

I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?

di Laura Ammannati - di prossima pubblicazione in: ASTRID, Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità, a cura di Claudio De Vincenti e Adriana Vigneri, Bologna, Il Mulino, 2006

1. Qualche considerazione iniziale e conseguenti interrogativi

Quelli che comunemente chiamiamo servizi pubblici locali comprendono, secondo la distinzione contenuta nel *Libro verde sui servizi di interesse generale*¹ poi ripresa nel TUEL - Testo Unico degli Enti Locali (artt. 113 e 113-bis), due sottospecie denominate come “servizi di rilevanza economica” e “privi di rilevanza economica”. L’attribuzione all’una o all’altra area di una attività mostra un carattere dinamico ed è connessa alla evoluzione culturale, economica e tecnologica. Il dato emergente è che in epoca recente numerose attività hanno assunto rilevanza economica. Seguendo il punto di vista comunitario questo significa che i servizi di interesse economico generale (secondo la nozione usata nel Trattato CE) possono comprendere, oltre quelli forniti dalle industrie di rete, una gamma di attività non definibile una volta per tutte alle quali si applicano i principi che regolano il mercato interno tra cui quello della concorrenza.

Qui l’attenzione sarà focalizzata sui servizi a rilevanza economica interamente esercitati in ambito locale o che costituiscono segmenti di dimensione locale di attività organizzate a livello nazionale (come nel caso della gestione delle reti di distribuzione locale nel settore dell’energia o del trasporto pubblico). Questa area, negli ultimi quindici anni, è stata caratterizzata da una produzione legislativa alluvionale e sovrabbondante che è ritornata ciclicamente sulle stesse materie. Il susseguirsi di regimi normativi ha prodotto un crescente disorientamento degli operatori ma ha anche consentito di poter operare sottraendosi “felicitemente” sia alle regole del mercato che ai controlli delle amministrazioni pubbliche. La rapida successione nel tempo² e la compresenza di una disciplina generale e di discipline settoriali (acqua, rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas) sembra l’effetto di un affannoso tentativo di inseguire un

¹ COM (2003) 270 def del 21 maggio 2003 (punti 43 –45 e 31).

² L’art. 35 della L. 448/2001 (LF per il 2002) è stato modificato radicalmente dall’art. 14 del DL. 269/2003 (conv. L. 326/2003) poi di nuovo modificato dalla L. 350/2003 (LF per il 2004).

progetto di liberalizzazione portato avanti dalle istituzioni europee ma contrastato dagli interessi talvolta divergenti degli enti locali e delle imprese di gestione.

L'instabilità del sistema connotata dall'alto tasso di volatilità legislativa e dalla inevitabile contraddittorietà della giurisprudenza è generata da quegli aspetti della disciplina relativi alla definizione dei modelli organizzativi e di conseguenza delle modalità di affidamenti del servizio che per molti aspetti contrastano con l'obiettivo di liberalizzare i mercati dei servizi pubblici locali.

Si tratta allora di capire se può essere ritenuto adeguato il grado di concorrenzialità possibile in base alla disciplina esistente. E quando il processo di liberalizzazione potrà avere generalmente inizio alla fine di un periodo transitorio di durata incerta e tendenzialmente troppo lungo se finalizzato a coltivare un *humus* favorevole alla creazione di un mercato concorrenziale (come afferma la stessa Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 29 del 23.1.2006).

Si tratta inoltre di valutare il peso del modello della società per azioni a partecipazione pubblica (cioè in prevalenza a partecipazione maggioritaria dell'ente locale) che, accompagnandosi alla modalità di affidamento diretto del servizio, ha rappresentato nel tempo un elemento di ambiguità e una delle barriere più resistenti alla apertura dei mercati.

La chiarificazione del quadro dei servizi di pubblica utilità locali nel senso di un necessario riordino legislativo non può, a mio avviso, tralasciare di ricercare possibili soluzioni ai problemi indicati.

