

I servizi di continuità territoriale marittima con le isole: quale concorrenza e come svilupparla?

Mario Sebastiani¹

1. Introduzione

Il mercato dei servizi di collegamento marittimo fra la nostra penisola e le isole maggiori – e fra queste e le isole minori – è il primo a essere stato liberalizzato. È del 1992 il regolamento CEE 3577² (di seguito «regolamento») che sancisce la libera prestazione dei servizi di cabotaggio marittimo. Qualora invece il libero mercato non assicuri la fornitura delle prestazioni essenziali di continuità territoriale³ - ove cioè questi si configurino come servizi di interesse economico generale³ (SIEG) si da richiedere l'imposizione di obblighi di servizio pubblico (OSP) – il regolamento sancisce l'obbligatorietà del ricorso a procedure di affidamento a evidenza pubblica: anticipa così di quindici anni – e in termini alquanto più incisivi – la disciplina di altri SIEG, dal trasporto terrestre a quello aereo di passeggeri⁴.

L'applicazione del regolamento ai SIEG apre due strade: l'imposizione di obblighi di servizio pubblico orizzontali e la stipula di contratti di servizio con gli operatori. Alla prima delle due misure le amministrazioni *debbono* ricorrere allorché le prestazioni essenziali per la continuità territoriale possono essere assicurate *collettivamente* da armatori che operano sulla stessa rotta; alla seconda quando l'approccio orizzontale non sarebbe sufficiente a garantire gli obiettivi di pubblico interesse. Vi è quindi una gerarchia di adempimenti in capo alle amministrazioni pubbliche, basata sul principio che fra le opzioni possibili per conseguire obiettivi di pubblico interesse vanno scelte quelle meno restrittive della concorrenza.

¹ Università di Roma Tor Vergata e Società Italiana di Politica dei Trasporti. Relazione introduttiva al Convegno «Regolazione e concorrenza nel cabotaggio marittimo con le isole», 28 gennaio 2025.

² Concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi all'interno degli Stati membri (cabotaggio marittimo).

³ Servizi che gli Stati membri considerano essenziale assicurare alla collettività secondo adeguati standard di qualità, regolarità, accessibilità e abbordabilità dei prezzi, ma che gli operatori privati non sarebbero disposti a fornire senza compensazioni pubbliche.

⁴ Rispettivamente, regolamento (CE) 1370/2007 e regolamento 1008/2008, artt. 16-18.

Ciò implica due ordini di verifiche sequenziali cui sono tenute le amministrazioni: (i) l'accertamento del fallimento del libero mercato a conseguire spontaneamente gli obiettivi prefissati⁵ e (ii) l'adeguatezza del ricorso a obblighi orizzontali. Solo in caso di esito negativo di questi accertamenti le amministrazioni possono ricorrere allo strumento del contratto di servizio, nel qual caso è d'obbligo il ricorso a procedure a evidenza pubblica.

A oltre trent'anni dalla sua emanazione il regolamento non ha subito revisioni ma nel 2014 è stato oggetto di approfondimenti interpretativi della Commissione UE⁶ e, sul piano regolatorio, è stato «recepto» in Italia dalla delibera 22/2019 dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) che ne disciplina l'applicazione.

Nella relazione al Consiglio europeo, accompagnatoria della citata comunicazione del 2014, la Commissione riconosce che a oltre venti anni dal regolamento l'abolizione delle barriere all'accesso non ha comportato un aumento rilevante del numero di armatori interessati a fornire servizi di cabotaggio in vari Stati membri dell'Unione, cosicché «risulta evidente che la liberalizzazione ha avuto un impatto complessivo modesto [sulla concorrenza]. Ciò può essere legato alle caratteristiche proprie del mercato del cabotaggio che, con alcune eccezioni rappresentate da rotte di grandissimo interesse commerciale, è costituito da traffici passeggeri piuttosto modesti e volumi di merci limitati»⁷. La comunicazione si limita a dare atto del limitato impatto concorrenziale del regolamento – sia sui servizi esercitati in regime di libero mercato che su quelli in OSP - senza però approntare rimedi che possano renderne efficaci i pilastri. Da aggiungere che la Commissione non è stata particolarmente zelante nel reprimere i fenomeni di elusione degli adempimenti di cui ai precedenti step (i) e (ii).

Utile sarebbe quindi un nuovo tagliando dei risultati e se necessario procedere a un ulteriore aggiornamento interpretativo del regolamento, tanto più che la materia è crocevia dove confluiscono altre e successive norme di

⁵ Che, a essere pedanti, «fallimento» non è, posto che il conseguimento di obiettivi di pubblico interesse è estraneo alla logica dei mercati.

⁶ COM(2014) 232-final del 22.04.2014 - Interpretazione del regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi all'interno degli Stati membri (cabotaggio marittimo).

⁷ Quinta relazione sull'attuazione del regolamento (CEE) n. 3577/92 concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi al cabotaggio marittimo (2001-2010), {SWD(2014) 143 final}, par. 4.

portata generale⁸ ed è stata oggetto di numerosi pronunciamenti giurisprudenziali, europei e nazionali.

2. Lo stato dell'arte dei mercati di cabotaggio in Italia

In generale, la concorrenza non gode da noi di buono stato di salute, come emerge dall'analisi che segue, distintamente per i servizi forniti in regime di libertà d'impresa e per quelli assoggettati a OSP.

Sosteneva J.A. Schumpeter, uno dei massimi economisti del '900, che non è possibile comprendere i fenomeni economici di ogni periodo (e non solo) senza un adeguato senso della storia. Dato che ciò è tanto più vero nei casi qui affrontati, conviene prenderla alla larga, seppure brevemente. La *legacy* recente che sta dietro allo stato attuale dei patri mercati di cabotaggio marittimo affonda nel naufragio di Tirrenia, gruppo appartenente all'arcipelago delle società facenti capo all'IRI, nel suo conseguente smembramento e nelle operazioni di privatizzazione che l'hanno seguito: operazioni volte a mettere fine all'accollo delle sue perdite allo Stato e che si sono invece trasformate in un pozzo inesauribile da cui attingere sussidi statali.

2.1. La concorrenza nel libero mercato

Anche in questi casi è utile distinguere fra i collegamenti c.d. di interesse nazionale (fondamentalmente fra l'Italia continentale e le isole maggiori) e quelli, di interesse regionale, con le isole minori).

2.1.1. Focus sui collegamenti con le isole minori

Andando per gradi, fra il 2009 e il 2011 la proprietà delle società del gruppo Tirrenia che svolgevano per lo più collegamenti con le isole minori fu gratuitamente ceduta dallo Stato alle regioni interessate: Caremar alla Campania, Siremar alla Sicilia, Toremar alla Toscana e Saremar alla Sardegna; appena diverso l'iter di Laziomar, costituita per scissione del ramo d'azienda di Caremar che serviva anche i collegamenti con le isole Pontine, ceduta nel 2013 alla Regione Lazio.

