

LA “RETROVIA” IN MEZZO AL GUADO: LO STALLO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

1. La rilevanza del settore dei servizi locali

1.1 I settori dei servizi locali di cui si discute - idrico, energia elettrica e gas, trasporti locali e igiene urbana - costituiscono una componente di rilievo del sistema industriale, che richiederebbe una strategia di investimenti consistenti, nonché indipendenza e competenza tecnica nella gestione per promuoverne la crescita. La qualità dei servizi locali, insieme con le infrastrutture, determina le caratteristiche di efficienza - la “*capitalness*” del territorio¹ - sulla quale si sviluppano le potenzialità di crescita dell’industria ivi localizzata; oltre a definire l’assetto del territorio e la qualità della vita delle comunità locali, questi servizi, infatti, sono input che incidono in misura significativa sui costi delle imprese. In un’ottica di politica industriale, servizi locali efficienti sono dunque essenziali per migliorare la competitività del territorio.

Questo problema è di particolare rilievo, oggi, poiché tra le cause frenanti della crescita delle imprese italiane sono emerse recentemente sia la incompletezza delle regole (il mancato completamento delle liberalizzazioni, la riforma incompiuta della struttura dei controlli esterni e dei mercati finanziari), sia le caratteristiche dell’ambiente socioeconomico territoriale in senso lato, nell’accezione di Roe², di cui i servizi locali sono una componente importante.

Le difficoltà dell’industria italiana esposta alla concorrenza internazionale dipendono anche dalla “retrovia”, come ci ricorda l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella Relazione del 2003; in modo particolare dal settore dei servizi che, non esposto alla concorrenza, mantiene in vita rendite di monopolio che incidono sulla capacità competitiva dei settori esportatori³. Per il periodo 1995-2002 l’AGCM mostra l’esistenza di una

¹ Cfr. Biehl (1991).

² Cfr. Roe (2003).

³ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2004) e Allegra, Forni, Grillo, Magnani (2004).

correlazione inversa tra la dipendenza dai settori “protetti” e la crescita in valore aggiunto dei settori esportatori⁴.

Un recente studio di Banca d’Italia sottolinea inoltre che la *governance* incide sulla *performance* delle imprese⁵, evidenziando un nesso tra la scarsa competitività delle imprese italiane di piccole dimensioni e la loro struttura di *governance*, che non favorirebbe una adeguata crescita dimensionale. Al peso di una *governance* chiusa, che non assicura autonomia della gestione in alcuni casi e possibilità di ricambio nella direzione in altri, si aggiungono l’assenza di una ben definita attribuzione di responsabilità e una struttura opaca dei controlli esterni nel determinare la modesta crescita delle imprese.

Infine, un tassello ulteriore nella stessa direzione consiste nell’osservazione che la capacità competitiva delle imprese italiane, strutturalmente di dimensioni piccole e medie, risulta ancor più penalizzata dall’inefficienza dei servizi sul territorio locale. Dall’analisi dei dati Eurostat sui costi dei servizi, distinti per classi dimensionali di impresa, si rileva come il peso dell’inefficienza di questi servizi, che comporta costi relativi più elevati e qualità inferiore, sia inversamente correlato alla dimensione delle aziende che li utilizzano⁶.

Qualsiasi “rendita” nel comparto dei servizi sul territorio costituisce di fatto un costo per l’industria e un peggioramento delle condizioni di competitività. La situazione appare particolarmente critica nei settori in cui mancano Autorità nazionali di regolazione⁷. Ma anche nei settori in cui è presente l’Autorità di regolazione, come nel caso dell’elettricità e del gas, il permanere di condizioni di monopolio locale protetto ha comunque conseguenze negative: il metodo del *price cap* applicato dall’Autorità punta a scremare la rendita del monopolista e a incentivare miglioramenti di efficienza da trasferire ai consumatori; ma

⁴ I settori esportatori più dipendenti da settori definiti “problematici” in termini concorrenziali hanno mostrato nell’arco del periodo considerato un tasso di crescita medio annuo del 3,6%, nettamente inferiore alla crescita dell’8,4% evidenziata dai settori meno dipendenti. AGCM (2004).

⁵ Giacomelli e Trento (2005). La ricerca si sofferma in particolare sulla responsabilità della struttura di *governance* delle piccole e medie imprese non quotate per la loro mancata crescita dimensionale.

⁶ Facciamo riferimento all’evidenza empirica che emerge da una ricerca in corso circa l’incidenza del costo dei servizi sui diversi comparti industriali (“Il costo dei servizi nella competitività dell’industria”, V. Termini e F. Vergara Caffarelli, SSPA). Per elettricità e gas a uso industriale il prezzo unitario al lordo delle imposte risulta, in Italia, sostanzialmente superiore alla media europea, generando un aggravio di costi per le imprese italiane. Un’analisi dei costi per classi dimensionali di impresa evidenzia poi come le imprese di minori dimensioni siano penalizzate dal profilo del prezzo dell’elettricità (fortemente decrescente con la quantità consumata). Osservazioni simili emergono anche dall’analisi della struttura del prezzo del gas, comparata per classi dimensionali di impresa in Italia e nei Paesi dell’Unione europea. Nel caso del gas, tuttavia, le imprese di dimensione intermedia beneficiano di un prezzo unitario lordo inferiore alla media europea.

⁷ Per una analisi dei passi avanti compiuti nella scorsa legislatura e delle questioni tuttora aperte per quanto riguarda assetti di mercato e metodologie tariffarie nei settori per i quali non vi sono Autorità indipendenti di regolazione, cfr. i saggi raccolti in De Vincenti (2002).

imprese che godono di posizioni di protezione e rispondono a una diversa funzione-obiettivo per i motivi che si esaminano in seguito, mostrano comunque una scarsa tensione all'efficienza che non può non limitare anche gli effetti di un meccanismo virtuoso come il *price cap*.

Sostenere l'industria italiana, e in particolare l'industria esportatrice, richiede dunque che si privilegino gli obiettivi volti a migliorare l'efficienza delle imprese di servizi, anche locali, che contribuiscono a determinare l'ambiente socio-economico nel quale si sviluppa l'industria. Perché questo comparto cresca e manifesti significativi miglioramenti di efficienza, il quadro regolatorio deve essere orientato a promuovere la concorrenza in modo certo e stabile nel tempo, la gestione strategica dell'impresa deve essere libera da condizionamenti politici, le responsabilità di impresa, la *governance* e la struttura dei controlli devono essere chiaramente definite.

I punti deboli della regolazione incidono su tutti gli aspetti economico-organizzativi che determinano l'efficienza di queste imprese e la loro crescita potenziale: *governance* e struttura dei controlli, modalità di determinazione delle tariffe e degli equilibri economico finanziari, dimensione ottimale di impresa, accesso al finanziamento degli investimenti. Non a caso, diversi contributi recenti hanno posto l'accento sulla necessità di riprendere il percorso delle liberalizzazioni e della riforma della regolazione, come fattore decisivo per rafforzare le capacità di crescita dell'economia italiana⁸.

1.2 Nei servizi pubblici locali il processo di liberalizzazione è parso fin qui contraddittorio. Nella passata legislatura sono state avanzate proposte tese ad aprire spazi alla concorrenza “nel” mercato, dove possibile dal punto di vista della configurazione industriale e auspicabile dal punto di vista dell'efficienza allocativa, ovvero ad introdurre la concorrenza “per” il mercato come strumento per rendere più efficace la regolazione di quei segmenti di servizio che hanno caratteristiche di monopolio naturale o che comunque, richiedendo la copertura di oneri di servizio pubblico per via tariffaria o tramite trasferimenti di bilancio, rendono più conveniente il conferimento di diritti esclusivi⁹.

A questa prima ipotesi di riforma, che escludeva per i servizi economicamente più rilevanti la gestione diretta - in forma amministrativa o in forma imprenditoriale - è

⁸ Cfr. per esempio Grillo (2004) e Rossi (2004).

⁹ DdL governativo A.S. 4014, presentato dal Governo il 16 aprile 1999.

seguita¹⁰ una recente legislazione che modifica l'art. 113 del T.U. sull'ordinamento degli enti locali, attribuendo al singolo ente locale la scelta tra ricorso al mercato e gestione *in house*¹¹, e complicando ulteriormente il quadro, con la previsione delle società miste pubblico-privato destinatarie di un trattamento privilegiato¹². Sono sottratti a questa nuova disciplina generale (la cosiddetta riforma della riforma) la distribuzione locale del gas naturale (d. lgs. n. 164/2000) e dell'energia elettrica (d. lgs. n. 79 del 1999), settori che restano disciplinati dai rispettivi decreti legislativi di riforma (art. 113, comma 1, del d. lgs. n. 267 del 2000, T.U. sull'ordinamento degli enti locali).

In sintesi: se nella seconda metà degli anni novanta si era diffuso un certo consenso a favore della gestione imprenditoriale dei servizi locali di pubblica utilità, fermi restando robusti poteri di decisione politica e di regolazione in capo a specifiche Autorità (ove esistenti) e in ogni caso agli enti territoriali, il trend si inverte a partire dalla fine del 2000. Riprendono vigore da allora le propensioni tradizionali per la gestione pubblica, principalmente prevedendo come normale l'utilizzazione di società di capitali, equiparate ad un servizio interno dell'ente territoriale. Scompare ogni considerazione relativa al rapporto tra applicazione di regole di concorrenza, qualità ed economicità del servizio, rafforzamento delle imprese e degli strumenti di regolazione degli enti locali e si dedicano tutte le energie a ricercare quali spazi vi siano nelle regole europee per consentire la continuazione della tradizionale gestione pubblica del servizio, con gli effetti che ne derivano in termini di protezioni localistiche e tutela di posizioni di rendita.

Il risultato, come argomenteremo, è che il quadro regolatorio non è certo e stabile, i condizionamenti politici persistono, la responsabilità d'impresa si ripartisce tra ente locale e azienda o è quasi interamente dell'ente locale.

2. *Il nuovo 113 in sintesi*

Riassumiamo le disposizioni del nuovo art. 113¹³, senza entrare nelle molte pieghe, spesso controverse, del provvedimento, ma limitandoci a evidenziarne i passaggi essenziali per chiarire l'assetto di regolazione e gli spazi di mercato che ne derivano, iniziando dalla

¹⁰ In una prima fase dell'attuale legislatura una complessa e in parte contraddittoria disciplina è stata introdotta con l'art. 35, l. n. 448/2001 (legge finanziaria 2002), di incerta attuazione, per mancanza del previsto ma non più emanabile regolamento governativo, e per le critiche provenienti dalla Commissione europea.

¹¹ Art. 14 del d.l. n. 269 del 2003, convertito in l. n. 326 del 2003, e art.4 della l. n. 350 del 2003, finanziaria per il 2004.

