

I Servizi Pubblici

Seminario organizzato da Anci Toscana e Fondazione Cesifin
Firenze 10 ottobre 2012

L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO

Riccardo Farnetani

I precedenti interventi hanno illustrato la disciplina generale dell'affidamento dei SPL, e quelle speciali relative al Servizio Idrico Integrato, alla gestione dei rifiuti ed alla distribuzione del gas.

Al fine di delimitare l'oggetto di questo intervento si rammenta che la nozione di servizio di trasporto pubblico ricomprende tutte le tipologie di trasporto, e perciò ferroviario, su gomma, via mare. Per ragioni di "spazio" si limiterà l'esame al trasporto pubblico locale su gomma -c.d. TPL- che è quello che in questi anni ha subito maggiori spinte verso il mercato. Ovviamente altrettanto importante è il trasporto ferroviario, in cui però l'apertura al mercato, per ovvie ragioni infrastrutturali, è ancora molto lontana.

L'intervento sarà articolato nei seguenti argomenti:

- 1) esame dell'evoluzione della normativa negli anni
- 2) la procedura di gara e l'imposizione degli obblighi di servizio
- 3) la compensazione degli obblighi di servizio.

1) Esame dell'evoluzione della normativa negli anni

E' noto a tutti che, dopo la successione di norme degli ultimi dieci anni -art.113 TUEL più volte modificato, art.23 bis DL n.112/2008, anch'esso più volte modificato-, dopo il referendum del 2011, e l'art.4 del DL n.138/2011 dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale n.199/2012, oggi la disciplina vigente in tema di affidamento dei SPL è quella comunitaria.

Senonchè non esiste ancora una norma comunitaria che regoli in modo esaustivo l'affidamento dei SPL, salvo una proposta di Direttiva che ancora non ha concluso il proprio iter. Poche sono inoltre le disposizioni dettate da normative comunitarie per i singoli settori.

Fa eccezione la materia del trasporto pubblico che qui interessa, dal momento che il Regolamento CE n.1370/2007 prevede anche quali sono le forme di gestione consentite, e segnatamente, oltre all'affidamento con gara, anche l'affidamento in house providing.

Preme però preliminarmente ricordare che il legislatore italiano, nella materia del trasporto pubblico locale, ha percorso i tempi.

Il D.Lgs.n.422/1997 infatti già conteneva una disciplina dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico, stabilendo prioritariamente l'obbligo di espletare procedure ad evidenza pubblica, salvo un regime transitorio. Obbligo che all'epoca non era ancora stabilito in nessuna normativa, né generale -la l.n.142/1990-, né di settore -la l.n.36/1994 sul SII e il D.Lgs.n.22/1997 sui rifiuti rimandavano al TUEL e non dettavano una disciplina speciale in tema di affidamento. Le normative su gas ed energia elettrica, com'è noto, arrivarono alcuni anni più tardi (1999 e 2000).

Anche il vecchio Regolamento Comunitario del 1969 poco diceva sull'affidamento e le forme di gestione.

Resta un dato di fatto che in gran parte d'Italia il D.Lgs.n.422/1997 è rimasto per anni inattuato, tanto che soltanto in poche Regioni negli anni passati vennero espletate le gare, e gli affidamenti sono per lo più proseguiti in forza di reiterate proroghe delle vecchie concessioni rilasciate senza gara.

Nella Regione Toscana invece, grazie anche all'immediata entrata in vigore della legge regionale attuativa, cioè la L.Reg.n.42/1998, le prime gare furono bandite e portate a termine nel 2005, con una durata di 5 anni. Nello scorso mese di Agosto è stato pubblicato il bando della seconda gara, di cui parleremo meglio infra.

Abbiamo visto che la normativa nazionale ancora vigente, e cioè il D.Lgs.n.422/1997, contiene principi fortemente innovativi, perfettamente in linea col trend (successivo) degli altri servizi pubblici locali. Principi oggi confermati dal Regolamento CE n.1370/2007.