2. Breve riepilogo legislativo

Riepiloghiamo in primo luogo gli elementi essenziali della disciplina dei servizi pubblici locali per quanto riguarda le modalità di organizzazione e di affidamento del servizio contenuti nell'art. 113 del TUEL. L'ultima versione è descrittiva della realtà e riporta nella disciplina generale le esperienze in essere a quel momento come è dimostrato dall'elencazione contenuta nel c. 5. Innanzitutto, l'affidamento con gara cui partecipano società di capitali. Questa tipologia sembra limitata ai casi in cui l'ente locale non partecipa ad alcuna società o non ne abbia costituita una propria. In secondo luogo, l'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico – privato dove il socio privato sia stato scelto con gara. Infine, l'affidamento diretto a società a capitale totalmente pubblico controllata dall'ente locale proprietario che si configura come un modulo organizzativo di un servizio proprio dell'ente stesso.

La disciplina prevista per la transizione dal vecchio al nuovo regime è complessa: alla data di scadenza indicata come generale e automatica (31.12.2006) si aggiungono altre scadenze relative a diverse situazioni (ad esempio le società quotate) fino ad arrivare alla previsione di scadenze caso per caso rapportate ai tempi di recupero di investimenti particolari o concordate con la Commissione Europea (c. 15-bis e 15-ter).

Per esplicita previsione legislativa la disciplina generale non si applica ai settori della distribuzione locale dell'energia elettrica e del gas. Successivamente il legislatore ha escluso anche il trasporto locale (art. 48, L. 308/2004). Riguardo a quest'ultimo settore come a quello della distribuzione del gas le leggi settoriali (rispettivamente D. Lgs. 422/1997 e succ. mod. e D. Lgs. 164/2000) prevedevano, alla scadenza del periodo transitorio, il passaggio generalizzato all'affidamento del servizio con gara. Diversamente per il settore idrico e quello dei rifiuti che, anche se disciplinati con leggi speciali (L. 36/1994 e D. Lgs. 22/1997), facevano esplicito riferimento alla applicazione della disciplina generale riguardo i moduli organizzativi. Il D. Lgs. in materia ambientale recentemente varato dal governo prevede per la gestione di tipo integrato del ciclo dei rifiuti la gara come unica modalità di affidamento³, mentre per il servizio idrico sembra indicare la gara come scelta privilegiata anche se aggiunge che la gestione "può essere altresì affidata" a società *in house* o a società miste dove il socio privato sia stato scelto con gara.

E' il caso di ricordare, a questo punto, che le scadenze del periodo transitorio originariamente previste, nei settori dei trasporti e della distribuzione del gas, sono state più volte modificate, anche in modo confuso come è accaduto per il gas con la formulazione contenuta nella legge Marzano di riordino del settore energetico (L. 239/2004), fino alle ultime previsioni contenute nella LF per il 2006 per il trasporto locale e nel c.d. decreto "milleproroghe" per la distribuzione del gas. L'effetto complessivo è che il momento di una iniziale apertura del mercato viene ancora una volta slittato avanti nel tempo in modo di fatto automatico. A riprova di questa evidente tendenza a vanificare qualsiasi prospettiva di confronto concorrenziale valgono le disposizioni della Legge finanziaria in materia di trasporto locale, che legittimano definitivamente gli affidamenti *in house* realizzati in tutta fretta da parte degli enti locali quando, nella versione dell'art. 113 approvata con la L. 350/2003, le norme settoriali erano integrate, per questo specifico aspetto, dalla disciplina generale.

