

I servizi pubblici locali e la concorrenza

Diego Agus

Legge 20 novembre 2009, n. 166, recante Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee

Omissis

Il 19 novembre 2009 la Camera dei deputati ha approvato (con voto di fiducia) la conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 25 settembre 2009, n. 135. Il decreto contiene una serie eterogenea di disposizioni volte ad appianare alcune situazioni di contrasto con i principi comunitari. Fra queste, l'art. 15 del citato d.l. che ha apportato modifiche significative all'art. 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133. A poco più di un anno di distanza, le ambiguità e le lacune che caratterizzavano la disciplina dei servizi pubblici locali hanno richiesto un nuovo intervento, volto a risolvere alcune criticità mostrate nelle prime applicazioni e a chiarire l'utilizzo di alcuni modelli dall'incerta collocazione. Le modifiche che assumono maggior rilievo, sotto il profilo concorrenziale, riguardano l'ambito di applicazione della disciplina generale e il rapporto fra questa e le discipline settoriali, gli affidamenti diretti alle società miste pubblico-private, la procedura prevista per il rilascio del parere da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il regime transitorio.

Premessa

Una mal celata diffidenza verso le logiche di mercato sembra pervadere gli interventi normativi che hanno avuto la finalità di liberalizzare il settore dei servizi pubblici locali. Tali interventi, infatti, pur ispirati a principi procompetitivi, non sono stati sostenuti dalla dovuta convinzione e sono stati oggetto di forti opposizioni. Sono stati caratterizzati, inoltre, da incompletezza e hanno spesso lasciato una o più vie di fuga per ritornare al passato¹. Non è casuale, quindi, che a poco più di un anno di distanza, le ambiguità e le lacune che caratterizzavano la disciplina contenuta nell'art.

¹ Per la ricostruzione dell'evoluzione della disciplina si v. M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, 2583 ss.; F. Bovini, *Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in S. Mangiameli, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 3 ss.; P. Rubino, *L'evoluzione dell'esperienza economica dei servizi pubblici locali*, *ivi*, 21 ss.; L. Ammannati, F. Di Porto, *Il caso italiano, ovvero dell'infinito conflitto tra monopolio e liberalizzazione*, in L. Ammannati, F. Di Porto (a cura di), *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali. Modelli europei a confronto*, Milano, 57 ss. Con specifico riferimento agli affidamenti *in house*, si v. R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 315 ss.

23 bis d.l. n. 112/2008 abbiano richiesto un nuovo intervento, volto a risolvere alcune criticità mostrate nelle prime applicazioni e a chiarire l'utilizzo di alcuni modelli dall'incerta collocazione, come la società mista pubblico-privata². È stato posto in essere, in tal modo, un ulteriore tentativo di promuovere l'affermazione dei principi concorrenziali in un settore in cui il processo di liberalizzazione deve confrontarsi con il timore che il passaggio in mano privata limiti il perseguimento di esigenze primarie della collettività.

La legge 166/2009 non sembra configurare un assetto definitivo, ma segna un punto positivo nel lento e laborioso processo di affermazione dei principi concorrenziali in questo delicato settore. Le modifiche che assumono maggior rilievo, sotto tale profilo, riguardano l'ambito di applicazione della disciplina generale e il rapporto fra questa e le discipline settoriali, gli affidamenti diretti alle società miste pubblico-private, la procedura prevista per il rilascio del parere da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il regime transitorio. Gli aspetti menzionati meritano uno specifico approfondimento volto a chiarire la portata delle modifiche e il quadro complessivo che da esse scaturisce con riferimento alla creazione di un sistema concorrenziale della gestione dei servizi pubblici locali.

L'ambito di applicazione dell'art. 23 bis

La difficoltà di intervenire in termini generali con riferimento ai servizi pubblici locali si palesava già nella disciplina delineata nell'art. 113 decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e nel testo originario dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008. Oggi appare ancora più evidente a seguito dell'estensione del regime derogatorio operata dal decreto legge recentemente convertito in legge. Il testo del decreto approvato in Parlamento prevedeva due ambiti di esclusione ulteriori rispetto alla distribuzione di gas naturale previsto dalla disciplina originaria³: la distribuzione di energia elettrica e il trasporto ferroviario regionale. In sede di conversione è stata esclusa anche la gestione delle farmacie comunali.

² Con riferimento all'originaria disciplina delineata dall'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, si v., in particolare, L. Arnaudo, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio*, in *MCR*, 2009, 355 ss.; R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 1109 ss.; M. Dugato, *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008 - i servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, in *questa Rivista*, 2009, 1219 ss.

³ In vero, la prima versione dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008 non prevedeva alcun regime di esclusione. Il settore del gas naturale è stato escluso, infatti, dall'art. 30 della l. 23 luglio 2009, n. 99.