¹² Trattasi di società mista con l'impresa privata, ma destinataria di affidamenti diretti.

¹³ Come modificato dall'art. 14 del citato d.l. n. 269/2003 e dall'art. 4 della legge finanziaria 2004.

configurazione che il sistema dovrebbe avere a regime¹⁴. Per i servizi pubblici locali “a rilevanza economica” si distingue tra attività di erogazione del servizio e attività di gestione della rete. Per l’attività di erogazione del servizio, nonché per la gestione integrata della rete e del servizio, sono previste tre possibili forme di gestione del servizio: tramite gara con procedura a evidenza pubblica cui partecipano società di capitali; affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato nella quale il socio privato viene scelto attraverso gara; affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico controllata dall’ente locale proprietario, secondo il modello di gestione cosiddetto *in house*.

Qualora la gestione della rete sia separata dall’erogazione del servizio, per la prima si prevede sia la possibilità di gestione *in house* sia la possibilità di affidamento tramite gara. La proprietà di reti e impianti destinati all’esercizio dei servizi pubblici locali è dell’ente locale: nel caso di affidamento tramite gara, alla scadenza del periodo di affidamento rete e impianti sono assegnati al nuovo gestore che paga al gestore uscente un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, indicato nel bando di gara. La proprietà della rete e degli impianti può essere conferita a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile: tale società li mette a disposizione dei soggetti incaricati della gestione del servizio o, nel caso di gestione separata, del gestore della rete, a fronte di un canone stabilito dall’ente locale o dall’Autorità di settore, ove prevista; alla società proprietaria della rete può essere assegnata la gestione della rete stessa, nonché il compito di espletare le gare per l’affidamento del servizio. I rapporti tra enti locali e società di erogazione del servizio e di gestione delle reti sono regolati da contratti di servizio. Alle gare per l’erogazione del servizio non possono partecipare le società che, in Italia o all’estero, gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non a evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi. Se reti e impianti sono già di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, essi possono essere autorizzati a gestire i relativi servizi nel rispetto di standard di prestazione stabiliti nel contratto di servizio e di tariffe non superiori alla media regionale o stabilite dalle Autorità di regolazione¹⁵.

¹⁴ Per un’analisi delle disposizioni controverse dal punto di vista giuridico, cfr. Vigneri (2004), dove si trova anche una ricostruzione dell’evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali nel nostro paese.

¹⁵ Per i servizi privi di rilevanza economica si prevedeva la sola gestione *in house* tramite affidamento diretto o a istituzioni o ad aziende speciali o a società a capitale interamente pubblico. Era consentita la gestione in economia in relazione a dimensioni modeste o a caratteristiche particolari del servizio. Nel caso di servizi culturali e del tempo libero, gli enti locali potevano ricorrere anche all’affidamento diretto ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate. Il relativo articolo del T.U. (113-*bis*) è stato dichiarato incostituzionale, con la sentenza 272 del 2004 della Corte Costituzionale, per violazione da parte dello Stato del proprio ambito di competenza.

Venendo ora alle norme che regolano la transizione al nuovo regime, ove le disposizioni di settore non stabiliscano un congruo periodo di transizione, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano entro il 31 dicembre 2006. Sono esclusi dalla cessazione: gli affidamenti a società miste nelle quali il socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica; gli affidamenti *in house* a società a capitale interamente pubblico; le concessioni già assegnate alla data del 1 ottobre 2003 a società quotate in borsa o a società pubbliche che entro la stessa data abbiano collocato sul mercato quote di capitale con procedure a evidenza pubblica, concessioni che cessano allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di gara, salva la possibilità di proroghe determinate caso per caso in relazione ai tempi di recupero di particolari investimenti. Il termine del 31 dicembre 2006 può essere differito, previo assenso della Commissione Europea, nel caso di fusioni che raddoppino il bacino di utenza (differimento di un anno) o che portino la società a operare in un ambito corrispondente all'intero territorio provinciale o a quello ottimale, laddove previsto dalla normativa (differimento di due anni).

Il divieto di partecipazione alle gare per le società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di procedure non a evidenza pubblica si applica a decorrere dal 1 gennaio 2007, salvo nell'espletamento della prima gara avente ad oggetto il servizio fornito dalla società partecipante alla gara stessa.

A queste norme si aggiungono quelle, modificate ma non soppresse dal d.l. 269 del 2003 e dalla legge n. 350/2003 (Finanziaria per il 2004), contenute nell'art. 35 della legge n. 448 del 2001 (Finanziaria per il 2002). In particolare, la disposizione (comma 9 dell'art. 35) che prescrive lo scorporo delle reti e degli impianti di proprietà delle società di cui gli enti locali detengono la maggioranza del capitale, e il loro conferimento alle società, interamente pubbliche, costituite allo scopo. Peraltro, l'obbligo di scorporo non si applica (comma 11 del 35) alle società per azioni quotate in borsa di cui l'ente locale detenga la maggioranza del capitale: in questo caso su reti e impianti è costituito un diritto di uso perpetuo e inalienabile a favore dell'ente locale e un diritto del proprietario, ove sia un soggetto diverso da quello cui è attribuita la gestione di reti e impianti, alla percezione di un canone.

In sintesi, la nuova disciplina delinea a regime uno schema binario che distingue tra affidamento a terzi in un contesto di concorrenza "per" il mercato e gestione *in house* tramite affidamento diretto a società interamente pubblica che non partecipa al mercato. Come argomenteremo più avanti, un simile schema non configura un quadro favorevole

all'effettivo dispiegarsi della concorrenza "per" il mercato, ridotta a mera eventuale scelta dell'ente locale, né la "terza soluzione" contemplata dal T.U., ossia la scelta a gara del socio privato di una società in affidamento diretto, può costituire un surrogato adeguato della mancata gara per l'affidamento del servizio. Qui dobbiamo subito rilevare come la "dose" di concorrenza - del tutto eventuale - introdotta dalla disciplina a regime sia ulteriormente diminuita dalla disciplina transitoria, che introduce eccezioni, assai pervasive, alla norma che dispone al 31 dicembre 2006 la scadenza delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica.

Che tale scadenza possa essere in molti casi svuotata dei suoi effetti concreti lo confermano, sia il permanere fino a scadenza naturale degli affidamenti diretti a società pubbliche, sia le eccezioni previste dal comma 15-*bis* per le società quotate in borsa e per quelle originariamente a capitale interamente pubblico che abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale, per le quali la durata residua è prevista pari alla durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore tramite procedure a evidenza pubblica¹⁶. Si aggiunga a tutto ciò la possibilità, prevista ancora dal comma 15-bis, di prolungamenti caso per caso qualora risultino proporzionati ai tempi di recupero di particolari investimenti, una disposizione che si presta a ogni sorta di abusi e che appare del tutto incongrua una volta che si sia stabilito che il gestore uscente ha comunque diritto a un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati¹⁷.

Vi è infine un'ulteriore ombra che grava sulla effettiva apertura dei mercati: imprese proprietarie di reti e impianti per l'erogazione del servizio possono essere semplicemente autorizzate a gestire il servizio senza passare per una gara¹⁸.

¹⁶ Quest'ultima norma appare decisamente di difficile applicazione: la durata in questione sarà il risultato delle gare che eventualmente saranno state effettuate; non solo, ma non è chiaro a quale data si farà riferimento per stabilire le gare già effettuate e se tra queste vadano incluse anche le gare per la scelta del socio privato di società miste in affidamento diretto. E il termine di scadenza sarà calcolato dall'inizio del rapporto, dall'inizio del periodo transitorio o dal 31 dicembre 2006?

¹⁷ Da questo punto di vista, non aiuta poi l'ultimo periodo del comma 12, secondo il quale la "cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere". Non si sfugge alla sensazione che tale norma possa configurare un'ulteriore eccezione, dalle conseguenze potenzialmente molto estese, alla scadenza del 31 dicembre 2006 disposta per le concessioni e gli affidamenti esistenti.

¹⁸ Si tratta di una disposizione che avrebbe conseguenze abbastanza limitate se applicata solo ai soggetti privati già oggi proprietari di reti e impianti, presenti per esempio nel settore dello smaltimento dei rifiuti (ma è noto che nella distribuzione del gas naturale esiste un'analoga rivendicazione da parte delle imprese private, al momento bloccata dall'operare del decreto legislativo di liberalizzazione del settore, il n. 164 del 2000). Si tenga presente però che, come ricordato più sopra, il comma 11 dell'art. 35 prevede che l'obbligo di scorporo delle reti e degli impianti di proprietà delle società di cui gli enti locali detengono la maggioranza del capitale non si applichi alle società per azioni quotate in borsa. Dal dispositivo del nuovo 113 non è chiaro, ma non è neppure escluso, se anche queste società possano gestire il servizio tramite semplice autorizzazione.

3. L'inconsistenza dello schema binario

Ma la cornice normativa fornita dal nuovo articolo 113 del T.U. può innescare un processo che nella pratica sciolga i nodi fin qui evidenziati portando i servizi pubblici locali fuori dal “guado”? La nuova disciplina è stata presentata come rispettosa dei principi comunitari proprio nella scelta dello schema binario che distingue tra affidamento a terzi in un contesto di concorrenza “per” il mercato e gestione *in house* tramite affidamento diretto a società interamente pubblica che non partecipa al mercato. Si potrebbe concludere che, in questo quadro, ogni ente locale potrà fare le sue scelte circa la soluzione che ritiene più adatta alla configurazione tecnico-economica dei servizi che intende fornire e ai bisogni dei propri cittadini e che la concorrenza “per” il mercato potrà affermarsi processualmente come la soluzione da questo punto di vista più idonea. In realtà, il quadro delineato dal nuovo 113 fa della liberalizzazione un’anatra zoppa. Vediamo perché.

Accantoniamo per il momento ogni considerazione sulla compatibilità comunitaria. Assumiamo pure - anche se, come diremo più avanti, non sarà così - che dal 1 gennaio 2007 operi a pieno regime la bipartizione “affidamenti diretti - gara per il servizio” (una volta riportata la società mista sotto le regole delle gare). Possiamo concludere che il nuovo 113 fornisce un quadro sufficientemente stabile, entro il quale ogni ente locale finirà per scegliere la soluzione più adatta alla situazione specifica e alle esigenze della comunità amministrata?

