

STUDIO LEGALE Prof. Avv. Antonio Alberto AZZENA

Via Berlinghieri 20 - 56127 Pisa
c.f. zzznnl38p03i452i
p.iva 01441110507
avvocatoalbertoazzena@pec.it
tel. e fax 050-580360

Spett.le Autorità Portuale di Livorno
Scali Rosciano n.6/7
57123 Livorno

Alla Direzione Sviluppo ed Innovazione
Area Programmazione economica e finanza innovativa

Al Dirigente Responsabile
Gent.le Sign.ra
Dott.ssa Antonella Querci
querci@porto.livorno.it

e.p.c. Al Capo Area Programmazione Economica e Progetti Strategici
Egr. Sig.
Dott. Francescalberto De Bari
debari@porto.livorno.it

Parere *pro veritate*.

1 - Mi viene chiesto di esprimere parere *pro veritate* sui *principali elementi giuridici rilevanti per la predisposizione del Bando di gara e del Capitolato prestazionale relativo al “servizio di manovra ferroviaria” del porto di Livorno, che sarà assentito in concessione ai sensi dell’articolo 6, comma V della Legge 84/1994 così come modificato dal DM 14/11/1994.*

In particolare, mi viene richiesto di esprimere una valutazione giuridica che riguarda il suddetto servizio di interesse economico generale con particolare attenzione ai profili giuridici che interessano le sottoesposte problematiche:

- La possibilità di compartecipazione di Autorità portuale di Livorno a una società mista di gestione della manovra ferroviaria del porto, anche tramite conferimento di mezzi di trazione;
- Le condizioni per l’esercizio della concessione in atto in regime di proroga, verificando la possibilità giuridica di una revisione tariffaria per il contratto di concessione in atto;

- Le condizioni di partecipazione alla gara, ivi incluse le condizioni di capacità economico-finanziaria e tecnica;
- La procedura adottabile, in particolare se aperta o ristretta, e la possibilità di assentire la concessione sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa o secondo il criterio del massimo ribasso;
- Lo schema di Capitolato prestazionale dell'atto di concessione di manovra ferroviaria del porto di Livorno.

1. L'attuale contenuto del servizio di trazione nel porto di Livorno, oggetto del presente parere, ricomprende le seguenti attività: a) **attività di manovra di terminalizzazione**, consistenti nell'effettuazione della trazione di gruppi di carri omogenei dai binari di presa e consegna RFI, fino all'ingresso del terminal portuale e viceversa; b) le **attività di manovra di posizionamento**, consistenti nell'effettuazione della trazione dei singoli carri o gruppi di carri, compreso aggancio/sgancio e operazioni di alimentazione della condotta a.c. ai fini della sicurezza dell'esercizio all'interno dei binari operativi dei terminal portuali. Rimangono escluse le attività particolari e specifiche di manovra richieste per motivi organizzativi del terminal; c) la **manutenzione ordinaria e straordinaria** delle infrastrutture ferroviarie, in ambito portuale, su cui si svolge il servizio.

Nello specifico, tale servizio è stato considerato un **servizio di interesse generale da fornire a titolo oneroso agli utenti portuali, non coincidente, né strettamente connesso alle operazioni di cui all'art.16, 1° comma, l.84/94.**

Soprattutto in quanto il servizio ferroviario svolto nell'ambito dei porti è incluso in tale richiamata tipologia di servizio dal D.M. 04.04.1996 di integrazione del D.M. 14.11.1994.

2. In senso stretto, l'ambito territoriale sul quale attualmente viene erogato il servizio di trazione comprende i binari ubicati nell'ambito portuale di Livorno e più precisamente sul tratto di ferrovia che va dalla stazione di Calambrone ai singoli terminal ubicati in Darsena Toscana, nel Porto Nuovo e nel Porto Vecchio

di Livorno, e i singoli *terminal* ubicati in Darsena Toscana utilizzati dai diversi operatori portuali.

Allo stato, dunque, la nuova concessione che andrà a gara dovrebbe riguardare la medesima conformazione del servizio sebbene il quadro normativo si mostra in rapida evoluzione soprattutto a causa, come si dirà, della trasformazione delle AP in Autorità di Sistema, che potrebbe consigliare una pianificazione e coordinamento del servizio in maniera maggiormente coordinata con le altre Autorità interessate dall'accorpamento, predisponendo una strategia del servizio di area vasta.

Transitando, dunque, da un'ottica *localista* ad una *unitaria*.

3. Il servizio di “trazione ferroviaria” nel Porto di Livorno, in precedenza erogato da Trenitalia S.P.A, è attualmente gestito da Serfer Servizi Ferroviari Srl, con sede in Genova, via F. Rolla, n. 22/R, in forza di atto di concessione del 30 giugno 2003, posto in essere a seguito di gara per licitazione privata con bando pubblicato il 26/11/2002, attraverso cui APL ha affidato il servizio ai sensi dell'art.6, 1° comma, lett.c) della L.28/01/1994 n.84

Tale norma assegna, appunto, all'Autorità Portuale il compito di provvedere all'affidamento di tale tipologia di servizio **mediante gara pubblica**.

Ai sensi dell'art.15 del suddetto atto di concessione l'affidamento del servizio avrebbe dovuto aver scadenza in data 20/07/2007 “senza alcuna possibilità di tacito rinnovo”.

A quanto costa il contratto in discorso appare, dunque, scaduto e per l'assenza di un successivo atto di affidamento da parte di APL a Serfer Srl, tale servizio risulta essere tutt'oggi svolto *in via di fatto* dalla medesima Serfer Srl.

D'altra parte, è da rilevare come lo stesso art.15 dell'atto di concessione prevedeva al secondo comma, per evidenti ragioni di interesse generale, connesse soprattutto al principio della continuità del servizio, che “al termine della vigenza della convenzione e nelle more dello svolgimento della nuova gara per l'affidamento del servizio, l'Autorità Portuale si riservasse la facoltà di disporre la proroga della concessione e il Concessionario fosse tenuto ad assicurare la continuità del servizio fino all'individuazione del nuovo concessionario per un periodo, comunque, non superiore ad otto mesi”.

Il confronto tra le due disposizioni contrattuali, al di là dell'evidenza del dato letterale, mostra che la mancata attivazione di APL per procedere ad un nuovo affidamento, secondo le regole e utilizzando una delle possibili soluzioni ammesse dalle leggi, si sia protratta per un periodo di tempo effettivamente più lungo di quanto sarebbe stato opportuno.

Da questo punto di vista, si richiama l'attenzione sul fatto che apparirebbe senz'altro consigliabile adoprarsi al più presto per procedere a un nuovo affidamento del servizio.

Cosicché rispetto al quesito circa la “possibilità giuridica di una revisione tariffaria per il contratto di concessione in atto” in questa fase di proroga (di fatto), pare potersi rispondere in senso negativo non tanto perché, in effetti, nel corso degli anni ciò non sia giustificabile da un punto di vista economico.

Quanto perché, scaduta la concessione ed anche il ragionevole lasso di tempo previsto per l'espletamento di una nuova gara d'appalto (in merito alla distinzione tra «appalti» e «concessioni» di pubblici servizi si veda almeno Corte Giust., sentenza 10.11.2011, in causa C-348/10, *Norma-A SIA*, e Cons. St., sez. V, 3.5.2012, n. 2531), la natura dei contraenti, in particolare di APL, sembra escludere la possibilità di procedere a forme di contrattazione diretta con Serfer Srl in ordine ad un servizio che deve essere oggetto di nuovo affidamento da espletarsi con gara pubblica.

Tra i documenti di cui si è preso visione ai fini della redazione del presente parere vi è la comunicazione di Serfer del 5 maggio 2014, protocollata da APL in data 12 maggio 2014 al n.4717, che fa riferimento a una precedente comunicazione di APL del 14 aprile 2014 (prot.3743) con cui sostanzialmente si richiede ad APL, in ragione delle mutate condizioni del fatturato, dei costi di produzione del servizio, della intervenuta diseconomicità delle tariffe concordate dato il lungo lasso di tempo intercorso, di ulteriori oneri per il concessionario conseguenti alla nota di APL del 19/09/2013 n. 10002 etc., di “determinare in modo seppur temporaneo una soluzione di reciproco interesse che permetta il mantenimento del servizio ferroviario nel Porto di Livorno”.

In altri termini, una ri-contrattazione delle condizioni contrattuali.

A tale proposito occorre ricordare alcune circostanze che ruotano, appunto, sulla natura di APL quale contraente pubblico, obbligato ad esperire una gara per l'affidamento del servizio.

Come detto, il bilanciamento con il fondamentale principio, riconosciuto anche in

ambito europeo, della continuità del servizio di interesse economico generale erogato, consente, in astratto la proroga dell'affidamento fino all'esperimento della nuova gara, purchè tale proroga sia circoscritta ai tempi tecnici necessari alla verifica delle condizioni e all'effettivo esperimento della nuova gara nei modi previsti dalla legge.

Si segnala che proroghe ulteriori e diverse, non fondate sulle predette motivazioni, potrebbero essere considerate come vietate ed elusive delle norme nazionali ed europee sulle forme di affidamento del servizio e, più in particolare, rispetto alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica.

Per quanto attiene alle condizioni contrattuali, dunque, mentre paiono senz'altro ammesse clausole come la rivalutazione Istat, meno pacifica e forse vietata sembra invece la revisione delle condizioni tariffarie e quant'altro fosse diversamente concordato in sede di gara.

Vi sono numerose motivazioni che ostano a tale possibilità, non ultima la potenziale violazione del principio di parità tra i contraenti in ordine alle condizioni generali di erogazione del servizio come previste in sede di gara.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al caso in cui l'aggiudicatario risulti vincitore della gara in forza di un'offerta antieconomica, formulata nella consapevolezza di poter ridiscutere i termini di erogazione in una contrattazione diretta con l'amministrazione concedente.

E' pur vero, e non lo si vuol negare, che il lungo lasso di tempo intercorso dalla stipulazione del contratto originario possa aver avuto effetti negativi per ambo le parti del tutto imprevedibili e dipendenti dall'andamento del mercato, dai mutati standard qualitativi delle prestazioni inerenti il servizio etc.

Tuttavia, fatto salvo il recesso per inadempimento e violazioni contrattuali ma ovviamente anche per scadenza naturale della concessione, non pare possibile procedere ad una revisione dei termini contrattuali concordata tra le parti sia in corso di validità della concessione, sia, a maggior ragione, quando essa sia scaduta da diversi anni.