Con riferimento alla distribuzione del gas naturale, il regime di esclusione non ha particolari controindicazioni di tipo concorrenziale, posto che la disciplina di settore è informata ai principi di concorrenza più di quanto lo sia la disciplina generale⁴. Per quanto concerne l'attività di distribuzione, terminato il regime transitorio previsto dal decreto delegato, comuni, unioni di comuni e comunità montane sono ora tenuti a bandire le gare per il relativo affidamento, la cui durata non può eccedere i 12 anni⁵. L'utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica con riferimento allo svolgimento di questo specifico servizio non viene posta in discussione dalla disciplina di settore. Non sarà agevole, tuttavia, modificare il consolidato quadro generale relativo alle modalità di affidamento, che nel 2007 era ancora caratterizzato, sul piano nazionale, da circa 4.700 affidamenti in forma diretta a fronte di 1.500 affidamenti a mezzo gara⁶. Un quadro, questo, che certamente non promuove l'incremento di efficienza e competitività che le imprese operanti in un mercato ancora relativamente frammentato potrebbero conseguire attraverso la ricerca di economie di scala⁷. Le responsabilità di uno scarso dinamismo concorrenziale sono in gran parte attribuibili alle caratteristiche tipiche

⁴ Il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, in attuazione della direttiva comunitaria n. 98/30/CE relativa al mercato interno del gas naturale, ha delineato una disciplina volta a frammentare l'integrazione verticale tipica del settore, separando i mercati caratterizzati da monopolio naturale (come la trasmissione nazionale e la distribuzione locale) da quelli potenzialmente concorrenziali (come la produzione, l'importazione, la vendita all'ingrosso e al dettaglio).

⁵ L'attività di distribuzione di gas naturale è qualificata come servizio pubblico dall'art. 14 d.lgs. 164/2000. Sono gli stessi enti locali, peraltro, a dover svolgere attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulle attività affidate mediante procedure competitive. Gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare sono delineati ai sensi dell'art. 46 bis d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, conv. in l. 29 novembre 2007, n. 222. Per un'analisi delle riforme che hanno interessato il settore e di alcune gare svolte nel periodo ricompreso fra il 2003 e il 2005, si v. A. Cavaliere, *I servizi pubblici locali: riforme, regolamentazione, concorrenza*, in F. Pamolli, C. Cambini, A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, Bologna, 2007, 239-240 e 259-260. Sul rapporto fra la tutela della concorrenza e la posizione delle imprese affidatarie del servizio di distribuzione del gas naturale, si v. M.A. Quaglia, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale tra la tutela della concorrenza e quella dell'affidamento*, in *Riv.trim.app.*, n. 2/2007, 353 ss. Sui profili concorrenziali della regolazione del settore, si v., in particolare, C. Cazzola, *La volpe e il coniglio: monopolio e concorrenza nel mercato del gas naturale in Italia*, in *MCR*, 2000, 329 ss.; M. Polo, C. Scarpa, *Gas: quanta concorrenza passerà attraverso i tubi?*, *ivi*, 363 ss.; R. Villata, *Un esempio di liberalizzazione di pubblici servizi: la riforma del settore della distribuzione del gas naturale*, in *Id.*, *Pubblici servizi, cit.*, 363 ss. e, in particolare, 374-386; L. Ammannati, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gas*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 311 ss.

⁶ I dati sono stati elaborati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas su dichiarazioni degli operatori. La tabella riferita all'anno 2007, con dati distinti per ambito regionale, è consultabile sulla pagina *internet* http://www.autorita.energia.it/it/dati/dati_statistiche.htm.

⁷ Riguardo ai margini di incremento dei livelli di efficienza e di competitività a disposizione delle imprese operanti nel mercato della distribuzione del gas naturale, si v. Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale* (IC22), 9 febbraio 2005, 220-222.

dell'attività economica in parola, condizionata da una vita fisica degli impianti generalmente superiore alla durata massima degli affidamenti. Circostanza che comporta la necessità di gestire il valore e gli ammortamenti residui riferiti agli impianti.

Riguardo al trasporto ferroviario regionale, la disciplina delineata dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 prevede che i servizi da assicurare, con qualsiasi modalità, in ambiti regionali e locali debbano essere affidati dalle regioni e dagli enti locali in conformità ai principi di cui all'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481. L'art. 18 del citato decreto prevede, in particolare, che per tali affidamenti si debba ricorrere a procedure concorsuali, in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi e sulla costituzione delle società miste. Anche in questo caso, quindi, l'estensione dell'ambito di inapplicabilità dell'art. 23 bis non sembra avere effetti peggiorativi sotto il profilo concorrenziale. Non può essere trascurata, tuttavia, l'estensione della durata prevista per gli affidamenti in essere, passata dagli originari nove ai sei anni rinnovabili di altri sei⁸.

Per quanto concerne la gestione delle farmacie comunali, l'introduzione del regime di esenzione appare ingiustificabile sotto il profilo concorrenziale. Tale servizio, infatti, presenta caratteristiche tali che difficilmente possono renderlo poco appetibile a investitori e imprenditori privati. Ciò anche nel caso in cui le amministrazioni locali siano intenzionate ad assegnare particolari obblighi sociali o sanitari. Lo confermano i pareri rilasciati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, chiamata a pronunciarsi in merito alle ipotesi prospettate da alcune amministrazioni comunali intenzionate ad affidare *in house* la gestione del servizio di vendita di medicinali⁹. Ad avviso dell'Antitrust, la gestione di tale servizio ben può essere sottoposta agli indirizzi del comune anche senza l'utilizzo dell'*in house*, attraverso le specifiche disposizioni contenute nei bandi di gara e quelle contenute nel contratto di servizio. Non deve trascurarsi, peraltro, la possibilità di prevedere specifiche sovvenzioni nel caso in cui gli obblighi per l'affidatario risultino tali da comprometterne la redditività aziendale.