Le cose starebbero effettivamente in questi termini ove potessimo assumere che il governo locale possa comportarsi da autorità “benevolente”, ossia ove potessimo assumere che nella scelta tra gara e affidamento diretto esso possa ragionare esclusivamente sulla base del confronto tra costi e benefici delle due soluzioni dal punto di vista dei cittadini-utenti rappresentati, quindi con riferimento a qualità e costi del servizio. In tal caso, la scelta avverrebbe essenzialmente confrontando i costi di transazione (specificazione degli obiettivi quantitativi e qualitativi in sede di contratto di servizio e loro verifica nel corso della sua applicazione, specificazione delle clausole contrattuali, in particolare con riferimento a modifiche di prezzo e di standard quantitativi e qualitativi che si rendano necessarie nel corso dell’affidamento in relazione all’emergere di cambiamenti esogeni nel quadro di riferimento) e i guadagni di efficienza ottenibili (dinamica dei costi di

produzione del servizio e miglioramenti negli standard di erogazione)¹⁹. In linea generale, si può ritenere che l'affidamento a gara del servizio consenta maggiori guadagni di efficienza, in funzione delle condizioni di effettiva concorrenzialità che riesce a determinare in sede di gara e quindi delle informazioni, preziose anche per la regolazione tariffaria nel periodo di affidamento, che il suo esito fornisce al soggetto regolatore circa i costi effettivamente conseguibili dall'impresa selezionata²⁰. Mentre, sempre in linea generale, i costi di transazione potrebbero risultare meno elevati nel caso di affidamento *in house*, in funzione delle possibilità offerte dal controllo che l'ente locale in qualità di proprietario può esercitare sull'attività dell'impresa, nonostante il Comune incontri nell'esercizio del controllo le difficoltà che saranno esaminate nel paragrafo 4²¹. Un governo locale "benevolente", quindi, sceglierebbe la modalità di affidamento in base al confronto tra guadagni di efficienza derivanti dalla gara e costi differenziali di transazione a essa inerenti. Poiché, inoltre, questi ultimi si riducono quanto più l'ente locale impara a definire in modo ordinato i propri obiettivi e rafforza le proprie strutture di monitoraggio e controllo, ci si potrebbe aspettare che nel tempo andrebbe via via diffondendosi spontaneamente il ricorso alle gare e restringendosi l'area degli affidamenti diretti.

Purtroppo appare difficile aspettarsi che le cose stiano effettivamente in questi termini. Non perché il governo locale non sia in sé "benevolente", ma perché la commistione dei ruoli di azionista e regolatore implica la compresenza nella sua funzione-obiettivo di esigenze diverse e contrapposte che opacizzano il suo procedimento di scelta tra gli obiettivi e lo espongono a subire i comportamenti opportunistici dei soggetti coinvolti nella gestione del servizio²². Il ruolo di regolatore implica che l'ente locale persegua, coerentemente con la sua funzione di rappresentante delle ragioni dei cittadini-utenti, obiettivi di miglioramento della qualità e di riduzione al minimo dei costi di erogazione del servizio e quindi della tariffa e/o dei trasferimenti da bilancio, cui i cittadini sono interessati sia in quanto utenti sia in quanto contribuenti. Il ruolo di proprietario

¹⁹ Sul tema, cfr. l'analisi proposta da Spadoni (2004).

²⁰ Sul ruolo della gara nel migliorare la performance regolatoria, cfr. Doni (2003). Per un'analisi di alcune esperienze concrete, cfr. Bardelli e Doni (2002) e Boitani e Cambini (2004).

²¹ Cfr. Spadoni (2004) e, circa i costi di transazione connessi all'affidamento con gara, Archibugi, Ciccarone, Marè, Pizzetti e Violati (1999). Sulle problematiche del contratto di servizio in un contesto di affidamento diretto a impresa a maggioranza pubblica, cfr. Cella e Termini (2004).

²² Per una analisi di questa tematica dal punto di vista della teoria "principale-agente", cfr. Dixit (1996) e (1997) che modella i condizionamenti derivanti sulla produzione pubblica dalla presenza di una molteplicità di "principali" (ministri o assessori, partiti, sindacati), ognuno dei quali tende a introdurre obiettivi diversi con il risultato di portare a schemi di incentivazione a basso potenziale. Cfr. anche, con riferimento al trasporto locale, Petretto (2004).

dell'impresa implica invece che l'ente locale persegua obiettivi di massimizzazione delle rendite ottenibili dalla posizione monopolistica dell'azienda, rendite che possono affluire al bilancio del comune come dividendi o possono essere distribuite al personale dell'azienda sotto forma di salari, occupazione in eccesso, minore tensione all'efficienza produttiva²³. Si potrebbe obiettare che ambedue quelle forme di utilizzo della rendita di monopolio possono rispondere a esigenze presenti nella comunità amministrata, riducendo il carico fiscale per i contribuenti e tutelando livelli occupazionali e condizioni di vita dei lavoratori dell'azienda. Senonché, come sappiamo dalla teoria economica, la massimizzazione della rendita di monopolio comunque distribuita - dividendi o condizioni di lavoro - riduce il benessere sociale complessivo della comunità amministrata: via tariffe più elevate e quindi minore estensione del servizio, a parità di efficienza produttiva; via maggiori trasferimenti da bilancio e/o più elevate tariffe nonché via scadimento della qualità del servizio, nel caso di minore tensione all'efficienza. In realtà, ambedue le esigenze richiamate, di minimizzazione del carico fiscale e tutela delle condizioni di lavoro, possono essere meglio soddisfatte attraverso l'attività di regolazione che, per sua natura, punta a minimizzare la rendita del monopolista: la tensione all'efficienza e la scrematura dell'extraprofitto che la regolazione persegue implicano che l'ente locale punti a ottenere per i propri cittadini-utenti la riduzione al minimo delle tariffe, dato l'eventuale trasferimento da bilancio, o alternativamente la riduzione al minimo del trasferimento da bilancio, per dati livelli tariffari, o comunque il *mix* migliore di tariffa e trasferimento dal punto di vista della ripartizione della copertura dei costi tra utenti e contribuenti. La regolazione poi può e deve contemplare esplicitamente l'applicazione del contratto di lavoro di categoria con le tutele in esso previste per i lavoratori, garantendo l'omogeneità delle condizioni di lavoro tra i dipendenti delle imprese dello stesso settore operanti sul territorio amministrato.

Per ottenere questi risultati il nodo da sciogliere oggi nel nostro paese è quello del rafforzamento del ruolo di regolatore dell'ente locale. Il ricorso alla gara per l'affidamento del servizio, oltre ad avere di per sé effetti di miglioramento della performance regolatoria, ha il pregio di portare a una netta distinzione di ruoli tra ente locale e impresa, sciogliendo la commistione di esigenze contrapposte entro la funzione-obiettivo dell'ente locale e dunque riconducendo quest'ultima senza ambiguità a quella propria di rappresentante delle ragioni dei cittadini-utenti. L'autonomia reciproca di ente locale e impresa nelle rispettive

²³ Su questo punto, cfr. in particolare Boitani e Petretto (1999).

funzioni di regolatore e di gestore del servizio, avviata nel decennio passato con la trasformazione di molte aziende speciali in società di capitale ma mai pienamente realizzabile nel contesto di affidamenti diretti a società controllate dall'ente locale stesso, risulterebbe esaltata dal passaggio a un contesto di concorrenza "per" il mercato in cui l'ente locale cerchi, attraverso la gara, di selezionare l'offerta più aderente, sotto il profilo della qualità e dei costi del servizio, alle esigenze della comunità amministrata. Un simile contesto porterebbe con sé come conseguenza per così dire naturale la fuoriuscita, ragionevolmente graduale, dell'ente locale dal ruolo di proprietario dell'impresa.

C'è però un'altra possibile obiezione alla realizzazione di una prospettiva di questo tipo, riconducibile alla preoccupazione che la perdita del controllo proprietario possa indebolire un'altra funzione importante dell'ente locale, quella di programmazione dello sviluppo economico del territorio amministrato. E certamente, a prima vista, il controllo azionario fornisce uno strumento non sottovalutabile per orientare l'attività di investimento e di sviluppo del servizio. Ma, in realtà, quella stessa decisiva funzione di programmazione potrà essere tanto meglio esercitata quanto più l'ente locale sarà libero dai condizionamenti derivanti dall'obiettivo di massimizzazione della rendita di monopolio: la costruzione di un assetto "forte" di regolazione, con un ente locale concentrato sulla massimizzazione del benessere sociale, fornisce il quadro di regole, appunto, entro cui il soggetto di governo può al meglio ordinare gli obiettivi di sviluppo del proprio territorio e formalizzarli in un contratto di servizio che abbia valore realmente cogente per l'impresa. In questo quadro, è la proprietà di reti e impianti che deve restare nelle mani dell'ente locale, sia perché è condizione affinché esso sia realmente sovrano sui beni destinati all'esercizio dei servizi e quindi possa mettere credibilmente a gara la loro gestione in funzione di programmi di investimento coerenti con i suoi obiettivi programmatici, sia perché la proprietà pubblica di tali beni svolge una funzione squisitamente concorrenziale in quanto è condizione essenziale per garantire una sufficiente contendibilità del mercato al momento della gara²⁴.

Al di là della disposizione che mantiene in capo all'ente locale la proprietà di reti e impianti, peraltro con le eccezioni richiamate più sopra, l'assetto delineato dal nuovo articolo 113 del T.U. non configura un quadro favorevole a un pur graduale diffondersi della concorrenza "per" il mercato. La possibilità di mantenere a regime gli affidamenti diretti a società interamente pubbliche e la presenza della terza soluzione costituita dalla società mista lasciano in vita la commistione di esigenze contrapposte nella funzione-

²⁴ Cfr. su questo punto De Vincenti e Spadoni (2000).

obiettivo dell'ente locale. Il risultato, come del resto largamente confermano le scelte operate dagli enti locali sulla base del nuovo testo, è di lasciare spazio agli interessi in campo per spingere verso la scelta della gestione *in house* o dell'affidamento diretto a società mista. Verso la prima soluzione spingono naturalmente gli interessi dei soggetti – managers e dipendenti - coinvolti nella gestione del servizio, molto forti nelle situazioni in cui tradizionalmente la rendita di monopolio veniva fruita dal personale dell'azienda sotto forma di salari, occupazione in eccesso, minore tensione all'efficienza produttiva. Verso la seconda soluzione spinge l'accorciamento dell'orizzonte temporale dei governi locali determinato in questa fase dai ristretti margini finanziari imposti loro dalla perdita di controllo da parte del governo centrale sul proprio bilancio e da un decentramento di funzioni non corroborato da una rigorosa ridefinizione dei flussi di risorse tra centro e periferia e delle corrispondenti responsabilità di reperimento delle entrate: con la scelta a gara del socio privato l'ente locale ottiene nell'immediato risorse aggiuntive, pari al valore attuale delle rendite di monopolio future garantite al privato che entra nella gestione dell'impresa in affidamento diretto, al prezzo di rinunciare a minimizzare nel lungo periodo le tariffe e/o i trasferimenti da bilancio che graveranno in futuro sui cittadini-utenti.

