

La riforma dei servizi pubblici locali

Fabiana Di Porto e Gustavo Ghidini

La marcia verso la liberalizzazione dei servizi locali segue i tempi del gambero. Il Disegno di Legge Delega (S-772), noto anche come Legge Delega Lanzillotta, nonostante i suoi limiti avrebbe rappresentato la fase del passo avanti. Ma si sta già arretrando.

Premessa

Più di un anno fa, il 7 luglio 2006, il Governo ha presentato un Disegno di Legge Delega (S-772) che, per la quinta volta in sedici anni, metteva mano alla disciplina generale¹ dei Servizi Pubblici Locali o SPL (Pammolli, Bonassi, 2006; Spadoni 2007; Nico 2007; Vigneri, 2007).

Questo solo dato storico conferma, se ce ne fosse bisogno, la estrema difficoltà di riformare, secondo principi effettivamente pro-concorrenziali e pro-consumer, un settore che diffusi interessi - imprenditoriali e anche politici (assolutamente *bi-partisan*) - premono per mantenere nel "ruolo" di fonte miracolosa di benefici particolari, di diversa e non sempre trasparente natura. Siamo consapevoli di questa difficoltà e, pertanto, dichiariamo che le note che seguono vogliono semplicemente offrire un contributo *super partes* alla valutazione del D.d.L., laddove la critica della sua intrinseca "limitatezza" si accompagna alla convinzione che le modifiche proposte al testo originario, attualmente oggetto di dibattito nelle Commissioni parlamentari, ne depotenziano a tal punto la portata che, come cittadini, ci auspichiamo che il D.d.L. non raggiunga, nella versione attualmente circolante, il varo parlamentare.

L'idea guida del D.d.L. S-772 era assai convincente. Si voleva riprendere e sviluppare il percorso inaugurato dalla prima legge di riforma dei SPL (142/90), la quale, secondo la lettura "evolutiva" della Relazione al D.d.L., mirava a operare la distinzione di ruoli tra ente locale, che programma e regola il servizio, e azienda, che lo deve gestire su base imprenditoriale, aprendo a forme di concorrenza «nel» mercato e «per» il mercato (affidamento con gara).²

¹ Attualmente contenuta negli artt. 113 1 113-bis del *nu delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL)*, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Questa è detta generale per distinguere dalle discipline di settore: Legge Galli (36/94 e succ. mod. e integr.) per i servizi idrici; D.Lgs. 164/2000 (e succ. mod. e integr.) per la distribuzione del gas; D.Lgs. 79/99 (e succ. mod. e integr.) per la distribuzione

dell'energia elettrica; Decreto Burlando (D.Lgs. 422/97 e succ. mod. e integr.) per il trasporto pubblico locale.

² In verità le indicazioni scaturite dalla normativa della "fine degli anni Novanta" cui si riferisce la Relazione (che per inciso erano: L. 142/90; art. 12, c. 1, L. 498/92; art. 4, L. 95/95; e DPR 533/96) erano assai meno "audaci". Per approfondimenti si rinvia ad Ammannati, Di Porto, 2007, pp. 57-97.

Nelle intenzioni del Governo, questo disegno di legge delega doveva anche far uscire il settore dall'involuzione del processo di riforma registrata sotto il precedente Governo,³ che aveva portato alla cristallizzazione delle esistenti posizioni di monopolio, garantite dagli affidamenti diretti, nelle due forme dell'*in house providing* e delle società miste. Il D.d.L. si riproponeva anche di dare certezza giuridica al quadro normativo complessivo e di porre fine alla intollerabile "usanza" delle proroghe della scadenza del periodo transitorio, che aveva prodotto un generale slittamento in avanti nel tempo di ogni prospettiva di confronto concorrenziale (Guzzo, 2006).