Mi riferisco all'introduzione progressiva dell'obbligo di una gestione imprenditoriale ed industriale del TPL, con criteri di efficienza, efficacia ed economicità, superando gli "assetti monopolistici" ed introducendo "regole di concorrenzialità".

L'art.18 del D.Lgs.n.422/1997 -ancora oggi vigente- stabilisce infatti, tra l'altro:

a) la necessità del ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio;

b) che la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché dei piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che della fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per la istituzione o il mantenimento delle singole linee esercite. Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziale per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando di gara deve altresì assicurare che i beni di cui al periodo precedente siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica;

c) la necessità di indicare le modalità di trasferimento, in caso di cessazione dell'esercizio, dal precedente gestore all'impresa subentrante dei beni essenziali per l'effettuazione del servizio e del personale dipendente con riferimento a quanto disposto all'articolo 26 del regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148;

d) la determinazione delle tariffe del servizio in analogia, ove possibile, a quanto previsto dall'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, che è la norma che detta "*norme per concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*", e che all'art.2 istituisce le Autorità per i servizi di pubblica utilità, stabilendone le varie competenze, anche tariffarie.

Come dicevo, si tratta di principi coerenti con quelli ormai pacifici nei vari servizi pubblici economici, quali servizi idrici e gestione dei rifiuti, e la distribuzione del gas, che tutti debbono essere improntati all'efficienza, efficacia ed economicità del servizio, e per i quali la legge stabilisce precise regole tariffarie volte alla copertura integrale dei costi e degli investimenti.

A questo proposito piace citare l'art.117 del D.Lgs.n.267/2000 il quale stabilisce il principio della integrale copertura dei costi con la tariffe dei servizi pubblici, compreso un ragionevole margine di utile.

I principi di integrale copertura dei costi (operativi e di investimento) con i ricavi tariffari, urtano però con la specificità dei servizi di trasporto pubblico, caratterizzati appunto da obblighi di servizio, ivi compresi i limiti tariffari.

Cionondimeno dobbiamo tenere presente che anche a questo riguardo il trend degli ultimi dieci anni è stato inequivocabilmente quello della riduzione della contribuzione pubblica e dell'efficientamento del servizio. In questa ottica la normativa ha voluto l'esercizio associato delle funzioni da parte dei concedenti, e l'affidamento dei servizi urbani ed extraurbani per bacini omogenei, per beneficiare di economie di scala.

In conclusione, la normativa generale sui SPL e quella in particolare sul TPL mirano ad una gestione imprenditoriale ed economica del servizio, ad una progressiva riduzione degli obblighi di servizio nei limiti strettamente indispensabili, e correlativamente ad una progressiva riduzione delle compensazioni.

2) La procedura di gara e l'imposizione degli obblighi di servizio

Abbiamo visto che uno dei punti fermi della normativa di settore in tema di affidamento dei servizi di trasporto pubblico, e di TPL in particolare, è l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

Ed abbiamo anche visto che già il D.Lgs.n.422/1997, e tanto più la legge Regionale Toscana, hanno imposto l'obbligo di organizzare ed affidare il servizio a livello sovracomunale, mediante l'istituzione di ambiti territoriali ottimali, analogamente a quanto già avvenuto in altri servizi pubblici locali.

L'organizzazione del servizio a livello sovracomunale, e cioè di ambiti territoriali ottimali, ha trovato ulteriore conferma nell'art.3 bis del DL n.138/2011, ancora vigente perchè non dichiarato incostituzionale dalla sentenza della Corte Costituzionale n.199/2012.

Nella maggior parte delle Regioni italiane il D.Lgs.n.422/1997 non ha avuto attuazione, e negli anni passati non è stata esperita alcuna gara, fino alla scadenza del periodo transitorio ivi previsto, per quanto più volte prorogato.

A questo punto gli Enti concedenti, per garantire la continuità del servizio, nella maggior parte dei casi, hanno adottati ulteriori provvedimenti di proroga, ancorché palesemente illegittimi.