Tutto ciò premesso e considerato, pare potersi concludere per la necessità di addivenire in tempi brevi all'esperimento di una nuova gara pubblica per l'affidamento del servizio di trazione ferroviaria nel Porto di Livorno, mentre il regime transitorio potrà essere oggetto di regolazione mediante una negoziazione consensuale dei termini della risoluzione consensuale del rapporto in essere.

4. Rispetto alla questione del nuovo affidamento è opportuno stabilire quali possano essere i rapporti fra la Società concessionaria del servizio e l'Autorità Portuale e se la Società possa essere considerata come un soggetto che riceve una concessione di pubblico servizio.

Tale tematica si intreccia, come appare evidente, con il mutato quadro giuridico del servizio in oggetto rispetto al passato in cui FS agiva, sull'intero ambito nazionale, in regime di monopolio.

Situazione rimossa per l'effetto della direttiva 440/1991, che ha dato avvio alla liberalizzazione del settore del trasporto ferroviario.

Tale mutato quadro di riferimento ha consentito la presenza di una pluralità di vettori sulla rete e la ridefinizione dei compiti pubblici sulla stessa; compiti che hanno, con più decisione, mosso verso funzioni di tipo regolatorio.

L'attuale disciplina risulta, anche caratterizzata da specifici obblighi di informazione gravanti sul gestore dell'infrastruttura tenuto a pubblicare ed aggiornare un "prospetto informativo" sullo stato della rete, in modo tale che le imprese interessate alla gestione dei diversi servizi ferroviari siano sufficientemente edotte del potenziale economico del servizio in rapporto alle infrastrutture disponibili. Tale prospetto è oggi disciplinato dall'art.14 dlgs 112/2015, che recepisce come vedremo nel dettaglio più oltre, le indicazioni ed i principi contenuti nella direttiva 2012/34UE:

Art. 14

Prospetto informativo della rete

1. Il gestore dell'infrastruttura, previa consultazione delle regioni, delle province autonome e delle altre parti interessate, elabora e pubblica un prospetto informativo della rete, provvede al suo periodico aggiornamento e procede ad apportare le opportune modifiche ed integrazioni, sulla base delle eventuali indicazioni e prescrizioni dell'Organismo di regolazione, che possono riguardare anche le specifiche modalità della predetta consultazione.

2. Il prospetto informativo della rete descrive le caratteristiche dell'infrastruttura disponibile per le imprese ferroviarie e contiene informazioni sulle condizioni di accesso all'infrastruttura ferroviaria in questione. Il prospetto informativo contiene, inoltre, le informazioni sulle condizioni di accesso agli impianti di servizio connessi alla rete del gestore dell'infrastruttura e di fornitura dei relativi servizi o indica un sito internet in cui tali informazioni sono disponibili gratuitamente in formato elettronico.

3. *Il prospetto informativo della rete e' predisposto conformemente all'allegato V del presente decreto.*

4. *E' consentito ad ogni parte interessata di ottenere copia del prospetto informativo della rete, dietro presentazione di apposita domanda. Il gestore dell'infrastruttura puo' richiedere, a tal fine, la corresponsione di un contributo che non puo' eccedere le spese di pubblicazione del prospetto informativo stesso. Il contenuto del prospetto informativo della rete e' disponibile gratuitamente in formato elettronico sul portale internet del gestore dell'infrastruttura ed e' accessibile tramite un portale internet comune. Tale portale internet e' creato dal gestore dell'infrastruttura nel quadro della cooperazione di cui all'articolo 27.*

5. *Il prospetto informativo della rete e' pubblicato in lingua italiana ed in un'altra delle lingue ufficiali dell'Unione almeno quattro mesi prima della scadenza del termine per la presentazione delle richieste di assegnazione di capacita' d'infrastruttura.*

Rispetto alla situazione più generale che va profilandosi sembra, altresì, che nell'elaborazione delle linee guida per il nuovo affidamento non si possa prescindere tanto dalla transizione *in itinere* da AP ad Autorità di Sistema (e dunque da una logica monoscalo ad una multiscalo) di cui si dirà più oltre, quanto dalle indicazioni contenute nel *Piano Strategico Nazionale della Portualità e della Logistica* approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri in data 6 agosto 2015 su proposta del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che, nell'ottica di aggiornare e potenziare le finalità della legge 84/1994 offre precisi spunti orientati alla semplificazione e alla crescita.

Il che offre un nuovo quadro di riferimento entro il quale dovranno muovere i nuovi affidamenti dei servizi portuali da parte delle Autorità di Sistema.

In particolare l'Azione 3 del Piano rubricata “Misure per migliorare i servizi di trasporto ed aumentare l'accessibilità dei porti via terra e via mare”, al punto 3.1., detta “misure per la **semplificazione delle manovre ferroviarie** nei porti, al fine di snellire ed integrare i processi nei Terminal Container Ferroviari del Gruppo e nelle aree portuali, valorizzando ed estendendo il ricorso anche a sistemi esistenti, come la Piattaforma PIL. Si punterà alla definizione di nuovi scenari per la gestione della manovra da parte delle imprese ferroviarie, in particolare con il superamento della divisione tra manovra primaria e secondaria, favorendo lo sviluppo dell'intermodalità nell'ottica di: Favorire il mercato, utilizzando logiche concorrenziali per l'assegnazione delle concessioni dei servizi di manovra da parte

delle AdSP; Supportare la standardizzazione delle operazioni di manovra nei nodi logistici ferroviari presenti nel territorio nazionale, in genere caratterizzati da specifici Aspetti e fattori (caratteristiche strutturali e funzionali dell'impianto, numero e tipo di soggetti che vi operano); Semplificare l'accesso ai servizi infrastrutturali per favorire un utilizzo ottimale della capacità dei nodi logistici; Migliorare la qualità dei servizi offerti alle imprese ferroviarie mediante Introdurre modalità di gestione dei processi di manovra innovative e sicure attraverso le potenzialità messe a disposizione dalle tecnologie ICT; Favorire lo scambio delle informazioni logistiche durante tutte le fasi del processo di manovra rafforzando in questo modo le connessioni tra gli attori coinvolti nel trasporto ferroviario".

Principi che delineano in modo sufficientemente chiaro quale debba essere la fisionomia del nuovo servizio di interesse economico generale di trazione nel quadro del sistema della portualità e della logistica nazionale che va rapidamente ridisegnandosi intorno ai principi della concorrenza, della maggiore unitarietà del servizio, dell'intermodalità, dell'introduzione delle nuove tecnologie, del rafforzamento della qualità del servizio.

Peraltro, il servizio in discorso appare di fondamentale importanza in quanto inserito nel più ampio contesto del sistema della portualità e della logistica, all'interno del quale riveste un ruolo altamente strategico rispetto alla competitività complessiva dello scalo.

Il traffico via rotaia, infatti, gode di un particolare favor per questioni che attengono al governo del territorio, quali il minor impatto ambientale rispetto al trasporto via strada, ragioni economiche e geografiche (il traffico RO-RO può anche usufruire di incentivi come ecobonus e ferrobonus anche se, da questo punto di vista, il potenziamento della rete ferroviaria pare ancora procedere a rilento).

Da questo punto di vista il potenziamento del servizio di trazione nel contesto complessivo del miglioramento del processo di veicolazione delle merci dal Porto al luogo di destinazione è un fattore determinante per la possibile crescita dello scalo.

Cosicché l'*intermodalità* porto/ferrovia va crescentemente costituendo rilevanza affatto estranea alla concorrenzialità dello scalo in quanto una efficace connessione tra Porto e sistema ferroviario migliora sensibilmente il livello complessivo delle prestazioni del servizio portuale complessivamente inteso e,

dunque, l'appetibilità dello scalo per le imprese.

Il servizio di interesse economico generale di trazione portuale può così essere considerato un servizio altamente strategico su cui è necessario agire poiché razionalizzandone e migliorandone l'esercizio, si potranno conseguire effetti capaci di influire positivamente sul volume degli affari dello scalo.

Tanto più che, l'organizzazione del servizio da parte di APL, gli obblighi imposti sul concessionario, e le forme di gestione prescelte, oltre ad avere l'effetto di migliorare la qualità delle prestazioni rese e, dunque, la competitività dello scalo, avranno, altresì, l'effetto di accrescere il valore del servizio di trazione stesso, rendendolo più appetibile e remunerativo per il gestore.

Processo in cui risultano determinanti gli investimenti sulle infrastrutture del Porto ma anche e, soprattutto, di una linea ferroviaria capace di assicurare un più rapido trasferimento delle merci verso i luoghi di destinazione.

La posizione strategica del Porto di Livorno appare, infatti, capace di attrarre una maggior numero di utenti la cui propensione alla scelta dello scalo livornese in luogo di altre soluzioni, andrà a dipendere anche dalla effettiva disponibilità di servizi di alta qualità nello scalo, tra i quali un ruolo determinante può senza dubbio essere assegnato al servizio di trazione, nonché al contesto generale dei trasporti ferroviari regionali (e nazionali).

Per converso, una crescita dello scalo con l'arrivo di grandi navi "porta contenitori" potrebbe costituire un'occasione mancata se l'organizzazione e la gestione del servizio di trazione (e poi di indirizzo verso i luoghi di destinazione) si mostrasse scarsamente affidabile in quanto il fattore tempo del processo complessivo di consegna della merce è un fattore determinante per la scelta del percorso delle merci.

Una cattiva qualità del servizio di trazione ferroviaria influirebbe, dunque, in maniera negativa sul processo di crescita dello scalo che, al contrario appare potenzialmente favorito, ad esempio dalla sua posizione strategica.

Questo potrebbe, dunque, orientare la scelta delle imprese ad optare per soluzioni meno strategiche dal punto di vista geografico ma più attrezzate rispetto ai servizi e alle infrastrutture nella fase del processo di movimentazione della merce che va dall'arrivo nello scalo al luogo di destinazione.

Costi e tempi dell'intero processo che parte dalla partenza della merce alla sua consegna sono, infatti, i fattori che complessivamente orientano la scelta delle imprese.

Non è detto che un percorso più lungo debba essere scartato a priori quando, ad esempio, il risultato finale (ossia i tempi di percorrenza) siano di fatto accorciati rispetto all'utilizzo di scali, magari più prossimi, ma caratterizzati da inutile lentezza nel disbrigo delle pratiche burocratiche doganali, o, appunto, da un servizio di trazione ferroviaria inefficiente e di scarsa qualità.