A tutto questo si aggiunga che il nuovo 113 si guarda bene dall'intervenire sulle durate a regime degli affidamenti, tradizionalmente molto lunghe, e non sottopone a cessazione le gestioni che già oggi sono in linea con i requisiti a regime, ossia non solo le concessioni assegnate con procedure a evidenza pubblica ma neanche gli affidamenti diretti *in house* e a società miste. E' facile immaginare di quanti ostacoli sia disseminata in un simile contesto la strada che dovrebbe far emergere il carattere "benevolente" dei governi locali.

4. Le conseguenze di politica industriale

Le difficoltà del percorso di liberalizzazione e la debolezza delle soluzioni interlocutorie, non possono che ripercuotersi negativamente sulla performance industriale delle imprese di servizi.

Conviene riconsiderare ancora, brevemente, la cornice normativa definita con la legge finanziaria del 2004 e l'articolo 113 del T.U., prendendo in esame tre punti critici che in un'ottica di politica industriale rappresentano elementi di forte debolezza per la crescita delle imprese del settore. In primo luogo, la *governance* che si configura per la

gestione del servizio locale, ovvero la mancanza di equilibrio tra l'autonomia decisionale consentita agli organi di governo dell'impresa, l'attribuzione di responsabilità e il sistema di controlli affidato all'ente locale. In secondo luogo, gli equilibri economico-finanziari dell'impresa, che sono definiti sia dal quadro regolamentare costruito dal Comune, sul quale non ci sono indirizzi nazionali (ad esempio nelle scelte di fiscalità per finanziare l'obbligo del servizio universale e la definizione del contratto di servizio), sia dalle scelte di politica tariffaria, che per alcuni settori sono definite direttamente dagli enti locali e per altri (elettricità e gas) sono di competenza di un livello di governo superiore. Infine, la distribuzione del rischio di investimento tra consumatori, finanziatori, impresa ed ente locale, come si prospetta nel periodo transitorio delineato dal TUEL, ci sembra costituire un'ipoteca sulle potenzialità di crescita di queste imprese nel medio periodo.

- La governance e i controlli

Il cardine della disciplina dei servizi pubblici locali negli indirizzi della Commissione Europea²⁵ sta proprio nell'introduzione di una struttura organizzativa e di un sistema di *governance* dell'impresa - pubblica o privata - che garantiscano la separazione tra l'indirizzo politico dell'ente locale e la gestione dell'impresa, ovvero la prevalenza di una direzione tecnica, una chiara attribuzione delle responsabilità nella conduzione dell'impresa e un sistema di controlli esterni efficace. L'indicazione del ricorso a una procedura concorsuale per l'affidamento del servizio va interpretata appunto come attuazione di questi principi²⁶.

La *governance* che emerge dal sistema binario proposto dall'articolo 113 del T.U., al contrario, lascia la conduzione delle aziende locali in una situazione intermedia e ciò prefigura una forte ipoteca sullo sviluppo industriale di queste imprese. Nel caso di gestione *in house* la forma giuridica della società per azioni assicura una autonomia decisionale all'impresa soltanto relativa: il ruolo di indirizzo del governo locale è ridimensionato rispetto alla azienda municipalizzata e all'azienda speciale – gli atti della società di capitali non sono soggetti infatti al controllo preventivo dell'ente locale – anche se non mancano posizioni che mirano a ripristinare regimi assai simili a quelli delle

²⁵ Indirizzi desunti dalla disciplina dei settori di interesse economico generale già regolati, e dalla Comunicazione interpretativa della Commissione 16 aprile 2000.

²⁶ La questione del conflitto tra il metodo *in house* e le regole comunitarie di concorrenza è approfondito poi nel par. 5.

aziende (si veda la circolare del Ministro dell'Ambiente 6 dicembre 2004, su cui *infra*, par. 5). In ogni caso responsabilità e controlli interni ed esterni restano opachi e insufficienti.

In primo luogo, l'art. 113 attribuisce all'ente locale gli stessi poteri di indirizzo e di controllo, all'interno del rapporto negoziale del contratto di servizio, sia nel caso in cui la gestione sia affidata con procedura di gara a società di capitali private sia nel caso in cui l'affidamento sia diretto e riservato a società miste o di proprietà dell'ente locale. L'autonomia di gestione risulterebbe dunque simile nelle due fattispecie, il sistema di controlli di natura privatistica – legato alla forma giuridica della società di capitali - è di fatto lo stesso, ma ad essa corrispondono responsabilità diverse, diverse modalità per l'affidamento e la gestione del servizio e quindi diversa esposizione alla concorrenza, diverso orizzonte temporale dell'affidamento del servizio.

In secondo luogo, i Comuni si trovano in evidente difficoltà nell'organizzare una funzione di controllo societario del tutto estranea alla cultura dell'ente locale; il sistema di controllo e di indirizzo è stabilito dagli statuti comunali e l'attribuzione delle funzioni è stata ripartita in modo assai differenziato e mutevole tra il Sindaco, la giunta e il consiglio comunale²⁷. Il disagio si manifesta nella pluralità di soluzioni istituzionali con la quale anche i Comuni di maggiori dimensioni si sono cimentati fino ad oggi. Dall'attribuzione della delega per il controllo di tutte le aziende pubbliche in capo ad un solo assessore (nel Comune di Genova) o al Vicesindaco (a Pavia e a Brescia), si passa all'estremo opposto del Comune di Roma, in cui 9 assessori hanno la delega per la definizione e verifica degli indirizzi gestionali, ognuno sulla società di servizi che opera nel settore di propria competenza, in un rapporto complesso con la funzione di coordinamento svolta dall'assessore al bilancio. Ad essi si aggiunge, come a Torino, il supporto di un'Agenzia per il Controllo e la Qualità dei servizi pubblici locali, nata come Autorità indipendente (nel 1996) e trasformata in seguito in Agenzia di supporto propositivo e conoscitivo a disposizione del Sindaco, della giunta e del Consiglio comunale (nel 2002). Da un lato si pongono evidenti problemi di coordinamento per la definizione degli indirizzi strategici di medio periodo, ma dall'altro si rilevano difficoltà relative alla competenza tecnica richiesta dalla funzione di controllo sul capitale in qualità di azionista.

Allo sforzo culturale e tecnico che l'ente locale deve affrontare per adeguarsi a svolgere funzioni che esulano dalla cultura del Comune, si aggiungono difficoltà oggettive

²⁷ Cfr. Roncoroni e Vaccari (2003). Per una discussione sui limiti e le differenze del controllo dell'ente locale in qualità di azionista e di responsabile politico del servizio, cfr. Vigneri (2003). La funzione ancillare assunta dalla regolazione degli enti locali nel nuovo assetto normativo è sottolineata da Napolitano (2005), cap. 4.

insite nel controllo societario di imprese, talvolta quotate, che possono seguire un'evoluzione societaria autonoma; un punto delicato è rappresentato ad esempio dalla concatenazione azionaria che si può attivare nelle società partecipate dal Comune, che diano vita ad altre società con soci privati, di cui detengono quote minoritarie, rendendo ancor più problematica la funzione di controllo e di indirizzo strategico attribuita al Comune.

- *Gli equilibri economico finanziari dell'impresa di servizi.*

Ai problemi di *governance*, che pesano sulle potenzialità di sviluppo e le strategie industriali di queste imprese, si aggiunge un'ulteriore difficoltà. La *performance* futura delle imprese di servizi locali viene a dipendere in modo cruciale non solo dalla coerenza tra i diversi tasselli della regolazione locale e nazionale, ma anche dall'attuazione da parte dei governi locali degli indirizzi di promozione della concorrenza raccomandati dalla Commissione europea e teoricamente accolti dalla regolazione nazionale. Come abbiamo visto, infatti, costi, ricavi, durata e modalità delle concessioni sono determinati per certi versi dall'azione del regolatore nazionale, per altri da quello locale; le modalità tariffarie sono in parte fissate dal regolatore nazionale (come nel caso del settore elettrico e del gas), o dall'ente locale (come le tariffe del trasporto locale), mentre la durata delle concessioni, la determinazione delle modalità di finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e la distribuzione del rischio di investimento sono affidate di fatto all'ente locale, senza indirizzi univoci²⁸. I controlli e la valutazione del servizio sono affidati infine in parte alla regolazione nazionale e in parte a quella locale.

La sostenibilità economica della gestione del servizio e di conseguenza l'accesso al mercato per altre imprese nella transizione dal monopolio alla concorrenza dipendono così dalla coerenza tra i tasselli della regolazione nei diversi livelli istituzionali, come pure la possibilità che si inducano comportamenti di *free riding* o di arbitraggio regolamentare.

E' importante notare, in particolare, che l'articolo 113 del T.U. non fornisce indirizzi generali per il finanziamento degli oneri di servizio pubblico, per la parte di competenza dell'ente locale. L'onere di servizio pubblico è considerato in letteratura come la parte del servizio "non profittevole" per l'impresa, il cosiddetto "costo incrementale" per la componente del servizio erogata in condizioni in cui il ricavo è inferiore al costo di

²⁸ Significativa appare in tal senso la recente pronta risposta di alcune Regioni, come Lombardia, Emilia Romagna e Toscana, che hanno affidato a legge regionale la disciplina delle modalità di affidamento del servizio, dei metodi tariffari e delle regole di monitoraggio del servizio

fornitura e che l'impresa risparmierebbe se non ottemperasse all'obbligo di servizio. La letteratura economica ha dimostrato che il rimborso all'impresa del costo incrementale di fornitura da parte del Comune, con strumenti di fiscalità non distorsivi, può garantire condizioni di neutralità tra le imprese concorrenti per produrre la parte profittevole del servizio e può determinare condizioni di neutralità rispetto alle scelte tecnologiche dell'impresa. Entrambe le condizioni dovrebbero accompagnare il processo di liberalizzazione: la prima consente all'ente locale di scegliere con procedura concorsuale l'impresa di servizi più efficiente, poiché garantisce la sostenibilità economica dell'obbligo di servizio pubblico; la seconda condizione è essenziale per lo sviluppo industriale del settore.

Le forme tradizionalmente utilizzate dai Comuni per finanziare il costo incrementale del servizio locale, ripiano dei deficit sostanzialmente a pie' di lista e/o sussidi incrociati tra i diversi servizi e i diversi utenti, hanno trascurato di porre la dovuta attenzione alle conseguenze di natura allocativa e all'opacità dei meccanismi redistributivi attivati, oltre che alle conseguenze sulla tensione all'efficienza del gestore del servizio. Per il futuro, la mancanza di un indirizzo condiviso nella cornice normativa del TUEL lascia, su questo delicato terreno, i Comuni a loro stessi. In particolare, la permanenza della possibilità di affidamento *in house* della gestione dei servizi di natura industriale lascia prevedere il procrastinarsi delle tradizionali politiche di finanziamento degli oneri di servizio pubblico, con i rischi di inefficienza evidenziati per lo sviluppo delle imprese.