Negli anni successivi, per ragioni che per brevità non esploriamo a fondo, le regioni hanno a loro volta privatizzato la proprietà di tutte le società ricevute in dono dallo Stato, contemporaneamente assicurando agli acquirenti

⁸ A livello dell'Unione la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e il set di norme, comunicazioni e decisioni della Commissione che compongono il «Pacchetto Almunia»; a livello nazionale italiano il codice dei contratti pubblici (da ultimo d.lgs. 36/2023).

il subentro nei collegamenti. E' stato un iter alquanto complesso, che a seconda dei casi ha visto l'intervento della Commissione europea sul fronte degli aiuti di Stato, dell'AGCM su quello delle concentrazioni e delle pratiche concordate, su quello della scelta degli acquirenti, oggetto di ricorsi di imprese contro interessate.

Questi gli esiti.

- *Caremar* è stata acquistata nel 2012 da un RTI composto da SNAV e da Refim, la prima 100% di proprietà di Marininvest (società del gruppo MSC), mentre la seconda è una holding finanziaria che controlla, tra l'altro, Medmar Navi e attraverso questa Pozzuoli Ferries⁹.
- *Laziomar* è stata rilevata nel 2014 da un pool di compagnie di navigazione napoletane costituito da Snav, Medmare e Alilauro – situazione dunque non dissimile a quella campana.
- Con il passaggio alla Regione Sardegna, *Saremar* ha mantenuto i servizi con le isole minori a cui dal 2012 si sono aggiunti alcuni collegamenti con la penisola su cui si tornerà. Infine, nel 2016 la Società è stata posta in liquidazione a causa dell'indebitamento accumulatosi. Da quel momento i servizi con le isole sono offerti dal gruppo Doremar attraverso le controllate Delcomar ed Elsamar.
- Le vicende di *Siremar* sono state caratterizzate da varie vicissitudini e passaggi di mano. Nel 2011 fu ceduta alla Compagnia delle Isole - società controllata dal gruppo Salvatore Lauro, con una partecipazione minoritaria della regione e con un affidamento di 12 anni compensato con 55,5 milioni/anno. Tuttavia, su ricorso della Società di navigazione siciliana (SNS), nel 2015 l'operazione fu azzerata dal TAR Lazio poiché viziata dall'illegittima erogazione di un aiuto di Stato¹⁰, cosicché venne imposto al Ministero dei trasporti di riaggiudicare la gara entro quattro mesi, escludendo dalla partecipazione il precedente aggiudicatario. Nuovo aggiudicatario è stato SNF, unica partecipante e società consortile formata da Ustica Lines (poi Liberty Lines) e da Caronte&Tourist (C&T). Infine, tempo due mesi dall'acquisizione la società è stata scissa in due rami: i collegamenti con mezzi veloci a Liberty e quelli con navi traghetto - passeggeri, mezzi al seguito e merci (Ro-pax) a C&T.
- *Toremar* è stata ceduta totalmente a Moby nel 2011 (unitamente a un contratto di affidamento di 12 anni di durata).
- Infine, i collegamenti in libero mercato con Messina da/per Villa San Giovanni e da/per Reggio Calabria.

⁹ Sebbene si configurasse come una concentrazione, comportando l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, l'operazione non è stata vagliata dall'autorità antitrust poiché il fatturato di Caremar era inferiore alla soglia di 50 milioni di euro che rendeva obbligatoria la previa notifica (AGCM, Provvedimento n. 24779/2014 (C11938) - SNAV-RIFIM/CAREMAR).

¹⁰ Per il rilascio di una contro-garanzia bancaria da parte della Regione Siciliana.

- (i) Sulla prima delle due tratte C&T gestiva nel 2018 il 92% del traffico (il 100% dei servizi Ro-pax), la restante parte essendo suddivisa fra Blueferries (4%) e da Bluejet (4%), le ultime due di proprietà di Rete ferroviaria italiana¹¹; era quindi palese l'assoluta dominanza di C&T sulla tratta in questione e di cui ancor oggi gode¹².
- (ii) Quanto alla Reggio Calabria-Messina, nel 1998 la compagnia Diano ha attivato un servizio Ro-pax e, nel tempo due mesi, è stata raggiunta Navigazione Generale Italiana, filiazione di C&T, il cui intento predatorio (prezzi sotto-costò da e per Reggio Calabria, ribassati poi anche sulla linea gemella) stato accertato e sanzionato dall'Autorità della concorrenza¹³.

Dati gli antefatti non stupisce la sclerosi della concorrenza. La cessione *in blocco* delle articolazioni regionali di Tirrenia ha determinato una condizione di *pre-emption* dei mercati, tale da lasciare poco spazio a nuovi entranti, in tal modo perpetuando situazioni di quasi monopoli di fatto, stavolta privati, e ulteriormente rafforzandosi attraverso concentrazioni di cui si parlerà poi. Ciò anche per effetto dell'aver rilevato le flotte esistenti all'epoca, ancor oggi in funzione nonostante gli acciacchi dell'età a causa della poca propensione a investire degli incumbent, financo in operazioni di ringiovanimento, la scarsità delle quali costituisce una delle maggiori barriere alla concorrenza.

2.1.2. Focus sui collegamenti fra la penisola e le isole maggiori

Secondo i canoni antitrust, nei collegamenti marittimi il mercato rilevante geografico è rappresentato dai fasci di rotte fra porti per origine-destinazione sostituibili. I dati recentemente raccolti dall'AGCM¹⁴ riguardo ai servizi svolti in regime di libero mercato fra la penisola e le isole maggiori evidenziano un elevato grado di concentrazione sia nei segmenti misti passeggeri-merci (Ro-pax), sia in quelli per soli mezzi gommati merci (Ro-ro).

Dai dati «censiti» dalla segnalazione emerge che su tutte le direttrici da e per la *Sardegna* il traffico Ro-ro è per il 60%-70% servito dal Gruppo Moby

¹¹ Fonte, AdSP dello Stretto, 2019, escluso il traghettamento di treni e carri merci, esercitato direttamente da Rete ferroviaria italiana in forza del contratto di programma con lo Stato.

¹² Non sono noti dati più recenti ma è da ritenere che, pur essendosi incrementata la domanda di trasporto veloce, l'attuale quota complessiva di mercato di C&T (che comunque conserva il 100% del trasporto Ro-pax) non si sia ridotta in misura tale da pregiudicarne la posizione dominante.

¹³ AGCM, Provvedimento n. 10650/2002 (A267) - Diano/Tourist Ferry Boat-Caronte/Shipping Navigazione Generale Italiana.

