

La concorrenza nei servizi pubblici locali: alcuni caratteri e peculiarità di una doppia riforma di Carlo Bardini

La fornitura di servizi alla collettività si è disgiunta dal concetto di funzione pubblica fin dall'inizio del ventesimo secolo, ma ha continuato a far parte delle prerogative degli enti locali. Una parte di questi servizi si caratterizza per avere una redditività anche solo potenziale, magari anche con il contributo di forme di finanziamento pubblico. A questa categoria di servizi potrebbero almeno in linea di principio applicarsi i benefici di una gestione privatistica in regime di concorrenza. Solo di recente, peraltro su sollecitazione di norme comunitarie e della relativa giurisprudenza, si è prestata una particolare attenzione a tali servizi, introducendo, nel 2003 nel Testo Unico degli Enti Locali la distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica (art. 113 TUEL) e quelli privi di rilevanza economica (DL n. 269/2003, convertito con l.n. 326/2003). Storicamente, la gestione dei servizi che hanno rilevanza economica è stata condotta dagli enti locali secondo una pluralità di forme, che hanno compreso, a seconda del servizio e delle scelte dei singoli enti, la gestione in economia, la concessione a terzi, la gestione a mezzo di azienda speciale, la gestione con società per azioni a partecipazione pubblica, ecc. Attraverso la gestione, in queste varieguate forme di organizzazione, di quella che è un'attività economica a tutti gli effetti, gli enti locali hanno dato origine al fenomeno del capitalismo municipale italiano. Un fenomeno, com'è noto, che a causa soprattutto della commistione tra le esigenze della partecipazione alla competizione politica e le opportunità offerte dalla gestione di un'attività economica ha finito per colorarsi spesso di una valenza negativa. La fornitura dei servizi alla collettività aventi rilevanza economica si è in effetti, proprio per questi motivi, contraddistinta spesso per esser caratterizzata da inefficienze diffuse, gestioni clientelari, conflitto di ruolo tra amministrazioni locali e gestori e, in ultima istanza, da una qualità scadente del servizio offerto.

A partire dal 2008 il legislatore nazionale si è impegnato in ben due riforme successive volte a cercare di superare questo problema attraverso l'iniezione di una maggior concorrenza nella gestione dei servizi pubblici locali, che rappresenta, peraltro, l'unico aspetto nel quale è riconosciuta al medesimo legislatore nazionale la competenza per intervenire sui servizi pubblici locali (si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010). La prima riforma si è compiuta tra 2008 e 2010 a partire dalla adozione dell'art. 23bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, più volte modificato e alla fine completato dal Regolamento attuativo (D.P.R. 7 settembre 2010 n. 168). Questa prima riforma, cui qui per brevità ci riferiamo col termine "23bis", è stata cancellata dal referendum del giugno 2011, ad esito di una campagna condotta contro la cosiddetta "privatizzazione dell'acqua" che ha in realtà portato alla abrogazione del primo tentativo organico di rendere più concorrenziale l'aggiudicazione dei servizi pubblici locali (quindi non solo - e nemmeno principalmente - quella della gestione del servizio idrico, per la quale il 23bis prevedeva peraltro anche delle esenzioni specifiche). Poche settimane dopo il referendum, sulle ceneri del 23bis è stata varata una nuova riforma volta anch'essa a introdurre maggior concorrenza nella gestione dei servizi pubblici locali. Alla seconda riforma ci riferiamo qui brevemente come "art. 4", essendo contenuta nell'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011 n. 138 e sue successive modifiche, in particolare quelle apportate dal decreto sulle liberalizzazioni del governo Monti (art. 25 D.L. n. 1/2012). In realtà, ad oggi la seconda riforma non è ancora completa, da una lato perché manca ancora il regolamento di attuazione, originariamente previsto per il 31 marzo 2012 e non ancora pubblicato, dall'altro perché ulteriori nuove modifiche sono state apportate all'art. 4 dal Governo con il cd. "decreto sviluppo", che al momento in cui si scrive deve essere ancora confermato dalla necessaria legge di conversione.

Due riforme, si diceva, volte a rendere più concorrenziali i servizi pubblici locali e che quindi, non a caso, hanno entrambe conferito all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato un ruolo di verifica dell'operato degli enti locali. A ben guardare, però, i due interventi legislativi sono caratterizzati da significative differenze. In particolare, la seconda riforma non si è limitata soltanto a ripristinare - lasciando fuori il servizio idrico - quanto già esistente e cancellato dal referendum. In maniera un po' paradossale, infatti, il referendum, che si è rivelato quantomeno malposto in quanto aveva un oggetto effettivo del tutto diverso da quello discusso nella campagna elettorale, ha fornito l'occasione per riscrivere la riforma dei servizi pubblici locali in maniera più compiutamente pro-concorrenziale di quanto si fosse fatto solo pochi anni prima con il 23bis. Come vedremo, tuttavia, anche la nuova riforma non può dirsi interamente esente da critiche.