Si comprende, così, che l'importanza del servizio in discorso vada ben oltre a questioni meramente attinenti alla propria struttura per coinvolgere ed influenzare profondamente le potenzialità di crescita dell'intero scalo o, meglio, degli scali che andranno a comporre il nuovo quadro di area vasta su cui insisteranno i poteri regolatori delle nuove Autorità di Sistema (vedi *infra*).

5. Al fine di consentire lo svolgimento del servizio in discorso, come visto, APL dovrà concedere al concessionario l'uso delle infrastrutture destinate all'esercizio del servizio di trazione.

Ci si deve chiedere se per effetto di queste concessioni il servizio possa essere ricostruito come concessione di un servizio pubblico oppure no.

Il problema ha ragione di porsi con riferimento all'art. 6, primo comma, lett. c), legge 84/1994, che affida alle Autorità Portuali, fra gli altri, le seguenti funzioni: "affidamento e controllo delle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale, non coincidenti né strettamente connessi alle operazioni portuali di cui all'articolo 16, comma 1, individuati con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge", e al d.m. 14 novembre 1994 che individua i servizi di interesse generale da fornire a titolo oneroso all'utenza portuale.

La questione deve essere risolta seguendo due direttrici. In primo luogo, si deve valutare l'oggetto della concessione e verificare se gli eventuali conferimenti possano essere interpretati come concessioni non di beni ma di un servizio pubblico.

In secondo luogo, si deve verificare se l'Autorità Portuale può legittimamente assegnare un servizio di interesse generale a una Società dalla stessa partecipata ed, eventualmente, in quale misura.

Deve essere preso in considerazione il divieto di cui all'art. 6, sesto comma, legge

84/1994, per il quale le Autorità Portuali non possono prendere parte alle operazioni portuali: “Le autorità portuali non possono esercitare, né direttamente né tramite la partecipazione di società, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse. Le autorità portuali possono costituire ovvero partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidati alle autorità medesime, anche ai fini della promozione e dello sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche”

La ragion d'essere di questo divieto è la necessità di preservare la neutralità delle Autorità Portuali rispetto agli interessi di natura commerciale che insistono sul porto.

Oltre a ciò, vi osta la previsione di cui all'art. 23, legge 84/1994. Il secondo comma di questa disposizione prevede: “Il personale delle organizzazioni portuali è trasferito alle dipendenze delle autorità portuali, in continuità di rapporto di lavoro e conservando il trattamento previdenziale e pensionistico in essere alla data del trasferimento nonché, ad personam, il trattamento retributivo, mantenendo l'eventuale importo differenziale fino a riassorbimento. Il personale di cui al presente comma che, successivamente alla determinazione dell'organico da parte di ciascuna autorità portuale, risulti in esubero è mantenuto alle dipendenze dell'autorità stessa in posizione di soprannumero ed è assoggettato, con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, sentita la commissione consultiva centrale, a mobilità secondo le procedure di cui agli articoli 32, 33, 34 e 35 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni, al fine di colmare le eventuali vacanze in organico che si possono determinare in altre autorità portuali”.

Il quinto comma prevede: “Le autorità portuali istituite nei porti in cui le organizzazioni portuali svolgevano i servizi di interesse generale di cui all'articolo 6, comma 1, lettera c) , possono continuare a svolgere in tutto o in parte tali servizi, escluse le operazioni portuali, utilizzando fino ad esaurimento degli esuberi il personale di cui al comma 2 del presente articolo, promuovendo anche la costituzione di una o più società tra le imprese operanti nel porto, riservandosi una partecipazione comunque non maggioritaria”. Dal combinato disposto del secondo e del quinto comma di questa disposizione, si può ricavare la norma per cui alle Autorità Portuali è consentito di gestire direttamente o indirettamente i servizi di interesse generale – in deroga al divieto generale di cui all'art. 6, sesto comma, legge 84/1994 – solo nel caso in cui utilizzino il personale riveniente

dalle organizzazioni portuali disciolte.

Si deve osservare che la dottrina ha accuratamente giustificato (e limitato) l'intervento delle Autorità Portuali nei servizi di interesse generale con riferimento all'assorbimento degli esuberanti rivenienti dalle disciolte compagnie portuali (in questi termini: F. Munari, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Dir. mar.*, 2004, 379, ove si sottolinea come in tal senso militi anche la prevista impossibilità di svolgere le suddette attività da parte di quelle Autorità i cui enti predecessori non erano impegnati nella erogazione di tali servizi).

Ci si deve, altresì, chiedere se sarebbe corretto che l'Autorità Portuale gestisse il servizio di interesse generale collegato al servizio di trazione tramite una società partecipata in misura maggioritaria e comunque interamente detenuta da soggetti pubblici secondo la giurisprudenza in materia di *in house providing*.

La giurisprudenza in materia di *in house providing* ha trovato un importante arresto nella Adunanza Plenaria 14/2007 con la quale il Consiglio di Stato ha chiarito, con valenza generale e quindi anche con riferimento ai servizi di interesse generale in ambito portuale, che: **(i)** l'*in house providing* si ha, sul piano materiale, quando una pubblica amministrazione produce direttamente i beni o i servizi di cui ha bisogno per raggiungere le proprie finalità istituzionali; **(ii)** il principio di trasparenza e non discriminazione vieta misure di vantaggio a favore di imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e delle imprese pubbliche; **(iii)** un ente pubblico può ricorrere a un soggetto giuridico diverso da sé per la produzione di beni e servizi solo se: **(a)** l'ente pubblico esercita su questo soggetto giuridico un controllo equivalente ("analogo") a quello che esercita sui propri organi interni; **(b)** il soggetto giuridico cui è affidata la produzione di beni e servizi svolge la parte prevalente della propria attività nell'interesse esclusivo dell'ente pubblico di talché "L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una «derivazione», o una *longa manus*, dell'ente stesso" e, nello stesso tempo, "Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l'ente affidatario sia distinto

dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale”.

L'affidamento *in house* costituisce una significativa restrizione all'operatività del libero mercato e quindi ai principi in materia di parità e non discriminazione perché, per un verso, sottrae agli operatori significative quote di mercato che vengono riservate ai soggetti individuati autonomamente dall'ente pubblico, e, per altro verso, consente a questi soggetti di godere di un vantaggio concorrenziale nel momento in cui operano sul libero mercato, poiché sono forti delle utilità che sono loro attribuite attraverso i contratti pubblici loro affidati senza gara (sul punto: Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719).

In generale (A.P. 14/2007), è indispensabile che vi sia: **1)** il così detto «controllo analogo a quello svolto sui propri servizi», necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria; **2)** un rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa “*in house*” e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare (cd. «destinazione prevalente dell'attività»).

In particolare, l'Adunanza Plenaria, con riferimento al «controllo analogo a quello svolto sui propri servizi», ha stabilito che “la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente” (vedi anche: C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);

d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

Questa giurisprudenza consente di ritenere legittimo che un soggetto pubblico eserciti direttamente un servizio di interesse generale nel caso in cui: **(i)** la sottrazione del servizio al mercato si giustifichi sul piano dell'interesse pubblico; **(ii)** la pubblica amministrazione eserciti sulla società che eroga il servizio di interesse generale un «controllo analogo a quello svolto sui propri servizi»; **(iii)** l'attività sociale sia strettamente limitata all'esercizio delle attività correlate alla fornitura del servizio di interesse generale che costituisce a un tempo la ragione d'essere della società e la giustificazione di una deroga al generale principio di libertà commerciale (cd. «destinazione prevalente dell'attività»).

Tutti questi principi meritano di essere considerati pienamente operanti nel caso di specie poiché hanno una derivazione unionale che mostra la loro prevalenza sul diritto interno che si ponga in eventuale, contrasto con gli stessi. Essi, inoltre, meritano di essere considerati estensivamente poiché i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto dell'Unione Europea, vanno interpretati restrittivamente (cfr. C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

D'altra parte, la più recente evoluzione del diritto comunitario, sembra mostrare maggiore disponibilità verso queste forme di gestione, proprio in un momento in cui la disciplina nazionale, come detto, aveva invece intrapreso la via più restrittiva.

La Direttiva 2014/23/UE della Commissione europea e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, pubblicata in GUUE, L 94/1, 28/03/2014, sembra, in effetti, rivisitare la propria concezione dell'*in house providing*, offrendo ampi margini di valutazione agli Stati membri.

Questa, oltre a prevedere la completa esclusione dal suo campo di applicazione del settore dei servizi non economici di interesse generale individuati dagli Stati membri, nonché di alcuni rilevanti servizi di interesse economico generale quali il servizio idrico integrato (cons. 40), riconosce altresì ampi poteri agli stati membri nel settore dei servizi di interesse economico generale: «È opportuno ricordare che gli Stati membri sono liberi di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale

ovvero come una combinazione di tali servizi. È altresì opportuno ricordare che la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche».

Anche la facoltà delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, affidare e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 allegato al TFUE e al trattato sull'Unione europea (TUE), dovrebbe restare impregiudicata» (cons. 6).

6. La disciplina dell'organizzazione e della gestione dei servizi pubblici, in particolare dei servizi pubblici locali, è affetta da specifiche problematiche, anche profondamente diversificate da settore a settore, ma in ultima analisi riconducibili al loro «dimensionamento» ottimale sul territorio e all'alternativa pubblico/privato per ciò che attiene alla loro gestione.

Tal problematiche, niente affatto estranee al servizio di cui si discute, dovranno essere tenute in debito conto soprattutto in considerazione del fatto che le condizioni che avevano portato all'approvazione della legge 84/94, che pure aveva mosso in senso innovativo verso la privatizzazione dei servizi portuali, sono oggetto di profondo ripensamento proprio nell'ultimo periodo, in cui la tendenza prevalente è quella dell'accorpamento delle AP presenti sul territorio e della conseguente ri-organizzazione di servizi e funzioni che andrà ad essere condivisa in un ambito territoriale più ampio rispetto al passato.

Dunque, se è pur vero che l'organizzazione del servizio in discorso e l'oggetto della gara riguarderanno il servizio ed i beni (demaniali e non) messi a disposizione nel Porto di Livorno, il concreto esercizio dello stesso dipenderà certamente dallo stato di attuazione del processo di accorpamento delle AP in corso, ma anche degli investimenti e della *governance* pubblica esterna al Porto di Livorno.

Pare ovvio, ad esempio, che eventuali investimenti sulla rete ferroviaria pubblica toscana, capaci di aumentare la propensione all'utilizzazione del Porto di Livorno, saranno fattori che influiranno sul valore economico del servizio.

