

*Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*¹

Marco Cammelli

SOMMARIO: Premessa. 1. Temi e problemi nel nuovo testo dell'art.23-bis: una prima lettura. - 2. Riforme, controriforme e cortocircuiti nei servizi pubblici locali. - 3. Il peso (variabile) dei concetti: regolazione e servizio pubblico locale. - 4. Le questioni aperte. - 5. Soggetti, obiettivi e strumenti della regolazione in ambito locale. - 5.1. Regolazione *ex ante* o regolazione *ex post*: strumenti e "misura" della regolazione. - 6. Autonomia, responsabilità e adeguatezza dei regolatori. - 7 Conclusioni.

Premessa.

Fare oggi il punto sul regime dei servizi pubblici locali sotto il profilo della concorrenza per il mercato e la regolazione è un'impresa da collocare senza sforzo tra le "missioni impossibili".

Oltre ai ben noti elementi problematici di base, tra i quali è da ricomprendere innanzitutto cosa debba intendersi per "regolazione", per "servizi" (economici o meno) e per "locale" (su cui vedi al successivo paragrafo 3), si aggiungono la vertiginosa, e non lineare, sequenza di interventi legislativi, certo più adatti ad una trasmissione del tipo "tutto il diritto minuto per minuto" che ad una riflessione sistematica, e l'universale consapevolezza che tra quanto prescritto dalla legge e quanto avviene in concreto vi sono relazioni assai più tenui di quanto sarebbe lecito attendersi.

Ma, naturalmente, vale la pena provarci.

Se guardiamo nel suo insieme questa materia, con un colpo d'occhio a partire dal biennio '90-'92, il quadro che si presenta appare dominato da tre costanti:

a) innovazione legislativa e giurisprudenziale, nazionale e comunitaria, incessante e largamente discontinua, con continue e rilevanti correzioni interne all'iter dello stesso provvedimento, a volte anche...in fase di pubblicazione del testo nella GU.

Intendiamoci, nessuno scandalo, anzi ampia continuità specie in materie a diretta implicazione economico-industriale (v. gli studi di Alberto Predieri degli anni '70 su Parlamento e gruppi di pressione). Ma qui disponiamo ormai di un caso da laboratorio, in quanto tale meritevole di studi e ricerche perché emblematico e altamente formalizzato dei rapporti tra legislatore, interessi e gruppi di pressione tra i quali si annoverano, naturalmente, anche gli enti locali e le loro organizzazioni.

In breve, per essere precisi, più che di regole per il mercato o del gioco delle regole² qui si ha l'impressione di addentrarsi nel mercato delle regole: un mercato peraltro, stando alla sequenza dei provvedimenti e allo snodarsi dei relativi lavori parlamentari, decisamente bi-partisan.

¹ Il presente scritto nasce dal testo, interamente rielaborato, preparato per la relazione tenuta al convegno su *La regolazione dei servizi di interesse economico generale* promosso dalla Fondazione Cesifin a Firenze 6 novembre 2009 e destinato ad essere pubblicato nella rivista "Diritto Amministrativo", Ed. Giuffrè.

² Parafrasando il titolo delle note e critiche considerazioni di S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole, Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 265 e ss e di G.ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelfi, Milano, 2006.

Ma riferire tutto ciò (solo) all'incessante affermazione dei vizi del mantenimento dell'esistente rispetto alle virtù dell'innovazione, come spesso avviene anche nelle opinioni più avvertite, è decisamente semplicistico. Intanto, presuppone una centralità della (e una conseguente smisurata fiducia nella) legislazione e più in generale nell'approccio istituzionale alla materia che è curioso, dopo tante delusioni, non sottoporre ad attenta verifica superandone l'esclusività e integrandolo con profili economici, e anche sociologici³, altrettanto determinanti.

Inoltre, è semplicistico non solo perché presuppone la netta, e irrealistica, ripartizione degli uni e delle altre tra gli attori della vicenda ma soprattutto perché, appunto, le storie sono tante almeno quante le tipologie e i settori dei servizi pubblici locali. Con parti inevitabilmente distribuite, e giocate, in modo diverso. Il che impone alcune domande sulle cause e sugli effetti di queste continue correzioni di rotta.

La prima. Al di là delle ovvie, ma non scontate come subito si vedrà, resistenze degli interessati, lo scarto tra concorrenza proclamata e concorrenza praticata va attribuito *anche* all'enfasi posta sul principio astratto della gara senza prestare la dovuta attenzione alle condizioni del contesto in cui questa è chiamata ad operare: contesto contrassegnato, come sottolinea un recente studio della Banca d'Italia, "dalla difficoltà delle procedure, dalla scarsa capacità tecnica dei comuni aggravata dalla mancanza di un'azione di supporto da parte di regolatori esperti di livello nazionale, dalla complessità dei bandi - specie quando aspetti legati a investimenti infrastrutturali e gestione corrente del servizio debbano essere congiuntamente definiti, col rischio di successive rinegoziazioni - e dalla limitata dimensione dei potenziali competitori" ⁴.

La seconda. Poiché il presupposto di ogni intervento in materia, in modo più o meno deciso, è l'apertura al privato della gestione dei servizi, di volta in volta come portatore di capitali o saperi tecnici e organizzativi da offrire in termini di partnership o di destinatario di forme esternalizzate di gestione, sorge spontaneo l'interrogativo: con queste continue modifiche e negoziazioni, e la conseguente impossibilità di contare su riferimenti stabili e di contare su prospettive affidabili di medio lungo periodo, quale privato *buono*, cioè in grado di apportare le risorse che tutti reputano necessarie in materia, ci si aspetta? Basterebbe citare il caso delle imprese di trasporto locale, le prime a invocare l'effettuazione delle gare per uscire dal paralizzante (anche in termini aziendali) regime delle ripetute proroghe annuali⁵ per provare la fondatezza della domanda. Anche perché il rischio è che l'unica selezione di privati realizzata in concreto sia quella di scoraggiare, in queste condizioni, proprio le imprese più serie;

b) gli elementi di esperienza richiamati, pur rilevanti perché espressivi di dinamiche meritevoli della massima attenzione, non debbono tuttavia distogliere dal fatto che restano aperte questioni concettuali e per alcuni aspetti anche di impostazione teorica tutt'altro che marginali.

³ Cfr. R. Pedersini, *La riforma dei servizi pubblici: oltre le istituzioni*, in Stato e Mercato, 1/2009, p. 95 ss.

⁴ M. Bianco e P. Sestito, *La riforma della regolamentazione dei servizi pubblici locali in Italia: linee generali e insegnamenti per il futuro*, Questioni di Economia e Finanza, 18, Banca d'Italia, Eurosistema, settembre 2008.

⁵ Tra gli esempi più vistosi, si veda infatti il mantenimento degli affidamenti diretti nel trasporto locale introdotto, a titolo di deroga del regime ordinario di gara, "in via transitoria" dallo stesso provvedimento di riforma del settore, d.lgs. 422/1997, e *ininterrottamente* ribadito negli anni successivi: cfr. *Il trasporto locale. Una prospettiva per l'Italia*, a cura di O. Bucci, Bologna, 2006.

In particolare, merita di essere sottolineato il dato di una regolazione per molti versi concentrata solo su alcuni temi e conseguentemente sbilanciata rispetto agli obiettivi astrattamente assegnati.