⁸ L'estensione è frutto della modifica del citato art. 18 l. n. 422/1997, operata, dall'art. 7 legge 9 aprile 2009, attraverso un comma aggiunto in sede di conversione del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5.

⁹ Cfr. i pareri relativi alla gestione di farmacie comunali AS626 del 10 settembre 2009, in Boll. n. 41/2009; AS563 del 15 luglio 2009, in Boll. n. 31/2009; AS532, AS533, AS534 del 29 aprile 2009, in Boll. n. 20/2009; AS536 del 29 aprile 2009, in Boll. n. 22/2009.

Con riferimento alla distribuzione dell'energia elettrica, invece, la scelta di escludere l'applicazione della disciplina di cui all'articolo 23 bis d.l. n. 112/2008 si palesa in netto contrasto con l'evoluzione e i caratteri tipici di un'attività economica che difficilmente può considerarsi un servizio pubblico avente dimensione locale. Come confermato dalla Corte costituzionale, la legge 23 agosto 2004, n. 239 disciplina la distribuzione dell'energia elettrica riferendosi all'intero ambito nazionale, posto che le relative concessioni sono rilasciate a livello centrale dal Ministero delle attività produttive¹⁰. Quanto ora ricordato vale, di per sé, ad escludere la pertinenza del regime derogatorio contenuto nelle disposizioni in oggetto riguardanti i servizi locali. Va, tuttavia, sottolineato che la normativa richiamata ha come obiettivo la creazione di un mercato unico finalizzato ad assicurare l'economicità dell'offerta energetica ai clienti finali, garantendo, nel contempo, la non discriminazione degli operatori nel territorio nazionale e la tutela della concorrenza¹¹.

L'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 non risulta solamente ridotto dall'estensione del regime derogatorio in esso contenuto, ma può essere ulteriormente ridimensionato dall'interpretazione che viene utilizzata della nozione stessa di servizio pubblico locale. L'incertezza definitoria che caratterizza tale nozione non rappresenta certamente una novità, tanto da non potersi addivenire che a soluzioni convenzionali, orientate dagli interessi rilevanti coinvolti dalla singola fattispecie¹². A tale incertezza deve aggiungersi, poi, quella riguardante la distinzione

¹⁰ Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni in materia di energia contenute nella legge della Regione Toscana 24 febbraio 2005, n. 39, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 248 del 2006, ha ribadito, in linea con quanto affermato nella sentenza n. 383 del 2005, che la concessione di distribuzione dell'energia elettrica ha carattere nazionale. Nel caso di specie è stata affermata, quindi, la preclusione alla normativa regionale di incidere sul regime delle concessioni statali di distribuzione già rilasciate, in contrasto con il principio accolto dalla legislazione dello Stato circa la salvezza dei titoli concessori in essere. Ciò ferma restando l'eventuale procedura di revisione delle convenzioni, facente capo al Ministro delle attività produttive e prevista dalla legislazione statale.

¹¹ Con specifico riferimento al processo di liberalizzazione del settore e ai profili concorrenziali rilevanti della relativa disciplina, si v. P. Ranci, *Concorrenza e liberalizzazione: il caso dei servizi energetici a rete*, in L. Torchia e F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze-Antella, 2005, 54 ss.; M. Carta, *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Dir. Ue*, 2003, 771 ss.; F. Di Porto, *Regolazione di "prima" e "seconda" generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, in *MCR*, 2003, 201 ss.

¹² Al punto che S. Cassese ha argomentato l'irrelevanza giuridica della nozione come concetto unitario. S. Cassese, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Formez, Centro di Formazione e Studi per il Mezzogiorno, 1969, 7 ss. Fra l'ampia letteratura riferita alla nozione di servizio pubblico locale, si v., in particolare, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 15, 2004, 74 ss.; Id., *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit. 2581 ss.; A. Massera, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici: verso una nuova stagione?*, in G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e*

fra i servizi aventi rilevanza economica e quelli che ne sono privi¹³. In tale contesto, il decreto in oggetto poteva essere utilizzato per introdurre almeno qualche coordinata di riferimento, senza privare della giusta mobilità i confini di una categoria mutevole e dinamica come quella dei servizi pubblici locali, che non si presta ad essere cristallizzata in una nozione durevole nel tempo.

Un'interpretazione in senso estensivo della nozione di servizio pubblico locale consentirebbe di applicare le disposizioni procompetitive a un numero più ampio di servizi di rilievo economico, per i quali, altrimenti, gli enti locali avrebbero la possibilità di decidere con maggior libertà di utilizzare forme di gestione meno concorrenziali, escludendosi con riferimento ad esse l'applicazione della disciplina di cui all'art. 23 bis d.l. n. 112/2008. Non possono essere sottovalutate, tuttavia, le criticità derivanti dall'eccessiva rigidità nella delimitazione dei confini dei servizi pubblici locali, che possono culminare nell'esclusione di attività necessarie per la soddisfazione di bisogni rilevanti della popolazione locale. Non è un caso che né il legislatore, né i giudici abbiano fornito una definizione della nozione di servizio pubblico locale. Non mancano tentativi di delineare le caratteristiche fondamentali di tali servizi¹⁴, ma gli interventi puntuali volti a ricondurre o meno singole attività a tali categorie sembrano ancora rappresentare la regola generale¹⁵.