- La distribuzione del rischio d'investimento.

Infine, la distribuzione del rischio di investimento tra consumatori, finanziatori, impresa ed ente locale concorre a determinare i presupposti per la crescita dell'impresa nel medio periodo. Diverse opzioni stanno maturando nel periodo transitorio; in linea di principio si dovrebbero superare le modalità opache di finanziamento degli investimenti abitualmente seguite nella prassi tra l'ente locale e la propria impresa di servizi, a favore di una politica più trasparente e del ricorso al mercato dei capitali. Tuttavia, le condizioni prospettate nel T.U. sono ben lungi dal chiarire e semplificare i rapporti economico-finanziari tra l'impresa e l'ente locale. L'esigenza di massimizzare le entrate da privatizzazione (manifestata nella privatizzazione delle prime grandi imprese di servizi) sembra ribadita e accolta nel comma 12 dell'art. 113, che consente al Comune la cessione di quote delle società partecipate, senza che ciò si ripercuota sulla durata della concessione. Questa norma comporta la possibilità di mantenere la rendita in capo

all'impresa che eroga il servizio pubblico, e al Comune di valorizzare le entrate derivanti dalla vendita di quote azionarie che incorporano tale rendita.

La situazione economico-finanziaria che si registra oggi per le imprese quotate rivela infine due aspetti significativi. Da un lato la politica dei dividendi mostra il permanere di condizioni di rendita e un indirizzo del Comune volto ancora ad attrarre fondi dalle proprie partecipate, dal momento che una quota variabile tra il 50% e l'80% degli utili è distribuita agli azionisti come dividendi; dall'altro la svalutazione del capitale, dovuta a strategie di investimento e diversificazione poco fortunate, mette in evidenza le difficoltà incontrate dall'ente locale nell'esercitare un ruolo di indirizzo strategico per gli investimenti e per lo sviluppo industriale sulle proprie imprese di servizi. Il rischio che emerge da questa situazione è che lo scarso equilibrio nell'attribuzione delle funzioni di indirizzo, gestione, monitoraggio e controllo delle imprese di servizi locali rappresenti un pessimo compromesso che grava sulla crescita industriale di questi settori e sull'efficienza dei servizi erogati.

5. Le guidelines per il legislatore.

Le conseguenze negative che derivano dalle scelte del legislatore in termini di assetto dei mercati e di politica industriale dovrebbero essere a questo punto abbastanza evidenti. Ci chiediamo ora se tali scelte si collochino in uno spazio di autonoma determinazione, esente da costrizioni comunitarie, ovvero se la scelta contenuta nella legge italiana, di considerare l'*in house providing* un metodo ordinario di gestione, sia - almeno per ora - perfettamente compatibile con il Trattato Ce e con il diritto derivato. E' di tutta evidenza che in caso di risposta positiva un diverso indirizzo che fosse scelto dovrebbe interamente fondarsi su di una autonoma scelta nazionale²⁹.

Ha mostrato di ritenere l'*in house providing* strumento eccezionale e non ordinario il ministro Matteoli, nella sua circolare 6 dicembre 2004. Premesso che in tal caso non vi è un rapporto tra due soggetti, bensì una "delegazione interorganica", vi si afferma che ad esso si deve ricorrere in casi "eccezionali e residuali", e per un limitato periodo di tempo. Altrimenti si eludono "i principi derivanti dai Trattati" (si cita la Comunicazione interpretativa 29 aprile 2000 della Commissione Ce). Occorre "una comprovata e motivata

²⁹ Un'autonoma scelta nazionale è stata compiuta ad esempio con la riforma del mercato del gas naturale (d. lgs. n. 164/2000).

ragione di interesse pubblico che obiettivamente escluda la possibilità di ricorrere alla gara”³⁰.

Poiché il testo legislativo (il comma V° dell’art. 113, lett. c) è chiaro nel senso di considerare viceversa “normale” il ricorso al modello in questione, il Ministero dell’Ambiente compie sostanzialmente un’interpretazione <adeguatrice> del testo della norma ai principi del Trattato; interpretazione che in tanto può considerarsi corretta e quindi “vincolante” in quanto sia vero che soltanto in quei ristretti limiti la figura della gestione *in house* mediante società può essere ammessa in forza del diritto comunitario. Non è in discussione la possibilità, pacifica anche alla luce del Trattato, di attribuire all’impresa, nel caso di attività di interesse economico generale, posizioni di monopolio (art. 86, par. 2), bensì quella di riservare indiscriminatamente tale attività al soggetto pubblico, che la esercita poi attraverso un proprio “delegatario” (l’impresa *in house*).

In altri termini si tratta di stabilire se la creazione o conservazione di un monopolio in mano pubblica (con o senza riserva) sia in ogni caso legittima e se in particolare sia possibile a tale scopo l’utilizzazione in via ordinaria di società di capitali (l’uso della società in luogo dell’azienda-organo e dell’azienda-ente è ormai obbligatorio). Se, in breve, ci si trovi al di fuori delle regole della concorrenza³¹.

Allo stesso fine generale di valutare il contesto europeo in cui si colloca la situazione italiana, vanno esaminate anche le condizioni che devono essere osservate

³⁰ La società secondo la circolare citata è un soggetto gerarchicamente subordinato, assoggettato obbligatoriamente ad un controllo funzionale, gestionale e finanziario stringente. Conseguentemente alla sua eccezionalità, la durata della società dovrà essere limitata al tempo necessario per il superamento degli impedimenti alla gara. Quanto alle caratteristiche che deve assumere la società, secondo la Circolare il bilancio, la relazione programmatica, l’organigramma, il piano degli investimenti, devono essere approvati “dagli enti locali partecipanti alla società”, che significa da un organo diverso dall’assemblea della società. Inoltre gli amministratori e il direttore della spa “saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari”.

³¹ La disciplina della concorrenza è stata introdotta in Italia nel 1990 (con la legge n. 287 del 1990). La legge è stata modellata sul Trattato di Roma (artt. 81, 82 e 86) e sul Regolamento comunitario in materia di concentrazioni tra imprese (oggi sostituito da Ce 20.01.04, n. 139). Queste fonti stabiliscono che le regole di concorrenza trovano applicazione a tutte le imprese, sia private che pubbliche, comprese quelle che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, tranne per quel che sia strettamente connesso all’adempimento dei compiti specifici loro affidati. Al di fuori delle regole di concorrenza si collocano quei servizi che hanno esclusivamente fini sociali, sono gestiti da amministrazioni pubbliche e sono regolati dal diritto amministrativo (sanità, istruzione, previdenza, assicurazioni obbligatorie), i quali si differenziano da altri che, pur avendo anche fini sociali, sono gestiti da imprese, pubbliche o private, e sono disciplinati ampiamente dal diritto civile e commerciale. Questi ultimi sono stati tuttavia estranei alle regole della concorrenza fino a tempi molto recenti, coincidenti con il consolidarsi dell’applicazione giurisprudenziale del diritto comunitario, e in gran parte lo sono tuttora, nonostante la legge n. 481 del 1995, che ha scelto il modello regolativo e ha anche modificato la terminologia utilizzata: servizi di pubblica utilità in luogo di servizi pubblici (gestiti dal pubblico o con modalità di diritto pubblico), prevedendo contemporaneamente l’istituzione di Autorità di regolazione.

affinché l'affidamento diretto a società miste sia compatibile con il diritto comunitario, e le conseguenze che ne derivano in termini di praticabilità del modello.

Infine, occorre definire a quale titolo ed entro quali limiti il legislatore nazionale possa disciplinare il settore, una volta entrata in vigore la riforma del titolo V della Costituzione.

- La società in house e le regole del Trattato Ce

E' diffusa l'opinione che, in assenza di direttive dedicate ai servizi pubblici locali, non esistano vincoli comunitari che spingano ad aprire al mercato. Se la risposta dovesse essere positiva - pur essendo certamente possibile introdurre più concorrenza di quella richiesta dalla normativa europea - una proposta di revisione più aderente alle regole di concorrenza incontrerebbe maggiori difficoltà. A tale proposito si cita frequentemente l'affermazione contenuta nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02, par. 2.4), dove si dice che “non c'è nulla nel Trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, *per motivi di pubblico interesse di natura non economica*, taluni servizi d'interesse generale conferendo dei diritti esclusivi”.

In realtà la portata di quell'affermazione – secondo la stessa Commissione - è limitata: le modalità di organizzazione di un monopolio così istituito non devono violare le disposizioni in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi e le norme di concorrenza (Corte di Giustizia, sentenza *Elleniki Radiophonia*, causa C-260/89). E, soprattutto, *le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi* sono sottoposte alle norme del Trattato e possono pertanto rientrare nell'ambito di applicazione della Comunicazione interpretativa sopra citata (par.2.4, in fine). La quale ritiene contrarie alle norme del Trattato (artt. 43 e ss, 49 e ss.) sia le disposizioni che riservano determinati contratti pubblici alle società a prevalente o totale partecipazione pubblica, sia i conferimenti fiduciari di deleghe di servizio pubblico.

Poiché il divieto di emanare o mantenere nei confronti delle imprese pubbliche misure contrarie alle regole di concorrenza (art. 86, par. 1 del Trattato) si rivolge agli Stati, e lo Stato elimina la concorrenza quando si sostituisce al mercato (direttamente o attraverso un'impresa pubblica *in house* o un'impresa concessionaria cui conferisce un diritto esclusivo), la questione si dovrebbe ridurre all'individuazione dei motivi di pubblico interesse di natura non economica che lo giustificano. Mentre non dovrebbe rilevare la circostanza che lo Stato o altro ente pubblico operino in proprio o attraverso un

soggetto che appartiene alla sfera dell'amministrazione pubblica. Non debbono infatti confondersi due ordini normativi diversi: le regole per l'applicazione delle norme sugli appalti (e sulle concessioni, che nell'accezione in cui il termine è applicato nel diritto comunitario, sono una variante dei primi), con le regole sulla concorrenza.

Le norme relative ai contratti di appalto - che hanno esclusivamente lo scopo di garantire la parità di trattamento nel momento in cui la pubblica amministrazione deve effettuare la scelta del soggetto con cui contrarre - richiedono per la loro applicazione la differenziazione soggettiva tra amministrazione appaltante e appaltatore, o concessionario, e sono neutre rispetto ai servizi di pubblica utilità.