E' quanto avvenuto in ordine alla promozione della concorrenza per il mercato, e in particolare alle modalità di affidamento del servizio, peraltro con irrisolti problemi di impostazione, a cominciare dalla perimetrazione del campo dei servizi a rilevanza economica ⁶, e con gli esiti parziali e incerti, tra principi e deroghe, tra assetto a regime e disciplina transitoria, tra diritto affermato e diritto praticato di cui si è detto.

Restano così in un cono d'ombra due obiettivi di eguale rango:

- l'autonomia gestionale e l'efficienza dell'impresa pubblica che, non dimentichiamo, è destinata a rimanere una soluzione praticabile e praticata nelle modalità dell'*in house* e della spa pubblica con socio privato;

- la tutela dei destinatari dei servizi, nel duplice schema del rapporto di utenza e di quello di cittadinanza, a cominciare dalla destinazione e effettiva utilizzazione delle risorse liberate dalle cessioni ai privati teoricamente riservate, come ben sappiamo, al miglioramento della qualità del servizio o al contenimento delle relative tariffe.

Un tema questo tanto serio quanto poco considerato nel decennio passato e che oggi, con le importanti dismissioni di azionariato pubblico locale disposte dall'art.15 del D.L 135/2009 convertito in legge 166/2009, è destinato a riemergere in modo ancora più vistoso. E che, va aggiunto, certo non è (stato né sarà) ininfluenza anche in ordine alla vistosa e crescente differenziazione di costi, prestazioni e tariffe denunciata anche di recente ⁷ tra le diverse aree territoriali del paese, in particolare tra Nord e Sud.

c) infine, una regolazione ripartita in modo confuso tra i diversi soggetti in gioco (per soggetto regolatore, per settore, per livello istituzionale, per profilo considerato), con il doppio effetto di un "sovraffollamento regolativo" per molti aspetti e rilevanti omissioni per altri, come i profili appena richiamati o il mancato ruolo della legislazione regionale ⁸.

Ce n'è abbastanza per riconoscere, accanto alla scontata resistenza all'innovazione da parte degli interessati, anche il permanere di problemi irrisolti e vistose contraddizioni. A cominciare dal

⁶ Con oscillazioni vistose. Ad es., ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale, sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della redditività anche solo in via potenziale (Cons. St., sez. V, 27.08.09, n. 5097, www.giustamm.it). In senso diverso, invece, Corte dei conti, sez. reg. controllo, Lombardia, 11.5.09, n. 195, www.dirittodeiservizipubblici.it, secondo cui sarà l'ente a dover verificare la rilevanza economica del servizio, avendo riguardo all'impatto del servizio sul mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività ed autosufficienza economica (vale a dire capacità di produrre profitti o per lo meno coprire i costi con i ricavi).

⁷ Per avere qualche idea degli ordini di grandezza in gioco, sia pure attraverso indagini i cui risultati vanno verificati, si consideri che la differenza del costo dei servizi tra la prima e l'ultima città italiana è in media del 25%; che quella tra Torino e Roma, con riguardo al servizio di igiene urbana, è del 40% e che la percorrenza media per autista di mezzo pubblico per il trasporto locale è di 43.000 km annui in Emilia Romagna e 19.000 in Campania. Cfr. dossier Ufficio Studi Confartigianato, di cui ha dato notizia sulla stampa quotidiana S.RIZZO, *Servizi pubblici. La mappa degli sprechi*, Corriere della Sera del 13 ottobre 2009.

⁸ Salvo limitate eccezioni, come la Lombardia e l'Abruzzo: cfr. C. BUZZACCHI, *I servizi locali di interesse economico generale nella recente legislazione regionale*, *Le Regioni*, 5/2005, 769 ss.

fatto che l'ambito di cui ci occupiamo è ricco di disposizioni e povero di regolazione, e dunque di effettive aperture al mercato e di reale attenzione alle ragioni degli utenti. E tale, come vedremo, rischia di rimanere malgrado i provvedimenti più recenti.

1. *Temi e problemi nel nuovo testo dell'art.23-bis: una prima lettura.*

Per i profili che qui interessano, è indubbio che l'art. 23-bis nella versione attuale si sforza di operare un intervento di notevole ampiezza e incisività ancorché dalle disposizioni dettate, peraltro limitate ai servizi pubblici di rilevanza economica, siano esclusi alcuni rilevanti settori e in particolare, oltre alla distribuzione di gas, quelli relativi alla distribuzione dell'energia elettrica, alla gestione delle farmacie comunali e al trasporto ferroviario regionale.

La nuova disciplina del conferimento della gestione dei servizi pubblici locali (commi 2-7) nonché quella riguardante il regime transitorio degli affidamenti in atto non conformi a quanto previsto a regime (comma 8), infatti, si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

Quanto alla gestione, si distinguono modalità ordinarie e derogatorie:

- quelle ordinarie, consistono nel conferimento a imprese o società in qualunque forma costituite selezionate con procedure competitive di evidenza pubblica, o a società miste pubblico-private il cui socio, cui spetteranno specifici compiti operativi e una partecipazione non inferiore al 40%, sia individuato con le medesime procedure;

- quelle derogatorie, per le quali in presenza di situazioni eccezionali tali da non permettere il ricorso al mercato è ammessa la soluzione della gestione pubblica "in house" nel rispetto delle condizioni richieste dall'ordinamento comunitario⁹ e con una procedura aggravata nel corso della quale l'indicazione degli elementi che impediscono il ricorso al mercato e più in generale la motivazione della scelta effettuata dall'ente locale andranno comunicati all'AGCM per il parere preventivo che andrà reso entro 60 giorni dalla recezione.

Veniamo a qualche prima considerazione che, sempre per il profilo qui considerato, è possibile trarne.

Sul terreno della concorrenza, sono innegabili alcuni significativi aspetti positivi: l'indubbia estensione del mercato, verso una liberalizzazione peraltro significativamente attenuata dal regime transitorio dettato dal comma ottavo e dalle esenzioni e deroghe che l'esperienza indica dure a

⁹ In tema, tra gli altri, R. CARANTA, *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza*, *Le Regioni*, 2008, 685 e ss.; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Dir. Amm.*, 2006, 51 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, *Riv. ital., dir. pubbl. com.*, 2004, 940 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house, ampliamento o limitazione della concorrenza*, *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2005, 72 ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house del giudice comunitario*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 141. Da ultimo, M.GIORGIO, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giornale dr. amm.*, 12/2009, p.1269 ss

morire; il consolidamento degli sforzi per articolare il regime in ragione della dimensione degli interessi e della rilevanza del mercato, come la già citata modalità derogatoria in ragione del contesto territoriale socio-economico (che legittima eccezionalmente la gestione *in house*) o la gestione associata (anche diretta ?) di comuni scarsamente popolati (comma 10. lettera b); il perseguimento di economie di scala, mediante gestioni economicamente più vantaggiose realizzate con l'affidamento simultaneo di più servizi pubblici (comma 6); infine, l'integrazione di servizi a domanda debole con servizi più redditizi attraverso la identificazione di appositi bacini di gara da parte di regioni ed enti locali (comma 7).