¹⁴ AGCM, Provvedimento n. 31362 del 05.11.2024 (SAS, GNV, Moby).

mentre la restante quota è suddivisa fra GNV e Grimaldi. Quanto al traffico Ro-pax le medesime direttrici per la Sardegna vedono presenti solo Moby (60%-70%) e GNV per il resto - dunque un mercato di duopolio, asimmetrico dato il divario di quote di mercato fra i due contendenti. Più equilibrata la ripartizione del traffico sulla linea Napoli–Palermo, esercitata da Moby, GNV e Grimaldi, con quote paritarie nel trasporto Ro-pax e con la netta prevalenza delle prime due compagnie nel traffico Ro-ro¹⁵.

Da quanto riportato si potrebbe concludere che la quota di mercato di Moby è tale da attribuirle posizione dominante, almeno nei collegamenti con la Sardegna e dunque di poterne abusare a danno dei concorrenti e degli utenti. Tuttavia i suoi concorrenti sono parte di grandi gruppi diversificati e presenti anche su mercati internazionali, in grado di contrapporsi efficacemente all'incumbent, cosicché questa conclusione in sé rischierebbe di essere frettolosa.

Da considerare però che dal 2019 la proprietà di Grandi navi veloci (GNV) è per il 100% di società del gruppo MSC¹⁶ (dal 2010 era condivisa per il 50% con il gruppo Grimaldi). Di per sé l'operazione non avrebbe mutato l'assetto concorrenziale dei mercati, *se non fosse* che MSC ha recentemente completato l'acquisizione dal gruppo Onorato del 49% di Moby, il restante 51% restando in mano al venditore¹⁷; inoltre, a garanzia del considerevole

¹⁵ Di seguito lo stato dei collegamenti come riportato dal provvedimento AGCM.

Tabella n. 1: quote di mercato in volume nei mercati del trasporto merci su rotabili

Fascio di rotte	Anno	Moby	GNV	Concorrenti
GE/SV/Vado - Sardegna del Nord	2022	[60-70]%	[10-20]%	[10-20]% Grimaldi
Genova - Porto Torres	2022	[70-80]%	[10-20]%	[10-20] Grimaldi
Civitavecchia - Sardegna del Nord	2023	[60-70]%	[0 -5]%	[20-30]% Grimaldi
Napoli - Palermo	2023	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]% Grimaldi

Tabella n. 2: quote di mercato in volume nei mercati del trasporto passeggeri (2023)

Fascio di rotte	Moby	GNV	Concorrenti
Genova/Savona - Porto Torres	[60-70]%	[30-40]%	0%
Genova/Savona - Olbia	[60-70]%	[30-40]%	0%
Civitavecchia - Olbia / Golfo Aranci	[70-80]%	[5-10]%	[20-30]% Grimaldi
Napoli - Palermo	[30-40]%	[40-50]%	[10-20]% Grimaldi

¹⁶ A seconda dei casi MSC opera nel cabotaggio attraverso le controllate SAS, Marininvest o Aponte. Per semplicità in quanto segue si fa riferimento al gruppo nel suo insieme.

¹⁷ Considerato che la quota acquistata da MSC non è tale da trasferirle in controllo di Moby e che i patti contrattuali vedono l'impegno a riservare a Onorato la gestione dell'impresa, l'insieme delle pattuizioni non basta a configurare l'operazione come una concentrazione. Di conseguenza la Commissione europea ha rinviato all'AGCM la valutazione della concentrazione che si realizzerebbe *nel caso* in cui Moby non estinguesse il suo debito nei confronti di SAS entro i termini pattuiti.

finanziamento concesso da MSC¹⁸, è stata concordata a suo favore la costituzione in pegno sul restante 51% delle azioni rimaste in mano a Onorato.

L'avvio nel novembre 2024 del procedimento antitrust nei confronti di MSC (più precisamente di SAS da questa controllata), di Moby e di GNV (fonte dei dati di mercato prima riportati), non è stato occasionato dalla compravendita delle azioni di Moby in sé ma dai potenziali effetti distorsivi della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 Tfeue. Ciò in quanto le quote di mercato di Moby e GNV sui collegamenti fra la penisola e le due isole maggiori sommano complessivamente fra il 60% e il 90% per il traffico Ro-merci e l'80% e il 100% su quello Ro-pax. Le provvisorie conclusioni dell'AGCM sono che i forti legami creatisi fra le due realtà «potrebbero risultare idonei a produrre un deterioramento delle dinamiche concorrenziali sui mercati interessati, in violazione dell'articolo 101 Tfeue». In particolare, secondo l'Autorità «l'acquisizione di una partecipazione di minoranza di SAS in Moby potrebbe facilitare, anche attraverso contatti tra le parti, il coordinamento delle rispettive politiche commerciali [...]. A tale riguardo, l'osservata correlazione tra le variazioni dei prezzi dei biglietti già oggi acquistabili per la prossima stagione sui siti aziendali e la possibile riduzione delle frequenze offerte da GNV nella stagione estiva appaiono prima facie indizi degli ipotizzati effetti di restrizione della concorrenza»^{19,20}.

Volendo schematicamente tracciare provvisorie conclusioni, emerge piuttosto nitidamente che i collegamenti con le isole campane e laziali vedono la presenza del gruppo MSC, che oggi rischia di estendersi a quelli con le isole della Toscana a causa della sua recente acquisizione del 49% delle azioni di Moby, come si vedrà poi. Insomma, considerato l'assetto conglomerale e il suo dinamismo, appare verosimile ritenere che il gruppo

¹⁸ Quasi 250 milioni di euro a cui si è aggiunta la cessione di due navi da Moby a MSC per un controvalore di 109 milioni.

¹⁹ AGCM, cit., par. 27.

²⁰ L'autorità antitrust è intervenuta più volte su casi di violazione del diritto della concorrenza. Particolarmente significativo il procedimento, avviato nel 2011 e concluso nel 2013, che ha accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva fra Moby, GNV, Forship e SNAV volta ad aumentare i prezzi sulle rotte Civitavecchia-Olbia, Genova-Olbia e Genova-Porto Torres. In effetti le tariffe della stagione estiva 2011 avevano mostrato incrementi superiori al 70%-80% rispetto all'anno precedente (soprattutto da parte di Moby e GNV), accompagnati da una drastica riduzione della domanda (Provvedimento 24405 - I743 Tariffe traghetti da/per la Sardegna). La decisione dell'Autorità è stata però ribaltata dal TAR Lazio, il quale ritenne che non vi fossero prove di cartello, seppure fu accertato l'effettivo aumento dei prezzi.

Proprio per porre rimedio a tale situazione a partire dall'estate 2011 e fino al 2012 la Regione Sardegna ha disposto che Saremar svolgesse collegamenti fra Olbia e Porto Torres, da un lato, e Civitavecchia e Vado Ligure dall'altro.

MSC possa esercitare un'influenza significativa che va oltre i mercati in cui è direttamente presente. I collegamenti con le isole siciliane sono invece caratterizzati dal duopolio fra Liberty e Caronte²¹.