Le norme in materia di concorrenza comprendono nel proprio ambito di applicazione anche i servizi di pubblica utilità sempre che questo non ostacoli la loro missione. La loro applicazione – secondo il Trattato - non è (non dovrebbe essere) esclusa per il fatto che il soggetto pubblico espliciti l'attività in proprio (o mediante un soggetto *in house*) anziché mediante un soggetto terzo. L'interrogativo posto dalla lett. c) dell'art. 113, comma cinque, non è se il rapporto tra l'ente locale e la società *in house* sia sottoposto alle norme comunitarie sugli appalti o sulle concessioni (la cui applicazione è esclusa ove manchi l'alterità tra soggetto pubblico e impresa di gestione), bensì se la previsione di gestione diretta sia conforme alle norme comunitarie sulla concorrenza.

Se dunque, sinteticamente, la questione si riduce all'esistenza dei motivi di pubblico interesse che rendono impossibile il ricorso alla concorrenza, questa circostanza non può essere generalizzata; non può tradursi, come in passato, in uno dei possibili "modelli di gestione", occorrendo che essa venga verificata e motivata caso per caso, ben potendovi essere circostanze che rendono necessaria l'erogazione diretta da parte del soggetto pubblico di un servizio che non può non essere reso³². Ma, appunto, tali circostanze debbono essere valutate ed adeguatamente motivate, posto che ai metodi della concorrenza si può rinunciare soltanto *per motivi di pubblico interesse di natura non economica*. Si comprendono quindi le ragioni dell'intervento con circolare del Ministro dell'Ambiente, che considera eccezionale, e bisognosa di specifica motivazione, la rinuncia ad applicare regole di concorrenza.

Tutto ciò premesso quanto all'interpretazione del Trattato, l'attuazione dei suoi principi passa attraverso il diritto derivato (direttive e regolamenti), e attraverso la

³² Si possono ipotizzare motivi di sicurezza, uso più efficiente del denaro pubblico o di cespiti pubblici, gare andate deserte, contenziosi in corso che impediscano di stipulare un nuovo contratto. Questi esempi sono tratti dalla Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di servizi di trasporto passeggeri (COM/2002/0107, in GUCE 25 giugno 2002, n. C151), mai più approvato.

giurisprudenza della Corte di giustizia.. Sul primo fronte non vi è ancora una direttiva che riguardi i servizi pubblici locali, vi sono anzi forti pressioni perché la Comunità se ne astenga³³. Sul secondo fronte va detto che molti interrogativi sono rimasti fin qui in ombra nelle sentenze della Corte. Infatti, mentre è pacifico che il diritto comunitario impone alle amministrazioni che aggiudicano contratti di appalto o di concessione di servizi di rispettare il principio di pubblicità e di messa in concorrenza di tali contratti, è assai più equivoco e sfumato l'altro aspetto: se di fronte ad un'amministrazione pubblica che esplica in proprio (direttamente o indirettamente) un'attività di carattere economico e di interesse generale vi sia titolo a richiedere che la stessa venga collocata nel mercato, quanto meno nella forma della messa in concorrenza del relativo contratto, tra le imprese, pubbliche o private, interessate. La contestazione di queste situazioni è fin qui avvenuta utilizzando la disciplina delle direttive sugli appalti di servizi o i principi generali in tema di concessioni di servizi. E la Corte di giustizia ha avuto gioco facile nel respingere sostanzialmente le contestazioni o i dubbi dei giudici dei diversi Stati membri, talvolta affermando che la questione si risolveva all'interno di un unico Stato e non comprometteva quindi la libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi (C-108/98, sentenza della Corte di Giustizia 9 settembre 1999, R.I.SAN c/ Comune di Ischia, p. 23), sia utilizzando la nozione di organismo di diritto pubblico per dire che in presenza di bisogni di carattere generale non aventi carattere commerciale o industriale (valutati dai singoli Stati) gli Stati stessi sono liberi di provvedere direttamente o di mantenere comunque un'influenza dominante (C-360/96, sentenza della Corte di Giustizia 10 novembre 1998, tra Gemeente Arnhem, Gemeente Rehden.e BFI Holding BV, p. 51). Orientamenti questi che si sono nel tempo modificati soltanto sul punto della proprietà pubblica della società *in house*.

³³ La Commissione ha presentato una proposta di Direttiva relativa ai servizi nel mercato interno (SEC (2004) 21), con l'obiettivo di stabilire un quadro giuridico che elimini gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri e che garantisca a prestatori e destinatari dei servizi la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del trattato. La proposta prevede: a) misure di semplificazione amministrativa; b) i principi che dovranno essere rispettati dai regimi di autorizzazione; c) il divieto di alcune prescrizioni giuridiche particolarmente restrittive; d) l'obbligo di proporzionalità. Per eliminare gli ostacoli alla libera circolazione la proposta prevede essenzialmente: 1) il principio del paese di origine (il prestatore è sottoposto unicamente alla legislazione del paese in cui è stabilito); 2) il diritto dei destinatari di utilizzare servizi di altri Stati membri senza che questo venga impedito da misure restrittive o da comportamenti discriminatori (l'applicazione più rilevante riguarda le cure sanitarie). Per valutare l'eventuale impatto di tale nuova disciplina va considerato che il principio del paese di origine non si applica ai servizi di distribuzione di energia elettrica, di gas e dell'acqua (art.17), e che l'intera direttiva non si applica ai servizi di trasporto (art. 2), e che in ogni caso essa riguarda le attività economiche non salariate che consistono nel *fornire una prestazione dietro un corrispettivo economico*, secondo lo schema dei contratti d'appalto. Non fornisce quindi nessun nuovo elemento per valutare la legittimità di una prestazione di servizi resa al pubblico mediante un soggetto *in house*.

Recentissimamente (sentenza della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle e Lochau GmbH c/TREA Leuna) – decidendo in tema di attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza – la Corte ha infatti affermato (modificando o precisando la propria precedente opinione) che non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici soltanto se l'entità distinta è *interamente detenuta* dall'amministrazione aggiudicatrice, condizione questa ritenuta indispensabile perché l'amministrazione eserciti su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La Corte in tale occasione ha anche aggiunto un'affermazione non scontata, che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza “pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata e il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”.

Mentre sul punto che qui interessa ha ribadito che *“un'Autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”* (p.48).

Si noti infine che la Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken in materia di servizi pubblici (17.10.2001, COM (2001) 598) esordisce proprio dicendo che *“di norma la legislazione comunitaria lascia gli stati membri liberi di decidere se fornire essi stessi i servizi pubblici – o se affidarne la fornitura a terzi”*, sempre che la disciplina comunitaria per singoli settori non disponga altrimenti, come avviene ad esempio se è imposta la separazione tra rete e servizio, che limita necessariamente l'ambito di riserva e comporta il diritto di accesso alla rete da parte di una pluralità di soggetti³⁴.

³⁴ In Italia, le operazioni *in house* sono impedito dalla normativa in materia di distribuzione del gas naturale (art. 14 del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164), che esclude ogni forma di gestione diretta. E, in materia di lavori, dalle norme della legge quadro che impongono l'uso di contratti di appalto o di concessione. E' chiaro quindi che non le norme sulle modalità di affidamento di appalti e concessioni, ma soltanto quelle – specifiche di singoli settori – come la citata separazione tra rete e servizio, sono in grado di imporre una maggiore o minore apertura alla concorrenza. Se è quindi corretto affermare – come fa anche la sentenza più recente della Corte da ultimo citata – che le norme comunitarie in materia di appalti pubblici hanno l'obiettivo di assicurare la libera prestazione dei servizi e l'apertura ad una *concorrenza* non falsata in tutti gli Stati membri, non bisogna dimenticare che la loro applicazione richiede in buona sostanza che sussista già il presupposto primo, la “esternalizzazione” dell'attività.

Peraltro, la stessa normativa comunitaria più recente rivela rallentamenti e compromessi nel percorso di liberalizzazione³⁵

La conclusione non può che essere nei seguenti termini: in assenza di una disciplina relativa in generale ai servizi pubblici economicamente rilevanti, non vi sono per ora esempi di sentenze della Corte che abbiano negato – invocando l’assenza di motivi di interesse generale che giustifichino la deroga alla concorrenza – la legittimità dell’*in house providing* comunale.

E tuttavia, la disciplina italiana offre argomenti, con riferimento al nostro articolo 113, che possono condurre a conclusioni diverse. In primo luogo per effetto della costituzionalizzazione del principio di concorrenza, contenuto nell’art.117, comma secondo, lett. *e*), della Costituzione, con conseguente modifica della nostra costituzione economica, principio non limitato alla disciplina antitrust³⁶, ma comprendente anche la regolamentazione del mercato³⁷. In secondo luogo, e in connessione con il primo, poiché lo stesso articolo 113 dichiara che le disposizioni che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali “concernono la tutela della concorrenza”.

Ne dovrebbe derivare di conseguenza che le modalità di gestione del comma quinto *vanno argomentate e motivate in riferimento alla concorrenza*, e non possono considerarsi tutte – non in particolare quelle di affidamento diretto – come liberamente e alternativamente fruibili da parte dell’ente locale.

In definitiva, la questione non è chiusa definitivamente, ma non è affatto probabile che la Corte di Giustizia consideri non rispettosa delle regole di concorrenza la previsione come metodo ordinario dell’*in house providing*. L’occasione di pronunciarsi è fornita dalla questione interpretativa sottoposta all’esame della Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato

³⁵ L’osservazione è di Giulio Napolitano, che cita i lunghi termini fissati per l’apertura dei mercati ferroviari, postali e dell’energia dalle direttive Ce nn. 12-14/2001, 39/2002, 54-55/2003. Cfr. Napolitano (2002), p. 306.

³⁶ La tesi che la materia della tutela della concorrenza riguarda propriamente ed esclusivamente la disciplina antitrust, come disegnata nel nostro ordinamento dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, è sostenuta da Cassetti (2001).

³⁷ La tesi che ritiene artificiosa la distinzione tra tutela e promozione del mercato (e quindi tra antitrust e regolazione) è stata sostenuta da Ammannati (2003) Sostiene invece che – in un’ottica di integrazione e non più di separazione tra ordinamento interno e ordinamento comunitario – “una lettura estensiva della clausola di cui all’art. 117, comma 2, lett. *e*) Cost. non è necessaria, perché non ha molto senso che lo Stato detti discipline materiali più uniformi - se così si può dire – di quelle dettate a livello europeo”, Caranta (2004). Quest’ultimo Autore – prendendo le mosse dai vincoli che derivano per le regioni dalla competenza statale in tema di tutela della concorrenza – conclude che il diritto comunitario è potenzialmente idoneo a fissare esso stesso gli standard minimi di tutela nelle materie trasversali quale la tutela della concorrenza. “un intervento legislativo statale rischia in tale situazione di essere ripetitivo, ridondante ovvero eccessivamente compressivo dei margini di autonomia spettanti alle regioni”. Si chiuderebbe così il cerchio, e la parola ritorna alla Corte di Giustizia.