Non sembra errato ritenere che gli stessi enti locali siano dotati della migliore prospettiva al fine di individuare le reali esigenze della popolazione locale e di organizzare, conseguentemente, le attività necessarie per il relativo soddisfacimento¹⁶.

diversità culturali, Padova, 2005, 169-173; G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5527 ss.; F. Salvia, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2001, Milano, 87 ss.

¹³ Sulla distinzione fra le due tipologie di servizi si v., in particolare, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2589-2590; G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, cit., 5529; U. Pototsching, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1992, 269 ss.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, con commento di G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *questa Rivista*, n. 5/2007, 498 ss.

¹⁵ Si v., fra le molte pronunce, Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7636 relativa alla natura di servizio pubblico del trasporto scolastico; Tar Lombardia, 25 agosto, 2003, n. 1189 nella quale viene esclusa la natura di servizio pubblico locale della gestione del calore negli edifici comunali; in senso contrario, si v. Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369 relativa alla natura di servizio pubblico della manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione e del verde pubblico.

¹⁶ Tale posizione appare in linea con quanto affermato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza 13 dicembre 2006, n. 7369, nella quale viene affermato, con specifico riferimento alla qualificazione di un'attività come servizio pubblico, che rientra nelle facoltà degli enti locali la decisione in merito a quali attività di produzione di beni e attività si devono assumere come doverose, purché queste siano rivolte alla realizzazione di finalità sociali e alla promozione dello sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento.

Dovrebbe comunque evitarsi che l'assenza di coordinate utili alla delimitazione dei confini dei servizi pubblici locali finisca con il far ricadere l'onere definitorio su soggetti non precipuamente deputati a tale attività, come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Quest'ultima, infatti, si trova a dover sopperire all'incertezza che spesso le stesse amministrazioni locali le trasferiscono, sottoponendole richieste di parere a prescindere da ogni valutazione in merito alla riconducibilità del servizio che intendono affidare alla variegata categoria dei servizi pubblici locali¹⁷. L'Antitrust viene così chiamata ad uno sforzo definitorio che esula dalla valutazione in ordine alla compatibilità con i principi concorrenziali della scelta di affidare *in house* lo svolgimento di un servizio pubblico locale avente rilievo economico, ma che risulta necessaria per individuare la propria competenza ai fini del rilascio del prescritto parere.

Un'ultima notazione riferita ai rapporti fra la disciplina generale e quelle settoriali, che costituiscono un parametro essenziale per l'individuazione della reale portata procompetitiva delle disposizioni in commento. Già nella sua prima versione, l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 aveva delineato una disciplina generale prevalente rispetto a quelle di settore con essa incompatibili. Tale impostazione si differenzia da quella dell'art. 113 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in cui le discipline di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono delineare regole finalizzate ad assicurare concorrenzialità nella gestione dei servizi. Il decreto recentemente convertito avrebbe potuto essere utilizzato per introdurre, accanto al primato della disciplina generale su quelle di settore, una sorta di "clausola d'incentivazione concorrenziale", che avrebbe consentito di adottare discipline di settore esclusivamente con finalità procompetitive. La praticabilità di tale soluzione sembra essere implicitamente dimostrata da quei regimi derogatori, sopra richiamati, in cui il livello di concorrenzialità della disciplina di settore appare superiore rispetto a quello delineato da quella generale in commento.

Gli affidamenti a società miste pubblico-private

Nonostante le posizioni contrastanti espresse in giurisprudenza e in dottrina nel recente passato, sembra ormai chiaro che gli affidamenti alle società miste pubblico-

¹⁷ Delle richieste di parere inoltrate all'Antitrust, i cui esiti risultano pubblicati alla fine del gennaio 2010, il 34% circa ha ad oggetto servizi ritenuti non riconducibili alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'articolo 23 bis d.l. n. 112/2008.

private non costituiscono un'ipotesi di affidamento *in house*¹⁸. Meno chiare sembrano essere, invece, le caratteristiche che la società mista deve possedere per risultare in linea con le corrette dinamiche concorrenziali del mercato¹⁹. Nell'interpretare la precedente versione dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto che, nel silenzio riscontrato per le ipotesi di affidamenti a favore di società a capitale misto, queste ultime rientrassero fra le procedure competitive ad evidenza pubblica di cui al comma 2 della citata norma se rispettose di determinate condizioni. L'Antitrust ha ritenuto tale peculiare forma di ricorso al mercato conforme alle norme a tutela della concorrenza in ragione dell'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica finalizzata non solamente alla scelta del socio privato, ma anche all'affidamento dell'attività da svolgere. La procedura competitiva, inoltre, deve limitare sul piano temporale il rapporto di parternariato, con previsione, allo scadere, di una nuova gara²⁰. L'Autorità, quindi, seguendo le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato, ha fatto proprio l'orientamento della Commissione europea, in base al quale possono superarsi le criticità connesse all'utilizzo di una duplice procedura (la prima per la selezione del *partner* privato e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione) attraverso la selezione del *partner* privato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare, sia il contributo operativo del *partner* privato al lavoro²¹.