2.1.3. Tirando le fila

Volendo schematicamente tracciare provvisorie conclusioni, emerge piuttosto nitidamente che i collegamenti a mercato sono caratterizzati da elevati e crescenti gradi di concentrazione orizzontale – *nelle* singole torre e *fra* le rotte – che, al di là di eventuali condotte contrarie al diritto antitrust, determinano oggettive barriere all'entrata: ciò vale sia riguardo ai collegamenti di interesse nazionale che a quelli regionali. A questo si aggiungono concentrazioni di tipo verticale derivanti dall'acquisizione in concessione di aree e banchine nei porti, spesso anch'esse risorse scarse, da parte di incumbent nei servizi di navigazione che ulteriormente rafforzano la loro dominanza.

Salvo i collegamenti con le isole siciliane, caratterizzati dal duopolio fra Liberty e Caronte²², spicca fra tutti il gruppo MSC, il cui assetto conglomerale e il suo dinamismo rendono verosimile ritenere che possa esercitare un'influenza significativa che va oltre i mercati in cui è direttamente presente.

3. La concorrenza nei mercati regolamentati

La situazione non è dissimile qui dal quadro generale prima abbozzato per i servizi a mercato, disegnato in precedenza, anch'essa essendo riconducibile alle privatizzazioni seguite al dissolvimento del gruppo Tirrenia e ai processi di concentrazione che ne sono seguiti. Infatti, le economie di scala e di scopo rendono le imprese che le conseguono più competitive nel penetrare anche i segmenti di mercato soggetti a OSP, cosicché il fatto che la concorrenza *per* il mercato sia in questi ultimi casi pressoché assente alla prova dei fatti è anche conseguenza di uno stato che si è consolidato e che costituisce un obiettivo deterrente per quanti volessero metterlo in discussione.

Da aggiungere che gli orientamenti europei stabiliscono che l'importo delle compensazioni per OSP dovrebbe essere dal «costo netto evitato», inteso come differenza negativa fra i costi e i ricavi che un operatore efficiente sosterebbe/percepirebbe per l'erogazione dei servizi affidati *in aggiunta* a quelli che già sostiene per altre attività che conduce al di fuori del

²¹ Seppure su mercati rilevanti del prodotto solo parzialmente sovrapponibili, posto che i mezzi veloci non possono trasportare anche merci e auto al seguito.

²² Seppure su mercati rilevanti del prodotto solo parzialmente sovrapponibili, posto che i mezzi veloci non possono trasportare anche merci e auto al seguito.

perimetro di gara²³ - in buona sostanza considerando il solo costo marginale derivante dall'OSP²⁴. Si tratta di una condizione che perfettamente si attaglia a quella descritta prima ma che non è dato sapere se in concreto sia rispettata o meno.

Vi sono poi ulteriori fattori di complessità, posto che si ha a che fare con servizi essenziali di interesse economico generale che le amministrazioni pubbliche debbono assicurare e nella cui disciplina confluiscono più fonti europee – il regolamento del 1992, la direttiva sulle concessioni di servizi e la normativa sugli aiuti di Stato ai SIEG – ciascuna di competenza di altrettante articolazioni della Commissione (DG Move, DG Grow, DG Comp); a livello nazionale la materia è di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per i collegamenti di interesse nazionale, e delle regioni per quelli con le rispettive isole minori; infine l'ART e l'AGCM.

Importante è stato il ruolo svolto dall'ART con la citata delibera del 2019 che ha contenuto la sostanziale inerzia delle amministrazioni pubbliche, più volte segnalata dall'Autorità della concorrenza, obbligandole a rispettare i tre step di accertamenti menzionati nel paragrafo introduttivo. Diversi però gli esiti a seconda della tipologia dei collegamenti.

Fra quelli che collegano la penisola con le *isole maggiori*, delle nove linee storicamente affidate a Tirrenia, quattro sono state completamente liberalizzate; sulla Civitavecchia-Olbia sono stati imposti obblighi di servizio pubblico orizzontali, senza compensazioni, agli operatori presenti (Moby e GNV a cui si è aggiunto Grimaldi)²⁵; sulle quattro restanti si è mantenuto il regime di contratti di servizio, senza esclusiva e in alcuni casi limitatamente al periodo invernale. Un buon risultato dunque.

Assai meno positivo il quadro quando si passa alle *isole minori*. È qui che troviamo le maggiori criticità concorrenziali, che si riscontrano pressoché uniformemente in tutte le regioni interessate (Campania, Lazio, Sardegna, Sicilia e Toscana). Da aggiungere i collegamenti fra la Puglia (Termoli) e le isole Tremiti, esercitati da Navigazione libera del golfo, riconducibile al gruppo MSC.

²³ Commissione UE, comunicazione 2012/C 8/03, punti 24-27.

²⁴ La ratio di questa condizione è che un'impresa razionale che compete per aggiudicarsi un'attività aggiuntiva a quelle che già svolge tiene conto dei costi aggiuntivi che sosterebbe qualora se l'aggiudicasse, non anche quelli che comunque seguitasse a sostenere *indipendentemente* dall'esito della stessa.

²⁵ Pur con i *caveat* per i rapporti societari fra le prime due società, anticipati nella sezione precedente.

Sebbene le amministrazioni quasi sempre seguano gli step di accertamento stabiliti dalla normativa europea e dall'ART²⁶, gli assetti monopolistici denunciati dall'Autorità della concorrenza nel 2017²⁷ sono rimasti sostanzialmente immutati. Sono dati di fatto il mancato ricorso preferenziale a OSP orizzontali e quindi quello, generalizzato, a gare, l'assenza di ricambio, la circostanza che gli affidatari entranti normalmente coincidono con quelli uscenti: non perché prevalgano nella competizione con altri concorrenti, ma poiché finiscono per essere i soli a partecipare alle gare di volta in volta bandite.

Non infrequentemente le gare vanno deserte e le amministrazioni non hanno altra scelta che ricorrere a proroghe in attesa di bandirle di nuovo - progressivamente (saggiamente) allentandone le condizioni – alle quali non infrequentemente seguono *almeno* i bis²⁸.

In questa situazione:

- sono vanificate le finalità concorrenziali del regolamento, le quali presuppongono che le amministrazioni possano scegliere fra più offerte quella migliore;
- a cascata, ciò apre a criticità sul fronte degli aiuti di Stato, nonostante i bandi di gara *formalmente* rispettino tutte le condizioni «Altmark»²⁹, con

²⁶ Fa eccezione Campania. Nel 2018 l'Autorità della concorrenza ha contestato all'amministrazione regionale che «[...] il nuovo quadro regolamentare introdotto da codesta Regione dal 2016 appare insoddisfacente da un punto di vista concorrenziale, poiché basato sulla mera rinuncia allo svolgimento di una procedura a evidenza pubblica [...], senza che sia stata svolta un'analisi preventiva di mercato realmente adeguata a individuare le esigenze della domanda complessiva, quelle specifiche dei titolari al diritto alla continuità territoriale, nonché le modalità più appropriate per soddisfarle» (AGCM AS1547/2018, Regione Campania, Problematiche concorrenziali nei servizi di trasporto marittimo da-tra-per le isole).