E, dunque, sulle condizioni della gara in termini di maggiore capacità contrattuale di APL rispetto agli interlocutori privati e/o pubblici interessati allo svolgimento dello stesso, previa aggiudicazione della gara che verrà esperita.

Dunque, una *governance* più attenta e coordinata anche in senso multilivello risulterebbe senz'altro proficua in termini di crescita dello scalo.

Si pensi, a questo proposito, al già citato Piano della portualità che sollecita, appunto, l'adozione di “misure per la promozione dello sviluppo dei traffici Ro-Ro e delle Autostrade del Mare attraverso l’aggregazione e l’incentivazione della domanda di trasporto merci, anche attraverso l’elaborazione ed il finanziamento di progetti di logistica integrata di area e di reti a carattere locale” (punto 3.5).

Ma anche al parimenti già menzionato art.8 lett.f) l.124/2015: che delega il Governo a provvedere alla “riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, con particolare riferimento al numero, all’individuazione di autorità di sistema nonché alla *governance* tenendo conto del ruolo delle regioni e degli enti locali e alla semplificazione e unificazione delle procedure doganali e amministrative in materia di porti”.

D'altra parte è pur vero, che in questo specifico senso avevano mosso, tra gli altri provvedimenti, l'*Intesa generale quadro tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la Regione Toscana del 18 aprile 2003*, l'*Atto Aggiuntivo alla Intesa Quadro tra Governo e Regione Toscana per l'integrazione del 6° Programma delle infrastrutture strategiche e della proposta del 7° programma delle infrastrutture strategiche del 22 gennaio 2010*, l'*Integrazione a tale ultimo Atto per il congiunto coordinamento e la realizzazione delle infrastrutture strategiche con indicazione delle principali priorità del 2001*.

Dunque, il cammino positivamente avviato trova ulteriore conferma e sviluppo nei recenti provvedimenti normativi richiamati.

7. Stanti queste premesse legate alla *governance* pubblica e alla sua più recente evoluzione, si mostra evidente che l'organizzazione del servizio di trazione non potrà non risentire di tale nuovo corso delle politiche pubbliche, cosicchè i percorsi di intesa già avviati, per lo meno a livello toscano, dovranno essere implementati in un ottica che sta rapidamente muovendo da un sistema mono-

scalo ad uno multiscalo.

In ambito nazionale, le problematiche della privatizzazione (e della concorrenza per l'assegnazione del servizio) e della dimensione territoriale dello stesso sono connesse alla funzione principale dei servizi pubblici, *ex art. 43 Cost.* (art. 2, e 3, secondo comma, Cost.), ossia il perseguimento dell'utilità generale e la promozione dei diritti economici e sociali.

Finalità, peraltro, ormai annoverate anche tra i principi fondamentali dell'ordinamento europeo (la doppia anima dei servizi pubblici europei tra funzione sociale e rispetto, per quanto possibile, delle regole generali in tema di concorrenza è richiamata da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 366 ss. Sulla necessità che le autorità nazionali tengano conto delle diverse esigenze dei pubblici servizi sul territorio nel provvedere all'individuazione, disciplina e organizzazione degli stessi si deve, invece, richiamare il Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona), che tende a ricondurre la categoria a quella dei «servizi di interesse economico generale»

Tali servizi come, appunto, il servizio di trazione, soprattutto in fase di liberalizzazione, devono essere accompagnati dalla garanzia del rispetto di stringenti «obblighi di servizio pubblico» relativi ad accessibilità, distribuzione sul territorio, qualità capaci di dar luogo a «compensazioni» non incompatibili con il diritto comunitario in materia di aiuti di stato quando proporzionali alle spese sostenute dalle imprese che se ne fanno carico (G. Caia, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, Treccani, 2013).

Il che rende più facilmente spiegabile l'anzidetto *revirement* comunitario sulla più ampia ammissibilità degli affidamenti *in house providing* che caratterizza la recente direttiva concessioni n. 23/2014 rispetto alle stesse tendenze del legislatore nazionale, peraltro censurate dalla Consulta (Corte cost., Sentenza del 17/07/2012, n. 199, in G.U. 25/07/2012).

In questo senso, l'ambito territoriale di erogazione del servizio, in modo che esso possa più utilmente raggiungere i propri scopi, è una tematica centrale che investe altresì questioni di struttura dell'amministrazione, nel caso di specie il numero e le funzioni delle AP che secondo quanto già disposto nella legge 124/2015 (legge Madia) e nel recente Piano della portualità, saranno sottoposte ad un corposo processo di accorpamento che non mancherà di produrre effetti sulla maggiore unitarietà delle funzioni e dei servizi di interesse economico generale, in ordine ai quali le nuove Autorità di Sistema svolgeranno le proprie attribuzioni.

L'individuazione di quelli che sono stati definiti da tempo come «ambiti territoriali ottimali» che consentano la migliore gestione dei servizi pubblici (L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2013, 200-213), presenta nodi problematici di non agevole soluzioni.

Tali problemi sono determinati, innanzi tutto, dall'estrema varietà delle attività di pubblico servizio che ha indotto a differenziare le scelte intervenendo per settore, dalla conformazione non uniforme dei singoli territori, dalle innovazioni tecnologiche che incidono con una certa frequenza sulle modalità di erogazione di taluni servizi; concause queste che, attesa la magmaticità del settore, obbligano a periodici ripensamenti sulla permanente validità delle scelte adottate.

Ciò che appunto sta avvenendo nel settore della portualità e della logistica, nella misura in cui esso è chiamato a razionalizzare le forme di intervento pubblico in modo maggiormente orientato alle nuove esigenze richieste per una maggior competitività e, dunque, per la crescita economica dei porti nazionali.

La disciplina dei servizi pubblici, anche nelle più recenti evoluzioni della nozione a livello giurisprudenziale, presuppone la presenza di fonti di rango primario poste a presidio dell'interesse pubblico perseguito a favore della collettività (Cons. St., sez. VI, 12.10.2012, n. 5268) che si riversano su un sistema in cui campeggiano, all'interno di un equilibrio invero incerto con la tendenza all'espansione delle competenze statali soprattutto «trasversali», (F. Merloni, *Inattuazione del Titolo V e fallimento della via statutaria all'autonomia regionale. Moriremo tutti centralisti?*, in *Ist. fed.*, 2011, 69 ss), la competenza residuale delle regioni e regolamentare degli enti locali (Corte cost., sent. 199/2012, cons. 5.1, che, pur nel non facile intreccio almeno con le competenze statali di tutela della concorrenza ex art. 117 lett. e) Cost. e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117 lett. m) Cost., statuisce che: «Così argomentando, le Regioni hanno fornito una sufficiente motivazione in ordine ai profili della “possibile ridondanza” sul riparto di competenze della denunciata violazione, evidenziando la potenziale lesione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali (e della relativa competenza regolamentare degli enti locali) che deriverebbe dalla violazione dell'art. 75 Cost.». Si citi, a questo proposito, anche Corte cost., sent. 272/2004, che ammette ampiamente l'intervento statale sull'apertura del settore del servizio pubblico locale alla concorrenza rigettando la distinzione limitativa tra «tutela» e «promozione» della concorrenza. Si veda anche R. Bin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie.*

Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in Scritti in memoria di Livio Paladin, Napoli, Jovene, 2004).

La connessione che si instaura tra disciplina dei servizi pubblici e disciplina regionale e regolamentare degli enti locali e delle altre istituzioni come le AP chiamate a regolarne l'esercizio, anche indipendentemente dall'anzidetta vicenda che ha portato all'annullamento dell'art. 4 d.l. 13 agosto 2011, n. 138 come convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148 e successive modificazioni da parte del Giudice delle leggi, rende evidente lo stridere tra le esigenze di fluidità dell'organizzazione dei pubblici servizi e la relativa stabilità soprattutto dimensionale degli enti locali e delle altri enti pubblici chiamati a sovrintendere alla gestione e organizzazione degli stessi, tanto che, nel presente, lo sviluppo di tali attività è stato direttamente collegato ad una «riorganizzazione degli ambiti territoriali di riferimento (a livello sovracomunale) e l'accorpamento delle gestioni in relazione a bacini di utenza più vasti così da rendere più efficiente la gestione attraverso economie di scala» (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 379).

L'originario «dimensionamento» che caratterizzava l'assetto più risalente dei pubblici servizi, particolarmente di quelli a rete, facendo perno intorno al territorio provinciale è andato progressivamente incrinandosi, sostituito dal tentativo d'individuare (diverse) aree territoriali uniformi e omogenee per esigenze e necessità.

Ciò ha ulteriormente reso evidente l'incoerenza (quando non la totale assenza di un disegno) del riparto «geografico» e «funzionale» degli enti territoriali, alcuni dei quali devono la propria genesi addirittura alle fasi preunitarie (F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 320), sia in Assemblea Costituente che nelle riforme successive.

Incoerenza che ha afflitto tanto i comuni (si pensi al non ancora risolto problema dei comuni «polvere» o «Lilliput» come il fenomeno è stato, più di recente, definito in contrapposizione al problema diametralmente opposto dei comuni «megalopoli»), quanto le province, senza lasciare peraltro indenni le stesse regioni la cui effettiva utilità è stata a più riprese messa in discussione. Il che ha finito, altresì, per determinare negative ricadute sul «governo» dei servizi pubblici e la prolungata scarsa proliferazione delle norme comunitarie nel settore.

Così che l'organizzazione di questi è stata per lo più disattenta nei confronti dell'effettiva qualità ed economicità dei singoli servizi, e le relative discipline

sono state a lungo impermeabili alla penetrazione delle regole, soprattutto europee, tendenti a rafforzare l'ingresso della concorrenza e a meglio definire obiettivi e caratteristiche imprescindibili del servizio pubblico universale (v. G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002) a vantaggio dell'utenza (M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 505 ss.).

La riorganizzazione del servizio di trazione si pone all'interno di queste medesime problematiche in un intreccio in cui si dovrà tener conto sia del processo di accorpamento in corso, sia delle ricadute sul servizio di RFI e dell'azione degli altri enti pubblici detentori di funzioni sul governo del territorio.

Sulla base di queste considerazioni, mentre sembra assai complesso – sebbene potenzialmente meritevole di approfondimento – lo svolgimento del servizio *in house* da parte dell'Autorità Portuale e altrettanto complicata l'autoproduzione del servizio da parte degli utenti, i quali polverizzerebbero lo svolgimento del servizio stesso complicandone l'unitarietà, secondo le considerazioni che si sono svolte, è sicuramente possibile sia prefigurare una gara per l'affidamento del servizio sia socializzare i beni necessari allo svolgimento del servizio e svolgere una gara per la selezione del socio privato.