Si tratta di profili spesso affidati alla più puntuale specificazione di norme (statali e regionali) successive, e dunque da valutare più avanti, ma alcune ricadute dei principi appena richiamati sembrerebbero di immediata operatività: così, ad esempio, le ipotesi contemplate dai commi 6 (affidamento simultaneo di più servizi) e 7 (identificazione dei bacini di gara) per loro natura dovrebbero considerarsi irriducibilmente alternative alla modalità derogatoria di cui al comma 3, e dunque escludenti la gestione *in house*.

Ma certo non mancano aspetti critici e motivi di perplessità: a parte la credibilità della tenuta dei termini per la conclusione del regime transitorio¹⁰ relativo alle attuali gestioni *in house*, della indicazione (oltre che del significato) dei compiti operativi del socio della società mista nonché del dimensionamento della quota di quest'ultimo, merita qualche accenno il delicato tema della fuoriuscita pubblica dalle società quotate in borsa (comma 8 lettera d).

Il mantenimento del termine previsto dal contratto di servizio, infatti, è subordinato ad una drastica (non più del 40%) e relativamente ravvicinata (2013 o 2015) riduzione della quota azionaria pubblica. Intento certo apprezzabile, nella logica della legge, ma non facilmente raggiungibile senza forti perdite di valore del titolo dovute a procedure di evidenza pubblica che scontano la inevitabile scadenza dell'affidamento del servizio e comunque alterate dall'obbligo per l'ente pubblico di dismettere entro termini rigidamente definiti.

In ogni caso, non è difficile immaginare che si presentino seri problemi con gli investitori privati ordinari (e operativi?), data la totale dipendenza del sistema da regolamentazioni pubbliche per di più variabili, il che ricade in pieno nelle riflessioni sviluppate da Fabio Merusi in tema di affidamento, sempre che non si pensi, *sub specie* di "investitori qualificati" (cfr. il riferimento operato dal comma 8 lettera d) alle fondazioni di origine bancaria. Il che certo risolverebbe un problema, perché permetterebbe agli enti locali di liberare risorse importanti mantenendo una maggioranza "amica" e spiegherebbe il favore alla cosa accordato dall'ANCI, ma certo ne aprirebbe altri ancora più seri, a cominciare da quello delle fondazioni che probabilmente avranno molte ragioni per considerare con grande cautela una simile soluzione.

Quanto al regime derogatorio, restano aperte ampie vie di fuga, come l'esperienza insegna, oltre alla difficoltà (altra missione impossibile ?) dei compiti affidati all'AGCM, di cui si intravedono le prime crepe nella previsione della c.d. "soglia di rilevanza" (comma 4-bis).

¹⁰ E' quanto più volte avvenuto, anche nell'iter legislativo della nuova disciplina dell'art.23-bis: nella seduta del 30 ottobre 2009, ad esempio, la commissione affari costituzionali del Senato, ha allungato i termini previsti per il rientro a regime, estendendo la previsione anche alle società *in house*, che prima invece dovevano "improrogabilmente" cessare al 31.12.2011.

A tutto ciò, si aggiunge la seria incertezza di fondo che ispira il ruolo e il regime delle spa miste non quotate che, pur essendo rilanciate come soluzione ordinaria grazie ai particolari requisiti richiesti al socio¹¹, tuttavia continuano a subire rilevanti condizionamenti dalla recente legislazione in materia¹². Va detto peraltro che in extremis si è corretta la stortura più significativa che il testo, fino alle battute finali, conteneva vietando anche a queste società la possibilità di acquisire altri servizi o in altri territori, in contrasto con la piena assimilazione tra evidenza pubblica nel conferimento e evidenza pubblica nella scelta del socio di cui alla sentenza C-196/08 del 15 ottobre 2009 della CGCE, sez. III.

A queste difficoltà, per così dire intrinseche alla nuova disciplina, se ne aggiungono altre riguardanti vecchi temi che sembrano rimanere senza (adeguata) risposta. Al di là dell'enfasi con cui se ne proclama la centralità nel primo comma, resta la vistosa sottovalutazione teorica e pratica delle ragioni dell'utente e del cittadino. Torneremo tra breve su questo aspetto, ma è innegabile che in mancanza di effettiva liberalizzazione le possibilità di scelta tra servizi, e dunque di concorrenza nel mercato con il superamento dei caratteri di esclusiva ovunque ciò sia possibile, rimangono elementi largamente marginali anche nell'ultimo provvedimento.

Ma il discorso andrebbe inevitabilmente allargato alla strumentazione regolativa¹³, ampia ma spesso inefficace perché, a parte difficoltà ben note quali la determinazione livelli essenziali delle prestazioni, presuppone una possibilità di scelta che non c'è come la trama di diritti ed obblighi tra chi vende e chi acquista prestazioni e il riferimento all'autonomia privata, su cui poggia la garanzia da regolazione pubblica, o come le carte dei servizi rispetto alle quali, in mancanza di mercato e di concorrenza o di credibili garanzie di sistema, il rapporto di utenza da un lato non ha respiro, e dall'altro si risolve in quello di cittadinanza: ciò che presupporrebbe limiti al potere politico e autonomia nel rapporto tra erogatori e utenti (la celebre *voice* di Hirschman), pesantemente ostacolati dall'endemico conflitto di ruolo che attanaglia gli enti locali di riferimento.

Certo le cose potrebbero migliorare se funzionassero i rimedi giurisdizionali, o di fronte a credibili soluzioni alternative di tutela: ma queste sono solo genericamente previste tra i contenuti dei regolamenti governativi affidati al Governo dal comma 10 (v. lettera *elle*) mentre i primi hanno portato, come è stato ben dimostrato¹⁴, al recupero dell'armamentario tradizionale del servizio pubblico mediante ripubblicizzazione dell'intero rapporto sub specie di tutela della parte più debole.

¹¹ In proposito, è significativa la recente pronuncia del Cons. St., sez. V, 28.09.2009, n. 5814, www.giustamm.it, nella quale si ritiene illegittimo l'affidamento diretto ad una società mista nella quale il socio privato, scelto a seguito di procedura ad evidenza pubblica, abbia liberamente alienato le proprie azioni e sia conseguentemente stato sostituito da altre società private.

(¹²) Sul punto, v. la dottrina richiamata nel mio *Legislatore, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, nota a Corte Cost. .148/2009, in *Le Regioni*, 5/2009, in corso di pubblicazione.

¹³ Per l'inquadramento concettuale della materia e i necessari approfondimenti sia consentito rinviare, senza alcuna pretesa di completezza, alle riflessioni di E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Mercato, concorrenza e regole, 2003, 537 e ss., e già prima ID., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, Dir. pubbl., 1999, 409 e ss.; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; G. TESAURO, M. D'ALBERTI, (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000,

(¹⁴) G. Napolitano, *Regole e Mercato nei servizi pubblici*, Mulino, 2005, p.145 ss.