²⁷ Cfr. AGCM, segnalazione AS1399 del 2017 - Servizi di cabotaggio marittimo da/per le isole minori della Sicilia e della Sardegna.

²⁸ A titolo di esempio, si vedano alla proroga biennale accordata a C&T, che non aveva partecipato alla gara bandita dalla Regione Sicilia nel 2022 (in sua assenza andata deserta), contestando la condizione che la condizione di un'età massima di 20 anni delle navi, così come l'alternativa del loro ringiovanimento, erano eccessivamente costose, cosicché solo nel 2024 si poté procedere a una nuova procedura. Simile la recente contestazione di Toremar alla Regione Toscana, con conseguente rinvio del bando di gara. Infine, con riguardo agli affidamenti dei collegamenti fra la Sardegna e le isole minori, a valle di una prima aggiudicazione al gruppo Doremar di un contratto della durata di sei anni sono seguiti ben quattro consecutivi bandi andati deserti, mentre il quinto, pubblicato a fine dicembre 2024, è stato «premiato» dalla partecipazione (unica) del medesimo operatore.

²⁹ Corte europea di giustizia, sentenza 24 luglio 2003, C- 280/00, *Altmark Trans GmbH*. Da precisare che il terreno della causa Altmark ha avuto per oggetto SIEG di trasporto terrestre, dove la disciplina degli aiuti di Stato deriva dalla lex specialis dell'articolo (ora) 93 Tfeue, con esclusione dunque dei servizi marittimi soggetti alla disciplina generale dell'art. 106, par. 2, Tfeue. Solo più tardi, a seguito di pronunce giurisprudenziali e infine in

conseguente esenzione dall'obbligo di notifica e dunque con l'impossibilità di scrutinio preventivo della Commissione³⁰.

- Conseguentemente, le amministrazioni concedenti non si sentono tenute alla notifica né ad accertare la congruità della compensazione (cfr. la condizione 4.1 richiamata dalla nota precedente), posto che quest'ultima è richiesta solo se la procedura di affidamento non rispetta l'evidenza pubblica, caso che non ricorre nella fattispecie.
- In realtà così non è, invece, poiché seguendo un approccio sostanziale, ai fini della notifica la Commissione europea equipara gli effetti delle gare con un unico concorrente a quelli degli affidamenti fuori dall'evidenza pubblica - a nostro avviso correttamente, poiché in entrambi i casi manca il confronto concorrenziale.

forza del già menzionato «pacchetto Almunia» del 2011, l'applicabilità dei criteri Almark è stata generalizzata a tutti i SIEG, indipendentemente dall'applicabilità dei menzionati due articoli del trattato.

Sulla qualificazione o meno della compensazione degli obblighi di servizio pubblico come aiuto, la giurisprudenza della Corte di giustizia è stata a lungo ondivaga, determinando una situazione di notevole incertezza: dalla risposta alla questione dipende infatti l'obbligo per lo Stato membro di notificare la misura e di attendere la pronuncia della Commissione prima di erogare l'aiuto. Nel 2003 con la sentenza *Altmark* la Corte di giustizia ha cercato di risolvere una volta per tutte la questione identificando i requisiti che devono essere soddisfatti perché la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisca aiuto ai sensi dell'articolo 107 Tfeue e pertanto non sia soggetta agli obblighi di notifica di cui all'articolo 108:

1) l'impresa beneficiaria è effettivamente incaricata dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, che devono essere definiti in modo chiaro;

2) il calcolo della compensazione è effettuato in base a parametri preventivamente definiti in modo obiettivo e trasparente;

3) la compensazione non eccede quanto necessario a coprire i costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole;

4.1) la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico è effettuata nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività.

4.2) Se la scelta dell'impresa avviene al di fuori di una tale procedura la compensazione deve essere calcolata in base a un'analisi dei costi che dovrebbe sopportare un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi per svolgere il servizio.

Tenuto conto di tali condizioni che debbono cumulativamente ricorrere affinché una misura si configuri come aiuto di Stato, fondamentale è la quarta condizione *Altmark*, dal cui rispetto discende l'assenza di un vantaggio economico per l'impresa derivante dalla natura pubblica del soggetto erogatore.

³⁰ Altre vie che esentino dall'obbligo di notifica sono precluse, non essendo applicabile quanto previsto dal regolamento (UE) n. 360/2012, relativo agli aiuti *de minimis* né, per la quasi totalità dei collegamenti in essere, l'esenzione stabilita dalla decisione 2012/21/UE, che comportano la presunzione di compatibilità dell'aiuto ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2.

- Di conseguenza le amministrazioni sarebbero tenute a calcolare la compensazione in base a un'analisi dei costi che dovrebbe sopportare un'impresa media efficiente: *probatio diabolica* in concreto fuori portata per esse³¹.

3.1. Le cause e i rimedi

A ricercare le cause della sclerosi della concorrenza c'è solo l'imbarazzo della scelta. Ne elenchiamo quelle più spesso proposte, accompagnandole da nostre osservazioni, a cui seguiranno altre e a nostro avviso più convincenti.

- 1) l'attuale assetto concorrenziale del settore del cabotaggio marittimo è il portato delle modalità di realizzazione della privatizzazione del gruppo Tirrenia, “riflesso di un'applicazione solo formale ma non sostanziale, della normativa e dei principi eurounitari sulla liberalizzazione del cabotaggio” (AGCM, Segnalazione AS1546, 2018) – *questa la storia ma come rimediare?*
- 2) la scarsità di navi disponibili, specie di Ro-Pax, tanto più essenziali rifornendo le isole anche di merci – *causa o effetto della non contendibilità dei mercati?*
- 3) la poca concorrenza infracomunitaria – *ciò equivale al mero rinvio alla spiegazione della poca concorrenza negli altri Stati dell'UE;*
- 4) il limitato interesse commerciale (Commissione europea, COM (2014) – *perché e come rimediare?*