Sono le due alternative classiche che si pongono nell'affidamento di un servizio pubblico e che sicuramente possono essere approfondite.

Più interessante potrebbe essere l'approfondimento della costituzione di un consorzio fra tutti gli operatori che si giustifichi con la possibilità di autoproduzione del servizio e perciò della possibilità di autoprodurre congiuntamente il servizio sotto la supervisione dell'Autorità Portuale che vi parteciperebbe mediante il conferimento della concessione dei beni necessari.

Sono tutte alternative che si prestano a un adeguato approfondimento secondo le linee strategiche che potranno essere elaborate dall'Autorità.

8. Alcune ulteriori osservazioni possono riguardare la natura, piuttosto controversa (per un ventaglio di posizioni sul tema: M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, in *Foro amm. I Tar*, 2007, 2966, cui *adde* M. Grigoli, *Riflessioni su un primo modello operativo circa l'assetto del nuovo ordinamento portuale*, in *Dir. mar.*, 1996, 635 ss.; A.

Xerri Salomone, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998; D.M. Traina, *Porti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di M.P. Chiti e G. Greco), II, Milano, 1999, 975 ss.; S.M. Carbone, *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. Unione Europea*, 1/2000, 1 ss.; G. Taccogna, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2000; M. Maresca, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001; S.M. Carbone, F. Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006; A.M. Citrigno, *Autorità portuale. Profili organizzativi e gestionali*, Milano, 2003), delle Autorità Portuali.

Secondo la dottrina, nel modello introdotto dalla l. n. 84/1994 l'Autorità Portuale si pone come il soggetto regolatore, competente a selezionare e amministrare le attività di impresa operanti nel proprio ambito di competenza, sia mediante il rilascio di autorizzazioni e concessioni, sia attraverso l'esercizio delle attività di polizia amministrativa sugli stessi, verificando fra l'altro i livelli minimi di qualità dei servizi: "In altri termini, almeno nelle intenzioni del legislatore, il ruolo affidato all'autorità portuale è quello di amministratore autonomo ed imparziale dei beni e delle attività connesse alla vita del porto, ruolo cui è chiamato a rispondere attraverso l'esercizio di funzioni di regolazione e vigilanza del mercato concorrenziale delle operazioni e servizi portuali, nonché di programmazione e promozione della efficienza e competitività dell'ambito portuale di riferimento nel suo complesso" (così, M. Calabrò, *Il controverso inquadramento giuridico delle autorità portuali*, in *Foro Amministrativo - T.A.R.* (II), fasc.9, 2011, pag. 2923).

In questo prisma, diventa molto complesso affidare alle Autorità Portuali compiti di natura operativa e la dottrina ha più volte segnalato l'irrazionalità dell'affidamento alle medesime dei servizi di interesse generale secondo quanto consentito dall'art. 23, legge 84/1994 (sulla questione: G. Vermiglio, *Autorità portuale*, in *Enc. Dir. Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, 198 ss.; A.M. Citrigno, *Autorità portuale. Profili organizzativi e gestionali*, cit., 110 ss.; A. Romagnoli, *L'autorità Portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, 2003, 79 ss.; G. Acquarone, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle Autorità portuali*, in *Dir. mar.*, 2008). Si è infatti acutamente osservato come il processo di liberalizzazione delle operazioni portuali rischi — in determinati contesti — di non trovare concreta attuazione, "dove vi sia un concessionario unico delle banchine portuali, che finisce per costituire un nuovo monopolio

privato rispetto a quello pubblico prima esistente” (F. Manganaro, *Il porto da «!bene demaniale!» ad «!azienda!»*, in *Dir. econ.*, 2008, 269).

In un noto caso in cui era questione della legittimità della concessione a una società controllata dall’Autorità Portuale di Trieste di un terminal, la Corte dei Conti (Corte dei Conti, sez. controllo, determinazione n. 109/2010 - Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria dell’Autorità Portuale di Trieste per gli esercizi 2007 e 2008) ha sottolineato come “eventuali interferenze dell’Autorità, tramite società controllate, nello svolgimento di attività non direttamente collegate ai compiti di istituto, oltre al rischio di contenziosi che rallenterebbero il normale esercizio dei poteri dell’Autorità stessa, ostacolerebbero il perseguimento del principale obiettivo posto dal legislatore del 1994, che è quello della netta separazione tra i compiti delle Autorità portuali, enti pubblici non economici, e le iniziative riservate alla libera concorrenza”.

Anche il Consiglio di Stato aveva avuto modo di pronunciarsi sul medesimo profilo, dichiarando l’illegittimità di una delibera dell’Autorità Portuale di Genova, con la quale si era provveduto al rilascio di una concessione demaniale e di servizi per la realizzazione di un terminal ad una società partecipata dallo stesso ente: il divieto di esercitare operazioni portuali ed attività ad esse connesse trova applicazione “indipendentemente dal possesso da parte delle Autorità portuali di una quota di maggioranza o di controllo della società mista” (Cons. St., sez. VI, 1 settembre 2000, n. 4656, in *Giur. It.*, 2001, 623, nonché in *Urb. e app.*, 2001, 658, con nota di B. Mameli, *Le S.p.A. miste nella legge di riforma in materia portuale*). Di conseguenza, l’Autorità Portuale non ha alcun titolo per intervenire nel settore dei servizi di interesse generale, ad eccezione di quanto previsto dall’art. 23, quinto comma, legge 84/1994 e sin tanto permangano gli esuberanti provenienti dalle disciolte Compagnie Portuali.

Al contrario, si deve ritenere che la stessa natura soggettiva dell’Autorità Portuale come soggetto chiamato a regolare e garantire il corretto funzionamento del mercato all’interno dei porti impedisca di esercitare i servizi di interesse generale e questo soprattutto nel caso in cui tali servizi siano erogati da soggetti che esercitano anche attività prive di una consistenza pubblicistica.

Tutto ciò non può non essere misurato con le prospettive *de iure condito* e *de iure condendo*, aperte dal Piano della Portualità, dalla recente legge (delega) 124/2015, c.d. legge Madia, nonché dalla riforma costituzionale *in itinere* che, nel ridisegnare la *governance* portuale paiono comportare ponderosi effetti anche

sulla organizzazione dei servizi portuali di interesse generale, che vedranno assegnare alle nuove Autorità Portuali, il compito di ripensare i diversi servizi, e dunque anche quello di trazione ferroviaria, in un ottica territoriale allargata.

Tali principi, attraverso i quali si intende dare una dimensione più organica al sistema della portualità e della logistica, mirano a realizzare, come detto, una consistente riduzione del numero delle Autorità Portuali, con una mutazione del *nomen iuris* in Autorità di Sistema Portuale (art.8, lett.f., l.124/2015), il rafforzamento delle competenze statali, la riforma del Piano Regolatore Portuale (PRP), destinato a divenire Piano Regolatore del Sistema portuale (PRSP) e riguardare, dunque, non il singolo porto ma l'intero ambito di "area vasta" che interessa gli scali e gli enti locali ricompresi nel sistema.

Parte importante di questo processo riorganizzativo della *governance* pubblica della portualità e della logistica è, dunque, rappresentato dalla riduzione/accorpamento delle Autorità Portuali esistenti che da ventiquattro passerebbero ad un numero compreso tra otto e tredici.

Secondo il Piano, in tali nuovi soggetti, denominati, appunto, Autorità di Sistema Portuale "potranno essere concentrate tutte le principali funzioni di promozione, pianificazione, gestione e controllo oggi attribuite alle Autorità Portuali, ed in particolare tutte quelle previste in capo all' «Ente di gestione del porto» dalla proposta di Regolamento UE in materia di servizi portuali (COM 2013/296 def.), con evidenti economie di scala, oltre che un sicuro recupero di efficacia, per alcune di esse (attività di promozione; attività di pianificazione; attività di carattere tecnico)".

La riorganizzazione sistemica, così come previsto nel Piano, prevede poi ulteriori elementi di semplificazione per così dire per "accentramento delle decisioni e della pianificazione delle strategie di settore" prima di tutto perchè sottintende il passaggio da un sistema monoscalo ad uno multiscalo, e non secondariamente perchè attribuisce la nomina del Presidente dell'Autorità di sistema direttamente al Ministro per le infrastrutture "sentite le regioni interessate".

La semplificazione della struttura organizzativa e decisionale dell'AdSP, sarà poi completata dal "Comitato di Gestione (che) sarà composto, oltre che dal Presidente, da ulteriori membri nominati uno ciascuno dalle Regioni interessate e, ove presenti, dalle città Metropolitane (art.5.2.1 lett.d del Piano); e dai "Direttori delle Direzioni Portuali (che) saranno nominati dal Presidente, sentito il Comitato di Gestione dell'AdSP, per una durata pari a quella del Presidente stesso; (che)

parteciperanno al Comitato, ma senza diritto di voto”; al Comitato di Gestione sarà poi “invitata altresì l’Autorità Marittima, che partecipa, senza diritto di voto, nei soli casi in cui è competente *ratione materiae*, secondo il disposto normativo”; viene anche prevista “la creazione in ciascuna AdSP di un Tavolo di Partenariato della Risorsa Mare, ed in ciascuna DP di un Comitato di Cluster Marittimo con funzioni consultive di partenariato economico-sociale, in cui siano presenti i rappresentanti delle categorie di settore interessate, delle associazioni datoriali e delle forze sociali” (art.5.2.1 lett.d del Piano).

Tale nuova prospettiva che si affaccia con decisione sul sistema della portualità impone, dunque, di tener conto di un ambito territoriale del servizio in questione che sembra allargarsi, almeno per l'effetto del processo di accorpamento nelle nuove Autorità di Sistema. Ciò renderà necessarie ulteriori riflessioni sul nuovo e diverso contenuto del servizio il cui affidamento, pur nel rispetto delle diverse peculiarità territoriali e delle infrastrutture (binari, binari elettrificati, etc.), dovrà senz'altro tener presente la transizione da un'ottica monoscalo ad una multiscalo e, dunque, verificare la possibilità e le potenzialità di una gestione unitaria e coordinata del servizio di trazione.

In ordine a tutto ciò la necessità di un approccio che valorizzi il contributo dei territori, in particolare degli ambiti regionali e delle autorità che ivi insistono, pare ancora rivestire un ruolo di primo piano.

Il principio è stato affermato nella recentissima sentenza della Corte costituzionale n.261/2015 la cui genesi merita di essere brevemente ripercorsa.