Queste note si propongono di esplorare l'impatto del Disegno di Legge Delega 772 sugli attuali regimi e assetti dei SPL, avendo cura di riportarne i principi ispiratori (par. 1) e le principali novità (par. 2). Nelle conclusioni (par. 3), si analizzeranno i possibili risultati concreti del D.d.L. 772, evidenziando gli effetti anche dei correttivi che, nell'ambito del dibattito parlamentare in corso, si ritengono controproducenti per rafforzarne la già "limitata" portata innovativa.

I principi ispiratori del D.d.L. 772

L'impostazione liberalizzatrice e *pro-consumer* a un tempo del D.d.L. 772 appare chiara anzitutto nella Relazione: «[!] la linea deve essere quella di una regolazione forte dei mercati da parte delle autorità pubbliche, che dia spazio al confronto concorrenziale e crei occasioni di sviluppo per le imprese che vogliono crescere e innovare». «Solo seguendo questa impostazione» si legge ancora nella Relazione «i cittadini potranno godere di servizi di migliore qualità e con costi più bassi che consentano di ridurre le tariffe e/o i contributi alle aziende».

Tale impostazione è ripresa alla lettera nella norma di apertura, che mira a coniugare mercato ed equità, la concorrenza con l'universalità e l'accessibilità a prestazioni essenziali, quali sono i SPL. Quelli che potremmo definire i meriti del D.d.L. 772, sotto questo profilo, sono principalmente tre: il forte ancoraggio alla promozione/tutela della concorrenza,⁴ la differenziazione delle competenze di enti locali e imprese e il ricorso "di preferenza" alle gare e alla regolazione.

Sotto il primo profilo, il D.d.L. 772 afferma di voler riordinare l'affidamento e la gestione dei SPL, determinando «la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione ... assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale collaborazione» (comma 1, art. 1). Questa apertura esplicita ai valori concorrenziali rappresenta una novità da accogliere con favore, non tanto perché richiama la "tutela della concorrenza", assurta da oltre un quin-

³ Per una lettura critica delle modifiche del biennio 2001-2003 cfr. Napolitano, 2005, p. 81, secondo cui: «tali disposizioni segnano un vero e proprio ritorno al passato, di dubbia compatibilità con l'ordinamento

comunitario».

⁴ Per una lettura aggiornata delle sempre minori differenze tra "promozione" e "tutela" della concorrenza, si rinvia a Di Porto, 2006, pp. 947-968.

quennio a rango costituzionale, quanto perché articola in maniera più coerente i rapporti tra intervento pubblico e concorrenza in un settore ancora molto lontano da logiche di mercato.

Il secondo e terzo profilo sono strettamente connessi. Ai commi 2 e 3, infatti, il D.d.L. si propone di razionalizzare i rapporti tra enti locali e imprese nella gestione dei SPL, differenziandone le competenze mediante il ricorso alla regolazione. In breve l'ente locale non è più totalmente libero di decidere come e quali bisogni collettivi locali soddisfare, né può più liberamente scegliere la modalità di affidamento dei SPL, ma ha un raggio di azione limitato. Infatti, la decisione dell'ente locale (individuazione dei bisogni delle collettività locali da soddisfare, accessibilità dei servizi ecc.) deve essere esercitata mediante il ricorso, ove possibile, alla regolazione; tipi diversi di interventi pubblici devono invece essere strettamente necessari, cioè non superflui e proporzionati allo scopo.

In altri termini, il legislatore nazionale pone dei paletti alla dilagante presenza pubblica nei SPL, seguendo il principio di proporzionalità, in base al quale il regime privilegiato deve essere quello del mercato concorrenziale (cioè le gare); di contro, il ricorso ad affidamenti diretti è possibile solo se giustificato dalla necessità di adempiere agli obblighi di servizio pubblico e deve perciò essere "proporzionato" a questi stessi. Conseguentemente gli affidamenti diretti sono da escludere quando per le caratteristiche economiche e tecnologiche di un'attività o di un settore sono presenti soggetti economici in numero adeguato e 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 (Ammannati, 2006; Vigneri, 2006).