¹⁸ A tal riguardo, si rinvia alla distinzione fra le due fattispecie operata dal Consiglio di Stato, sez. II, nel noto parere n. 456 del 18 aprile 2007. Basandosi sull'interpretazione delle decisioni della Corte di giustizia europea in cui è stato progressivamente definito il concetto di controllo analogo (in particolare la sentenza 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*), i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto di poter ormai escludere definitivamente la (discussa) riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*.

¹⁹ La stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1 del 3 marzo 2008, ha precisato che la ricostruzione operata nel citato parere n. 456/2007, posizione intermedia rispetto a quelle contrastanti di dottrina e giurisprudenza, rappresenta «una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse» e che «in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo». Non a caso, le disposizioni concernenti le società miste sono considerate un profilo critico della disciplina relativa ai servizi pubblici locali proprio sulla base delle difficoltà che si riscontrano nel tentativo di delineare un modello idoneo a superare la prova concorrenziale. Si v., in proposito, A. Vigneri, *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del d.l. n. 135/2009. Osservazioni* e Id., *I servizi pubblici locali e l'art. 15 del decreto salva-infrazioni: gli effetti del passaggio parlamentare*, entrambi consultabili sul sito *internet* www.astrid-online.it.

²⁰ AGCM, segnalazione AS604 del 23 dicembre 2008, in Boll. n. 36/2009.

²¹ Commissione europea, *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai parternariati pubblico-privati istituzionalizzati*, 2008/C 91/02, in G.U.C.E. del 12 aprile 2008.

Le caratteristiche richiamate, certamente compatibili con i principi posti a difesa della concorrenza, sono risultate incomplete, tuttavia, in ordine alla qualificazione del contributo operativo da affidare al *partner* privato. Quanto affermato dalla Corte di giustizia, dal Consiglio di Stato e dall'Antitrust in tema di partenariato pubblico-privato necessitava, quindi, di ulteriori precisazioni e, soprattutto, di una collocazione formale nell'ambito della disciplina relativa ai servizi pubblici locali. In risposta a tale esigenza, la versione attuale dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 colloca espressamente il conferimento della gestione di servizi pubblici locali a società miste pubbliche e private fra le procedure ordinarie di affidamento. Questa tipologia di affidamento figura come ipotesi autonoma e distinta rispetto al tradizionale affidamento a imprenditori e società individuate a mezzo di procedure competitive.

Due sono le condizioni previste dal nuovo comma 2 dell'art. 23 bis ai fini dell'inquadramento di tali affidamenti nell'alveo delle modalità ordinarie. La prima è che le procedure competitive per la scelta del socio abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi. La seconda condizione è che al socio non venga attribuita una partecipazione inferiore al 40%.

Per quanto concerne la prima delle due condizioni, non può non evidenziarsi l'ambiguità della formulazione utilizzata. Non sembra agevole individuare, infatti, il reale significato e la portata del riferimento ai compiti del socio privato nell'oggetto della gara da espletare. La norma sottoposta alle Camere per la conversione si riferiva più genericamente all'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. La norma approvata in sede di conversione prevede, invece, l'affidamento di specifici compiti operativi, lasciando intendere che al socio privato possano essere affidati anche solo uno o più compiti operativi. La modifica introdotta può favorire una più ampia partecipazione dei privati alle società miste, con il conseguente apporto di *know-how* necessario per la gestione tecnica di specifiche attività. Allo stesso tempo, però, la modifica potrebbe incentivare l'utilizzo del partenariato per affidare al socio privato la gestione di attività marginali, senza che quest'ultimo fornisca alla società un reale apporto operativo o tecnico, cristallizzando una posizione "parassitaria" sulla base di una partecipazione societaria pari o superiore al 40%²². Occorrerà verificare nella

²² Potrebbe crearsi, quindi, un soggetto nuovo, rappresentato da una società *in house* con socio privato scelto con gara. Si v., in merito, le osservazioni di A. Vigneri, *I servizi pubblici locali e l'art. 15 del decreto salva-infrazioni*, cit. 3.

prassi se i bandi predisposti saranno idonei a sfruttare le potenzialità di tale modello o ne favoriranno un utilizzo distorto e inefficiente²³.

L'introduzione della soglia minima del 40% con riferimento alla partecipazione del socio privato alla società mista tende ad escludere partecipazioni di privati non intenzionati a fornire un reale apporto di competenze e *know-how*, limitando, in tal modo, il più significativo beneficio derivante dal partenariato. È quanto meno dubbio, infatti, che una partecipazione estremamente limitata possa attribuire al privato un ruolo di necessaria compartecipazione nella gestione della società mista, posto che tale ruolo tende ad assumere maggior rilievo in funzione dell'incremento della quota detenuta²⁴. In tale ottica, la previsione di una soglia minima pari o superiore al 50% avrebbe ulteriormente incentivato la partecipazione dei privati alle procedure competitive, favorendo, nel contempo, l'utilizzo di una modalità ordinaria di affidamento e l'apporto esterno di competenze e *know-how*. In questo modo, peraltro, oltre ai vantaggi che, in termini di razionalizzazione gestionale, derivano dalla privatizzazione formale, si sarebbero potuti perseguire anche i benefici, in termini di efficienza e competitività, che derivano dalla privatizzazione sostanziale, realizzata attraverso il trasferimento del controllo delle società in mano privata²⁵.

Il parere dell'Antitrust

La disciplina antecedente alle modifiche in esame subordinava gli affidamenti in deroga alle modalità ordinarie alla richiesta, da parte degli enti locali interessati, del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriali, ove costituite.