La questione riguardava un ricorso della Regione Campania sulla legittimità dell’art. 29, comma 1, del Decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (*Misure urgenti per l’apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l’emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*).

La norma impugnata prevedeva che “Al fine di migliorare la competitività del sistema portuale e logistico, di agevolare la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione dell’intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all’accorpamento delle Autorità portuali esistenti, da effettuare ai sensi della legge n. 84 del 1994, è adottato, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, entro 90 giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, previa deliberazione del Consiglio dei

ministri, il piano strategico nazionale della portualità e della logistica. Lo schema del decreto recante il piano di cui al presente comma è trasmesso alle Camere ai fini dell'acquisizione del parere delle competenti Commissioni parlamentari. Il parere è espresso entro trenta giorni dalla data di assegnazione, decorsi i quali il decreto può essere comunque emanato”.

Con la sentenza appena citata, la Consulta dichiara l'incostituzionalità dell'articolo nella parte in cui non prevede che il piano della logistica sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Riaffermando, dunque, un principio che sarà destinato ad influenzare il pur recente indirizzo delle politiche pubbliche e delle riforme legislative anche costituzionali, in corso che tende a far prevalere l'opposto valore della ricentralizzazione delle decisioni (e della spesa) in tema di portualità e logistica.

Gli obiettivi di ricentralizzazione, semplificazione, coordinamento, accorpamento del sistema della portualità dovranno, dunque, tener conto, del mantenimento di un certo margine di contrattazione con i livelli e le autorità locali di governo.

In questo contesto la confluenza delle AP nelle Autorità di sistema darà senz'altro vita ad interlocutori di “area vasta” maggiormente capaci di interfacciarsi con il centro, e cui sarà assegnato il compito di riorganizzare *governance* e servizi portuali secondo principi tra i quali spiccano l'informatizzazione delle procedure, la semplificazione, l'intermodalità, la pianificazione, la concorrenza.

La rilevanza delle istituzioni periferiche è, dunque. Almeno indirettamente affermata dal Giudice delle leggi che nel mancato coinvolgimento delle Regioni nelle procedure di adozione del piano strategico rileva una violazione degli artt. 117, c.3, e 118, cc 1 e 2, Cost., nonché la violazione del principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost.

Di particolare interesse il punto 3 della citata sentenza in cui si afferma che “nel caso in esame, oggetto della disposizione impugnata è la predisposizione di un piano strategico nazionale volto ad accrescere la competitività del sistema portuale e logistico marittimo italiano, e ad agevolare «la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità portuali esistenti». La sussistenza di un'esigenza di esercizio unitario della funzione di pianificazione ora indicata, idonea a giustificare la sua attrazione a livello statale, non è contestata dalla Regione ricorrente. Quest'ultima si duole,

invece, specificamente del fatto che non sia prevista alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni nelle procedure di adozione del piano: aspetto sul quale la norma censurata rimane, in effetti, completamente silente. Al riguardo, non può essere seguita la tesi della difesa dello Stato, secondo la quale le istanze delle Regioni sarebbero adeguatamente salvaguardate dal richiamo alla legge 28 gennaio 1994, n. 84 (Riordino della legislazione in materia portuale), operato dalla norma denunciata al fine di identificare le modalità di effettuazione degli interventi di razionalizzazione, riassetto e accorpamento delle autorità portuali esistenti. Da un lato, infatti, tali interventi rappresentano solo una delle direttrici del piano strategico nazionale prefigurate dalla disposizione impugnata. Dall'altro lato, e comunque, la legge n. 84 del 1994 si limita a prevedere forme di partecipazione delle Regioni a specifiche attività – quali, ad esempio, il parere sullo schema di decreto ministeriale relativo alla classificazione dei porti, l'intesa relativa alla nomina del presidente dell'autorità portuale o la partecipazione del presidente della giunta regionale interessata o di un suo delegato al comitato portuale (artt. 4, comma 5, 8, comma 1, e 9, comma 1, lettera e) – che non possono essere considerate in alcun modo equivalenti al coinvolgimento, nella forma dell'intesa, nella predisposizione del piano strategico nazionale di cui si discute”.

Dal che discende, come si è appena detto, che nella nuova ottica *multilevel* in cui, in effetti, le competenze statali vanno espandendosi, le specificità territoriali conservano un ruolo che potrebbe accrescersi con la trasformazione delle AP in Autorità di Sistema che, così come disegnate anche nei rapporti con gli altri enti locali e nazionali, potranno acquisire un ruolo di maggiore influenza rispetto ai processi decisionali inerenti l'*area vasta* Toscana.

Anche queste linee di tendenza, così sommariamente descritte, confermano che i servizi di interesse economico generale in ordine ai quali le odierne AP, in particolare l'Autorità Portuale di Livorno, esercitano le loro funzioni stanno conoscendo una fase di profondi cambiamenti.

Ciò induce a ritenere che APL, nella fase del nuovo affidamento del servizio di trazione ferroviaria portuale, oltre che ispirarsi ai principi generali richiamati nelle pagine che precedono, dovrebbe tendere a ripensare le caratteristiche del medesimo servizio nel nuovo quadro dell'Autorità di Sistema e del relativo ambito territoriale di area vasta.

9. Come si è detto la necessità di addivenire, in tempi brevi alla nuova assegnazione del servizio di trazione ferroviaria nel Porto di Livorno da parte di APL, ovvero nel futuribile quadro della nuova Autorità di Sistema che va prendendo forma, non può prescindere oltre che dalla revisione e dall'aggiornamento delle condizioni di erogazione del servizio, dalla considerazione del mutato quadro giuridico di riferimento che è andato modificandosi nel corso del tempo.

Mutazione che ha interessato la disciplina nazionale soprattutto per l'effetto del notevole influsso esercitato su di essa dalla normativa europea.

Con ricadute di rilievo ancor più rilevante a causa del considerevole lasso di tempo intercorso dal precedente affidamento del servizio di interesse economico generale di cui si va discutendo in queste pagine.

Rispetto a ciò merita, dunque, far cenno alla più recente evoluzione del diritto europeo in materia, non solo perchè l'attuale processo di riassetto normativo nazionale della portualità e della logistica trae profonda ispirazione dal diritto europeo, ma anche perchè la lenta ma inarrestabile sovrapposizione "silente" della costituzione economica europea a quella nazionale determina una rilevante influenza delle norme sul sistema nazionale indipendentemente dalla loro puntuale ricezione.

Senza poter, in questa sede, approfondire oltre la questione, basti a questo proposito far riferimento alla migliore dottrina che ha ormai da tempo osservato che, nella materia che comprende la prestazione dei servizi di interesse economico generale, ossia il diritto pubblico dell'economia, l'ipotetico "bevitore di libri" straniero che volesse ricostruire il diritto nazionale italiano mancherebbe completamente il proprio obiettivo ove rivolgesse la propria attenzione alle sole norme nazionali, senza provvedere a consultare anche gli scaffali contenenti le norme europee di settore (F. Merusi).

A conferma di ciò si pensi alla rivoluzione concettuale che ha interessato l'art.43 Cost. (a Costituzione invariata, e per l'effetto del diritto europeo) la cui interpretazione ha transitato da un netto *favor* pubblicista dell'organizzazione del pubblico servizio ad uno decisamente pro-concorrenziale.

Quanto succintamente appena evocato non manca di produrre riflessi sul servizio di trazione ferroviaria che, in quanto servizio di interesse economico generale non si sottrae, come ormai la quasi totalità del pubblico servizio, alla nuova concezione che individua nella concorrenza tra imprese la forma di

organizzazione più congrua a realizzare le finalità economiche e sociali sottese ai pubblici servizi.

Di tal che, va sottolineato che la stessa figura della concorrenza per il mercato come ipotesi, anch'essa di matrice europea, spesso evocata al fine di garantire la concorrenza nella scelta del concessionario nelle attività in qualche modo non liberalizzabili, deve essere considerata secondaria rispetto alla priorità, quando ciò non sia impedito da specifici obiettivi altrimenti irrealizzabili, di aprire alla concorrenza delle imprese nel mercato.

E' pur vero che per tradizione, come nel caso della direttiva che verrà menzionata subito appresso, l'Unione lascia agli Stati membri la facoltà di decidere quando le deviazioni dagli schemi concorrenziali siano giustificate da motivazioni di interessi generali, ma ciononostante il *favor* per l'apertura al mercato pare ormai inarrestabile.

Rispetto alla materia che qui interessa, la Direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico (rifusione), ha provveduto a riunire in un unico atto le precedenti norme comunitarie che interessavano il settore (Cons.1: la direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, la direttiva 95/18/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie, e la direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, hanno subito sostanziali modificazioni. Poiché sono necessarie ulteriori modifiche, è opportuno provvedere, per ragioni di chiarezza, alla loro rifusione e riunione in un unico atto).

Tale direttiva è entrata (ufficialmente) in vigore in Italia con l'emanazione del Decreto Legislativo 15 luglio 2015, n. 112 recante, appunto "Attuazione della direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico (Rifusione), pubblicato in GU n.170 del 24.7.2015.

La disamina della direttiva consente di meglio individuare i principi cardine dell'Unione in materia di sistema e servizi ferroviari, ed i compiti affidati ai Governi degli Stati membri al fine di realizzare tali obiettivi.

Nello specifico, la direttiva riconosce che quello ferroviario costituisce un settore particolare del pubblico servizio che necessita di un quadro normativo che, attento

alle sue peculiarità, ne consenta lo sviluppo.

A questo proposito il considerando 3 della direttiva afferma che “è opportuno migliorare l’efficienza della rete ferroviaria affinché tale rete si integri in un mercato competitivo, tenendo conto degli aspetti specifici delle ferrovie”.

Sul piano generale, invece, la peculiarità del settore rende necessario che il processo di liberalizzazione dei servizi ferroviari sia accompagnato da misure specifiche di settore che ne favoriscano l’affermazione.

Per quel che qui riguarda, ne discende che la gara per l’affidamento del servizio di trazione ferroviaria dovrà essere concepita in modo che la possibilità di partecipazione da parte di imprese anche straniere interessate al servizio sia la più ampia possibile, garantendo non solo un’astratta ma anche la concreta partecipazione delle imprese europee.