Articolazione e principali novità del D.d.L. 772

L'articolazione dell'ambizioso progetto enunciato in principio, che vorrebbe trasformare gli enti locali in inflessibili programmatori e regolatori dei SPL, e le *utilities* locali in imprese dedite all'innovazione e al miglioramento della qualità dei servizi al cittadino, si presenta assai complessa e non sempre fruibile se tenuta avulsa dal contesto di riferimento. Procediamo con ordine.

Si conferma la proprietà pubblica delle reti e degli impianti

Il primo pilastro del D.d.L. è rappresentato dal mantenimento agli enti locali della proprietà delle reti e degli impianti di SPL. Agli enti locali spetta pianificarne l'ampliamento (governo del territorio); quanto al regime di questi beni, è previsto che al termine di ogni periodo di affidamento essi tornino nella disponibilità dell'ente (art. 2, co. 1, lett. a).

La *ratio* pro-concorrenziale di questa disposizione è chiara: mantenere la proprietà delle reti in capo all'ente locale significa garantire che esse possano essere messe a disposizione di qualsiasi impresa intenda entrare sul mercato, ancorché sprovvista delle infrastrutture. La concorrenza "per" il mercato, come noto, è basata sull'idea di un ricambio periodico del fornitore della rete o del servizio; è chiaro che essa può realizzarsi più facilmente se il nuovo entrante (che voglia gestire la sola rete o anche fornire il servizio) non è sobbarcato del costo elevatissimo di un investimento iniziale in reti. La disposizione in commento ha il pregio di eliminare - almeno sulla carta - un'artificiale barriera all'entrata, consentendo che al termine del periodo di affidamento (della sola rete o anche del servizio), la rete e gli impianti ritornino nella disponibilità dell'ente locale, che può così procedere a un nuovo *round* di affidamenti.

Una nuova "gerarchia" nelle forme di affidamento dei SPL: l'eccezionalità degli affidamenti diretti

Il vero fulcro del D.d.L. 772 è contenuto all'art. 2. È qui, più che altrove, che si rinviene la volontà del legislatore di riprendere il "sentiero interrotto" della liberalizzazione dei SPL. Quello della gara torna a essere il modello "normale", l'opzione generale di affidamento dei SPL; per contro, gli affidamenti diretti (a società *in house* o a società miste pubblico-private) sono ammessi, ma solo eccezionalmente.

È ormai un dato acquisito che, con le modifiche del 2003 (D.L. 269/2003 e L. 350/2003), il legislatore aveva abbandonato l'idea di realizzare un sistema pro-concorrenziale dei SPL, percorrendo l'opposta strada della chiusura anziché dell'apertura al mercato e prevedendo la possibilità, per gli enti locali, di gestire direttamente (con l'*in house providing*) o indirettamente (partecipando a società miste) i SPL.

Con l'art. 2, D.d.L. 772 si elimina questa equivalenza tra modelli gestori, rendendo quello della gara il modello "normale" per i nuovi affidamenti e per il rinnovo di quelli in essere e facendo del ricorso ad affidamenti diretti (*in house* o a società miste) ipotesi eccezionali, percorribili solo «*ove ciò reso necessario da particolari situazioni di mercato*» (lett. c, co. 1, art. 2).

Se l'ente locale decide di ricorrere all'affidamento diretto, esso è tenuto a motivarne debitamente le ragioni (art. 2, co. 1, lett. b) e deve altresì impegnarsi ad adottare e pubblicare un programma volto al superamento, entro un periodo di tempo definito, della situazione di mercato che osta al ricorso alla gara. L'inadeguatezza dell'offerta privata che giustifica il ricorso all'affidamento diretto deve essere dimostrata, compiendo prima un'analisi di mercato, la quale è soggetta a verifica da parte dell'Autorità Nazionale di Regolazione (ove esiste) ovvero dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Pochi “lumi” e molta “resistenza” nella disciplina delle società miste dei SPL