(sez. V, 22 aprile 2004, n 2316), a proposito dell'applicazione dell'art. 44, comma 6, lett. b) della legge della Regione Trentino-Alto Adige 4 gennaio 1993, n. 1 e successive modificazioni, ma con evidente attenzione al nuovo art. 113, comma 5, lett. c) del TUEL. In attesa di conoscere l'esito di tale giudizio – parzialmente anticipato peraltro dalla sentenza sopra esaminata dell'11 gennaio 2005 - va detto in generale che appare allo stato remota la prospettiva di contestare il comportamento di uno Stato che riserva per sé ingiustificatamente l'esercizio di un'attività di impresa avente carattere di interesse generale, cui potrebbero essere applicate in tutto o in parte regole di concorrenza.

- *L'affidamento diretto a società mista*

Il secondo percorso con il quale il legislatore italiano ha offerto la possibilità di evitare la piena applicazione di regole di concorrenza è dato dall'affidamento diretto a società mista, con scelta del socio privato mediante gara. Si tratta di una strada che può essere interpretata come un caso particolare di gestione diretta, oppure anche come una modalità di gestione affine alla scelta del gestore con gara. Ambiguità che si riflette sulla posizione della società nei confronti delle future gare: la partecipazione dovrebbe esserle preclusa in quanto titolare di affidamento diretto; ovvero potrebbe esserle consentita in virtù della procedura a evidenza pubblica per l'individuazione del socio privato. In tal caso - riteniamo - la partecipazione delle società miste configurerebbe un'evidente asimmetria a loro vantaggio nel confronto concorrenziale con imprese che non godono di un'analogha condizione di monopolio protetto sul proprio mercato d'origine, grazie in particolare al volano finanziario che i più facili extraprofiti derivanti da tale posizione offrirebbero loro.

L'ambiguità può essere sciolta osservando che non vi sono elementi comuni tra la società *in house* affidataria diretta e l'affidataria diretta società mista. Nel primo caso è richiesto il capitale interamente pubblico, mentre la società mista pubblico-privato può essere affidataria diretta pur avendo capitale privato, anche prevalente; nei confronti della società *in house* è richiesto il controllo "analogo a quello esercitato sui propri servizi", incompatibile con la società mista, tanto più se a prevalenza privata. La giustificazione dell'affidamento diretto alla società mista va dunque ricercata su presupposti totalmente diversi da quelli che sorreggono il modello *in house*, e precisamente nella gara per la scelta del socio, e *in questa soltanto*.

Ma se così è, la gara per la scelta del socio deve essere disciplinata come fosse una gara per l'affidamento del servizio: non per nulla il testo legislativo non si accontenta di parlare di "gara" per la scelta del socio e aggiunge (art. 113, comma 5, lett. b) che essa

deve dare “garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza”, il che significa rispetto delle procedure dei d. lgs. n. 157 e 158 del 1995 (se si tratta di appalti) o dei principi procedurali desumibili dal Trattato (se si tratta di concessione³⁸).

Omettendo per brevità ulteriori argomentazioni, la società mista cui si può affidare direttamente il servizio è quella in cui il socio privato è stato selezionato per svolgere *quel servizio*, e non attraverso una qualsiasi delle procedure che consentono di collocare azioni sul mercato.

E’ vero che altre procedure sono possibili per la vendita di azioni o quote (diverse dalla gara in cui il socio è selezionato in base al servizio che deve svolgere), ma la conseguenza sarà che una generica procedura di gara o una semplice operazione di privatizzazione del capitale non rilevano al fine di far accedere la società alla procedura di affidamento diretto. Conferme ma anche contraddizioni si ritrovano a questo proposito nel comma 12 dello stesso art. 113 (privatizzazioni),³⁹ ma non tali da inficiare l’interpretazione qui proposta, l’unica capace di ricondurre gli affidamenti alle società miste a legittimità comunitaria⁴⁰.

Le conseguenze sulle capacità operative della società mista sono evidenti:

- se deve esservi corrispondenza tra la scelta del socio e il servizio affidato, la durata della società deve corrispondere alla durata del rapporto di gestione (le durate non sono indicate e tuttavia la legge dà per scontato che una durata deve esservi), e si può sostenere che non sono in tal caso possibili affidamenti a tempo indeterminato;
- la società mista non è equiparabile ad una normale impresa, non potendo assumere ulteriori servizi da parte dello stesso ente locale (né da parte di altri in affidamento diretto), posto che l’abilitazione del socio (ristretta dal contenuto della gara) diviene abilitazione della società stessa;
- la partecipazione a gare indette da altri Comuni appare assai problematica: la decisione del Comune di costituire una società con il vincitore della gara per socio/gestore non ingloba in sé anche la decisione di mettersi in affari con quel

³⁸ Sempre nel significato che al termine danno la giurisprudenza della Corte di Giustizia e i documenti della Commissione.

³⁹ Che potrebbe fornire un appiglio per un più corretto “livellamento del terreno di gioco” laddove afferma che “l’ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento”. Tale disposizione sembrerebbe prefigurare una scelta a termine del socio privato, con il ripetersi della gara a ogni rinnovo dell’affidamento.

⁴⁰ Cfr. Giorello (2004).

soggetto nel settore delle *public utilities* al fine di partecipare a gare nel resto del paese e al di fuori (si può fare con altra separata società di diritto comune, non con la stessa).

In sintesi, se la regola della scelta del socio dovrà effettivamente avvenire con una gara che abbia i contenuti di cui si è detto, la sua utilizzazione sarà minima; se verrà aggirata ed edulcorata, si scontrerà inevitabilmente prima o poi con le regole comunitarie.

- *La competenza legislativa tra Stato e Regioni*

L'efficacia di un intervento legislativo è evidentemente assai diversa a seconda che esso possa essere svolto dallo Stato o soltanto dalla singola Regione, e, nel caso spetti allo Stato, in relazione ai limiti che eventualmente incontra.

La possibilità per lo Stato di dettare i principi della disciplina dei servizi pubblici locali è stata testé riconosciuta dalla Corte Costituzionale, sulla base della competenza esclusiva a tutela e promozione della concorrenza (sentenza n. 272/2004). Sono state respinte le tesi che miravano a distinguere tra tutela, consistente essenzialmente nella disciplina *antitrust* (di competenza esclusiva statale), e regolazione, che comprende l'apertura alla concorrenza di settori altrimenti chiusi, che spetterebbe a Regioni o Stato secondo la competenza per materia di ciascuno. Sono stati interpretati correttamente gli effetti del nuovo articolo 117 della Costituzione, che rende la tutela della concorrenza non soltanto un limite, sia per il legislatore regionale sia per quello statale, ma un valore o un bene o un fine da promuovere dall'uno e dall'altro⁴¹. La Corte ha quindi preso una posizione chiara nel dibattito della dottrina, parte della quale si era schierata contro una lettura "estensiva" della nozione di tutela della concorrenza⁴². Per ora dunque la questione dell'estensione della competenza legislativa statale può dirsi – grazie alla sentenza n. 272/2004 – conclusa.

Molto meno apprezzabile è la sentenza nella parte in cui esclude altri possibili titoli di tale competenza in tema di servizi di pubblica utilità, titoli individuabili nella

⁴¹ Cfr. Corso (2002), p. 981 ss.

⁴² Non è dubbio che la tutela della concorrenza comprenda anzitutto la disciplina *antitrust*. Non comprenderebbe invece la disciplina di regolazione di settori sensibili del mercato (trasporti, telecomunicazioni). In tali settori la competenza a regolare i profili attinenti alla concorrenza dovrebbe essere individuata alla luce delle scelte del costituente circa le materie stesse (Cassetti, 2001; 2004). E' stato correttamente replicato che anche la regolamentazione del mercato ha l'obiettivo della tutela della concorrenza (Corso, 2002, Ammannati, 2002). Mira a differenziarsi da entrambe le posizioni l'opinione di chi, partendo dal nuovo modello di relazioni derivato dal riconoscimento costituzionale del diritto comunitario (integrazione e non più separazione), ritiene non necessaria una lettura estensiva della clausola della lett. e), essenzialmente perché "il diritto comunitario è potenzialmente idoneo a fissare esso stesso direttamente gli standard minimi di tutela" (Caranta, 2004).

determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (lett. *m*) dell'art. 117 Cost.) e nell'individuazione delle funzioni fondamentali degli enti territoriali (lett. *p*). Pur non soffermandoci qui su questi aspetti, va detto almeno che la competenza della lett. *m*) – che la Corte esclude perché si tratta di servizi economicamente rilevanti - consente di dettare norme di garanzia di un trattamento sociale uniforme dei cittadini su tutto il territorio nazionale, e in questo “trattamento sociale” rientrano anche i servizi locali che sono indirizzati a soddisfare bisogni di carattere sociale (si equivoca tra contenuto dell'attività, economico, e finalità sociali, connaturate alla nozione stessa di servizio pubblico)⁴³. Quanto alla individuazione delle funzioni fondamentali dei Comuni e delle Province, sembra ragionevole considerare tra di esse (che la legge La Loggia definisce “essenziali”) i compiti relativi all'indirizzo e controllo sull'entità e qualità dei servizi di cui si tratta⁴⁴.

La possibilità per lo Stato di promuovere la concorrenza nei servizi pubblici locali incontra però secondo la Corte dei limiti.

Il primo discende logicamente dal carattere della tutela della concorrenza, che non è competenza per materia, ma per valore o bene o scopo tutelato (come l'ambiente e la salute), trasversale quindi a materie in cui vi è legislazione concorrente o esclusiva delle Regioni. Con la conseguenza che lo Stato non può estendere la propria potestà normativa su aspetti che non risultino direttamente necessari alla realizzazione di quelle esigenze primarie.

Ma la Corte aggiunge un secondo limite: la competenza statale sussiste soltanto *se l'intervento abbia effetti così rilevanti sull'economia da trascendere l'ambito regionale* (che la Corte chiama “rilevanza macroeconomica”). Se il singolo intervento abbia tali effetti è poi valutato dalla Corte in termini di ragionevolezza e proporzionalità (senza compiere giudizi di correttezza economica che non rientrano nelle sue competenze).

Un limite di questo tipo contrasta con la natura stessa degli interventi proconcorrenziali⁴⁵. E' quindi importante chiarire che alla competenza statale di tutela e

⁴³ Diversa questione è se nell'art. 113 T.U. il legislatore abbia effettivamente provveduto alla “determinazione” dei livelli essenziali delle prestazioni sociali.

⁴⁴ Anche qui, non è chiaro se la Corte escluda in radice la competenza della lett. *p*), o se ritenga che nella specie non sia stata esercitata, dato che l'art. 113 si occupa soltanto delle modalità di gestione.