²³ Al fine di promuovere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, la bozza di regolamento predisposta dal governo ai sensi del comma 10 dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 prevede alcuni contenuti che devono essere presenti nei bandi di gara e nelle lettere d'invito volti a individuare socio e relativi compiti. In particolare, i bandi devono assicurare che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgono su quelli che fanno riferimento al prezzo delle quote societarie; b) il socio selezionato deve svolgere i compiti operativi per l'intera durata del servizio e, ove ciò non si verifichi, si deve procedere a un nuovo affidamento; c) devono essere previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione. Lo schema di d.P.R., approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 dicembre 2009, è consultabile sul sito internet www.astrid-online.it.

²⁴ Sebbene non sia escludibile a priori in caso di partecipazione minoritaria. Si v. quanto affermato dall'Autorità garante della concorrenza nell'ambito di una segnalazione concernente le modalità di svolgimento di servizi pubblici locali attraverso società miste e aziende speciali. AGCM, Segnalazione AS085 del 20 febbraio 1997, in Boll. n. 7/1997.

²⁵ Per la distinzione fra le due tipologie di privatizzazione, si v., in particolare, F. Bonelli, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996, 3-9.

La disciplina attuale precisa che il parere deve intendersi preventivo, deve essere richiesto esclusivamente all'Antitrust e che, decorso il termine dei sessanta giorni previsto, deve intendersi espresso in senso favorevole. A fronte di tali precisazioni, corrette anche se per certi versi ridondanti, non sono stati forniti altri chiarimenti forse più necessari.

In primo luogo, dato il contenuto delle precisazioni operate, poteva precisarsi anche che il termine indicato inizia a decorrere nuovamente una volta ricevute le informazioni necessarie a seguito della richiesta di integrazione inoltrata dall'Antitrust agli enti locali. Inoltre, l'occasione poteva essere utile per chiarire anche i criteri in base ai quali possa ritenersi adeguata la pubblicità data dagli enti locali alla scelta di affidare *in house* la gestione dei servizi. Potevano, infine, introdursi ulteriori strumenti per incentivare l'utilizzo della gara, come, ad esempio, la previsione di un contributo al quale subordinare il rilascio del parere²⁶.

Le modifiche recentemente apportate hanno eliminato il parere delle autorità di regolazione del settore, che, per i profili di competenza, affiancava quello dell'Antitrust. L'esclusione operata ha eliminato *in nuce* la problematica relativa all'individuazione delle autorità di settore chiamate a rilasciare il parere. Inoltre, ha senz'altro evitato difformità derivanti dall'incompletezza del quadro complessivo della regolazione di settore. Infine, non può negarsi l'esclusione di potenziali situazioni di contrasto fra gli interessi alla base dell'attività regolatoria e quelli concorrenziali, di cui è portatrice l'Antitrust.

Al di là dell'inevitabile effetto semplificatorio, sembra che si sia preferito aggirare le criticità della vecchia impostazione, piuttosto che utilizzarle per intraprendere una strada più virtuosa, anche se forse ambiziosa per un intervento d'urgenza. L'efficacia complessiva del meccanismo procompetitivo, infatti, avrebbe potuto essere incrementata attraverso una migliore definizione del ruolo e delle modalità d'intervento delle autorità di regolazione settoriali.

Il decreto approvato in Parlamento per la conversione prevedeva la specifica competenza dell'Antitrust a delineare, con propria delibera, le soglie oltre cui gli affidamenti assumono rilievo ai fini del rilascio del prescritto parere. In sede di

²⁶ Riguardo agli strumenti potenzialmente idonei a incentivare l'utilizzo della gara per gli affidamenti, si v. le proposte di G. Napolitano, *Regole per liberalizzare i servizi pubblici*, in F. Pamolli, C. Cambini, A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, cit., 33.

conversione, una modifica apportata dal Senato ha demandato la definizione delle soglie d'intervento a regolamenti governativi da emanare ai sensi dell'art. 17, co. 2, legge 23 agosto 1988, n. 400²⁷. La modifica apportata dal Senato non appare condivisibile. Sarebbe stato preferibile, infatti, lasciare tale incombenza al soggetto dotato delle competenze tecniche necessarie per individuare il rilievo concorrenziale dell'affidamento di un dato servizio e, conseguentemente, le condizioni su cui deve fondarsi il proprio intervento. Peraltro, tali condizioni, oltre a differenziarsi in relazione alle caratteristiche dei diversi servizi interessati, sono mutevoli nel tempo e possono richiedere aggiornamenti delle soglie d'intervento che avrebbero potuto essere effettuati con adeguata competenza e in tempi più rapidi dalla stessa Autorità *antitrust*.

Un'ulteriore ipotesi in cui sarebbe stato opportuno limitare l'intervento regolamentare è rappresentata dal secondo comma dell'art. 4 dello schema di decreto elaborato dal governo. Quest'ultimo prevede che nella richiesta di parere l'ente affidante possa rappresentare specifiche condizioni di efficienza che, con particolare riguardo al settore idrico, rendono la gestione *in house* non distorsiva della concorrenza, ossia non comparativamente svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi. A tali conclusioni si dovrebbe pervenire attraverso il riscontro di alcuni indici rivelatori: la chiusura in utile dei bilanci, il reinvestimento nel servizio di almeno l'80% degli utili, l'applicazione di una tariffa media inferiore alla media del settore e il raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore. Di tali indici l'Autorità dovrebbe tenere espressamente conto nel rendere il proprio parere.