L'art. 2, co. 1, lett. c) delimita i caratteri delle società miste degli enti locali, stabilendo che le modalità di selezione dei soci privati (sempre attraverso la gara) e i criteri di ripartizione dei compiti tra soci pubblici e privati all'interno della società mista debbano essere strettamente connessi “agli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento”. Data la formulazione laconica, è immaginabile (per via “interpretativo-divinatoria”) che ciò significhi che il privato debba poter apportare un *know how* settoriale apprezzabile, pena l'impossibilità per lui di partecipare alla società mista.

Inoltre, il legislatore delegato dovrà prevedere «*norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e a evitare possibili situazioni di conflitto di interessi*».

Ora, la questione sembra mal impostata o almeno (ancora una volta) rinviata. La società mista, per come attualmente configurata nell'art. 113 TUEL, non sembra compatibile con quella descritta dall'ordinamento comunitario.⁵ Nell'ottica comunitaria, infatti, l'affidamento di un servizio a una società mista al di fuori di un confronto concorrenziale è inaccettabile, in quanto costituisce una situazione di privilegio nei confronti di potenziali concorrenti e, come tale, contraria alla parità di trattamento quale regola base di funzionamento del mercato comune, senza che siano stati finora accertati “incrementi di qualità o riduzione di prezzi”, come si esprime la Commissione nella sua recente Comunicazione sull'argomento.⁶

Il D.d.L. 772 non sembra andare in questa direzione per almeno due ragioni. In primo luogo, esso non esplicita quali dovrebbero essere i diversi ruoli dei soci pubblici e di quelli privati, né fornisce criteri per stabilirli, limitandosi a rinviare ai futuri decreti delegati. In secondo luogo, le disposizioni in commento continuano ad ammettere l'affidamento diretto “automatico” (cioè senza gara) alle società miste partecipate dall'ente locale, là dove l'indicazione comunitaria spinge verso la - auspicabile - crisi del modello della società mista per la gestione dei servizi pubblici locali. La “resistenza” della società mista si capisce se si pone mente al fatto che non solo gli enti locali, ma anche i possibili partner privati avrebbero scarso interesse a costituire strutture alle quali non fosse garantito l'affidamento del servizio.

Ma è esattamente questa la situazione di conflitto di interessi che il legislatore vorrebbe superare. Primo, la gara per la scelta del socio privato non può essere assimilata a quella per l'affidamento del servizio, visto che solo quest'ultima recide il legame con l'ente locale, che svolge solo funzioni di banditore. Se-

⁵ Leggendo il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni del 30.4.2004 COM (2004) 327 def. si ricava che nei PPP istituzionali (quali sono le società miste), 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).

⁶ Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, COM (2005) 569 def. del 15.11.2005.

condo, poiché dopo aver selezionato il socio privato con gara, l'ente locale può procedere ad affidargli direttamente il servizio, può verificarsi il rischio che la società abbia durata superiore all'affidamento, per cui al cessare di quest'ultimo l'ente locale avrà un incentivo a prorogare l'affidamento diretto anziché a esperire una gara. Così facendo l'apertura alla concorrenza viene posticipata *sine die*. Terzo, l'ente locale potrebbe procedere al rafforzamento della società mista, modificandone l'oggetto sociale durante l'affidamento (diretto), così da includere anche servizi diversi. In tal caso, l'affidamento dell'ulteriore servizio non dovrebbe poter essere dato direttamente, ma solo a mezzo gara, tuttavia la prassi è assai diversa.

Una giusta soluzione, suggerita da Spadoni, sarebbe stata quella di introdurre nel D.d.L. la previsione che al termine dell'affidamento l'ente locale procedesse al rinnovo anche della gara per la scelta del socio privato. Analogamente, sarebbe stato utile prevedere un vincolo, per la stessa durata dell'affidamento, a non modificare l'oggetto sociale della società mista, come peraltro indicato dall'Autorità Antitrust (Spadoni, 2007).