L'intera vicenda, qui ricostruita per brevi cenni, mi pare mostri come la scelta di una apertura parziale dei mercati in alcuni settori chiave fatta nella seconda metà degli

³ Sul carattere di fatto scarsamente liberalizzatore di questa disposizione si veda il capitolo su "Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi idrici e ambientali" in questo stesso volume.

anni novanta, seguita dai tentativi senza esito di estenderla all'intera area dei servizi pubblici locali, sia stata successivamente rimeditata dal legislatore. Grazie alla sponda offerta dalla elaborazione comunitaria dell'*in house providing* ed al recupero della società mista, è riuscito a rispondere alle pressioni dei poteri locali che nel tempo hanno mostrato una pervicace capacità di resistere alla liberalizzazione. Così attraverso innumerevoli micro-disposizioni e la conseguente confusione normativa ha offerto agli enti locali l'opportunità di evitare o ritardare l'introduzione di meccanismi pro-concorrenziali nei settori dove tradizionalmente sono presenti le aziende da questi possedute o partecipate.

3. Regolazione comunitaria, regolazione pro-concorrenziale e libera scelta delle amministrazioni locali riguardo all'organizzazione e all'affidamento del servizio

Possiamo chiederci allora quali sono i punti chiave che possono vanificare le spinte a creare mercati concorrenziali nei servizi pubblici locali.

Innanzitutto, la forza espansiva del modello *in house* sembra radicarsi nella disciplina generale che prevede la possibilità di optare per uno qualsiasi dei modelli previsti dalla legge. Di conseguenza all'ente locale sembra affidata la scelta fondamentale se operare in base al tradizionale regime di riserva, cioè secondo un modello monopolistico, oppure in un mercato concorrenziale (non consideriamo per adesso le implicazioni del modello della società mista dove il socio privato sia stato scelto con gara).

Sulla compatibilità di questa disposizione con il diritto comunitario si è interrogato anche il giudice amministrativo (TAR Puglia, n.885/2004) che ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia Europea. Anche seguendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia in altri casi, e in primo luogo nella stessa sentenza Teckal (sent. 18.11.1999, causa C- 107/98), è evidente che l'affidamento *in house* va considerato come un'ipotesi residuale ed eccezionale che non deve essere utilizzata per escludere ogni affidamento di un servizio dall'applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza, di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.

In particolare ci si interroga sul ruolo dell'art. 86, 2 del Trattato CE⁴, per verificare se questo debba rappresentare un limite per così dire "a monte" rispetto alla

⁴ "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [...] sono sottoposte alle norme del presente Trattato e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità".

scelta dell'ente locale. Secondo una interpretazione consolidata, l'opzione per un modello pubblicistico è possibile soltanto in presenza di un "fallimento del mercato", cioè se ricorrono motivi di pubblico interesse di natura non economica che non consentono l'applicazione di criteri di concorrenzialità. E tale circostanza deve essere valutata e motivata caso per caso in base ad un criterio di proporzionalità tra l'ampiezza della deroga e l'obiettivo da perseguire.

Due sono le obiezioni che si possono fare a questo proposito. La prima riguarda la garanzia costituzionale del principio di autonomia degli enti locali che si estende anche alla funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali. La seconda è che a livello comunitario si riconosce, secondo lo stesso art. 86,1 del Trattato, suffragato poi da una interpretazione del principio di sussidiarietà, che spetta alle autorità nazionali e anche regionale e locali "definire, organizzare, finanziarie e monitorare i servizi di interesse generale", come si esprime il *Libro verde* del 2003 (punto 31). Affermazione che è ulteriormente rafforzata dal *Libro verde sui partenariati pubblico-privati*⁵ per cui la "scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici" compete "esclusivamente" alle autorità nazionali o locali. Infatti solo in caso di affidamento ad un soggetto terzo l'amministrazione è obbligata ad applicare il diritto comunitario degli appalti in quanto questo si colloca "a valle della scelta economica e organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale".