Un ultimo profilo critico riguarda la perdurante sottovalutazione anche ordinamentale per quanto concerne l'uso delle risorse e il rapporto con la responsabilità fiscale. Un solo esempio: l'abilitazione a gestire tramite *in house* sancita sia pure in via derogatoria dal comma 3 presupporrebbe, se presa sul serio, che le condizioni del servizio stabilite dall'ente locale (tariffe, canoni, copertura oneri sociali, trattamento del personale) non siano appetibili per il mercato. Il che, come è stato osservato ¹⁵ mette in luce due aspetti tutt'altro che secondari: poiché la collocazione fuori mercato in molti casi non è un dato riferibile a dati socio-economici o territoriali esogeni rispetto all'ente locale, ma è frutto diretto delle scelte compiute da quest'ultimo, o si introduce anche un'altra modalità di affidamento (procedura negoziata) o la decisione e le sue motivazioni vanno sottoposte non solo all'AGCM ma anche al cittadino, perché gli oneri legati all'*in house* cadono sulla spesa pubblica e sulla fiscalità e dunque, alla fine, sul contribuente.

Ma il discorso è più generale. Quindici anni di privatizzazioni, formali e sostanziali, nei servizi pubblici hanno lasciato quasi completamente in ombra la questione dell'uso e della destinazione delle risorse ricavate per tali vie. In mancanza (non del tutto accidentale, si direbbe) di dati in proposito, restano molte domande sulle decisioni assunte, sui controlli omessi, sulle ricerche carenti. Certo, se dovessimo stare alle impressioni...molti dubbi sarebbero inevitabili, ricordando che per l'ordinamento comunitario le risorse da privatizzazioni in materia vanno utilizzate per migliorare la qualità e/o diminuire le tariffe.

A maggior ragione oggi, in vista delle importanti dismissioni che dovrebbero conseguire alla cessione di quote pubbliche dalle società miste ex comma 8 lettera d), nonché dei riflessi sia pure indiretti sulla imposizione fiscale derivanti dalle scelte effettuate dagli enti locali nell'utilizzazione delle relative risorse. Un profilo, va aggiunto, destinato a divenire particolarmente delicato in ragione del principio della responsabilità impositiva su cui ruota il federalismo fiscale nella delega conferita dalla legge 42/2009.

2. Riforme, controriforme e cortocircuiti nei servizi pubblici locali.

E' ora necessario un passo indietro. A pochi anni dall'ultima calda stagione di riforme e (controriforme) che avevano investito i servizi pubblici locali, il legislatore torna sul tema con due provvedimenti normativi che tentano di riavviare il mai concluso processo di liberalizzazione del settore. Prima con l'art. 23 *bis*, co. 1 della l. n. 133/2008, poi con l'art. 15 del decreto legge n. 135 del 2009, convertito con la legge 166/2009.

(¹⁵) A. Vigneri, *I servizi pubblici locali dopo l'art.15 del d.l. n.135/2009. Prime osservazioni*, <http://www.astrid-online.it> . Per ulteriori prime considerazioni sul medesimo provvedimento si vedano S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d. l. n. 112/2008*, www.giustamm.it. e C. DE VICENTI, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*, www.astrid-online.it

Per riassumere brevemente quanto accaduto negli anni scorsi, il legislatore dapprima (d. lgs. n. 267/2000) aveva concesso all'ente locale ampia libertà di scelta nell'individuazione della modalità di gestione (dalla concessione ai privati con gara, alla gestione pubblica diretta, passando per le varie forme di *corporate privatization*). Una libertà che però si è andata circoscrivendo sempre più, prima con l'eliminazione delle gestioni in economia poi generalizzando il modello della spa, successivamente (finanziaria 2002) introducendo l'obbligo di gara, ma con la possibilità di distinguere tra gestione della rete ed erogazione del servizio e stabilendo deroghe settoriali; infine reintroducendo il modello dell'affidamento diretto, purché rientrasse nelle strette (ma sempre dilatabili) maglie dell'ordinamento comunitario in tema di *in house*. Fino ad arrivare, come si è appena visto, alla forte restrizione dell'*in house* e alla (ritrovata) centralità della società mista.

Sul piano del metodo, all'approvazione delle riforme richiamate, con provvedimenti lacunosi e non di rado oscuri perché spesso affrettati (collegati alle finanziarie), si sono affiancati organici disegni di riforma lungamente discussi (ddl Vigneri e ddl Lanzillotta) che proprio in ragione del loro carattere sistemico hanno incontrato forti resistenze, a cominciare dagli enti locali, per decadere puntualmente a fine legislatura.

In questo contesto, l'art. 23 *bis* è stato da alcuni salutato con favore come l'occasione del definitivo abbandono delle gestioni pubbliche locali, da altri demonizzato come l'anticamera della privatizzazione selvaggia¹⁶.

All'art. 23 *bis*, un anno più tardi sono state poi apportate modifiche ad opera dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, il cui senso è stato principalmente quello di chiarire l'ambiguità di alcune disposizioni precedentemente approvate.

Ad ogni modo, i provvedimenti richiamati si inseriscono in un più ampio disegno di riforma che si fonda su due idee cardine: la tutela della concorrenza ed il contenimento della spesa pubblica.

E' questa la ragione per cui alla riforma dei servizi pubblici si provvede contemporaneamente e contestualmente alla predisposizione di misure diverse che mirano, però, al raggiungimento dei medesimi obiettivi.

L'art. 23 *bis*, si inserisce infatti in un provvedimento¹⁷ che contiene anche alcune significative disposizioni che impongono alle società a partecipazione integralmente pubblica che gestiscono servizi pubblici locali di adottare criteri e modalità pubblicistiche per il reclutamento del personale (art. 18)¹⁸.

¹⁶A. MASSARUTTO, *Ci risiamo: ecco la ri-contro-ri-riforma dei servizi pubblici locali*, www.astrid-online.it

¹⁷ La l. 133 del 2008, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria.

¹⁸ Si tratta, peraltro, di un principio già anticipato in sede locale. Si v., la l. reg. Abruzzo, n. 23/2004 in materia di servizi pubblici a rilevanza economica, rispetto alla quale la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 29/2006 (in *Urb. appalti*, 2006, p. 551 con commento di O.M. CAPUTO), per la non fondatezza della questione di illegittimità dell'art. 7, co. 4, lett. f), nella parte in cui obbliga le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizio pubblico al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, in base alla considerazione che «la società, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico ad enti pubblici».

Lo stesso art. 23 *bis*, al comma 10, lett. a) prevede, poi, che il Governo emani regolamenti al fine di “prevedere ..l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale”¹⁹.

La connessione tra i due profili dunque è evidente. Le richiamate disposizioni in tema di servizi pubblici dovrebbero infatti ispirarsi ad un principio di “preferenza per il mercato”. I tentativi di ridimensionamento del ricorso alle società pubbliche, attraverso un complesso di disposizioni²⁰ tra cui, da ultimo, quelle richiamate, rappresenta, d'altra parte, il tentativo di separare l'attività amministrativa da quella d'impresa, prevedendo per ciascuna di esse un diverso regime giuridico, anche qui, in definitiva, per tutelare la concorrenza²¹ e al contempo razionalizzare i costi pubblici.

A ben guardare, però, le riforme già realizzate e quelle in fase di attuazione dimostrano come i tre obiettivi che le politiche di innovazione del settore si proponevano siano rimasti in larga misura inattuati²². Vediamoli.