Un punto fermo in tema di extraterritorialità e norme per l'ampliamento degli ambiti territoriali dei SPL

Il D.d.L. 772 interviene anche su un'altra annosa questione: quella della partecipazione alle gare bandite da altri enti locali da parte delle società miste che gestiscono servizi in affidamento diretto. Il tema concerne il tipo di rapporto tra queste società e l'ente locale, e riguarda la possibilità per le prime di operare su un territorio diverso da quello dell'ente di riferimento.

Consentire alla società mista di erogare servizi in ambito territoriale di enti locali estranei alla compagine societaria produce, infatti, il venir meno del c.d. principio di "strumentalità", «*inteso come identificazione dello scopo sociale nella cura degli interessi delle comunità locali perseguibili attraverso l'attività di gestione funzionalmente svolta dalla società*».⁷

La giurisprudenza amministrativa sul punto non ha fornito indirizzi coerenti e unitari, in quanto fissa un criterio incerto e anche ampiamente discrezionale per definire il grado di funzionalizzazione della società mista alla collettività locale di riferimento (Guzzo, 2006).⁸ Per tali ragioni, da molte parti si auspicava l'esclusione di queste società dalle gare *extra moenia*.

⁷ Cfr. TAR Toscana, I, sent. 15.1.2001, n. 24 - ATO n. 4 Alto Valdarno. Tra le più recenti sentenze dei giudici amministrativi italiani in tema di extraterritorialità cfr. Cons. St. sent. n. 4440 del 13.7.2006 e TAR Puglia - Lecce, sent n. 3533 del 23.6.2006.

⁸ Sul concetto di extraterritorialità cfr. da ultimo Corte di Giustizia sent. 11.5.2006, C-340/04, Comune di Busto Arsizio-Agesp, ove i giudici comunitari hanno ribadito

che i principi comunitari non trovano applicazione nei soli casi in cui l'impresa non sia attiva nel mercato, cioè in concorrenza con altri soggetti economici, e che le sue prestazioni siano rivolte in via esclusiva all'ente partecipante. Per cui, secondo Lussemburgo, il vincolo funzionale che lega l'affidataria all'amministrazione aggiudicatrice impone all'impresa di svolgere la propria attività all'interno del territorio del soggetto pubblico.

A queste richieste, il legislatore del D.d.L. 772 fornisce un'indicazione non chiara: mentre è palese (art. 2, co. 1, lett. *d*, in fine) che le società *in house*⁹ non possano svolgere, in via diretta ovvero partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati, per le società miste il quadro è più confuso.¹⁰

La gestione della “transizione infinita”

Interessante è il meccanismo di “moratoria” dei periodi transitori individuato dal D.d.L. 772. Come più sopra anticipato, la disciplina prevista per la transizione al modello di affidamento con gara dei SPL delineata dalla legislazione del 2003 è assai complessa: alla data di scadenza indicata come generale e automatica all'art. 113, co. 15, TUEL si aggiungono altre scadenze relative a situazioni diverse (come le società quotate) e scadenze fissate “caso per caso” e rapportate ai tempi di recupero di investimenti particolari o concordate con la Commissione europea (commi 15-*bis* e 15-*ter*). Inoltre, per esplicita previsione legislativa la disciplina generale non si applica ai settori della distribuzione dell'energia elettrica e del gas, al trasporto locale (introdotto con l'art. 48, L. 308/2004).

La “prassi” di prorogare *ad infinitum* i periodi transitori spostando in là nel tempo l'apertura dei mercati in alcuni SPL ha fornito 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.