Per capire meglio quello che è successo è necessario soffermarsi brevemente sul significato della introduzione di maggior concorrenza nei servizi pubblici locali, che può essere declinato in due momenti, tra loro logicamente successivi. In un primo momento si dovrebbe cercare di indurre la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, consentendo, laddove possibile, a più operatori di fornire il servizio in competizione tra loro (cd. concorrenza NEL mercato). Il linea di principio, questo potrebbe succedere anche per i servizi che sono sovvenzionati in parte da contributi pubblici. In Italia, il fatto che i servizi pubblici locali siano rivolti alla collettività e, soprattutto, il coinvolgimento diretto degli enti locali nella loro gestione hanno ingenerato l'abitudine a ritenere che queste attività debbano sempre essere svolte in esclusiva da un unico gestore, anche quando questo non è necessitato dalle caratteristiche del servizio stesso. Attività che utilizzano infrastrutture non duplicabili, o per le quali comunque lo svolgimento da parte di un unico operatore comporta costi inferiori rispetto ad una gestione in concorrenza costituiscono dei monopoli naturali per i quali è effettivamente necessario concedere un'esclusiva. Ma non tutti i servizi pubblici sono monopoli naturali, o non lo sono in tutte le condizioni (ad esempio può darsi che in una attività ci sia spazio per più di un operatore solo in realtà con un numero di abitanti superiore ad una certa soglia critica). Laddove non ci sia un monopolio naturale, dovrebbe esser possibile liberalizzare il servizio, aprendolo a più fornitori tra loro in competizione. È solo quando si constata, al contrario, che il servizio deve esser concesso in esclusiva che si dovrebbe accedere al secondo passaggio, consistente nel cercare di introdurre quantomeno dei meccanismi concorrenziali nella scelta del gestore unico effettuandola con procedure di gara (cd. concorrenza PER il mercato).

Le due riforme hanno avuto attitudini ben diverse nei confronti di questi due passaggi. Il 23bis, in fondo, era ancora inserito in una tradizione che mostrava una scarsa attitudine alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali. La necessità di verificare se il servizio potesse essere svolto in concorrenza era relegata ad uno dei punti (comma 10, lettera (g)) dell'elenco di materie su cui avrebbe dovuto legiferare il regolamento attuativo. L'intero impianto della riforma dava sostanzialmente per scontato che il servizio pubblico venisse affidato in esclusiva e si concentrava sul secondo passaggio, quello della introduzione della concorrenza nella procedura di scelta del gestore unico. In particolare, il 23bis fissava la regola della scelta del gestore (o del socio privato di una società mista) attraverso gara, stabilendo quale unica eccezione la possibilità per l'ente locale di affidare il servizio ad una società propria controllata (cd. affidamento *in-house*, definito secondo parametri fissati dalla giurisprudenza comunitaria). L'eccezione andava però motivata dimostrando la presenza di specifiche caratteristiche locali ("economiche, ambientali, sociali e geomorfologiche") che impedissero il ricorso alla gara. Inoltre, per servizi dal valore superiore a 200.000 euro, l'ente locale che avesse voluto affidare il servizio *in-house* avrebbe dovuto acquisire il parere obbligatorio ma non vincolante dell'AGCM. Nel parere, quest'ultima doveva a sua volta valutare se ricorressero effettivamente le caratteristiche eccezionali previste dalla legge per

giustificare l'affidamento in-house. Negli anni di vigenza di tale normativa (2009-2011), l'AGCM ha adottato un approccio molto restrittivo: a fronte delle oltre 150 richieste di parere ricevute, infatti, pochissimi sono stati i pareri positivi. Per avere un'idea, si pensi che tra questi uno ha riguardato l'affidamento in-house del servizio di trasporto pubblico locale su gomma a L'Aquila, che l'Autorità ha ritenuto giustificato per le eccezionali conseguenze del sisma del 2009, salvo richiedere una verifica una volta ripristinate le condizioni di normalità.

L'anello di congiunzione tra le due riforme per i profili che qui interessano può essere individuato nel regolamento attuativo del 23bis, anzi, a voler essere precisi, nel parere rilasciato dal Consiglio di Stato (Sezione Consultiva, parere n. 02692/2010) che ha indotto il regolamento a interessarsi in maniera più esplicita della liberalizzazione. In particolare il Consiglio di Stato ha riscritto un intero comma del regolamento, disegnando il percorso che l'ente locale deve compiere per verificare che un servizio non possa effettivamente essere affidato a più soggetti. Con questa modifica, il regolamento ha previsto che l'ente faccia la verifica con una analisi di mercato, i cui contenuti e risultati sono adottati con una delibera quadro che spieghi, eventualmente, i motivi della scelta di concedere il servizio in esclusiva. La delibera, secondo il regolamento, doveva essere trasmessa all'Agcm "ai fini della relazione al Parlamento".