Questa seconda obiezione è certamente fondata anche con riferimento alla interpretazione della Corte di Giustizia che fin dalla sentenza *Teckal* aveva come obiettivo principale quello di definire correttamente il territorio di applicazione del diritto degli appalti a tutela del funzionamento del mercato interno e per dare certezza agli operatori. Basta ricordare che la Corte di Giustizia, di fronte ad una estensione anomala del modello *in house*, ha progressivamente irrigidito i criteri che legittimano la deroga alle norme sull'evidenza pubblica: da una posizione che si incentrava sul profilo quantitativo del capitale posseduto dall'ente locale senza eccepire sulla natura mista del capitale stesso, alle recenti sentenze dove la Corte rileva che un qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa persegue interessi ed obiettivi "di natura differente" rispetto a quelli di una autorità pubblica, cioè interessi privati di contro a obiettivi di interesse pubblico⁶. In questa ottica le recentissime conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed presentate il 12 gennaio 2006 in merito al ricorso del TAR Puglia, trattato in

⁵ *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni* (COM (2004) 327 def del 30.4.2004), punto 17.

⁶ V., da una parte, Corte Giust. CE, sent. 9 settembre 1999, causa C-108/98, R.I.S.A.N. c. Comune di Ischia; dall'altra, Corte Giust. CE, Sez. I, sent. 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle, Lochau c. TREA Leuna

precedenza, vanno nella direzione di confermare la compresenza di questi due ambiti pur con tutti i *caveat* posti dalla giurisprudenza. Viene quindi riconosciuta la legittimità della decisione dell'amministrazione locale di optare per la gestione *in house* in quanto conforme alla legislazione nazionale, a sua volta pienamente compatibile con la giurisprudenza della Corte.

Possiamo allora dire che è esclusivamente un problema della normativa interna avere dilatato e generalizzato una tipologia che era stata delineata "in negativo" per indicare ciò che esulava dall'applicazione del diritto degli appalti? E che forse da qui bisogna ripartire?

Il principio ormai riconosciuto in Costituzione della tutela (e promozione) della concorrenza rappresenta un limite e un parametro di valutazione per la legislazione sia di livello statale che regionale. Non a caso l'art. 113 TUEL si apre con l'affermazione che le disposizioni relative alle modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica "concernono la tutela della concorrenza", nel senso che questa costituisce "una norma-principio della materia" secondo la Corte Costituzionale nella sentenza 272/2004.

La tutela (e promozione) della concorrenza (nella sua accezione estensiva che include gli altri principi necessari al funzionamento di un mercato concorrenziale) è per così dire un obbligo generalizzato. Per gli enti locali è un valore non disponibile in quanto "interesse collettivo" di rilevanza costituzionale. Con questa espressione ci si riferisce sia alla fonte Costituzione interna che alle fonti comunitarie secondo il modello della integrazione tra ordinamento interno e ordinamento comunitario disegnato dal nuovo art. 117, 1 Cost. Alla luce di questo approccio può essere utile ripensare il ruolo dell'art. 86, 2 del Tr. CE nella consolidata interpretazione della Corte di Giustizia.

L'utilizzo di un regime privilegiato rispetto al mercato concorrenziale, inteso come regola, può essere giustificato soltanto dalla necessità di adempiere agli obblighi di servizio pubblico e deve perciò essere "proporzionato" a questi stessi. Conseguentemente il ricorso all'*in house providing* è da escludere quando per le caratteristiche economiche e tecnologiche di una attività o di un settore sono presenti soggetti economici in numero adeguato in grado di svolgere quella determinata attività e quando la competizione tra di loro (anche se "per" il mercato) può avere come effetto significativi vantaggi per gli utenti del servizio.

4. Le società a partecipazione mista pubblico-privata: da elemento di instabilità normativa a "barriera" per la liberalizzazione dei servizi pubblici locali

Il modulo della società mista riproposto nell'art. 113 consente l'affidamento diretto del servizio grazie alla scelta del socio privato tramite gara. L'introduzione di questo modello risale alla legge di riforma degli enti locali del 1990. La necessità di definire la relazione tra ente locale e società mista a maggioranza pubblica condusse all'adozione di uno strumento qualificato come affidamento diretto. La questione della incerta natura giuridica della società mista trovò una conveniente soluzione equiparandola alle altre formule per la gestione di stampo pubblicistico. L'interpretazione aveva un buon appiglio teorico in quelle posizioni, assai diffuse in dottrina, che affermano la neutralità del modello societario e la dissociazione dagli schemi civilistici. Di fatto si riaffermava a livello locale la situazione che si cercava allora di superare a livello nazionale.