Privatizzazione delle imprese pubbliche. L'irrigidirsi delle procedure di affidamento e la carenza di alternative gestionali indotte dai provvedimenti normativi degli anni scorsi, hanno progressivamente condotto ad una strisciante pubblicizzazione delle vecchie società miste²³, in senso dunque opposto all'obiettivo della privatizzazione delle società pubbliche affermato già dai primi anni '90.

Liberalizzazione. L'opzione per il modello di concorrenza per il mercato e l'affermazione del principio della gara per l'affidamento del servizio, hanno dato risultati diversi e incerti. Non tanto da portare a concludere che si è trattato solo di affermazioni di principio, ma abbastanza per

¹⁹ G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4/2009, p.629 ss.

²⁰ Il riferimento è al d. l. Bersani (n. 223 del 2006), ai commi 725 e ss. della l. 296 del 27 dicembre 2006 (finanziaria per il 2007) in tema di amministrazioni di società pubbliche ed alle disposizioni della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008), (che al co. 27 dell'art. 3 limita il ricorso allo strumento societario alla costituzione di società “strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali). Su questo di recente, sono intervenute anche la l. n. 69 del 2009 e la l. n. 102 del 2009, per la cui analisi si rinvia a E. LORIA, *Le società pubbliche dopo la l. n.69/2009, Urb. e app.*, 2009, 1164 e ss. Sul tema della disciplina delle società pubbliche, si v., da ultimo, M. CAMELLI, M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d. l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008; A. MASSERA, *Le società pubbliche*, *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889 e ss.; ID., *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al Rapporto Assonime*, www.giustamm.it; G. SCIULLO, *Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime, ivi*; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, *Giorn. dir., amm.*, 2009, 791 e ss. Cfr infine, M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto Amm.*, 2/2009, p. 253 ss, M.CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, *Giornale dr. amm.* 10/2009, p.1115 ss

²¹ Si v., in tema, la pronuncia della Corte costituzionale, 1/8/2008 n. 326, sull'infondatezza della q.l.c. dell'art. 13 del d.l. n. 223/06 (c.d. decreto Bersani) che impone alcune limitazioni alle società partecipate da Regioni ed enti locali per lo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali alle stesse.

²² G. NAPOLITANO, *Uno strike per i servizi locali*, *Il sole 24 ore*, 8.10.09, 14.

²³ In tema, oltre alla dottrina richiamata nel lavoro indicato alla precedente nota 7, si v. l'indagine compiuta da Ufficio studi di Mediobanca per Fondazione civicum, *Le società controllate dai Comuni di Milano, Napoli, Roma e Torino*, *Amministrare*, 2006, 133 e ss e B. BORTOLOTTI, L. PIAZZOLA, C. SCARPA, *Il comune Azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2007, 535 e ss.

mettere in luce che quando si passa dalla forma alla sostanza raramente le gare sono risultate trasparenti e realmente competitive²⁴.

Tutela degli utenti. La carenza maggiore riguarda proprio il profilo del cittadino e del "cliente" dei servizi pubblici locali. Se le regolazioni mirate alla concorrenza hanno avuto esiti incerti, quelle volte a garantire che dalle risorse liberate dalle privatizzazioni conseguisse, come richiesto, una migliore qualità o un minore costo del servizio semplicemente sono mancate. In termini teorici, come si sa e come si è sottolineato anche di recente²⁵, il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore è tutt'altro che automatico e biunivoco. A questo si aggiunga che sia pure in modo assai imperfetto, come si è detto, l'interlocutore privilegiato della regolazione dei servizi pubblici locali è stata, inutile negarlo, l'impresa: dell'utente e del cittadino²⁶, al di fuori di assunti aprioristici o di modalità indirette (come le carte dei servizi), non c'è traccia credibile. La tutela di questi ultimi, a parte il momento giurisdizionale, resta così sostanzialmente affidata al sistema politico locale e agli enti territoriali, scontrandosi con l'irrisolto e monumentale conflitto di interessi dell'ente locale, nello stesso tempo (parziale) regolatore, proprietario (reti), azionista, gestore.

In definitiva, da un lato le norme via via introdotte, anche le nuove, sono costrette a muoversi in un'ottica più di "promozione" che di "tutela" della concorrenza, accompagnando peraltro l'affermazione del principio della gara per l'affidamento del servizio con alternative che nei fatti ne riducono sensibilmente la portata.

Restano in un cono d'ombra, invece, le altre due principali finalità della regolazione: l'autonomia gestionale e l'efficienza dell'impresa pubblica, cui era finalizzato il ricorso a vesti giuridiche privatistiche, e in modo ancora più pronunciato la tutela dei destinatari dei servizi (nel duplice schema del rapporto di utenza e di cittadinanza), in gran parte eclissati (più che assorbiti) dall'enfasi posta, con risultati peraltro incerti, sulle forme competitive di affidamento del servizio.

Con il risultato di una regolazione sbilanciata, oltre che dalla parzialità degli obiettivi e dalla pluralità dei soggetti che vi pongono mano, dalla carenza di un più ampio quadro di riferimento, anche di programmazione dei servizi, cui riferire le scelte comunque più significative per il risultato finale: tariffe più contenute e/o migliore qualità dei servizi.

²⁴ G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, *Amministrare*, 2007, 7 e ss.; M. PACIFICO, *Le "public utilities" italiane: liberalizzazioni incomplete*, *Amministrare*, 2007, 295 e ss.

²⁵ Si veda l'illuminante dibattito tra Giuliano Amato, Heike Schweiter, Francesco Denozza, David Stallibrass e Antonio Nicita, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2/2009, p. 381 ss che mette in luce il problematico rapporto reciproco tra le due regolamentazioni, specie nei servizi di pubblica utilità (G. Amato, p. 382).

⁽²⁶⁾ Certo, anche del cittadino inteso come contribuente: la mancata utilizzazione delle risorse generate dalle privatizzazioni al fine dell'abbattimento dei costi del servizio comporta infatti il venir meno della possibilità della riduzione del peso dell'imposizione fiscale.

Questo profilo, va notato, sembra destinato ad assumere rilievo sempre maggiore: cfr. art. 2, comma 2, lettera ii legge 5 maggio 2009 n.42.42/2009 (federalismo fiscale).

3. Il peso (variabile) dei concetti: regolazione e servizio pubblico locale.

Si è detto dei motivi, anche concettuali, delle difficoltà incontrate in materia. E' bene allora precisare il significato dei termini utilizzati.

Già la precedente stagione di riforme si era aperta con l'affermazione del principio della separazione tra regolazione e gestione, dove in un'ottica ideale di distinzione dei ruoli, l'amministrazione (il pubblico) avrebbe dovuto limitarsi alla prima per lasciare, quando possibile, la seconda al privato (mercato)²⁷.

Occorre intendersi, allora innanzitutto sul concetto di regolazione²⁸. Come si sa, in termini generali, la regolazione persegue tre obiettivi fondamentali²⁹: apertura dei mercati, nei casi di liberalizzazione solo parziale, consentendo l'accesso alle infrastrutture ed alle reti ai nuovi entrati (disciplinandone condizioni e modalità); disciplina del funzionamento del mercato, in ragione delle sue caratteristiche strutturali³⁰; garanzia della fruizione diffusa ed uniforme dei servizi essenziali.