Il D.d.L. 772, piuttosto che disporre - su carta - l'abbandono dei modelli gestori attualmente in essere, disciplina un meccanismo incentivante per gli enti locali per arrivare allo svolgimento delle gare entro il 2011 (art. 2, co. 1, lett. *m*). In particolare, se l'ente locale indice la gara per l'affidamento del servizio entro il 2011, allora anche i soggetti attualmente affidatari diretti potranno partecipare; per contro, dopo il 2011 detti soggetti non potranno più partecipare alle gare per l'affidamento del servizio che svolgono attualmente.

Il consumatore (finalmente) al centro?

Nonostante la collocazione “a piè pagina” lasci dubbi sulla effettiva centralità del tema per il legislatore, l'art. 3 del D.d.L. 772 delega il Governo ad adottare misure finalizzate alla “tutela degli utenti dei servizi pubblici locali”.

È fatto obbligo ai gestori dei SPL, pena - nientemeno - la revoca degli affidamenti, di adottare e pubblicizzare una carta dei servizi che sia concordata con le associazioni dei consumatori e delle imprese utenti. Sul piano dell'*enforcement*

⁹ Società a totale capitale pubblico locale, sulle quali l'ente locale esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture interne e che svolge la

parte preponderante della propria attività con l'ente locale di riferimento.

¹⁰ Ci si riferisce all'art. 2, co. 1, lett. *e*).

è previsto che l'ente locale e l'autorità di settore - ove esistente - verifichino il rispetto della carta, potendo disporre la cessazione dell'affidamento a seguito di valutazione periodica dei reclami e dei sondaggi di mercato.

In altri termini, il riscontro positivo circa la *customer satisfaction* diventa condizione per il mantenimento dell'affidamento. La disposizione è da accogliere certamente con favore, sebbene tuttavia sarebbe utile che venissero definiti più dettagliatamente non solo i parametri di misurazione della soddisfazione degli utenti, bensì anche gli standard per definire il loro conseguito o mancato raggiungimento.¹¹

Conclusioni sui possibili risultati concreti del D.d.L. 772

Così sinteticamente analizzato il contenuto del D.d.L. 772, ci pare che da questo ennesimo tentativo di riforma dei SPL ci si potesse attendere qualcosa di più. In particolare, un taglio col passato che non si limitasse alla pur importante affermazione di principio di voler riportare la gara a modello prevalente per l'affidamento dei SPL, ma che andasse in maniera più netta verso la definitiva privatizzazione delle *utilities* locali, così da recidere una volta per tutte i molteplici motivi del conflitto di interesse originati dalla presenza dell'ente locale come autorità politica, regolatore, banditore di gare e fornitore dei SPL (il riferimento, ovviamente, è alle società miste).

Per meglio argomentare le ragioni di questa (relativa) "delusione", volgiamoci ad analizzare i possibili effetti dell'attuazione del D.d.L. 772.

Come ampiamente argomentato, poco o nulla cambia in riferimento a tre elementi. Primo: il mantenimento della proprietà pubblica delle reti e altre dotazioni è senza dubbio un fattore indispensabile per consentire a qualunque realtà imprenditoriale di entrare nel mercato dei SPL. Senza questa previsione difficilmente si realizzerebbero nuovi ingressi. Ma, come visto sopra, a questa conclusione il nostro legislatore era già arrivato (art. 113 TUEL). Secondo: era già presente (art. ult. cit.) anche il divieto di attività *extra moenia* delle società *in house*, che oggi è riaffermato all'art. 2, co. 1, lett. d) del D.d.L. 772. Terzo: le società miste che abbiano già affidamenti diretti sembrerebbero poter continuare a svolgere attività al di fuori del territorio dell'ente locale di appartenenza, a meno che ricevano sussidi pubblici diretti o indiretti.