³¹ La logica su cui si basa l'esclusione della compensazione dal campo degli aiuti di Stato è che le PA si comportino alla stregua di un normale operatore privato che, dati gli obiettivi di servizio che si è posto, cerca di minimizzare i costi a suo carico. Nei casi qui considerati, nello stabilire l'asticella degli OSP le PA dovrebbero agire inizialmente con il «cappello» di pubbliche autorità (non soggette, dunque, al diritto della concorrenza), per indossare poi quello di normali operatori di mercato che, fra le offerte presentate dai concorrenti alle gare scelgono (fra le compensazioni richieste da essi) scelgono quella più conveniente. In assenza di gara o nel caso di un'unica offerta le PA sarebbero invece tenute a verificare se la compensazione richiesta corrisponde al benchmark dell'*as efficient competitor*, dove l'importo della sovvenzione andrebbe determinato dal *costo netto evitato* di cui si è già detto, obbligo implicito nella terza condizione Altmark. Ebbene, non *dovendo* conoscere in anticipo quanti e quali concorrenti si presenteranno alle gare, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a formulare la base d'asta in base al suddetto criterio e comunque non ne sarebbero in grado, non conoscendo l'identikit dei potenziali concorrenti (ad esempio se svolgono altre attività, oltre a quelle poste a gara). Nemmeno potrebbero procedere *ex post* in tal senso, ove si sia presentato un unico concorrente, con il rischio di dover poi invalidare la gara e lasciare gli utenti letteralmente a terra. Di fondo, l'applicazione del criterio del normale operatore di mercato - del calcolo privatistico di convenienza – entra in conflitto con il calcolo sociale per il quale l'amministrazione non può che porsi come obiettivo prioritario quello di scongiurare «a tutti i costi» interruzioni dei servizi. In tal modo le amministrazioni si trovano strette fra gli obblighi derivanti dalla propria missione istituzionale e quanto imposto dalla normativa UE.

- 5) l'assenza di economia di scala;
- 6) il ricorso a pratiche concordate (AGCM).

Spiegazioni probabilmente fondate ma insufficienti. Ci limitiamo a discutere, nell'ordine le ultime tre.

In generale è da ritenere che gli investitori industriali siano più inclini a fornire servizi svolti sul mercato libero, tanto più se trainati da una crescente domanda, anziché servizi esercitati in forza di contratti di servizio soggetti a scadenza: per renderli redditizi hanno mani sgombre da lacci regolatori e per tentare di volgere i rischi a proprio beneficio. *Dovendo* scegliere fra «stato e mercato» sarebbe dunque logico che preferiscano il mercato. Nella realtà, vedremo poi, l'una via esclude l'altra, dato che la gestione di una o più linee in contratto di servizio non esclude che l'affidatario possa servirle anche in regime di libero mercato. D'altro canto, fra ricavi dalle vendite e compensazioni pubbliche, gli affidamenti generano annualmente introiti tutt'altro che trascurabili.

L'assenza di economie di scala non è una spiegazione in sé convincente: non lo è alla luce del concreto quadro di mercato in sezione 3; non lo è anche a prescindere da quello, poiché gli affidamenti regionali – quasi sempre grappoli di collegamenti – il più delle volte sono esercitati da imprese di dimensioni ragguardevoli.

L'ultima spiegazione è quella che per prima viene in mente: che il mosaico sia frutto di pratiche concordate di *bid rigging*, accordi a scacchiera per la ripartizione degli affidamenti. Anche questa sembra da scartare, poiché non spiega il disinteresse di new entries di altri Stati membri (a meno di immaginare un implausibile cartello di dimensione europea) e poiché l'assetto è ormai così consolidato da rendere superfluo fare accordi. Insomma, il rimedio non sembra poter consistere nell'impugnare l'art. 101 Tfe e, per la ragione dianzi indicata, sarebbe comunque arduo raccogliere sufficienti prove esogene.

Veniamo quindi a riflettere su altre cause e sui possibili rimedi.

Dagli *ambienti armatoriali* l'indice è puntato sulla bassa redditività dei contratti di servizio, che viene riconosciuta dall'ART applicando la metodologia standard costo ponderato del capitale investito (WACC/CAPM, acronimo in inglese di *weighted average capital cost/capital asset pricing model*) moltiplicato il capitale investito netto (CIN), fatto prevalentemente di navi vecchie e largamente ammortizzate o di mezzi presi a noleggio.

A questo limite la revisione della delibera 22/2019, recentissimamente introdotta dall'ART, viene incontro ai rilievi sollevati dagli operatori, parametrizzando la redditività non più allo standard indicato sopra ma

all'EBIT margin di un paniere di imprese dotate di un CIN sufficientemente elevato da rendere profittevole la metodologia WACC/CAPM.

Restano a nostro avviso alcune criticità che indirettamente impattano sulla redditività.

È principio regolatorio assodato che la remunerazione riconosciuta alle imprese debba essere orientata al costo opportunità del capitale investito, ossia al rendimento derivante da impieghi alternativi caratterizzati dallo stesso grado di rischio, dove la nozione di rischio presenta due facce: può comportare perdite in caso di eventi negativi o extraprofiti nel caso opposto. Ne segue che la remunerazione andrebbe tarata in funzione del livello di rischio operativo e della sua allocazione in capo alle controparti: questa dovrebbe essere la ratio di calcolo del WACC³².

Lasciando da parte i deficit intrinseci del WACC di cui si è detto nella nota che precede, nello specifico del comparto in esame la regolazione ART presenta a nostro parere tre limiti specifici.

- Il primo è che stabilisce annualmente un valore del WACC comune per tutti gli affidamenti in essere, con il che trascura la diversa rischiosità che può distinguere gli uni dagli altri.
- Il secondo è la genericità dell'allocazione dei rischi in capo alle PA e alle imprese³³, la quale lascia alle prime un'eccessiva discrezionalità di applicazione e talvolta le porta a interpretazioni penalizzanti per gli affidatari.
- Infine il criterio di premialità, che a seconda dei casi può rivelarsi eccessivamente penalizzante o eccessivamente generoso nei confronti delle imprese³⁴. I deficit indicati interagiscono nell'incentivare le imprese

³² Sul piano generale va premesso che l'applicazione corrente di questo modello non risponde pienamente all'esposizione delle imprese al rischio di mercato. Ciò in quanto il suo parametro chiave - l'*equity beta* - è tratto da società quotate ed è applicato come *comparable* a realtà che quotate non sono e la cui illiquidità del capitale rende il rischio non differenziabile in capo agli azionisti considerevolmente maggiore; infatti, mentre gli investitori in azioni di società quotate possono disfarsene al primo avviso di pericolo, quelli in società non quotate devono andarsi a cercare l'acquirente. Né a dire che le consuete operazioni di adattamento, basate sul *de-levering* e sul successivo *re-levering*, risolvono la situazione, posto che pareggiano il solo rischio finanziario e non anche quello di mercato.

³³ Misura 9 dell'allegato A alla delibera 22/2019.

³⁴ La premialità è determinata dal prodotto fra un parametro che misura i miglioramenti della qualità dei servizi moltiplicato per la somma (in valore assoluto) dell'aumento di ricavi e della riduzione dei costi rispetto agli obiettivi formulati dagli operatori nei PEF. Una formulazione riduttiva poiché (a) subordina la premialità al conseguimento di *miglioramenti* di qualità dei servizi, in tal modo penalizzando gli operatori che già inizialmente presentano standard elevati (i miglioramenti di qualità non possono essere illimitati); (b) all'opposto rischia di essere straordinariamente favorevole per le imprese

a formulare opportunisticamente offerte basate su basse previsioni dei ricavi ed elevati costi, e per questa via a valutare insufficienti le basi d'asta. Al tempo stesso essi rischiano di determinare contenziosi in sede di verifica periodica del mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario.