Nella Regione Toscana, come sopra accennato, la prima gara fu espletata nel 2005, con durata di cinque anni, ed è scaduta nel 2010. A questo punto però si è dovuto affrontare il problema di garantire la continuità del servizio in mancanza di risorse disponibili per espletare una nuova gara per ulteriore quinquennio.

La soluzione è stata trovata nel disposto dell'art. 5 del Regolamento CE n.1370/2007.

L'art. 5, co. 4, del Regolamento CE n. 1370/2007 prevede infatti che i provvedimenti di emergenza per evitare l'interruzione del servizio "*assumano la forma o di una aggiudicazione diretta, o di una proroga*

consensuale di un contratto di servizio pubblico, oppure di una imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici".

Le singole Province Toscane hanno scelto la terza forma, quella cioè di imporre l'obbligo di servizio, non essendo stati raggiunti accordi con le aziende per la prosecuzione del servizio a condizioni concordate. Vedremo tra poco che il problema irrisolto, causa dei mancati accordi, è stato l'importo delle compensazioni.

In altre parole, le Province hanno da due anni a questa parte adottato provvedimenti autoritativi con i quali hanno imposto ai vecchi Gestori di svolgere il servizio a condizioni unilateralmente fissate con i provvedimenti stessi, e con compensazioni unilateralmente stabilite, sostanzialmente uguali ai corrispettivi del 2005 a base delle precedenti gare, maggiorati della sola inflazione programmata, che è ovviamente e di gran lunga inferiore all'inflazione reale, sia generale, sia ed a maggior ragione a quella di settore, che ha risentito particolarmente dell'aumento del costo dei carburante.

L'ulteriore problema, di questi giorni, è che il Regolamento CE n.1370/2007 prevede un termine massimo di due anni per la suddetta fase di "emergenza", talchè si impone la necessità di trovare una soluzione definitiva del problema.

Rimanendo nella Regione Toscana, la L.R. 29.12.2010 n. 65 ha riformulato la disciplina del trasporto pubblico locale prevedendo in particolare (cfr. art. 84) che a decorrere dal 1° gennaio 2012 è istituito *"l'ambito territoriale ottimale per lo svolgimento delle funzioni in materia di TPL coincidente con l'intera circoscrizione territoriale regionale a cui corrisponde un unico lotto di gara."*

La nuova legge regionale prevede l'esercizio associato di funzioni fra enti locali mediante stipula di apposita convenzione fra la Regione, le Province e i Comuni contenente la delega alla Regione delle funzioni amministrative in materia di TPL da parte delle Province e dei Comuni.

Presso la Regione (art. 86) è costituito l'ufficio unico per l'esercizio associato delle funzioni al quale fra l'altro è demandata l'istruttoria tecnica a supporto della programmazione e delle politiche tariffarie; l'istruttoria tecnica per la definizione dettagliata dei servizi, l'espletamento delle procedure concorsuali, la gestione del contratto, il controllo, etc.

In attuazione di tali disposizioni si sono tenute le conferenze con gli enti locali, è stata elaborata una Analisi istruttoria approvata dalla Giunta Regionale, e lo scorso 27 agosto è stato pubblicato un avviso di gara.

L'intento dichiarato dalla Regione Toscana è quello di riorganizzare il servizio a livello regionale, in modo da abbattere le compensazioni, anche riducendo le percorrenze.

Senonchè allo stato attuale gran parte del lavoro è ancora da fare, perchè l'avviso di gara è indeterminato e generico nei suoi elementi essenziali, e cioè- l'oggetto (rete del servizio oggetto di affidamento), il corrispettivo (compensazione), la tariffa, il personale da assumere, i beni strumentali da trasferire all'aggiudicatario, con l'evidente conseguenza che gli operatori economici non sono messi in condizione, nel momento in cui manifesteranno l'interesse, di valutare adeguatamente la gara ed il relativo servizio.

E' auspicabile che la Regione colmi queste carenze quanto prima.

3) Le compensazioni.