La disposizione sembra suggerire che nella gestione *in house* del servizio idrico sono rinvenibili più facilmente che altrove condizioni di efficienza tali da giustificare un affidamento in deroga alle modalità ordinarie. L'efficienza prospettata, tuttavia, sembra fondarsi su elementi che, in realtà, farebbero propendere maggiormente per l'utilizzo delle modalità ordinarie di affidamento. Il riferimento è, in particolare, alla chiusura in utile del bilancio e al raggiungimento di costi operativi medi con un'incidenza sulla tariffa inferiore alla media di settore. Oltre al fondamento di tale posizione, non sembrano ben chiare le motivazioni per aver introdotto attraverso una fonte di rango

²⁷ La bozza di regolamento licenziata dal governo prevede una soglia di valore economico dei servizi oggetto di affidamento superiore a 200.000 euro. A prescindere dal valore economico dell'affidamento, il parere deve essere richiesto qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità.

secondario ulteriori criteri di giustificazione per l'utilizzo dell'*in house* da affiancare a quelli contenuti nel comma 3 dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008. Piuttosto che “calare dall'alto” criteri generali di valutazione, sarebbe preferibile lasciare all'Autorità *antitrust*, dotata delle necessarie competenze tecniche, il compito di delineare, sulla base dei principi *antitrust* nazionali e comunitari, gli orientamenti per un utilizzo dell'*in house* compatibile con il corretto ed efficiente svolgimento delle dinamiche concorrenziali dei mercati interessati²⁸.

Il regime transitorio

Il regime transitorio, affidato in precedenza ai regolamenti governativi mai emanati, è ora disciplinato direttamente dalla fonte di rango primario.

In base alla nuova disciplina, le gestioni *in house* conformi ai principi comunitari in essere al 22 agosto 2008 cessano automaticamente e improrogabilmente il 31 dicembre 2011. Tuttavia, se entro la medesima data le amministrazioni cedono almeno il 40% del capitale sociale attraverso le modalità indicate con riferimento agli affidamenti alle società miste pubblico-private, le gestioni terminano alla scadenza prevista dal contratto di servizio. In questo modo, si è attutito l'impatto della cessazione automatica e incondizionata con l'incentivazione di una modalità alternativa di affidamento ordinario.

Gli affidamenti a società miste in cui il socio sia stato individuato mediante procedure competitive, le quali non abbiano avuto ad oggetto, oltre che la qualità di socio, anche l'attribuzione di compiti operativi, cessano automaticamente e improrogabilmente il 31 dicembre 2011.

Gli affidamenti a società miste in cui siano state rispettate le condizioni sopra descritte cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio.

Tutte le altre gestioni affidate con modalità diverse da quelle sopra richiamate cessano comunque entro e non oltre il 31 dicembre 2010.

Un regime transitorio peculiare è individuato con riferimento agli affidamenti diretti nei confronti delle società pubbliche quotate in borsa. Gli affidamenti assentiti

²⁸ Orientamenti che, secondo alcuni, non dovrebbero essere veicolati attraverso il prescritto parere, ritenuto insufficiente al fine di garantire reali effetti procompetitivi, ma che dovrebbero essere espressi nell'ambito dell'attività istruttoria dedicata agli illeciti *antitrust*, di cui potrebbero essere ritenuti responsabili gli enti locali che controllano le società *in house*. Si v., in merito, la proposta di L. Arnaudo, *I servizi pubblici*, cit. 368 ss.

alla data del 1 ottobre 2003 a queste ultime e alle società da esse controllate cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca, anche progressivamente, ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015. Ciò attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali. Nel caso in cui non si verificano tali condizioni, gli affidamenti cessano in modo automatico, rispettivamente, il 30 giugno 2013 e il 31 dicembre 2015. Alle società quotate in mercati regolamentati non si applica, inoltre, il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori di cui al comma 9 dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008.

Per quanto la disciplina transitoria appaia sufficientemente chiara e coerente, non possono che suscitare perplessità, sotto il profilo concorrenziale, le disposizioni riguardanti le società quotate. Ciò con particolare riferimento alle modalità di collocazione delle azioni e alla possibilità, per queste, di espandersi in ambiti ulteriori rispetto a quello relativo all'affidamento diretto ricevuto, a differenza di tutte le altre società per le quali vige il divieto di cui al comma 9 dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008²⁹. L'impatto negativo sotto il profilo concorrenziale è solo parzialmente attenuato dalla modifica al citato comma 9 introdotta in sede di conversione, che consente agli affidatari diretti di concorrere alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, avente ad oggetto i servizi da essi forniti, svolta su tutto il territorio nazionale e non solamente, quindi, per lo specifico servizio già affidato.