Si pensi incidentalmente, a questo proposito, almeno alle più recente norme europee che introducono un sistema informatizzato comune delle procedure di gara e l’unificazione delle stazioni appaltanti (Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, in GUCE, 28.03.2014, L 94/65; sul tema M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza, in astrid Rassegna*, 19/2015; G.M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in AA.VV, *Italia decide. Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 2015). Rispetto a questo principio ad esempio la tendenza “uniformante” è presente all’art. 29 della direttiva 2014/24/UE che disciplina le comunicazioni tra “Stati membri o le amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori” in quanto stabilisce, infatti, che “gli Stati membri possono rendere obbligatorio l’uso dei mezzi elettronici di comunicazione, per le concessioni, al di là degli obblighi fissati all’articolo 33, paragrafo 2, e all’articolo 34”; ma anche che “il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunemente disponibile e non discriminatorio, e non deve limitare l’accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione della concessione. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere interoperabili con i prodotti della tecnologia dell’informazione e della comunicazione comunemente in uso”. La linea di tendenza appare, dunque, anche rispetto a questo profilo la medesima che informa la Strategia Europa 2020 e i principi dell’Agenda Digitale Europea, ossia la progressiva introduzione e diffusione di

una rete informatica europea delle pubbliche amministrazioni.

Tornando all'esame della direttiva 34/2014, nella logica del potenziamento di un sistema concorrenziale tra imprese per la gestione dei servizi ferroviari, essa rileva poi che “gli Stati membri per cui una parte consistente del traffico ferroviario ha luogo con paesi terzi che hanno lo stesso scartamento, il quale è diverso da quello della rete ferroviaria principale all'interno dell'Unione, dovrebbero poter contare su norme operative specifiche che permettano sia il coordinamento fra i loro gestori dell'infrastruttura che quelli dei paesi terzi in questione e la concorrenza leale fra le imprese ferroviarie” (cons.4).

Lo sviluppo di un sistema concorrenziale europeo del servizio ferroviario *tout court*, che rappresenta il fine ultimo della direttiva, postula, quindi, un quadro normativo europeo tendenzialmente comune, in cui le imprese che operano nel settore dei servizi ferroviari abbiano lo *status* giuridico di imprenditori autonomi che “agiscano secondo criteri imprenditoriali e si adeguino alle necessità del mercato” (cons.5), il che evoca il netto *favor* dell'Unione per una decisa apertura dei servizi di interesse economico generale portuali, tra i quali il servizio di trazione, alla concorrenza tra le imprese del settore.

Un altro principio generale riaffermato nella direttiva attiene alla separazione tra “gestione dell'infrastruttura” e “fornitura dei servizi” sulla rete, che deve essere attuato assicurando, altresì, che le diverse funzioni abbiano contabilità separate e distinte (cons.6 e art.6).

Tale principio, di matrice nitidamente europea, mira da una parte ad eliminare le precedenti situazioni di monopolio anche di fatto e, dall'altra, ad evitare e riconoscere gestioni diseconomiche dei servizi, e a prevenire comportamenti vietati e anticoncorrenziali come il finanziamento delle imprese in perdita.

Ma ai nostri fini parimenti rilevante appare il principio secondo il quale “al fine di assicurare una concorrenza leale tra le imprese ferroviarie e garantire la piena trasparenza e un accesso su base non discriminatoria ai servizi nonché alla loro fornitura, è opportuno operare una distinzione fra fornitura di servizi di trasporto e utilizzo degli impianti di servizio. È necessario pertanto che questi due tipi di attività siano gestiti in modo indipendente se l'operatore dell'impianto di servizio fa parte di un ente o società che detiene anche una posizione dominante ed è attivo a livello nazionale su almeno uno dei mercati dei servizi di trasporto ferroviario di merci o passeggeri per il quale il servizio è utilizzato. Tale indipendenza non dovrebbe comportare la costituzione di un ente o di una società giuridicamente

distinti per gli impianti di servizio” (cons.26).

Viene, dunque, affermato che gli “Stati membri dovrebbero garantire che i gestori dell’infrastruttura e le imprese ferroviarie (pubbliche) esistenti di proprietà o controllate godano di una sana struttura finanziaria, tenendo in debito conto la normativa dell’Unione sugli aiuti di Stato.

Resta impregiudicata la competenza degli Stati membri riguardo alla pianificazione e al finanziamento dell’infrastruttura ferroviaria” (con.10); disposizione questa ultima che evidenzia la particolare positiva attenzione che l’Unione riserva agli interventi nazionali per il potenziamento della rete ferroviaria anche nell’ottica complessiva del potenziamento dei trasporti ferroviari tra i paesi dell’Unione europea.

Venendo più nello specifico al servizio che APL dovrà affidare in concessione, di particolare importanza è il considerando 12 “poiché le linee secondarie e i raccordi privati, quali quelli situati impianti industriali privati, non fanno parte dell’infrastruttura ferroviaria definita dalla presente direttiva, i gestori di tali infrastrutture non dovrebbero essere soggetti agli obblighi imposti ai gestori dell’infrastruttura ai sensi della presente direttiva. **Dovrebbe essere tuttavia garantito l’accesso su base non discriminatoria alle linee secondarie e ai raccordi, a prescindere da chi ne sia proprietario, laddove essi sono necessari per l’accesso agli impianti di servizio essenziali per la prestazione di servizi di trasporto e laddove servono o potrebbero servire più di un cliente finale”.**

Norma di particolare significato in quanto conferma l’orientamento generale dell’Unione, cui si è più volte fatto riferimento in queste pagine, per una generalizzata apertura del settore dei servizi ferroviari alla concorrenza tra imprese da realizzarsi su basi non discriminatorie.

Tanto più che “ai fini di un trasporto merci efficiente, soprattutto quello transfrontaliero, bisogna intervenire per aprire il mercato” (cons.15), e che a questo fine la direttiva consiglia gli Stati membri di predisporre un sistema fondato sulla “licenza” per le imprese che prestano servizi di natura ferroviaria (cons.16), il cui rilascio dovrebbe essere improntato alla trasparenza e non discriminazione (cons.33). Competenza, quella sul rilascio delle licenze in materia, che la direttiva tende ad attrarre tra le attribuzioni “naturalmente” europee in forza del principio di sussidiarietà verticale (cons.83).

Di particolare interesse ai nostri fini sono le disposizioni che paiono provvedere a deroghe all’applicazione generalizzata della direttiva rispetto alle attività

riconducibili alla nozione di servizio pubblico, anche se principalmente riferite esplicitamente ai servizi di cui al “Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia”.

Come in altri casi, infatti, la direttiva riconosce la possibilità per gli “Stati membri e le autorità locali di attribuire contratti di servizio pubblico, i quali possono comportare diritti esclusivi per l’esercizio di alcuni servizi”, purtuttavia risulta in ogni modo “necessario garantire la coerenza tra le disposizioni di tale regolamento e il principio dell’apertura alla concorrenza per i servizi di trasporto internazionale di passeggeri” (cons.19).

Il che indica come sia rilevante ai fini dell’affidamento del servizio di trazione la possibilità, esplorata nel presente parere, di ricondurre il servizio in questione alla tipologia del pubblico servizio, ma anche che nonostante ciò il *favor* del diritto europeo per l’introduzione di liberalizzazione e concorrenza sia palpabile anche nel settore appena evocato del pubblico servizio.

Ciò in piena sintonia con la tradizionale impostazione europea che ammette deviazioni dagli schemi concorrenziali solo quando esse siano assolutamente inevitabili per il raggiungimento della specifica *mission* del servizio, ovvero giustificate dal documentato assolvimento di “obblighi di servizio pubblico”, e fatto salvo l’utilizzo della strumento della “concorrenza per il mercato”.

Per questi motivi la facoltà pur concessa agli Stati membri di escludere dalla portata della direttiva “le imprese che effettuano esclusivamente servizi ferroviari regionali di trasporto merci”, e quelle “che effettuano solo servizi di trasporto merci su un’infrastruttura ferroviaria privata, utilizzata esclusivamente dal proprietario dell’infrastruttura per le operazioni di trasporto delle sue merci”, dovranno comunque essere misurate con le norme che impongono in via generale l’applicazione delle regole della concorrenza.

Considerato anche il fatto che l’art.10 della direttiva prevede esplicitamente che alle “imprese ferroviarie è concesso, a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti, il diritto di accesso all’infrastruttura ferroviaria in tutti gli Stati membri per l’esercizio di tutti i tipi di servizi di trasporto ferroviario di merci. Tale diritto comprende l’accesso all’infrastruttura che collega i porti marittimi e di navigazione interna e altri impianti di servizio di cui all’allegato II, punto 2, e all’infrastruttura che serve o potrebbe servire più di un cliente finale”.

Ciò appena detto, infatti, si ripercuote in senso limitativo sulla possibilità di

decidere, ed entro quali limiti, di escludere dal servizio di trazione altri operatori, magari dotati di idonea licenza europea, che volessero offrire il medesimo servizio in concorrenza con l'eventuale concessionario.

Infatti, ciò appare “precaramente” ammissibile solo nel caso previsto dalla presenza di un contratto di servizio pubblico conforme al diritto dell'Unione.

Si è detto “precaramente” in quanto l'esclusione appare, ai sensi della direttiva, legittima solo quando l'accesso di altri operatori possa compromettere “l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico”, il che non sembra poter essere desunto dalla mera presenza di una concessione di pubblico servizio ma dovrà essere valutato nella concretezza del singolo caso.

Valutazione che l'art.2 del medesimo art.11 della direttiva affida agli “organismi di regolamentazione competenti di cui all'articolo 55 (che) stabiliscono se l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico risulti compromesso in base a un'analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti” (tale disposizione è stata riprodotta dall'art.12 dlgs 112/2015 che ha provveduto al recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano).

Il che introduce, dunque, un onere probatorio sulle imprese che gestiscono esclusivamente tali servizi e sul concedente che dovranno, appunto, provare in concreto che la gestione esclusiva, pur affidata a mezzo di gara pubblica, sia il miglior mezzo per garantire l'erogazione del pubblico servizio in questione: “le autorità competenti e le imprese ferroviarie che prestano servizi pubblici forniscono all'organismo o agli organismi di regolamentazione competenti le informazioni ragionevolmente necessarie per addivenire a una decisione. L'organismo di regolamentazione valuta le informazioni ricevute dalle parti sopra citate e, se del caso, richiede eventuali ulteriori informazioni pertinenti da tutte le parti interessate e avvia con esse consultazioni entro un mese dal ricevimento della richiesta. L'organismo di regolamentazione si consulta adeguatamente con tutte le parti interessate e informa queste ultime della sua decisione motivata entro un termine ragionevole e prestabilito e, comunque, entro sei settimane dal ricevimento di tutte le informazioni necessarie”.