Il Regolamento 1191/1969 alle sezioni II e IV prevedeva l'obbligo di 'compensazione' in favore delle imprese esercenti il servizio di trasporto tenendo conto delle tariffe imposte. In via generale, l'art. 6, comma 2, disponeva che *"le decisioni di mantenere un obbligo di servizio pubblico prevedono, per gli oneri che ne derivano, la concessione di una compensazione determinata secondo i metodi comuni di cui agli articoli 10, 11, 12 e 13"*. In particolare, gli artt. 10 ed 11 fissavano il principio che la compensazione dovuta è pari alla differenza tra i costi e gli introiti del traffico.

In altre parole il regolamento CEE già dal 1969 prevedeva l'obbligo dell'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni e dell'equilibrio economico del contratto.

La normativa comunitaria innanzi richiamata è cogente talché la normativa nazionale di settore si è (necessariamente) adeguata ad essa. Già la L. 10.4.1981 n. 151 (*"Legge quadro per l'ordinamento dei trasporti pubblici locali: Istituzione del fondo nazionale per il ripiano dei disavanzi di esercizio e per gli investimenti nel settore"*), all'art. 6 disponeva che *"i contributi di esercizio sono erogati con l'obbiettivo di conseguire l'equilibrio economico dei bilanci dei servizi di trasporto"*; poi il D. Lgs. 19.11.1997 n. 422 ha conservato la previsione di compensazioni a fronte degli obblighi di servizio.

Il nuovo Regolamento UE 1370/2007 riconosce la peculiarità del settore, nel quale il libero gioco della concorrenza condurrebbe a servizi di scarsa qualità, ed ammette la legittimità di compensazioni degli obblighi di servizio imposti ai gestori.

Affermati tali principi si pongono due ordini di problemi:

- a) da un lato l'entità delle compensazioni,
- b) dall'altro lato il loro adeguamento periodico.

a) Per quanto concerne **l'entità delle compensazioni**, la compensazione è legittima entro il limite dello stretto indispensabile per garantire l'equilibrio sinallagmatico del contratto, mentre la "sovra compensazione" non è ammissibile perchè finisce col costituire un aiuto di Stato e falsa la concorrenza.

Le modalità di calcolo della compensazione sono stabilite dall'allegato 1 al Regolamento CE 1370/2007 prevedendosi che essa sia liquidata sottraendo dai costi sostenuti per adempiere all'obbligo di servizio pubblico i ricavi da tariffe (biglietti e abbonamenti, altri ricavi generati dall'assolvimento dell'obbligo ed eventuali effetti finanziari positivi generati all'interno della rete gestita) ed aggiungendovi "un ragionevole utile". In sostanza si tratta di applicare la seguente formula:

costi - ricavi da traffico ed altri ricavi indiretti + ragionevole utile
= compensazione.

Certamente non corretta è una compensazione stanziata a priori, sulla base delle mere disponibilità di bilancio, prima ancora di avere progettato il servizio e di avere stabilito il piano economico finanziario che permetta di individuarne i costi ed i ricavi, come invece –almeno fino ad oggi- quasi sempre hanno fatto gli Enti concedenti.

A questo proposito è fondamentale la sentenza della Corte di Giustizia UE 280 del 24.7.2003 meglio nota come Altmark.

“Uno Stato membro che corrisponde a un'azienda incaricata di svolgere un servizio di interesse generale una compensazione economica non viola le disposizioni comunitarie che pongono un divieto di fornire aiuti di Stato in grado di alterare le regole di concorrenza se, nell'attribuire la compensazione, sono rispettate quattro condizioni. L'intervento statale è sottratto alla qualificazione di aiuto se l'impresa che deve effettuare il pubblico servizio è effettivamente incaricata di svolgere una specifica attività, se i parametri per stabilire la compensazione sono definiti in modo trasparente, se la compensazione non eccede quanto necessario a coprire i costi dell'azienda e se, qualora la scelta della società avvenga al di fuori di una procedura di appalto, la compensazione sia stabilita analizzando i costi, gli introiti e il margine di utile ragionevole”. (Corte giustizia Comunità Europee, 24-07-2003, n. 280, Altmark Trans GmbH c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH).