Considerazioni conclusive

Le disposizioni analizzate mostrano chiaramente le difficoltà di delineare una disciplina unitaria e coerente dei servizi pubblici locali. Ciò viene tradizionalmente ricondotto all'impossibilità di individuare un complesso di tratti omogenei che consentano di qualificare in termini unitari i servizi in parola. Ampliando la prospettiva, la varietà di tradizioni e la conseguente difficoltà di identificare tipologie comuni ha fatto segnare una significativa battuta d'arresto ai progetti d'intervento comunitari riferiti ai servizi d'interesse generale³⁰. Le istituzioni comunitarie, tuttavia, hanno tenuto

²⁹ Si v., sul punto, quanto osservato da C. De Vincenti, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo?*, consultabile sul sito *internet* www.astrid-online.it.

³⁰ Le linee d'intervento sono state presentate dalla Commissione europea nel libro verde sui servizi di interesse generale, COM (2003) 270, del 21 maggio 2003. I principali aspetti critici sono evidenziati dalla

un atteggiamento doverosamente intransigente in ordine al perseguimento di un adeguato livello concorrenziale del mercato, con conseguente incremento dei livelli di efficienza anche nella fornitura dei servizi aventi dimensione locale.

Pur nella difficoltà di affermare la concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali, non può prescindersi, quindi, dal perseguimento almeno della concorrenza per il mercato. Che anche quest'ultimo rappresenti un obiettivo ambizioso è una conclusione alla quale si perviene agevolmente attraverso la lettura dei numerosi interventi legislativi, i quali mostrano una significativa discontinuità nel processo di apertura alla concorrenza. Eppure, come evidenziato dall'Antitrust nella propria attività di segnalazione, le caratteristiche tecniche ed economiche che impongono una limitazione del numero dei soggetti ammessi a operare con riferimento a un determinato servizio non possono escludere l'applicazione delle regole concorrenziali anche nelle modalità di affidamento di tale servizio³¹. Le disposizioni di carattere generale da applicare con riferimento alla gestione di tali servizi dovrebbero essere orientate a trarre benefici dal ricorso al mercato, con conseguente incremento dei livelli di efficienza. Un sistema in cui le limitazioni sono circoscritte a ipotesi di carattere eccezionale - e non regola - legate alla soddisfazione di bisogni primari della collettività che l'ordinamento deve necessariamente perseguire.

Al corretto bilanciamento fra le diverse istanze dovrebbero offrire idoneo contributo gli enti locali, i quali, lungi dal perseverare nell'esercizio di funzioni gestorie, dovrebbero assumere maggiore consapevolezza dei benefici della concorrenza e trasformare il proprio ruolo, utilizzando primariamente strumenti di indirizzo e controllo³². Fra questi, il contratto di servizio, che nelle ipotesi di affidamento *in house* mostra i principali limiti quale strumento regolatorio, può assumere un ruolo di particolare rilievo, specialmente se inserito in nuovi schemi di controllo³³. In tale

Commissione stessa nel libro bianco sui servizi di interesse generale, COM (2004) 374, del 12 maggio 2004.

³¹ Si v., fra le altre, le segnalazioni AGCM AS453 del 11 giugno 2008, in Boll. 17/2208; AS375 del 14 dicembre 2006, in Boll. 50/2006; AS311 del 6 settembre 2005, in Boll. 35/2005; AS222 del 8 novembre 2001, in Boll. 43/2001.

³² Sui nuovi compiti degli enti locali in un mercato liberalizzato si v., in particolare, F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 37 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 79 ss.; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2629-2631.

³³ Sul ruolo e i limiti di tale strumento di regolazione si v., in particolare, G. Napolitano, *Regole e mercato*, cit. 84 ss. Sull'utilizzo di tale strumento con finalità regolatorie si v. anche M. Celia, V. Termini, *Il contratto di servizio. Asimmetria informativa e incentivi nel rapporto tra il Comune e l'impresa di servizi pubblici locali*, in V. Termini, (a cura di), *Dai Municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2004, 311 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e*

ambito, le amministrazioni locali possono beneficiare dell'esperienza accumulata nell'attività di gestione, evitando con cura il ripetersi delle condizioni alla base degli insuccessi, in particolare sotto i profili dell'efficienza e dell'economicità, che hanno caratterizzato le gestioni municipalizzate e, successivamente, quelle operate attraverso altri modelli organizzativi.

L'intervento legislativo in commento evidenzia alcuni passi in avanti verso l'affermazione della concorrenza nella gestione dei servizi pubblici di dimensione locale. In tal senso, il decreto recentemente convertito ribadisce l'eccezionalità dell'*in house*, confermando il ruolo primario degli affidamenti mediante procedure ad evidenza pubblica e affiancando a questi quelli a favore di società miste pubblico-private, purché rispettosi delle condizioni procompetitive indicate. Il percorso, tuttavia, non sembra ancora completato. Gli interventi operati celano ancora una non piena consapevolezza dell'importanza che ha, in termini sistemici, l'introduzione della concorrenza nella gestione dei servizi pubblici locali. Lo dimostrano alcune ambiguità dei modelli delineati, l'ampliamento del regime derogatorio e alcune disposizioni contenute nel regime transitorio, preordinate ad assicurare una via alternativa alla piena applicazione dei principi concorrenziali. Deve auspicarsi, infine, che la presa di coscienza dei benefici effetti della concorrenza sia d'ausilio per arginare i continui ripensamenti, espressi generalmente sotto forma di proroga dei regimi transitori, che hanno caratterizzato, fino ad oggi, la disciplina dei servizi pubblici locali.

concorrenza, Torino, 2004, 127 ss.