¹¹ In tal senso anche Spadoni, 2007, cit., secondo cui: «una moderna regolazione della qualità che renda le misure credibili e realmente applicabili impone, al contrario, una gradazione di incentivi e sanzioni commisurata ai risultati conseguiti non escludendo, ma solo in casi estremi, la revoca dell'affidamento». Si dissente, invece, dall'ulteriore indicazione dell'A., secondo cui «occorrerebbe prevedere che gli standard

di qualità e di prestazione indicati nel Contratto di servizio, quali scaturiscono dalla negoziazione tra l'ente locale e il gestore, vengano recepiti nella Carta dei servizi»: non ci sembra che la negoziazione "quadrilaterale" (e.i., impresa di SPL, associazioni degli utenti e delle imprese) possa essere validamente sostituita dalla "paternalistica" rappresentanza da parte dell'ente locale in sede di negoziazione del Contratto di servizio.

Poco cambia pure con riferimento al ruolo della gara rispetto agli affidamenti diretti. Come visto, il D.d.L. (art. 2, co. 1, lett. *b* e *c*) chiarisce che il ricorso agli affidamenti diretti alle società *in house* deve essere “eccezionale” rispetto alla gara; come “eccezionale” deve essere il ricorso ad affidamenti diretti a società miste nelle quali il socio privato sia scelto con gara. Queste due forme di affidamento, che oggi rappresentano la stragrande maggioranza dei casi e che molto lavoro hanno dato ai giudici comunitari e italiani per stabilirne - in maniera assai barocca - la compatibilità con le regole di concorrenza nazionali e comunitarie, non scompaiono, ma resisteranno con tutta probabilità sino al termine del periodo transitorio, fissato al 2011 (cioè a fine legislatura...).

Il ricorso alla gara, che si vorrebbe normale strumento di affidamento dei SPL, necessita di un cambiamento legislativo più radicale, altrimenti non potrà rappresentare un'opzione interessante per l'ente locale. Da questo punto di vista, l'incentivo introdotto dal legislatore, ossia l'esclusione degli attuali affidatari dal diritto di partecipare alle prossime gare ove esse si tengano dopo il 2011, appare magra cosa.

L'aspetto veramente innovativo, che potrebbe cambiare molto l'attuale assetto dei SPL, è rappresentato dal coinvolgimento delle Autorità Nazionali di Regolazione e dell'Autorità Antitrust. Nella versione licenziata dal Governo, il D.d.L. 772 vincola gli enti locali a motivare le ragioni che impongono di ricorrere all'affidamento diretto, a pubblicare un programma volto al superamento, entro un termine definito, degli ostacoli che impediscono il ricorso alla gara, comunicando periodicamente (non è specificato a chi) i risultati raggiunti.

Questa componente, diciamo così, di “autocertificazione” dell'ente locale lascerebbe poco o nulla di invariato, ben potendo il Comune arrivare a giustificare economicamente il mancato ricorso alla gara, se non fosse assistito da alcune specifiche garanzie.

Alludiamo al coinvolgimento dell'Autorità Antitrust e delle Autorità di Regolazione: per giungere alla constatazione della necessità di ricorrere all'affidamento diretto, l'ente locale è tenuto a fare un'analisi di mercato dalla quale risulti l'inadeguatezza dell'offerta privata. Detta analisi è poi soggetta a verifica da parte delle autorità di settore o, in mancanza, dell'AGCM.

Il meccanismo ricorda quello adottato a livello comunitario in materia di comunicazioni elettroniche, dove ogni intervento di regolazione è soggetto all'analisi preventiva dello stato di salute della concorrenza nel mercato. Data la scarsa diffusione della cultura concorrenziale in ambienti locali, l'imposizione di questo obbligo di compiere un'analisi di mercato appare particolarmente appropriato. Una maggiore cooperazione fra enti locali e Autorità Antitrust e di Regolazione può certamente aiutare i primi a porsi in regola e a orientare le proprie scelte di affidamento a logiche più concorrenziali. Vero è, però, che nulla è detto in merito alle conseguenze di un eventuale contrario avviso dell'Autorità Antitrust, ovvero di un esito negativo della verifica circa il programma di rimozione degli impedimenti concorrenziali al ricorso alla gara.