Per **individuare quali siano i costi da considerare ai fini della compensazione**, è quindi necessario che l'impresa sia effettivamente incaricata di obblighi di servizio pubblico, che vengano preventivamente fissati in modo obiettivo e trasparente i parametri per il calcolo della compensazione,

se l'impresa svolge anche altre attività di mercato, che vi sia una separazione contabile che consenta di evitare di confondere i costi di queste ultime con quelli connessi agli obblighi di servizio, perché la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire i costi originati dall'adempimento dell'obbligo di servizio,

ed infine, ed è la quarta condizione indicata dalla Corte di Giustizia al punto 93 della motivazione:

“In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi”.

Tale condizione è richiamata nei considerando del Regolamento CE 1370/2007, mentre non è sviluppata nell'articolato. Rimane perciò aperto il problema di individuare i costi da valutare ai fini della determinazione della compensazione.

E' cioè dubbio

se si debbano considerare i costi effettivi delle aziende,

oppure si debbano considerare i costi standard calcolati a tavolino con riferimento a quelli teorici di *“un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste”.*

Si tratta in altre parole di comprendere la portata applicativa della quarta condizione posta dalla sentenza Altmark, che appunto contiene il riferimento all'impresa di media efficienza.

Un utile contributo a questo riguardo si trae dalla Comunicazione della Commissione UE del 20.12.2011 proprio in merito alle compensazioni per le prestazioni di SIEG, pubblicata sulla GUCE dell'11.1.2012.

Ivi si legge al punto 3.6 che

“In base alla quarta condizione della sentenza Altmark, la compensazione offerta deve essere il risultato di una procedura di appalto pubblico che consente di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, oppure il risultato di un'operazione di analisi comparativa con un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari”.

La comunicazione distingue perciò –traendo spunto dalla motivazione della sentenza Altmark- tra i casi in cui sia svolta una procedura di gara e casi in cui una siffatta procedura manchi.

Secondo la comunicazione (cfr. punto 63),

“Il modo più semplice per le autorità pubbliche di soddisfare la quarta condizione Altmark è svolgere una procedura di gara in modo aperto, trasparente e non discriminatorio” che ... *“è un metodo adeguato per confrontare diverse offerte potenziali e fissare la compensazione in modo tale da escludere la presenza di aiuti”.*

Ne segue che la compensazione che scaturisce da una gara è per ciò stesso congrua e non costituisce aiuto di Stato.

Se invece la gara non è stata espletata, prosegue la Comunicazione,

“Se per un determinato servizio esiste una remunerazione di mercato generalmente accettata, questa costituisce il miglior parametro di riferimento per la compensazione in mancanza di gara”.

In altre parole, in mancanza di gara, se esiste una remunerazione di mercato di quel servizio generalmente accettata, quest'ultima può costituire utile riferimento per la determinazione della compensazione.

Se manca la gara, e neppure esiste una remunerazione di mercato di quel servizio generalmente accettata, allora entra in gioco l'analisi dei costi di un'azienda di media efficienza nel settore:

“70. Qualora non esista tale remunerazione di mercato, l'importo della compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari per soddisfare gli obblighi di servizio pubblico, avrebbe dovuto sostenere per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole per il loro adempimento. L'obiettivo è garantire che non siano presi come riferimento i costi elevati di un'impresa non efficiente.”

I casi cui si riferisce la Comunicazione, e prima di essa la sentenza Altmark, sono ovviamente quelli degli affidamenti in house, e delle trattative private; in entrambi i casi è però evidente che l'affidatario presta il proprio consenso, e perciò accetta liberamente le condizioni dell'affidamento, ivi compresa la compensazione. Ed in questi è anche logica e comprensibile l'esigenza di un siffatto parametro di riferimento per il calcolo della compensazione, perché altrimenti si corre il rischio di affidare servizi senza gara a soggetti che possano lucrare corrispettivi non proporzionati a costi effettivi e ragionevoli, eventualmente anche “gonfiando” i costi in mancanza di parametri di riferimento. Per evitare questi rischi –si ripete, in mancanza di una gara o di un prezzo certo di mercato- la Corte di Giustizia prima, ed oggi la Commissione, hanno correttamente fatto riferimento ai costi di una azienda di media efficienza, individuando così costi standard medi come parametro di riferimento per la determinazione delle compensazioni.