Come si sa, dunque, c'è una necessaria correlazione tra regolazione e concorrenza, e proprio per questo sarà necessario tener ben presente questo aspetto se si intende affrontare il tema della regolazione nei servizi pubblici locali.

Da un lato, infatti, è ben chiaro che l'apertura di questi ultimi alla concorrenza e al mercato deriva essenzialmente tra interventi adottati a livello comunitario e nazionale: non solo per ragioni di riparto delle competenze ma per il fatto, altrettanto innegabile, che i sistemi locali e le regioni hanno opposto in proposito una forte ed evidente resistenza.

D'altro lato, tuttavia, il fatto che la liberalizzazione dell'entrata imponga una regolazione delle attività innesca in molti casi una sorta di circolo vizioso: la concorrenza necessita di regolazione (solo pubblica?), ma questa a sua volta incide in misura variabile sull'estensione della concorrenza. Il che giustifica una particolare cautela nel ricorso alla regolazione.

E ciò, per più motivi. Intanto, in applicazione del principio di proporzionalità³¹, va verificato pregiudizialmente se la regolazione pubblica non crei più problemi di quanti ne risolve, e poi perché andrebbe vagliata con attenzione la praticabilità di ipotesi di autoregolazione, vale a dire forme

²⁷ Osserva in proposito, G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione della nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2002, 27, come il persistere di una profilo di gestione mette fatalmente a rischio il funzionamento del sistema regolativo e la sua indipendenza dal regolato a danno sia della concorrenza che degli utenti.

²⁸ Sui diversi significati della regolazione, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000. Sugli elementi indispensabili che devono ricorrere per qualificare una determinata forma di intervento pubblico nell'economia come regolazione, S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, cit., 265 e ss.

²⁹ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, Roma, 2004, 90-91.

³⁰ Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di servizi pubblici locali, si evince che l'intervento pubblico si giustificherebbe anche in chiave di finalità difensiva del mercato. Sarebbe infatti il mercato a dover essere difeso dai rischi insiti nella sua logica interna, Così, M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia*, *Dir. Ann.*, 2008, 153.

³¹ Da sottolineare, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato generale Damsco Ruiz Jarabo Colomer, C- n. 265/08 del 20.10.09 (www.dirittodeiservizipubblici.it), secondo cui la determinazione dei prezzi del gas naturale da parte della normativa nazionale dovrebbe superare il c.d. "test di proporzionalità" per non contrastare con i principi dell'ordinamento comunitario.

morbide e condivise di disciplina della materia³². Soluzione oggi certamente non in auge, dopo i problemi emersi di recente in occasione della grave crisi finanziaria ed economica in atto, ma che resta meritevole di adeguata considerazione.

Non va trascurato, infine, che la regolazione si articola necessariamente su livelli diversi (statale³³, regionale, locale), oltre a quello comunitario, con inevitabili e spesso non virtuose sovrapposizioni.

Altrettanta incertezza continua a registrarsi a proposito della definizione del concetto di servizio pubblico locale. Non è il caso naturalmente di ricostruire il lungo e tormentato dibattito che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza con riferimento al significato e ai confini da riconoscere a quest'ultimo. Tanto più che, come si è detto, «nella nozione di servizio pubblico, come nelle tavole di Tycho Brahe, c'è dentro di tutto, il vero e il falso, e ognuno pesca quel che gli fa più comodo»³⁴.

La stessa idea della necessaria corrispondenza tra pubblicità del servizio e natura pubblica del gestore è ormai superata nell'ordinamento comunitario³⁵, dove il concetto di servizio pubblico è sostituito da quello di obbligo di servizio pubblico³⁶ che lo Stato, appellandosi all'interesse generale, può introdurre in qualsiasi settore, potendo però derogare ai principi fondamentali (pari opportunità, libertà di stabilimento, divieto di aiuti di stato), solo se tali obblighi non siano pienamente compatibili con il mercato e limitatamente a quanto necessario³⁷.

Uno dei tratti più significativi e ricorrenti delle recenti e meno recenti riforme che hanno interessato i servizi pubblici locali, è invece continuare ad ignorare, al di là dei proclami, l'adeguamento delle norme proposte ai principi dell'ordinamento comunitario già rispetto all'individuazione di una più aggiornata nozione di servizio pubblico, riconducibile alla nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale³⁸, di per sé intrinsecamente dinamica e della

³² M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, Riv. Trim. app., 2003, 514

³³ In proposito, è nota l'opzione manifestata dalla Corte costituzionale, secondo cui la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in senso dinamico tale da giustificare misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. Così la Corte nella pronuncia n.14/2004, punto 4 della motivazione. In tema, R. CARANTA, *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza*, Le Regioni, 2008, n. 685. Su questo presupposto la Corte ha più di recente rivendicato il preciso ruolo di effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, al fine di accertare se l'intervento normativo sia coerente con il principio della concorrenza e proporzionato rispetto al fine perseguito (Così Corte cost., n. 326/2008, punto 8.5. della motivazione e Corte cost., n. 148/2009, punto 4.2. della motivazione). In tema, anche, A. CANDIDO, *La tutela della concorrenza come passpartout statale nella matassa ingarbugliata dei servizi pubblici locali*, Dir. Ec., 2009, 383 e ss.

(³⁴) Così F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 86

³⁵ N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 226.

³⁶ Sul tema, in particolare, A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001.

³⁷ E' vero, peraltro, che l'ordinamento comunitario si è progressivamente assestato verso una nozione più ampia di servizio pubblico, desumibile dal riferimento alla promozione della coesione sociale e territoriale contenuto all'art. 14 (ex art. 16 del Trattato CE).

³⁸ In tema, V. VISCO COMANDINI, *I servizi di interesse economico generale*, www.astrid-online.it. Sulle difficoltà teoriche ed interpretative riguardanti l'individuazione del concetto di servizio pubblico locale cfr. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 15, 2004, p. 74 ss., e G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 498 – 503.

quale non è possibile definire in modo univoco ed oggettivo il confine rispetto alla normale fornitura di mercato, perché precisata dalle autorità nazionali che decideranno sulla sua portata, definendo in particolare: i criteri di accesso al servizio, volti a favorire il consumo del servizio da parte di un'ampia fascia di cittadini che nel caso del servizio universale raggiunge la totalità della popolazione; la qualità dello stesso e, infine, i prezzi.

In definitiva, i principi di servizio universale (continuità, accessibilità e qualità del servizio e tutela degli utenti), pur nelle variazioni che ne hanno accompagnato l'applicazione³⁹, costituiscono per così dire la parte necessaria della disciplina comunitaria in tema di servizio pubblico. Fuori da questi confini, spetta alle autorità nazionali individuare i servizi pubblici, salvo decidere di ricondurre alla nozione di appalto di servizio o di forniture un ampio numero di ipotesi oggi impropriamente considerate come servizio pubblico (su cui *infra*).

Senza dire che la stessa distinzione tra servizi economici e non sarebbe in contrasto con quanto previsto nel Libro verde sui servizi di interesse generale, secondo cui la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere evolutivo e dinamico, per cui non sarebbe possibile fissare *a priori* un elenco definitivo di tutti i servizi di interesse generale da considerarsi di natura non economica.

A questo proposito, è significativa la recente comunicazione⁴⁰ dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sull'applicazione dell'art. 23 *bis*, ove si precisa che “si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale”.