Il rimedio prioritario che riteniamo andrebbe integrato nella regolazione ART consiste nel conformarsi alla disciplina stabilita dall'Unione europea e dal codice dei contratti pubblici, delimitando il rischio operativo in capo alle imprese (i) a condizioni operative normali e (ii) a fluttuazioni del mercato^{35,36}, il cui combinato disposto sottintende trattarsi di condizioni che tendenzialmente possano controbilanciarsi nel corso del contratto di servizio.

Pare quindi opportuno che i documenti di gara (la matrice dei rischi e il PEF simulato) prevedano una ragionevole forchetta simmetrica di scostamento di costi e ricavi da quelli posti a base di gara, dove le deviazioni al loro interno vadano a seconda dei casi a vantaggio o a carico dell'operatore, mentre quelli eccedenti e non riconducibili a responsabilità dell'impresa siano accollati all'amministrazione concedente. Starà agli operatori proporre eventualmente matrici dei rischi e PEF con forchette più ampie.

Questa strada incorporerebbe in modo omogeneo anche il fattore di premialità, replicando il meccanismo a base del *price* e *subsidy cap*, e superando i limiti insiti dell'attuale regolazione.

Altra strada da percorrere riguarda il perimetro dei servizi da assoggettare a OSP (tanto più a contratti di servizio).

In conformità all'articolo 14 Tfnue, la normativa unionale lascia agli Stati e alle loro articolazioni territoriali ampia discrezionalità nel disegnare il perimetro dei servizi da assoggettare a OSP e l'asticella delle prestazioni da assicurare, riservando alla Commissione il potere di sindacare tali decisioni come «errori manifesti», oltre alla valutazione degli eventuali aiuti di Stato connessi alle compensazioni. Gli Stati hanno fatto uso estensivo delle proprie facoltà, a ciò portati dalla pressione delle opinioni pubbliche a essere garantite

posto che, date le tariffe, gli aumenti dei ricavi da traffico sono riconducibili a fattori per lo più esogeni, non dipendenti da efficienza gestionale dell'affidatario.

³⁵ “La caratteristica principale di una concessione [...] implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore” (direttiva 2014/23/UE, considerando n. 18).

³⁶ D.lgs. 36/2023, art. 177, c. 2.

da obblighi imposti alle imprese, piuttosto che dall'interesse di queste³⁷; spinte analoghe vanno registrate riguardo alla preferenza per il ricorso ai contratti di servizio anziché agli obblighi orizzontali, questi ultimi considerati dagli utenti meno garantisti dei contratti. Infine la pressione delle popolazioni è alquanto più intensa sui collegamenti con le isole minori, per la pendolarità dei residenti e per l'approvvigionamento di merci più dipendenti delle isole maggiori. Va da sé che tali spinte hanno trovato terreno fertile nelle amministrazioni territoriali, in ciò agevolate da un certo *benign neglect* da parte della Commissione, spesso esitante a sventolare la bandiera dell'errore manifesto³⁸.

Restano però in piedi i principi di necessità e di proporzionalità, per i quali e gli Stati possono imporre obblighi orizzontali di servizio pubblico o concludere contratti di servizio solo se hanno appurato, per ciascuna rotta, che la libera offerta di trasporto risulterebbe inadeguata a soddisfare le esigenze di servizio pubblico. Più precisamente l'asticella degli OSP dovrebbe essere proporzionata all'obiettivo di assicurare livelli *essenziali delle prestazioni*, in tal modo lasciando spazio al libero mercato e al tempo stesso cercando di conciliare la tutela degli utenti con quella dei contribuenti³⁹. È a questo scopo che la delibera ART 22/2019 impone alle amministrazioni la sequenza di adempimenti qui indicati nella introduttiva.

Questa digressione può tornare utile per introdurre misure che oltre a permettere l'economia di risorse pubbliche contribuiscano a rendere i mercati maggiormente contendibili.

³⁷ Eclatante è il mantenimento della linea veloce Reggio Calabria – Messina considerata la prossimità via terra (14 km) con il porto di Villa San Giovanni (14 minuti di tragitto in autostrada). In termini comparativi: (a) da Reggio Calabria: 16 coppie/giorni feriali, solo trasporto passeggeri con 3 navi da minimo 250 posti (occupati in media per una percentuale estremamente inferiore) e tempi di traversata (banchina-banchina) di 35 minuti. Da Villa San Giovanni (traghetti pax-auto o navi veloci): circa 200 corse/giorno con orari h 24; 20 minuti di traversata (tragitto più breve e prezzi inferiori rispetto a Reggio C.). È legittimo chiedersi se gli oltre 10 milioni di euro all'anno di compensazione dell'OSP non sarebbero meglio utilizzati per finanziare il potenziamento dei servizi di trasporto collettivo via terra.

³⁸ Non mancano tuttavia casi al riguardo. Cfr. ad esempio Causa T-17/02 Fred Olsen, Racc. 2005, p. II-2031, punto 216 e decisione 2013/435/UE della Commissione, del 2 maggio 2013, relativa all'aiuto di stato SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN) cui la Francia ha dato esecuzione in favore della Société Nationale Corse Méditerranée e della Compagnie Méridionale de Navigation, GU L 220 del 17.8.2013, pp. 20-45.

³⁹ «In altre parole, gli Stati membri non possono assoggettare ad obblighi di servizio pubblico e a contratti di servizio pubblico servizi che sono già forniti in maniera soddisfacente e a condizioni, ad esempio in termini di prezzi, continuità e accesso al servizio, compatibili con l'interesse pubblico, quale definito dallo Stato, da parte di imprese che operano in normali condizioni di mercato» (Commissione europea, COM 2024, cit., par. 5.3.1).

A guardare i risultati degli step preliminari di market test e di richiesta di manifestazioni di interesse (con o senza compensazioni) a svolgere i servizi che le amministrazioni considerano essenziale garantire – dunque prima ancora che siano esplicitate le condizioni economiche delle eventuali gare - risulta che queste siano state per lo più desertate, salvo (ma non sempre) dagli incumbent uscenti. Preso dunque atto che nelle condizioni date gli operatori nazionali sono pochi, quelli internazionali assenti e che il naviglio è scarso, l'imposizione di OSP *full time* può condurre le imprese a dover scegliere fra i più attrattivi servizi a mercato e quelli regolamentati.