Questo modello aveva fin da subito posto una questione di compatibilità comunitaria in quanto non consentiva la tutela degli attuali e dei potenziali concorrenti proprio riguardo le modalità di selezione del socio privato. La giurisprudenza amministrativa fu concorde nel ritenere necessario lo strumento della gara per l'acquisizione dello *status* di socio. Ma l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva espresso fin da subito forti perplessità su questa prospettiva, rilevando come un tale meccanismo non eliminava per il privato la possibilità di beneficiare di posizioni monopolistiche dell'ente locale⁷.

La generalizzazione della gara per l'affidamento del servizio introdotta dall'art. 35 (L. 448/2001), se applicata coerentemente, avrebbe avuto come effetto di bloccare la creazione di società miste. Dopo il fallimento dell'art. 35 la formula è fatta propria dal legislatore del 2003 che prevede la gara per la scelta del socio con procedure di evidenza pubblica che diano garanzie di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza. L'incompletezza della disposizione ha posto problemi di interpretazione in particolare riguardo alla diversificazione tra la gara per l'affidamento del servizio e quella per la scelta del socio. Se la gara per il socio è condizionata al rispetto delle regole concorrenziali, è evidente che i punti critici riguardano in particolare la necessaria previsione della procedura di rinnovo della scelta del socio privato connessa alla durata dell'affidamento, il vincolo, per la stessa durata, a non modificare l'oggetto sociale e, infine, l'annosa questione del vincolo territoriale che non consentirebbe alle società miste la partecipazione alle gare indette da altri enti locali. Sempre nella segnalazione appena citata, l'AGCM rilevava – e le osservazioni appaiono ancora attuali - come la gara per l'acquisizione dello *status* di socio appaia estremamente incerta data la struttura dinamica della società in rapporto al mercato. E'

⁷ AGCM, AS 085 del 24.2.1997, relativo a *Disposizioni in materia di ordinamento e autonomia degli enti locali*.

quindi possibile e credibile “ingessare” la società attraverso la predeterminazione della sua durata, il divieto di mutamento dell’oggetto sociale anche in caso di servizi accessori o strumentali e di espansione al di fuori dei confini territoriali?

In breve resta da chiederci che senso può avere riproporre l’ulteriore estensione di questo modello che, in considerazione dei vincoli da rispettare, presenta così ampi profili di specialità da essere stato assimilato ad un “organo indiretto” dell’amministrazione e quindi all’affidamento *in house* di derivazione comunitaria. Oppure, per altro verso, ipotizzare una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio privato. L’uniformazione delle due gare non sembra opportuna, in base alla stessa logica economica, in ragione dei diversi obiettivi delle gare: la finalità di irrobustire finanziariamente l’impresa mista nel caso della gara per la scelta del socio privato, mentre nell’altro caso l’obiettivo principale risulta l’incremento di efficienza. Ed è appunto con questa seconda tipologia che si possono apportare maggiori benefici agli utenti (Petretto, 2005).

Il confuso quadro di riferimento della società mista si è ulteriormente complicato a causa della particolare configurazione assegnata dal Libro verde del 2004 sul partenariato pubblico-privato alle forme di partenariato c.d. istituzionale. Se il Libro verde, per un verso, dà alcune indicazioni ad esempio riguardo la necessaria coincidenza tra durata della società mista e durata dell’affidamento per consentire una reale messa in concorrenza, per un altro pone dubbi sulla compatibilità tra la società mista configurata nell’art. 113 e quella descritta dall’ordinamento comunitario (Ursi, 2005). Nel caso del “partenariato istituzionale”, al socio privato spetta di fornire il servizio affidato alla società, mentre al socio pubblico è affidata una funzione di controllo attraverso la partecipazione azionaria e la sua azione all’interno degli organi decisionali dell’impresa (punti 53-54). Senza poter qui approfondire il confronto tra i due modelli, la non compatibilità della “tradizionale” società mista con il modello comunitario si manifesta principalmente riguardo la possibilità di affidamento diretto.