L'art.1, comma 5, del dlgs 112/2015 di cui si tratterà subito appresso statuisce che in ambito nazionale tali funzioni saranno svolte “dall'Autorita' di regolazione dei trasporti, di cui all'articolo 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, sulla base dei principi stabiliti dalla direttiva 2012/34/UE e dal presente decreto”.

Venendo, allora, alla trasposizione in ambito nazionale della direttiva da parte del citato dlgs 112/2015, pur dovendosi rilevare come esso abbia colto la possibilità offerta dalla direttiva circa l'esclusione dell'applicazione delle relative norme “alle infrastrutture ferroviarie private adibite unicamente alle operazioni merci del proprietario delle stesse infrastrutture ed alle imprese ferroviarie che effettuano solo servizi di trasporto merci su tali infrastrutture” (art.1, comma 2, lett.c. Dlgs112/2015), la portata di tale esclusione deve comunque essere riconsiderata alla luce delle osservazioni appena esposte.

Cosicchè, la più penetrante proliferazione delle norme a tutela della concorrenza nell'ambito del servizio di trazione portuale pare tutt'altro che poter essere esclusa. Coerentemente con l'ispirazione generale della direttiva il dlgs 112/2015 prevede, infatti, che deve essere garantita la “libertà di accesso al mercato dei trasporti di merci e di passeggeri per ferrovia da parte delle imprese ferroviarie, in conformità alle prescrizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea e negli articoli 56 e seguenti del TFUE, a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti e tali da garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario” (art.2, comma 1, lett.c.).

Ai nostri fini risulta, altresì, di particolare interesse l'art.3, comma 1, lett. a) che dispone, in via generale, lo strumento della *licenza* per l'erogazione di servizi ferroviari e definisce la categoria di impresa ferroviaria, ricomprendendovi anche le imprese che si occupano esclusivamente della trazione (impresa ferroviaria: qualsiasi impresa pubblica o privata titolare di una licenza, la cui attività principale consiste nella prestazione di servizi per il trasporto sia di merci sia di persone per ferrovia e che garantisce obbligatoriamente la trazione; sono comprese anche le imprese che forniscono solo la trazione).

Per l'effetto del quale, dunque, il servizio di trazione in ambito portuale verrà ad essere definito come servizio di interesse economico generale, erogato in linea di principio da imprese ferroviarie titolari di licenza in concorrenza tra loro.

In particolare la licenza riceve apposita definizione dalla lettera p) del medesimo articolo 3, comma 1, come “autorizzazione valida su tutto il territorio dell'Unione europea, rilasciata dall'apposita autorità preposta al rilascio della licenza ad un'impresa, in virtù della quale ne è riconosciuta la capacità di fornire servizi di trasporto ferroviario come impresa ferroviaria; tale capacità può essere limitata

alla prestazione di determinati tipi di servizi”.

Rispetto all'impresa ferroviaria erogatrice del servizio di trazione, altri elementi che dovranno essere tenuti presenti sono la sua indipendenza *lato sensu* amministrativa: Le imprese ferroviarie stabilite in Italia sono indipendenti per “quanto riguarda la gestione, l'amministrazione ed il controllo interno in materia amministrativa, economica e contabile. Il patrimonio, il bilancio e la contabilità delle imprese ferroviarie devono essere distinti da quelli dello Stato, delle regioni, delle province autonome e degli enti locali” (art.4, comma1); la forma privatistica della loro gestione in quanto “le imprese ferroviarie sono gestite secondo i principi validi per le società commerciali, a prescindere dalla loro proprietà pubblica o privata, anche per quanto riguarda gli obblighi di servizio pubblico imposti dallo Stato all'impresa e i contratti di servizio pubblico conclusi dalla medesima con le autorità competenti” (art.4, comma 2); la programmazione della propria attività in quanto tali imprese “definiscono i loro programmi di attività, compresi i piani di investimento e di finanziamento. Detti programmi mirano al raggiungimento dell'equilibrio finanziario delle imprese e alla realizzazione degli altri obiettivi in materia di gestione tecnica, commerciale e finanziaria; essi inoltre indicano i mezzi per realizzare tali obiettivi” (art.3, comma 3).

Di particolare interesse l'art. 4 che prevede “con riferimento agli orientamenti di politica generale e in considerazione dei piani o contratti nazionali, eventualmente pluriennali, compresi i piani di investimento e di finanziamento e, lasciato impregiudicato il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, le imprese ferroviarie sono in particolare libere di:

- a) stabilire la propria organizzazione interna, fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 11, 17 e 22;
- b) disciplinare le modalità della fornitura e della commercializzazione dei servizi e stabilirne la tariffazione;
- c) prendere le decisioni concernenti il personale, la gestione patrimoniale e gli acquisti propri;
- d) aumentare la propria quota di mercato, elaborare nuove tecnologie, creare nuovi servizi e adottare tecniche di gestione innovative”, che detta regole generali qualora si intendesse propendere per l'assegnazione del servizio di trazione ad esempio in forma mista pubblico/privato.

A ciò si aggiunga che nel caso in cui l'attività venga qualificata come erogazione di pubblico servizio l'art.5, comma 3, prevede che “qualora siano erogati fondi

pubblici per le attività relative alla prestazione di servizi di trasporto per servizio pubblico, essi devono figurare separatamente nella pertinente contabilità, a norma dell'articolo 7 del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, e non possono essere trasferiti alle attività relative alla prestazione di altri servizi di trasporto o ad altre attività”.

In ordine allo svolgimento del servizio diviene, dunque, determinante il possesso di apposita licenza nelle forme disciplinate dal dlgs in questione, ed il possesso del “certificato di sicurezza” di cui all'art.10 dlgs 112/2015.

Di specifico interesse, l'art.13 del dlgs in discorso nella misura in cui impone che il gestore dell'infrastruttura “garantisce, e quindi fornisce, a tutte le imprese ferroviarie cui sono state assegnate tracce orarie, a condizioni eque e non discriminatorie e senza corresponsione di alcun onere aggiuntivo rispetto al canone di accesso e utilizzo dell'infrastruttura, la fornitura di servizi costituenti il pacchetto minimo di accesso tra i quali “scali merci”, “scali di smistamento e aree di composizione dei treni, ivi comprese le aree di manovra”, “aree, impianti ed edifici destinati alla sosta, al ricovero ed al deposito di materiale rotabile e di merci”, “infrastrutture portuali marittime e di navigazione interna collegate a servizi ferroviari”; viene previsto, altresì, al comma 3 del medesimo articolo che “il collegamento tra gli impianti di servizio e l'infrastruttura ferroviaria e' disciplinato da specifici contratti di raccordo, il cui schema tipo e' riportato nel prospetto informativo della rete. Tali contratti devono contenere condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti”.

L'art. 13, comma 4, provvede, invece, a recepire la disposizione della direttiva sopra richiamata circa i requisiti quando l'operatore dell'impianto di servizio sia controllato direttamente o indirettamente da una società attiva nel settore; ciò, come detto al fine di assicurare i principi di trasparenza e non discriminazione rispetto all'accesso (per garantire la totale trasparenza e l'accesso non discriminatorio agli impianti di servizio di cui al comma 2, lettere a), b), c), d), g) e i), così come la fornitura di servizi in tali impianti nei casi in cui l'operatore di tale impianto di servizio è controllato, direttamente o indirettamente, da una società che è anche attiva e detiene una posizione dominante sui mercati nazionali dei servizi di trasporto ferroviario per il quale il servizio è utilizzato, gli operatori di detti impianti di servizio sono organizzati in modo tale da essere indipendenti da tale società sotto il profilo organizzativo e decisionale. L'indipendenza non comporta la costituzione di un'entità giuridica distinta per gli impianti di servizio

e può essere realizzata mediante l'organizzazione di divisioni distinte all'interno di una stessa entità giuridica).

10. Stante, dunque, il mutato quadro normativo europeo e nazionale così come si è sommariamente inteso ricostruire nelle pagine che precedono, pare potersi concludere che la nuova assegnazione del servizio di trazione portuale da parte di APL debba procedere seguendo alcune principali linee guida di riferimento e nella prospettiva di una gestione maggiormente “unitaria” del servizio di interesse economico generale in discorso.

Il che sembrerebbe essere indicato, come detto, dalla prossima trasformazione delle AP in Autorità di Sistema.

L'esercizio delle relative funzioni in una prospettiva di “area vasta” passerà, dunque, nel breve, da un'ottica monoscalo ad una multiscalo.

Ciò non potrà non aver ricadute sulla ri-organizzazione del servizio e sul suo affidamento.

In secondo luogo, in misura maggiore che in precedenza, il servizio di trazione ferroviaria, pur rientrando nella nozione di pubblico servizio, dovrà essere affidato nella rafforzata prospettiva della gara ad evidenza pubblica, assicurando il massimo coinvolgimento delle imprese europee interessate, anche mediante il ricorso a un modello consortile e valorizzando quanto previsto in punto di raccordi privati.

Da questo di vista, le norme poste a presidio della concorrenza sembrano aver acquisito, nel settore dei servizi di interesse economico generale, una forza più stringente rispetto al passato.

Pertanto, le eventuali deviazioni dal rispetto di tali regole nell'erogazione del servizio di trazione dovranno essere giustificate in relazione alla sua funzione concreta, ossia dovranno essere considerate ammissibili solamente quando giustificate da esigenze direttamente funzionali alla specifica missione del servizio.

Il che non esclude il ricorso a forme di affidamento a società mista pubblico/privato a condizione che, ad es., l'eventuale presenza del gestore della rete nella società affidataria sia contornata da cautele quali la separazione contabile e dagli altri correttivi che consentano il rispetto del principio della

trasparenza e della parità di accesso per le imprese operanti nel settore.

In questo senso paiono anche non potersi escludere forme consortili di gestione del servizio da parte degli operatori presenti nello scalo a condizione che l'eventuale assegnazione non si mostri contraria ai suddetti principi pro-concorrenziali provenienti soprattutto dall'ambito europeo, ma ormai trasposti anche in ambito nazionale.

Nel medesimo senso pare non potersi escludere, nei limiti che dovranno essere meglio indagati, l'ammissibilità di forme di autoproduzione quando esse vengano poste in essere da soggetti in possesso dei requisiti europei più sopra richiamati quali la caratterizzazione di impresa ferroviaria, il possesso della specifica licenza, il rispetto delle condizioni sulla sicurezza.

Nelle suesposte premesse, è il parere che mi è stato richiesto

Pisa, 28 dicembre 2015

Prof. Avv. Antonio Alberto Azzena