Dato questo contesto, limitare i contratti di servizio a stagioni e fasce orarie a domanda debole o riconsegnare al mercato collegamenti con O/D in prossimità di porti sostituibili o resi tali dal potenziamento di servizi via terra, potrebbe incentivare le imprese a operare sul libero mercato nei periodi di alta domanda e in OSP negli altri, in tal modo integrando gli introiti e aumentando il grado di impiego della propria capacità di trasporto (ciò tanto più se le due modalità di gestione si esercitano sulle medesime linee). Da ragionare anche sulla conversione delle compensazioni all'offerta in sussidi alla domanda dei residenti nelle piccole isole e dei pendolari⁴⁰ (ossia in aiuti di Stato a carattere sociale, compatibili ai sensi dell'art. 107.2), in tal modo rendendo gli obiettivi di pubblico interesse più mirati e più flessibili, e includendo nel campo di applicazione sia il trasporto misto via traghetti (essenziale anche per il rifornimento di merci e meno esposto a condizionamenti atmosferici), sia i collegamenti operati con navi veloci che rigore potrebbero non rientrare nel perimetro dei livelli essenziali delle prestazioni).

3.2. Rimedi «strutturali»

Basteranno le soluzioni indicate? Fermo restando che andrebbero comunque introdotte, non siamo del tutto convinti che siano sufficientemente efficaci. Fondata o meno che sia questa pessimistica conclusione bisognerebbe comunque mettere allo studio nuove strade – soluzioni strutturali che, pur restando nell'alveo del regolamento 3577/92, prendano atto che a oltre trent'anni di distanza la finalità concorrenziale sottesa al ricorso a gare aperte non è stata raggiunta.

Prerequisito è la volontà delle amministrazioni pubbliche di assumersi maggiori responsabilità dirette: non il fai-da-te dell'autoproduzione, ma una

⁴⁰ Da valutare se sia perseguibile l'introduzione di sussidi alla domanda anche per il trasporto merci, almeno nei periodi di bassa.

via intermedia, compatibile con il regolamento e coerente con il diritto e la giurisprudenza europea.

Escluso il ricorso al regolamento (CE) 1370/07 - poiché si applica al solo trasporto di passeggeri, poiché la via dell'affidamento diretto è preclusa dal regolamento del 1992, che prevale sull'altro, e perché in tema di aiuti di Stato poggia sull'art. 93 del Trattato anziché sul più severo articolo 106.2 - resta da esplorare la strada della società mista costituita con gara a doppio oggetto.

È una soluzione non menzionata dal regolamento del 1992 né dalla comunicazione interpretativa del 2014 ma che, subordinatamente a determinate condizioni, è consentita dalla normativa e dalla giurisprudenza, comunitarie e nazionali, tant'è che è oggi correntemente utilizzata negli affidamenti di servizi pubblici locali. È dunque da ritenere che non sia preclusa dal regolamento. Infatti, a differenza della società in house che dal punto di vista sostanziale agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione, la società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di «un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza»⁴¹.

Va da sé che nella casistica qui discussa andrebbero rispettate le condizioni che legittimano questa forma di partenariato istituzionale: la gara per la selezione del socio di minoranza (con quota di partecipazione non inferiore al 30%), la contestualità fra la sottoscrizione della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento della concessione alla società mista («in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo»⁴²), l'unicità dell'oggetto della concessione e la pari durata della società. La soluzione si adatterebbe bene ai casi di specie, posto che fra i requisiti vi è che sia cooptato un socio industriale – proprio quello che ci vuole per integrare le competenze delle amministrazioni pubbliche con quelle tecniche e manageriali.

Funzionerebbe questo modello? Riteniamo di sì, a condizione, fra le altre, che i mezzi navali siano conferiti alla *newco* dal socio pubblico (mentre il personale potrebbe essere reclutato fra quello degli operatori cessanti), poiché:

⁴¹ TAR Lazio, sentenza 06.07.2018 n. 07524/2018

⁴² «[...] i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo» (Consiglio di Stato, sentenza 02.03.2015 n. 00992/2015). Di pari tenore CGE, C 196/08 (Acocet), sentenza 15.10.2009.

- servirebbe a rimuovere il maggior ostacolo all'entrata di nuovi players, rappresentato dalla scarsità di mezzi navali, evitando così il rischio che le gare deserte si estendano anche a quelle per il reclutamento del socio privato;
- servirebbe ad ampliare il parterre dei potenziali partecipanti,
- e a introdurre navi moderne e più rispettose dell'ambiente.

Andrebbero altresì recepiti i criteri di allocazione dei rischi fra le parti contraenti indicati dalla direttiva 2024/23 UE e dal nuovo codice degli appalti, già proposti nella sezione 3.1.

L'investimento in conto capitale non comporterebbe a lungo andare oneri maggiori di quelli attualmente sostenuti dall'amministrazione, tanto più potendo risparmiare sulle manutenzioni e sul consumo di carburante.

Conclusivamente, data per scontata l'ostilità degli attuali incumbent, sembra lecito mettere in conto anche la riluttanza degli enti a imbarcarsi – *rectius*, a reimbarcarsi – in questa avventura (sebbene nel trasporto pubblico terrestre abbiano spesso mostrato una considerevole propensione per il modello in house). Tuttavia, anche il solo mettere (credibilmente) in cantiere un progetto di questo tipo attribuirebbe alle amministrazioni pubbliche un *countervailing power* oggi del tutto assente e produrrebbe effetti di deterrenza nei confronti degli operatori («si vis pacem para bellum»).

Stante la cronicità del quadro qui descritto, volendo «ergersi» ad assegnare compiti alle istituzioni competenti in materia sarebbe auspicabile che:

- con l'annunciata ulteriore comunicazione interpretativa del regolamento la Commissione europea ne chiarisca i margini per il ricorso a procedure, come quella qui proposta o altre, magari «non ortodosse» ma efficaci a raggiungerne le finalità sostanziali;
- il governo, meglio se d'intesa con altri Stati membri, e sia portatore in sede europea;
- l'ART recepisca i suggerimenti nella sezione 3.1;
- l'AGCM avvii un'indagine conoscitiva, se del caso avvalendosi dei poteri, conferiteli dal d.l. 104⁴³, di imporre alle imprese impegni strutturali o comportamentali o di irrogare sanzioni a loro carico⁴⁴.

⁴³ «Se [in esito a tali indagini] l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale, necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. [...] Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi

concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori. In tal caso, l’Autorità, valutata l’idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l’indagine conoscitiva» (all’art 1, c. 5). Inoltre (c. 6) «In esito all’indagine conoscitiva, l’Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati».

⁴⁴ La norma in parola, originariamente introdotta con riferimento al solo settore del trasporto aereo, su conforme parere del Consiglio di Stato è stata interpretata estensivamente dall’AGCM come «norma idonea a fondare un nuovo potere sostanzialmente regolatorio ex ante, trasversale quindi a qualunque settore merceologico astrattamente individuabile» (Provvedimento 07.05.2024, n. 31190 - comunicazione relativa all’applicazione dell’articolo 1, comma 5, del decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104), suscitando un vespaio di contestazioni da parte di altre autorità, a partire dai ricorsi giurisprudenziali proposti da Arera e da AGCom.