⁴⁵ Vero è che la Corte non ha poi fatto applicazione di tale criterio: la dichiarazione di incostituzionalità di due periodi del comma 7 dell'art. 113 (per il resto “promosso”) è fatta discendere dal carattere “estremamente dettagliato ed autoapplicativo di quelle disposizioni”. Peraltro quella dichiarazione di incostituzionalità ci sembra frutto di un mero errore di interpretazione del significato delle norme. Dopo aver dichiarato infatti che “non appaiono censurabili tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali”, ha censurato

promozione della concorrenza è estranea l'idea di rilevanza "macroeconomica". Così come la tutela, anche la promozione è costituita da un complesso di regole, anch'esse definite ex ante, e finalizzate a produrre condizioni artificiali di concorrenza ed in generale condizioni che facilitano il prodursi di comportamenti di tipo concorrenziale.

D'altra parte l'affermazione contenuta nella sentenza n. 272/2004 nasce dal fatto che nella precedente sentenza n. 14/2004 il giudice delle leggi aveva fatto coincidere tutela (e promozione) della concorrenza con gli interventi in genere di politica economica e si era trovato conseguentemente nella necessità di circoscrivere a tutela delle Regioni una simile estesa ed invadente competenza statale. Il metodo per circoscrivere era stato individuato nella "rilevanza macroeconomica". Quando poi la Corte, nella sentenza n. 272, ha dovuto occuparsi di tutela della concorrenza, ha esteso a tale nozione gli stessi limiti assegnati prima all'affermata generale competenza statale in materia di politica economica, e l'ha quindi circoscritta alle misure "tali da trascendere l'ambito regionale"⁴⁶. Si può quindi affermare con ragionevole certezza che un limite di questo genere non necessariamente sarebbe in casi analoghi recuperato nella giurisprudenza della Corte.

A protezione delle competenze regionali nelle singole materie si può affermare che allo Stato spetti di dettare la legge generale di tutela della concorrenza, comprendendovi anche i criteri che possono attenuarla od escluderla in singole situazioni, a tutela della singola missione cui i servizi pubblici sono dedicati.

6. Riprendere il cammino interrotto

Non vi sono dunque ragioni per ritenere che la competenza statale di tutela e promozione della concorrenza, compressa tra competenza comunitaria e competenza regionale, quest'ultima in presa diretta ormai con l'ordinamento comunitario, sia depotenziata. Dispiace invece constatare che il principio costituzionale di tutela della concorrenza abbia trovato nei fatti, nel nuovo articolo 113 del TUEL, *un'applicazione depotenziata* che, lasciando a ogni ente locale la scelta se procedere o meno sulla strada

precisamente le regole, peraltro molto elastiche e niente affatto "estremamente dettagliate", sullo svolgimento delle gare, affermando che esse erano già contenute nel primo periodo dello stesso comma 7, che invece parla d'altro.

⁴⁶ La dottrina ha criticato la sentenza n. 14 osservando che il ruolo dello Stato a livello macroeconomico (per usare l'espressione della Corte) va ricostruito, non basandosi sulla tutela della concorrenza, bensì sull'art. 119 della Costituzione (Caranta, 2004) o su altre voci della lett. e) e sulla lett. m) dell'art. 117, oltre che sulla competenza in tema di rapporti dello Stato con l'Unione Europea e quindi sul coordinamento delle politiche economiche (Pace, 2004; Pizzetti, 2004).

della liberalizzazione, ha in realtà rinunciato a introdurre strumenti di rafforzamento del ruolo regolatorio degli enti locali e a liberare le capacità imprenditoriali presenti nel mondo delle imprese di servizio pubblico locale.

Del resto, l'inconsistenza dello schema binario nel promuovere la liberalizzazione dei servizi pubblici locali non può certo stupire, ove si tenga presente l'esperienza storica plurisecolare di sviluppo delle economie di mercato: l'affermazione di assetti adeguatamente concorrenziali ha richiesto via via il trasferimento ai livelli superiori di governo del compito di stabilire le regole e di garantirne l'*enforcement*, lasciando ai livelli inferiori il compito di realizzare gli obiettivi delle comunità da loro amministrare muovendosi nel quadro di regole come andava via via generalizzandosi. L'esempio più recente è naturalmente quello fornito dall'integrazione economica europea guidata dagli organismi di governo comunitari, ma nella stessa direzione va l'esperienza degli Stati nazionali e federali prima e quella, poi, degli organismi internazionali affermatasi nel secondo dopoguerra e in particolare del WTO. In altri termini, la corretta applicazione del principio di sussidiarietà implica che la definizione delle regole di concorrenza sia di competenza del livello di governo più adeguato, in ogni concreta situazione storica, a garantire quella generalizzazione delle regole stesse che è necessaria per sostenere lo sviluppo dei mercati.

I risultati della mancata riforma dei servizi pubblici locali non potranno che essere deludenti con riferimento al soddisfacimento delle esigenze delle comunità locali. Ma anche dal punto di vista della politica industriale l'assetto determinato dal nuovo articolo 113 del T.U. appare del tutto inadeguato rispetto ai problemi che qui e ora travagliano l'economia italiana. Tra i fattori strutturali che stanno dietro ai rischi di un suo declino c'è un settore di *public utilities* che presenta costi elevati nonché estensione delle reti e qualità dei servizi insufficienti. Gli uni e gli altri gravano sulle prospettive di crescita dell'economia italiana via condizioni ambientali entro cui operano le imprese e via prezzi dei loro input. L'Autorità antitrust ha richiamato l'attenzione – nell'ultima relazione annuale presentata nel giugno scorso – sulla correlazione inversa che si riscontra per i settori esposti alla concorrenza internazionale tra la loro capacità di crescita e il loro saldo con l'estero da una parte e, dall'altra, la loro dipendenza dagli input prodotti dai settori che l'Autorità chiama "problematici" per la concorrenza, tra cui le *public utilities*.

L'assetto dato dal nuovo articolo 113 del T.U. ai servizi locali lascia questo comparto dell'economia italiana in mezzo a un "guado" senza un approdo credibile, a causa delle ambiguità che il quadro normativo determina nelle scelte di governo degli enti

locali e delle incertezze che non potranno non ostacolare la definizione e realizzazione da parte delle imprese di adeguate strategie di sviluppo industriale. E' quindi indispensabile riprendere al più presto il percorso della liberalizzazione e della riforma della regolazione per aprire una prospettiva di efficace governo dei processi in atto, in cui gli enti locali siano posti in condizione di disegnare il futuro delle comunità amministrative e le imprese siano chiamate a un salto di qualità nella gestione dei servizi.

Riferimenti bibliografici

Allegra E., Forni M., Grillo M. e Magnani L. (2004), *Antitrust Policy and National Growth: Some Evidence from Italy*, *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 63, pp. 69-86.

Ammannati L. (2002), *Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni*, www.unifi.it.

Archibugi D., Ciccarone G., Marè M., Pizzetti B. e Violati F. (1999), *Il triangolo dei servizi pubblici*, Venezia, Marsilio.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2004), *Relazione annuale 2003*, Roma.

Bardelli L. e Doni N. (2002), *Gare e contratti nei servizi pubblici locali*, in Robotti (2002).

Biehl D. (1991), *The Role of Infrastructure in Regional Development*, in R.W. Vickerman (ed.), *Infrastructure and Regional Development*, European Research in Regional Science, vol 1, Pion, London.

Boitani A. e Petretto A. (1999), *Privatizzazione e autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: un'analisi economica*, *Politica Economica*, n. 3.

Boitani A. e Cambini C. (2004), *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, Hermes Working Papers, n. 1, Torino.

Caranta R. (2004), *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, *Le regioni*, n. 4/2004.

Cassetti L. (2001), *Potestà legislativa esclusiva e tutela della concorrenza*, www.federalismi.it.

Cassetti L. (2004), *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, www.federalismi.it, n.5/2004.

Cella M. e Termini V. (2004), *Il contratto di servizio. Asimmetria informativa e incentivi nel rapporto tra il Comune e l'impresa di servizi pubblici locali*, in Termini (2004).

Corso G. (2002), *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, Diritto pubblico, 990.

De Vincenti C. (a cura) (2002), *La riforma della regolazione nei settori di competenza del CIPE e dei Ministeri*, Economia Pubblica, vol. 32, n. 4.

De Vincenti C. e Spadoni B. (2000), *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali. Note al margine del DDL 7042*, Mercato, concorrenza, regole, n.3.

Dixit A. (1996), *The Making of Economic Policy*, Cambridge (Mass.), MIT Press.

Dixit A. (1997), *Power of Incentives in Private versus Public Organizations*, American Economic Review, vol. 87.

Doni N. (2003), *L'interazione tra competizione e regolazione nell'aggiudicazione mediante gara di una concessione*, Rivista Italiana degli Economisti, n. 1.

Giacomelli S. e Trento S. (2005), *Proprietà, controllo e trasferimenti nelle imprese italiane. Cosa è cambiato nel decennio 1993-2003*, Temi di discussione della Banca d'Italia, in corso di pubblicazione.

Giorello M. (2004), *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, n.3-4/2004, p. 929 e ss.

Grillo M. (2004), *Dentro "un'economia che non gira"*, il Mulino, 53, n. 3.

Napolitano G. (2002), *I servizi pubblici*, in "Dieci anni di riforme amministrative", Giornale di diritto amministrativo, n. 7.

Napolitano G. (2005), *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino.

Petretto A. (2004), *La riorganizzazione del trasporto pubblico locale in Italia: alcuni profili di analisi economica*, in Termini (2004).

Pace A. (2004), *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza?* Giustizia costituzionale, 259 ss.

Pizzetti F. (2004), *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?* Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004, Giustizia costituzionale, 277 ss.

Roe M. (2003), *Political determinants of corporate governance. Political context, corporate impact*, Oxford, Oxford University Press; trad. it. a cura di F. Debenedetti, *La public company e i suoi nemici. Determinanti politiche del governo d'impresa*, Edizioni Il Sole 24 ore, 2004.

Roncoroni E. e Vaccari C. (2003), *Il controllo direzionale del Comune sui servizi pubblici locali*, *Amministrare*, n. 1.

Rossi S. (2004), *Economia italiana: perché la deriva non si muti in declino*, *Il Mulino*, 53, n. 4.

Spadoni B. (2004), *Assetto gestionale e regolazione dei servizi pubblici locali in una prospettiva di responsabilità sociale dell'impresa*, *Economia Pubblica*, vol. 34, n. 4.

Termini V. (a cura) (2004), *Dai municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino.

Vigneri A. (2003), *Il controllo del Comune sui servizi pubblici locali*, *Amministrare* n. 3.

Vigneri A. (2004), *Servizi e interventi pubblici locali*, *Commento agli articoli 112-123 del TUEL*, Maggioli Editore.