Le sorti del D.d.L. non lasciano intravedere un approdo rapido. E ciò per due motivi: il primo è che lo stesso Governo ha presentato (l'8.2.07) emendamenti che depotenziano la portata del disegno di legge; la seconda è che la discussione in sede di I Commissione del Senato (il 29.5.07) ha ulteriormente mescolato le carte, giungendo a vanificare ogni sforzo innovatore.

Per effetto dei due interventi vengono reintrodotte due forme di gestione dei SPL da tempo superate: la gestione in economia e quella mediante azienda speciale (autoproduzione), il ricorso alle quali non è limitato né eccezionale, ma sembra porsi sullo stesso piano degli altri modelli di affidamento. Come se ciò non bastasse, gli affidamenti diretti tornano a essere normalmente praticabili, cioè non sono più "eccezionali" rispetto alla gara; e il coinvolgimento delle autorità di regolazione e dell'Autorità Antitrust, del cui pregio si è lungamente detto, viene completamente esautorato: i programmi volti al superamento delle condizioni di mercato che impediscono il ricorso alla gara scompaiono, mentre le motivazioni di tali scelte debbono essere comunicate unicamente "per conoscenza" alle autorità.

Ove il testo licenziato, infine, dovesse confermare l'orientamento or ora criticato, non rimarrebbe che constatare che si è perduta un'occasione importante per giungere a separare nettamente e definitivamente, in capo agli enti locali, almeno per i servizi più importanti, le funzioni di indirizzo politico e di regolazione da quella di gestione dei servizi. Con eliminazione dei tanti, profili di conflitto di interesse e con decisivo incremento della credibilità e autorevolezza dell'ente locale nella funzione di vigilanza e garanzia degli interessi del mercato e dei consumatori.

Così annacquato e depotenziato, il D.d.L. 772 non solo non apporterebbe significativi miglioramenti nel complesso regime dei SPL, ma segnerebbe un netto passo indietro. Per questo non resta che auspicare sommessamente che, in questa versione, esso non raggiunga il varo parlamentare.

Riferimenti bibliografici

- Ammannati L., *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?* in De Vincenti C., Vigneri A. (a cura di) *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Collana ASTRID, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 280.
- Ammannati L., Di Porto F., *Il caso italiano ovvero dell'infinito conflitto tra monopolio e liberalizzazione*, in Ammannati L., Di Porto F., (a cura di) *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali*. Atti della Conferenza Annuale dell'AIDE (*Association Internationale de Droit Economique*), Siena - 2 dicembre 2005, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 57-97.
- Commissione CE, *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, 30.4.2004 COM (2004) 327 def.
- Commissione CE, *Comunicazione sui Partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, COM (2005) 569 def. del 15.11.2005.

- Di Porto F., *La regolazione geneticamente modificata: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comun., 6/2006, pp. 947-968.
- Guzzo G., *Affidamenti in house: Corte di Giustizia e Consiglio di Stato: convergenze parallele. Extraterritorialità, regime transitorio e concorrenza delle società miste secondo la più recente teoria del giudice amministrativo e del legislatore italiano*, 2.7.2006, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.
- Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 81.
- Nico M., *In house providing, l'azienda speciale alla riscossa*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it del 13 settembre 2007.
- Pammolli F., Bonassi C., *La riforma dei servizi pubblici locali. Note a margine del D.d.L. "Lanzillotta"*, in www.cermlab.it/oped.php?item=7558723500 del 22/11/2006.
- Spadoni B., *I servizi pubblici locali in mezzo al guado*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it del 29.5.2007.
- Vigneri A., *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in Relazione svolta al Convegno Strategie e tecniche di liberalizzazione tra mercato e politica, Università di Venezia, Dipartimento di scienze giuridiche, 21-22 settembre 2007.
- Vigneri A., *Public utility regulation vs erogazione amministrativa: una storia infinita*, in De Vincenti C., Vigneri A. (a cura di) *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Collana ASTRID, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 240 ss.