In altre parole, la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica, dovrebbe essere ricostruita per differenza rispetto ad altre attività riconducibili alla P.A. (funzione pubblica, mera attività di mercato, attività strumentale⁴¹). Ove l'aspetto interessante però è che, al di là della definizione, l'Agcm elimina dal novero dei servizi economici numerose attività⁴² qualificate come strumentali.

La “perimetrazione del campo” ossia l'opzione per una nozione più ampia o più ristretta di servizio pubblico a rilevanza economica⁴³ diventa dunque il punto centrale, perché incide

³⁹ G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflesso dogmatico e regole di mercato in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005.

⁴⁰ Si tratta della comunicazione del 16.10.08, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴¹ Del resto, l'art. 13 del decreto Bersani ha operato proprio nel senso di applicare un diverso regime giuridico all'attività puramente strumentale rispetto a quella riconducibile alla nozione di servizio pubblico, salvo poi sollevare la questione di cosa debba intendersi per attività strumentale o meno.

⁴² Nel parere del 23/7/2009 n. AS567, (www.dirittodeiservizipubblici.it) l'Agcm esclude l'organizzazione di attività e iniziative volte alla promozione e alla valorizzazione delle risorse culturali ed economiche del territorio di riferimento dall'applicazione dell'art. 23 *bis*, in quanto caratterizzata da natura strumentale rispetto ai bisogni dell'amministrazione locale. Stessa conclusione per l'affidamento dei servizi di manutenzione straordinaria del compendio architettonico di Villa Varda e di gestione del relativo programma degli eventi culturali (Parere del 15/4/2009 n. AS527, www.dirittodeiservizipubblici.it), per i servizi di ristrutturazione di un'area sportiva (Parere AS595 del 28.05.09, www.agcm.it), per i servizi di gestione del verde urbano (Parere del 16.04.09, AS592, www.agcm.it), per i servizi di gestione del programma di alienazione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica del Comune di Roma (Parere del 26.03.09, AS617).

⁴³ Si è sostenuto ad esempio (parere dell'Agcm AS610 del 18.06.09, www.agcm.it) il carattere economico del servizio di gestione di una residenza sanitaria assistenziale, in base al principio affermato in giurisprudenza (Tar Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729, www.dirittodeiservizipubblici.it), secondo cui va riconosciuta rilevanza

sull'individuazione delle attività che rimangono escluse dal campo di applicazione del 23 *bis*. Le quali, come si sa, non necessariamente sono quelle meno rilevanti.

4. *Le questioni aperte.*

La riforma in atto apre inoltre non poche questioni interpretative. In primo luogo, la questione della relazione tra normativa generale e normative di settore. Come si è detto, il primo comma dell'art. 23 *bis* afferma la prevalenza della prima sulle seconde. Le conseguenze applicative che da tale principio discendono potrebbero essere (in alcune ipotesi) paradossali.

Prendiamo il caso della gestione dei rifiuti urbani. Qui, con il d.lgs. 152/2006 il legislatore ha previsto (art. 202) che il servizio RSU venga organizzato dall'Autorità d'ambito e mediante affidamento ad un operatore economico selezionato con procedura ad evidenza pubblica. Bene. Se però si volesse intendere, con l'art. 23 *bis*, la prevalenza della disciplina generale si dovrebbe concludere per l'ammissibilità delle gestioni *in house* anche nel settore dei rifiuti urbani, dal quale erano state precedentemente bandite.

Per ovviare ad una simile incoerenza si dovrebbe invece ritenere, con l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴⁴, che "l'armonizzazione tra disciplina generale e discipline settoriali non dovrebbe determinare l'abrogazione di quelle discipline compatibili proprio con le finalità pro concorrenziali enunciate nel comma 1 dell'art. 23 *bis*, in tutti i casi in cui la normativa di settore abbia già provveduto ad introdurre, nel proprio ambito di applicazione un sistema che garantisca un grado di apertura del mercato ed un livello di concorrenza fra gli operatori analogo o superiore a quello indicato dall'art. 23 *bis*".

Ancora. Cosa si intende per contesto territoriale di riferimento? Vi è una relazione con la nozione di mercato rilevante? ⁴⁵ Nel sistema delineato dal 23 *bis* nella versione attuale, rischia di risultare nello stesso tempo troppo facile o assai complicato per le amministrazioni dimostrare in concreto l'impossibilità di un efficace ricorso al mercato⁴⁶ e dunque giustificare la scelta dell'affidamento *in house*.

economica al servizio per il quale potrebbe aprirsi, anche solo potenzialmente, una competizione sul mercato, a prescindere dalla circostanza che siano previste delle forme di finanziamento pubblico, totali o parziali, dell'attività in questione.

⁴⁴ Si v. la segnalazione dell'Autorità al Governo ed al Parlamento sull'applicazione dell'art. 23 bis della l. 133 del 2008, del 26.11.08, www.dirittodeiservizipubblici.it

⁴⁵ Del tema, evidentemente cruciale, si è occupato F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, *Dir. amm.*, 2004, 37 e ss. Elementi utili in proposito possono inoltre trarsi da quanto emerso in ordine alla problematica della dimensione (sub-nazionale) di mercato rilevante a proposito degli aiuti di stato, e in particolare in quali condizioni un aiuto debba considerarsi "selettivo" e dunque in grado di alterare l'equilibrio tra imprese: cfr. R.COSTI, *Riflessioni sulla disciplina degli aiuti di Stato: tra analisi economica e federalismo*, e F:TOGO, *Il carattere selettivo degli aiuti di Stato: il problema aperto della c.d. selettività regionale*, entrambi in M.CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, pp. 271 ss. e pp. 299 ss.

⁴⁶ Lo dimostrano i primi pareri (negativi) resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (As 5252 Comune di Monte San Pietro e As 521 Comune di Santa Maria di Sala, entrambi reperibili su

Troppo facile, perché le condizioni generali del servizio sono stabilite dall'ente locale (tariffe, canoni, copertura oneri sociali, trattamento del personale) e potrebbero essere volutamente definite, come si è osservato ⁴⁷, in modo tale da non essere appetibili per il mercato.

Ma potrebbe essere anche troppo difficile. Infatti, alle condizioni previste dalla disposizione considerata diventa impraticabile l'affidamento *in house*, nei settori (idrico, rifiuti, ma per certi versi anche trasporti) che, per definizione, (attraverso la costituzione degli ambiti territoriali ottimali) prevedono l'individuazione di contesto territoriale nel quale il mercato certamente c'è⁴⁸.

In queste ipotesi, dunque, l'ambito territoriale ottimale dovrebbe *a priori* corrispondere alla nozione di mercato rilevante con la conseguenza, già anticipata, che sarebbe del tutto impraticabile il modello *in house*.

In quali ipotesi, allora, non è possibile ricorrere efficacemente al mercato per i servizi a rilevanza economica⁴⁹ se escludiamo i settori speciali? Certo, una più ampia applicabilità dell'*in house* va in concreto riconosciuta ai servizi privi di rilevanza economica⁵⁰, ai quali peraltro il 23 *bis* non si applica.

