presentato nel marzo 2009 impegni ai sensi dell'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge n. 287/90, volti a favorire l'accesso di NTV e delle imprese ferroviarie che ne facciano richiesta alle infrastrutture ferroviarie e, segnatamente, alle aree per la manutenzione del materiale rotabile, relativamente alle quali in sede di avvio di istruttoria si prospettava un effetto escludente della condotta del gruppo FS. Gli impegni proposti sono consistiti, in particolare, nella messa a disposizione di NTV dell'Area denominata "Fascia Traccia Alto", che era costituita da un terreno su cui non insisteva alcun tipo di attrezzatura e infrastruttura e per la cui definizione del canone di locazione RFI si era basata sulla perizia tecnica di un soggetto terzo. La società RFI si è altresì impegnata ad attenersi, con riferimento ad analoghe situazioni, a metodiche e criteri analoghi a quelli delineati, anche avvalendosi del supporto di un perito esterno, così da assicurare, in presenza di situazioni consimili, un'effettiva e sostanziale parità di trattamento a tutti i soggetti interessati; infine, in data 31 luglio 2009 RFI ha presentato modifiche accessorie ai suddetti impegni, obbligandosi, con riguardo alle condizioni economiche della messa a disposizione dell'area, ad attenersi a criteri obiettivi e orientati ai costi, vale a dire fondati su metodiche correntemente applicate per determinare i canoni locativi nel settore, anche alla luce dei valori di mercato riconducibili ai cespiti immobiliari di cui trattavasi. L'Autorità ha ritenuto che, nel loro complesso, gli impegni

Inoltre, se voltiamo lo sguardo sul trasporto ferroviario locale, la situazione si complica ulteriormente. L'economia di questo lavoro non permette di affrontare il tema del trasporto ferroviario locale compiutamente, ci si limita a sottolineare che le riforme dei servizi pubblici locali che si sono succedute nel corso di questi ultimi anni hanno introdotto il principio della gara ad evidenza pubblica come regola generale. Disposizioni che *"prevalgono sulle relative discipline di settore"*¹¹¹. Tuttavia, a rendere più difficile il percorso verso una piena liberalizzazione del settore è intervenuta la recente novella della legge 422 del 1997¹¹², concernente il trasporto pubblico locale, introdotta dall'art. 7 della legge 9 aprile 2009, n. 33, la quale prevede, di fatto, una dilatazione della durata del contratto di servizio sino a dodici anni¹¹³, trovando l'*escamotage* per aggirare il termine del periodo transitorio.

Sulla questione è intervenuta recentemente anche l'AGCM che nella Segnalazione concernete *"Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato della concorrenza"*¹¹⁴,

proposti, inclusi delle modifiche accessorie presentate in data 31 luglio 2009, fossero suscettibili di soddisfare le esigenze di NTV emerse nel procedimento e adeguati a imbuovere in maniera completa e definitiva le preoccupazioni concorrenziali identificate dall'Autorità nel provvedimento di avvio dell'istruttoria. Ciò considerando, in primo luogo, che l'Area messa a disposizione di NTV era stata riconosciuta idonea sotto il profilo tecnico-funzionale da parte della stessa NTV; che i paventati impedimenti urbanistici alla realizzazione dell'impianto di manutenzione dell'Area erano risultati infondati secondo le indicazioni in tal senso fornite nel corso del procedimento dal Comune di Napoli; che le condizioni economiche per la messa a disposizione dell'Area erano state determinate in base a criteri obiettivi e orientati ai costi; infine, che RFI si era impegnata ad assicurare, in presenza di situazioni consimili, un'effettiva e sostanziale parità di trattamento a tutti i soggetti interessati ad accedere ad una infrastruttura di manutenzione. In conclusione, considerando il rapporto di controllo esistente tra RFI ed FS e il fatto che, in sede di avvio del procedimento, era stato ipotizzato che i presunti comportamenti distorsivi della concorrenza denunciati da NTV fossero stati posti in essere da FS per il tramite della propria controllata RFI, l'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati da RFI fossero idonei a rimuovere le criticità concorrenziali evidenziate. Sulla base di ciò, l'Autorità ha deliberato di renderli obbligatori ai sensi dell'articolo 14-ter, comma, della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento anche nei confronti di FS senza accertare l'infrazione.