Senonchè, oltre ai due casi ipotizzati dalla sentenza Altmark e dalla Comunicazione, esiste una terza e particolare fattispecie, che purtroppo negli ultimi due anni, come sopra si è accennato, da caso eccezionale è diventata la regola, complice la crisi economica che ha comportato l'indisponibilità di risorse sufficienti a permettere agli enti di bandire una vera gara di durata adeguata.

Abbiamo visto infatti che –quantomeno in Toscana- per garantire la continuità del servizio le Province hanno imposto alle aziende che gestivano in precedenza il servizio (in quanto aggiudicatrici delle precedenti gare), con atti autoritativi, di gestire i servizi, con i relativi obblighi di servizio, a condizioni imposte unilateralmente, e non accettate dalle Aziende stesse.

Si è venuto così a creare un tertium genus rispetto alle due fattispecie previste a livello comunitario, che non può essere trattato allo stesso modo, perchè in questo caso –ed è un aspetto essenziale- **l'impresa non presta il proprio consenso all'imposizione dell'obbligo di servizio (come invece accade sia in caso di partecipazione alla gara, sia in caso di trattativa privata). L'impresa subisce l'imposizione, non può sottrarsi all'atto autoritativo.**

Ma allora è evidente che la compensazione deve tenere conto dei costi effettivi dell'azienda, senza riferimento ai costi di un'azienda di media efficienza del settore. Sarebbe fuori da ogni logica, ed in contrasto con i principi costituzionali di libera impresa, che una impresa, costretta a svolgere il servizio

minutamente regolato a condizioni imposte, e che non le ha accettate, fosse anche costretta a subire una perdita di esercizio perchè la compensazione –anch'essa imposta- è insufficiente a coprire i suoi costi.

Tale principio del resto risulta chiaramente affermato dal Consiglio di Stato nella recente sentenza n. 1405/2010 nella quale si legge che "*ferma la spettanza dei contributi di esercizio nella misura determinata in provvedimenti amministrativi finali, non può essere negato all'esercente di servizio pubblico la pretesa del ristoro dei costi effettivamente sostenuti in ragione dell'espletamento del servizio pubblico. Il richiamato indirizzo giurisprudenziale di questo Consiglio, ribadito dalla citata decisione n. 4684/09 della V sezione, ha del resto trovato da ultimo puntuale conferma nella recente sentenza della Corte di Giustizia CE sez. Seconda 7.05.2009*".

Quindi, conclude la predetta sentenza, "*l'ammontare della compensazione va calcolato, sulla base dei dati certi, ricavabili dalla contabilità dell'interessata, dai quali emerga la differenza fra i costi imputabili alla parte dell'attività dell'impresa interessata dall'obbligo di servizio pubblico e gli introiti corrispondenti*".

Ad ulteriore conferma, la recente Decisione della Commissione UE 20-12-2011 n. 2012/21/UE "*riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*", stabilisce all'art.5 i criteri di determinazione della compensazione:

"3. I costi da prendere in considerazione comprendono tutti i costi sostenuti nella gestione del servizio di interesse economico generale. Essi sono calcolati come segue, sulla base di principi di contabilità analitica generalmente riconosciuti:

a) quando le attività dell'impresa considerata si limitano al servizio di interesse economico generale, possono essere presi in considerazione tutti i suoi costi;

b) quando l'impresa svolge anche attività al di fuori dell'ambito del servizio di interesse economico generale, vengono presi in considerazione solo i costi relativi al servizio di interesse economico generale;

c) i costi imputati al servizio di interesse economico generale possono includere tutti i costi diretti connessi alla gestione del servizio di interesse economico generale stesso e una quota adeguata dei costi comuni sia al servizio di interesse economico generale che ad altre attività;

d) i costi connessi ad investimenti, in particolare relativi a infrastrutture, possono essere presi in considerazione quando risultano necessari per la gestione del servizio di interesse economico generale".