La seconda riforma, l'art. 4, ha di fatto eliminato lo spazio per il rilascio del parere che il 23bis demandava all'agcm, in quanto la deroga che consente gli affidamenti in house è stata limitata ai soli servizi di valore inferiore ai 200.000 euro. Al tempo stesso, però, con l'art. 4 si è messo sotto stretta osservazione anche il primo dei due passaggi indicati sopra, obbligando i comuni a verificare la possibilità che il servizio venga gestito in concorrenza prima di poter passare alla sua assegnazione ad un unico gestore (da scegliere ormai in maniera pressoché esclusiva tramite gara). Per configurare l'obbligo, la legge ha ripreso proprio il meccanismo della delibera quadro disegnato nel regolamento del 23bis, aggiungendo, per i comuni con più di 10.000 abitanti, la necessità di acquisire il parere obbligatorio ma non vincolante dell'AGCM sulla delibera stessa. In sostanza, quindi, la nuova riforma prevede anch'essa, come la precedente, un approfondimento da parte degli enti locali, che devono giustificare le loro eventuali scelte anti concorrenziali con un'analisi "verificata" in qualche modo dall'Autorità. Tuttavia, l'oggetto della verifica si è spostato dalla scelta di derogare all'obbligo di gara (rinuncia alla concorrenza per il mercato) alla scelta di assegnare il servizio in esclusiva (rinuncia alla concorrenza nel mercato).

Il nuovo regime è già entrato in vigore, anche se il quadro normativo è ancora incompleto. Attualmente l'ente locale deve inviare la delibera all'AGCM che deve rendere il proprio parere entro 60 giorni, ma ancora non sono stati chiariti i criteri per la redazione e la valutazione della verifica, che saranno dettagliati nell'emanando Regolamento. Inoltre, la revisione normativa apportata dal decreto sviluppo ha escluso dall'obbligo di sottoposizione al parere dell'AGCM tutte le delibere che riguardano servizi di valore inferiore ai 200.000 euro annui. Nel frattempo alcuni enti locali hanno inviato le prime delibere quadro ad AGCM, e i relativi pareri saranno pubblicati dagli enti locali insieme alla Delibera, come prevede attualmente la legge.

Il ritardo nel completamento del quadro normativo – peraltro già sperimentato in occasione del 23bis, la cui definizione complessiva ha richiesto circa due anni – non è l'unico appunto cui si presta la nuova normativa. La critica più ovvia riguarda il fatto che gli enti locali vengano fatti impegnare nel compiere una verifica (quella della natura di monopolio naturale del servizio) che ha un carattere "generale" e ha, per converso, limitate componenti locali. Appare evidente, infatti, che la possibilità che una gestione in esclusiva abbia costi inferiori ad una in concorrenza dipende dalle caratteristiche industriali del servizio (ad esempio un servizio a rete che

utilizza una infrastruttura non duplicabile) che si applicano più o meno allo stesso modo in tutte le realtà. Solo alcuni aspetti possono dipendere da caratteristiche locali (ad esempio dal numero di abitanti), ma si tratta di aspetti tutto sommato secondari rispetto alla individuazione delle caratteristiche costitutive dell'attività in questione. Da un lato, pertanto, la verifica demandata ai comuni risulta eccessivamente complessa e richiede competenze di analisi generale non necessariamente proprie delle amministrazioni locali; dall'altro la sostanziale invarianza – nei diversi contesti locali - delle caratteristiche da verificare non potrà che indurre gli enti locali a ispirarsi se non addirittura a copiare le delibere già assunte da altri enti locali, magari già asseverate dal parere positivo dell'AGCM. Non è un caso che una analisi dei compiti degli enti locali nell'ambito della nuova riforma, effettuata sul Sole24Ore del 7 maggio 2012 avesse come titolo: "Nel caos di regole, vincerà la legge del copia-incolla".

Un altro punto della nuova riforma che si presta a critiche riguarda la non vincolatività del parere dell'AGCM, che rende meno penetrante il controllo sull'operato degli enti locali sotto il profilo concorrenziale. Questo problema, tuttavia, appare oggi meno rilevante che in passato. In effetti il parere dell'AGCM, ancorché indirizzato a tutt'altro aspetto, non era vincolante neppure nel regime del 23bis. La nuova norma, però, può adesso essere letta congiuntamente all'art. 21bis della l.n. 287/90 introdotto dal cd. decreto Salva Italia (D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, art. 35), che ha conferito all'AGCM la legittimazione ad impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti delle pubbliche amministrazioni che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Con questo nuovo potere, il parere dell'AGCM, benché formalmente non vincolante, assume un peso ben diverso da quanto accadeva nel regime del 23bis. Un'amministrazione che dovesse procedere nella concessione di un servizio pubblico locale in esclusiva nonostante il parere contrario dell'Autorità potrebbe oggi, infatti, rischiare di vedersi impugnata l'intera procedura dall'Autorità medesima.

Lo scenario della gestione dei servizi pubblici locali, come si vede, è caratterizzato da numerosi aspetti ed è in continua evoluzione. La strada intrapresa dalla bizzarra doppia riforma che è stata attuata in Italia negli ultimi anni sembra tuttavia andare, complessivamente, nella auspicabile direzione di una attenzione sempre maggiore al rispetto delle regole della concorrenza. Vero è che non sono mancate alcune incertezze, ma su di esse potrà magari esercitarsi ulteriormente il legislatore, in quello che ormai appare sempre più come un cantiere legislativo perennemente aperto.