Nell’ottica comunitaria di neutralità nei confronti della natura pubblica, privata o mista della società l’applicazione delle procedure di evidenza pubblica si impone laddove l’erogazione del servizio sia affidata ad un soggetto giuridicamente distinto (punto 63). D’altra parte questa posizione è consolidata dalla Corte di Giustizia che, nelle decisioni più recenti, mette in luce come la presenza del privato persegua obiettivi necessariamente diversi dall’interesse pubblico. L’affidamento di un servizio ad una società mista, al di fuori di un confronto concorrenziale, costituisce una situazione di privilegio nei confronti di potenziali concorrenti contraria alla parità di trattamento come regola base di funzionamento del mercato comune, senza che siano state finora

accertati incrementi di qualità o riduzione di prezzi, come si esprime la Commissione in una sua recente Comunicazione sull'argomento⁸.

Il consolidamento di questa tendenza potrebbe segnare, come pare auspicabile, la crisi definitiva del modello della società mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, non solo gli enti locali ma anche i possibili partner privati avrebbero in futuro scarso interesse a costituire strutture alle quali non sia garantito l'affidamento del servizio.

5. Qualche considerazione finale

Quanto finora detto mette in evidenza come sia necessario fare il punto sul problema della concorrenza nei servizi pubblici locali evitando di ripercorrere la strada finora seguita, cioè quella di mettere in atto una incessante evoluzione della disciplina delle forme di gestione in nome di un adeguamento al quadro comunitario. Per questo profilo gli indirizzi comunitari hanno seguito, anche attraverso successive specificazioni, una logica costante e coerente con la originaria impostazione dell'art. 86 del Trattato per cui sono esplicitamente legittimati due modelli. Da una parte, quello costruito sul principio del confronto concorrenziale che prevede, in determinate condizioni di mercato, la esternalizzazione del servizio, la scelta del gestore tramite gara e l'adozione di un modulo contrattuale di relazioni tra ente locale e soggetto gestore; dall'altra, quello derogatorio rispetto ai principi del mercato, cioè un modello di stampo tipicamente pubblicistico come definito dall'*in house providing* che, secondo un meccanismo gerarchico di relazioni, obbliga l'ente locale al controllo totale sulla gestione del servizio come unica via di perseguimento dell'interesse pubblico. Come è evidente, il diritto comunitario offre la possibilità di rispondere alle diverse esigenze emergenti nell'area dei servizi pubblici locali. Il vincolo ineludibile che esso pone è che, una volta presa la decisione di seguire un modello o l'altro, questo debba essere perseguito coerentemente.

Spetterà quindi alla legislazione nazionale procedere ad una semplificazione dei modelli e adottare le regole necessarie a rendere il sistema più efficiente e adeguato a fornire una più elevata qualità del servizio, rafforzando là dove sia ritenuto necessario, come nel caso dei servizi a rilevanza economica, gli strumenti finalizzati a creare e tutelare mercati concorrenziali. In questa prospettiva non pare ulteriormente rinviabile un chiarimento sul ruolo e sul futuro delle società miste attualmente esistenti nel senso

⁸ COM (2005) 569 fin. del 15.11.2005: *Communication on the Public-Private Partnership and Community Law on Public Procurement and Concessions*.

di sottrarle, in un lasso di tempo il più breve possibile, all'area del diritto speciale. Nel caso in cui la "riconsegna" alla disciplina privatistica della gestione del servizio contrastasse con le esigenze connesse al perseguimento di un interesse pubblico sarebbe applicabile, ma senza ambiguità e reticenze, il modello di *in house providing* non identificabile con la società mista in nessuna delle sue tradizionali variazioni.