Né il Regolamento CE 1370/2007, né da ultimo la citata Decisione 20.12.2011, contengono del resto alcun riferimento ai costi di un'azienda di media efficienza nel settore.

A questo punto occorre spendere qualche parola su un'altra componente essenziale della compensazione, e cioè il "**ragionevole margine di utile**"

Soccorre ancora l'art. 5 della Decisione della Commissione UE 20.12.2011:

5. Ai fini della presente decisione, per «margine di utile ragionevole» si intende il tasso di remunerazione del capitale che un'impresa media esigerebbe nel valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intero periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio. Per «tasso di remunerazione del capitale» s'intende il tasso di rendimento interno che l'impresa ottiene sul capitale investito nel periodo di incarico. Il livello di rischio dipende dal settore interessato, dal tipo di servizio e dalle caratteristiche della compensazione.

6. Nel determinare il margine di utile ragionevole, gli Stati membri possono introdurre criteri di incentivazione riguardanti in particolare la qualità del servizio reso e gli incrementi di efficienza produttiva. Quest'ultimi non devono ridurre la qualità del servizio prestato. Le remunerazioni associate agli incrementi di efficienza sono fissate a un livello tale da consentire una ripartizione equilibrata dei benefici fra l'impresa e lo Stato membro e/o gli utenti.

7. Ai fini della presente decisione, è in ogni caso considerato ragionevole un tasso di rendimento del capitale non superiore al tasso swap pertinente maggiorato di un premio di 100 punti base. Il tasso swap pertinente è il tasso swap la cui scadenza e valuta corrispondano alla durata e valuta dell'atto di incarico. Se la prestazione di servizi di interesse economico generale non è connessa a un rischio commerciale o contrattuale significativo, in particolare quando il costo netto sostenuto per la prestazione del servizio è essenzialmente compensato interamente ex post, l'utile ragionevole non può superare il tasso swap pertinente maggiorato di un premio di 100 punti base.

8. Qualora, a causa di specifiche circostanze, non sia opportuno assumere a parametro il tasso di rendimento del capitale, gli Stati membri, per determinare l'ammontare del margine di utile ragionevole, possono basarsi su indicatori del livello dell'utile diversi dal tasso di rendimento del capitale, quali il tasso

medio di remunerazione del capitale proprio, il rendimento del capitale investito, il rendimento degli attivi o l'utile sulle vendite. Per rendimento s'intende il risultato al lordo delle imposte e degli oneri finanziari nell'anno di cui trattasi. Il rendimento medio è calcolato applicando il tasso di attualizzazione sul periodo contrattuale a norma della comunicazione della Commissione relativa alla revisione del metodo di fissazione dei tassi di riferimento e di attualizzazione”.

In altre parole una prima ipotesi è il «tasso di remunerazione del capitale» con ciò intendendosi il tasso di rendimento interno che l'impresa ottiene sul capitale investito nel periodo di incarico, tasso che perciò l'impresa potrà provare caso per caso;

in difetto di prova specifica, la Decisione prevede una sorta di presunzione stabilendo che è in ogni caso considerato ragionevole un tasso di rendimento del capitale non superiore al tasso swap pertinente maggiorato di un premio di 100 punti base;

tuttavia è prevista anche la possibilità di utilizzare diversi criteri di calcolo del ragionevole utile, quali il tasso medio di remunerazione del capitale proprio, il rendimento del capitale investito, il rendimento degli attivi o l'utile sulle vendite.

b) Occorre poi brevemente affrontare la problematica dell'**adeguamento periodico** del corrispettivo.

Trattandosi di contratti di durata, è evidente l'importanza di prevedere un meccanismo di adeguamento del corrispettivo (cioè della compensazione).