¹¹¹ Cfr. Art. 23-bis legge 133 del 2008

¹¹² Il settore dei trasporti pubblici locali conosce una ampia letteratura, tra la quale si veda: A. BOITANI, C. CAMBINI, *Il trasporto pubblico locale in Italia. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 45; A. BOITANI, C. CAMBINI, *Regolazione incentivante per i servizi di trasporto locale*, in *Politica economica*, 2002, 122; B. BUZZO MARGARI, M. PIACENZA, *I sussidi al trasporto pubblico locale. Esperienze di regolamentazione a confronto*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, 581; G. GORLA, *Trasporti pubblici locali*, in *I servizi di pubblica utilità in Italia. Terzo Rapporto OSP*, Fondazione Rosselli Guerini e Associati, 1999; ISFORT, *Il trasporto pubblico locale oltre la crisi*, 1999; L. MONTANARI, A. ZARA, *Il trasporto pubblico italiano come business*, Milano, 2000; P. POLIDORI, *La valutazione dell'efficienza dei sussidi al trasporto pubblico urbano*, in *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, a cura di L. ROBOTTI, Bologna, 2002, 265-282

¹¹³ La norma prevede che *"al comma 1 dell'art. 18 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: Al fine di garantire l'efficace pianificazione del servizio, degli investimenti e del personale, i contratti di servizio relativi all'esercizio dei servizi di trasporto pubblico ferroviario comunque affidati hanno durata minimi non inferiore a sei anni rinnovabili di altri sei, nei limiti degli stanziamenti di bilancio allo scopo finalizzati"*. Pertanto, alla luce del fatto che il periodo transitorio era terminato il 31 dicembre 2007 e, quindi, le amministrazioni dovevano procedere obbligatoriamente tramite gara ad evidenza pubblica, con l'inciso *"comunque affidati"* la citata norma allunga aggira l'ostacolo, in quanto determina una durata dei contratti di 12 anni.

¹¹⁴ Cfr. AGCM, AS659 del 9 febbraio 2010.

ha evidenziato le carenze del quadro normativo attuale riguardante i servizi ferroviario regionale, regolati e sussidiati nell'ambito di contratti di servizio della stessa Trenitalia con le singole Regioni, tutti scaduti nel 2007 e oggetto di continue proroghe. Inoltre, va aggiunto che, spesso, le modalità prescelte nella predisposizione dei bandi hanno favorito il precedente gestore, in un contesto in cui sui risultati della gara pesa fortemente la scarsa disponibilità di materiale rotabile, circostanza che in alcuni casi può comportare un'ulteriore discriminazione a favore delle imprese già operanti. Le inefficienze regolatorie, pertanto, spiegano le insoddisfacenti condizioni di offerta dei servizi di trasporto ferroviario, lascinando in linea generale eccessivi spazi di autonomia alle sue condotte di impresa, con conseguenze rilevanti tanto ai fini dell'applicazione della legge a tutela della concorrenza e del mercato, quanto alle norme a tutela dei consumatori¹¹⁵. Secondo l'*Authority*, quindi, "appare necessario eliminare le disposizioni che innalzano le barriere all'entrata sul mercato da parte di nuovi operatori e disincentivano l'espletamento delle gare, quali quelle che vincolano la disponibilità di risorse pubbliche per le Regioni alla stipula di nuovi contratti di servizio con Trenitalia"¹¹⁶.

Tutte queste ragioni hanno avuto come conseguenza che, a tutt'oggi, i servizi ferroviari locali affidati tramite gara ad evidenza pubblica rappresentano un numero esiguo; ed anche ove si sia proceduto tramite procedura competitiva i risultati sono stati deludenti dal punto di vista della riuscita della procedura concorsuale. A livello regionale, infatti, l'elenco delle gare portate a termine, in tutta Italia, è alquanto modesto e tutte hanno visto come aggiudicatario l'attuale monopolista pubblico Trenitalia¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. AGCM, AS653, *cit.*

¹¹⁶ Cfr. AGCM, AS659, *cit.*

¹¹⁷ In Lombardia – Linea S5, pari a circa il 6% dei servizi ferroviari regionali, la gara è stata bandita nel 2004 e aggiudicata nel 2005 ad un raggruppamento di imprese formato dalle aziende già operanti in Regione (TRENITALIA, LeNORD e ATM), che però sono stati gli unici a presentare una offerta valida. In Emilia-Romagna l'intero servizio regionale anche in questo caso è stato aggiudicato ad unraggruppamento di imprese formato da TTRENITALIA, FER, ACT Reggio Emilia e ATC Modena; ovvero gli operatori preesistenti riuniti nel "Consorzio Trasporti Integrati". In Veneto, circa il 75% del servizio, la gara è stata aggiudicata a TRENITALIA insieme con SISTEMI TERRITORIALI, unica offerta valida e anche in questo caso operati preesistenti. E' stata invece annullata la gara in Liguria, risalente al 2004, per il fatto che le offerte pervenute (TRENITALIA e LeNORD) sono state considerate non ammissibili.