I contratti di servizio stipulati in esito alla precedente tornata di gare tra le Province ed i vari Gestori contenevano due clausole, delle quali

una stabiliva che il corrispettivo annuale era soggetto a revisione ai sensi della legge n. 537/93 previa istruttoria condotta dall'Amministrazione, a decorrere dal secondo anno di rapporto. Quasi tutti aggiungevano che tale adeguamento aveva luogo entro i limiti dell'inflazione programmata;

la seconda prevedeva il riequilibrio del contratto in caso di eventi eccezionali che alterassero l'equilibrato rapporto tra componenti di costo e di ricavo.

Senonché l'adeguamento annuale del corrispettivo non può essere limitato, al tasso di inflazione programmata perché la dinamica dei costi –specialmente di quelli specifici del settore dei trasporti, si pensi all'aumento esponenziale del costo del gasolio- di questi ultimi anni è 3-4 volte superiore rispetto all'inflazione programmata, talché quest'ultima è assolutamente insufficiente.

A ciò si aggiunga, sul piano giuridico, che il mero adeguamento in base all'inflazione programmata, è in contrasto con l'art. 6 della L. n. 537/93 e con l'art. 115 del Codice dei contratti pubblici, e contraddice il principio generale sancito dall'art. 117 del D.lgs n. 267/00 che impone l'equilibrio economico nella gestione dei contratti di servizio pubblico.

In proposito la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez.V, 16.6.2003 n.3373; sez.V, 19.2.2003 n.916; Sez.V, 8.5.2002 n.2461) ha stabilito:

1) che la disposizione di cui all'art. 6, co. 4, della L. n. 537/93 è norma speciale per i contratti ad esecuzione periodica o continuativa di cui sia parte la Pubblica Amministrazione e, per tali contratti, è di portata generale;

2) che tale disposizione, in quanto norma speciale, prevale sull'art. 1664 c.c., talché ne esclude l'applicazione nei contratti in cui è parte la Pubblica Amministrazione. La conseguenza è che la revisione opera indipendentemente dalla imprevedibilità degli aumenti e senza alea/franchigia del 10%;

3) che, qualora il contratto della Pubblica Amministrazione non contenga la clausola di revisione periodica del prezzo, questa deve intendersi automaticamente inserita trattandosi di norma generale e imperativa, talché le clausole che stabiliscono il contrario sono da considerarsi nulle (art. 1419, 2° co., c.c.) e così anche la limitazione dell'adeguamento al tasso di inflazione programmata;

4) che la norma in esame (art. 6, co. 4, L. 537/93) è volta a garantire la correttezza del rapporto sinallagmatico nell'ambito di tutti i contratti di cui è parte la Pubblica Amministrazione, indipendentemente dal tipo di scelta gestionale, appalto o concessione, effettuata dall'Amministrazione medesima.

In conclusione:

l'adeguamento annuale del corrispettivo deve necessariamente avvenire;

esso deve essere condotto tenendo conto dell'incremento dei costi (v. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 11.05.04 n. 2961) utilizzando, se vi siano, le rilevazioni ed elaborazioni dei prezzi di mercato rilevati dall'Istat come disposto dal co. 6 dello stesso art. 6 L. n. 537/93;

la revisione deve condurre al risultato di garantire l'equilibrio sinallagmatico del contratto e quindi non può a priori essere limitato al tasso di inflazione programmata.

Ogni diversa interpretazione confliggerebbe anche col principio generale dell'equilibrio economico-finanziario della gestione e della *“corrispondenza tra costi e ricavi in modo da assicurare la integrale copertura dei costi”*, sancito dall'art.117 del D.Lgs. 18.8.2000 n.267.

Sarebbe auspicabile che nelle nuove gare si tenesse conto di questi principi, già oggetto di numerosi contenziosi, onde evitare effetti comunque spiacevoli e rischiosi, e cioè la diserzione delle gare, oppure la partecipazione di grandi imprese straniere disponibili a fare dumping, cioè presentare offerte anche in perdita allo scopo di entrare nel mercato, con le inevitabili impugnazioni. E tutto senza considerare il grave danno pubblico che subirebbero gli enti locali che sono proprietari della maggioranza del capitale sociale di molte delle società che attualmente gestiscono i servizi.