Altrove, lo spazio per gli affidamenti *in house* rimane invece piuttosto ridotto. L'inserimento di un parere *preventivo* dell'Autorità garante nel procedimento per l'affidamento del servizio, esprime la rinnovata dialettica tra interessi pubblici diversi: quello della tutela della concorrenza (e dunque della *par condicio* delle imprese) e quello dell'autodeterminazione dell'ente locale in ordine allo sviluppo economico e civile della comunità locale (*ex art. 112 Testo Unico*), che trova peraltro una recente conferma nell'art. 12, lett. i) l. 42/09 in tema di definizione delle tariffe⁵¹ per prestazione di servizi a richiesta individuale.

I termini in cui il parere verrà precisato⁵² daranno la misura del ruolo svolto e in definitiva della composizione tra questi interessi.

In ogni caso, l'attuale ordinamento dei servizi pubblici locali evidenzia l'esistenza di forme diverse di "regolazione concertata"⁵³, sia di tipo orizzontale che verticale.

www.dirittoediservizipubblici.it). E' interessante, poi, il caso analizzato dall'Autorità con il parere del 5.06.09, n. AS548, www.dirittoediservizipubblici.it nel quale, con riferimento ad una richiesta di parere relativa alla gestione di un servizio di raccolta differenziata e trasporto dei rifiuti solidi urbani, l'Autorità suggerisce di separare le attività in modo tale da affidare direttamente solo quelle non offerte dal mercato.

⁴⁷ A.VIGNERI, *I servizi pubblici locali, cit.*

⁴⁸ Con particolare riguardo al settore idrico, si rinvia alle considerazioni di J. BERCELLI, *Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico integrato*, Rimini, Maggioli, 2001.

⁴⁹ In questo senso anche la già richiamata delibera della Corte dei conti, n 195 del 2009.

⁵⁰Salvo il fatto che in questo caso la disciplina non può essere quella statale, perché la materia rientra ormai a pieno titolo tra le materie di competenza regionale, per effetto della già richiamata sentenza 272/2004 della Corte costituzionale.

⁵¹ In proposito, si v. anche il Protocollo d'Intesa relativo ai rapporti di collaborazione tra il Ministero dello sviluppo economico ed il CNEL per la sorveglianza delle tariffe dei servizi pubblici locali, del maggio 2009, www.astrid-online.it.

⁵² E' significativa la sentenza del Tar Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430, www.dirittoediservizipubblici.it, nella quale viene considerato illegittimo un affidamento *in house* deliberato *senza* adempiere all'obbligo di trasmettere all'Autorità gli atti per il rilascio del parere (che peraltro dovrebbe avvenire prima di assumere la deliberazione in merito all'affidamento del servizio). Un parere, dunque, correttamente qualificato dal Tar come obbligatorio e che almeno in termini di motivazione comporta, come osserva lo stesso giudice, che l'ente "deve tenerne conto".

Quanto alla prima, le esigenze di efficienza e qualità del servizio, e di riduzione degli sprechi di risorse pubbliche, rendono in molti casi opportune forme di cooperazione⁵⁴ e dunque di regolazione tra più enti locali.

In proposito, l'art. 23 *bis*⁵⁵ delinea la costituzione di bacini di gara per singoli servizi, attraverso la modalità ritenuta più opportuna, e l'affidamento ad un unico soggetto selezionato con gara, generalizzando in tal modo il principio già noto in alcune normative di settore.

Ciò potrebbe avvenire, per i servizi a rilevanza economica e diversi da quelli già disciplinati con normative *ad hoc*, con il ricorso a formule convenzionali che prevedano l'accordo dei comuni interessati per affidare la gestione del servizio per il territorio così definito ad un unico gestore, individuato ai sensi del 23 *bis*.

In proposito, è utile ricordare che con una recente pronuncia la Corte di Giustizia⁵⁶ ha ritenuto legittimo il contratto stipulato dai Landkreise (circostrizioni amministrative tedesche) e relativo allo smaltimento dei rifiuti direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza che tale contratto di prestazione di servizi fosse stato oggetto di una gara d'appalto, sul presupposto che “un'autorità pubblica possa adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”.

In quell'ipotesi viene ammessa la possibilità che enti locali contermini possano stipulare un accordo per avvalersi, senza esperire una procedura concorsuale, del servizio di raccolta dei rifiuti prestato da altro ente locale, se questo non comporta la costruzione e gestione di un impianto destinato all'espletamento del servizio.

La cooperazione tra gli enti locali realizzata nel caso in questione prende, dunque, le forme di un accordo tra enti locali, secondo il quale uno di essi mette a disposizione degli altri la propria organizzazione per la gestione del servizio.

Non vi è, la creazione di un nuovo soggetto al quale affidare la gestione congiunta del servizio, ma la possibilità di avvalersi di quello già selezionato da altro ente locale, il che sarebbe più in sintonia anche con le esigenze più generali di razionalizzazione del sistema, in base alle quali si tende a ridurre il ricorso a figure soggettive ulteriori quando ciò non si riveli necessario⁵⁷.

Vi è poi una forma di concertazione regolativa verticale. In questo caso viene in rilievo la relazione tra livello comunale e livelli superiori (provinciale e regionale) nelle ipotesi di servizi per i quali le normative di settore prevedano la costituzione degli ambiti territoriali ottimali, il che

⁵³ L'espressione viene usata in senso a-tecnico, ad indicare le diverse forme di co-regolamentazione dei servizi pubblici locali.

⁵⁴ Sul punto, di recente, C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Studi*, cit., 63-118.

⁵⁵ Si tratta del comma 7, a norma del quale gli enti locali e le Regioni possono definire bacini di gara in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala...garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

⁵⁶ Grande Sezione, 9/6/2009 n. C-480/06, www.dirittodeiservizipubblici.it

⁵⁷ E', del resto, la logica che sta alla base della già richiamata l. 244 del 2007, su cui si v. Corte cost., n. 148 del 2009, www.dirittodeiservizipubblici.it

comporta la necessità di affrontare il frazionamento delle competenze su livelli istituzionali e territoriali differenti e dunque l'utilità di forme di raccordo.

Vi è, infine, il rafforzamento della funzione di regolazione dell'Autorità Garante, che oltre all'esercizio di una funzione consultiva e di collaborazione attraverso lo strumento del parere del quale si è detto, (a norma del comma 4 *bis*, che verrebbe introdotto dall'art. 15), è chiamata a definire con propria delibera le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere.

5. *Soggetti, obiettivi e strumenti della regolazione in ambito locale.*

Come si è detto, la regolazione presenta obiettivi diversi. E' allora il caso di domandarsi se tali obiettivi siano stati raggiunti in ambito locale e attraverso quali strumenti. Per farlo, però, occorre innanzitutto verificare se ed in che termini possa parlarsi di regolazione in ambito locale.

Certo, se per pura ipotesi il sistema dei servizi pubblici locali fosse definitivamente e totalmente liberalizzato, al sistema pubblico sarebbe attribuita esclusivamente la funzione di regolazione⁵⁸, il che peraltro non ne diminuirebbe la responsabilità di fronte alla collettività di riferimento.

Veniamo così ai regolatori. E' bene ricordare come alla garanzia della regolazione in ambito locale provvedano diversi soggetti: i comuni, che rimangono titolari della competenza a disporre dell'affidamento del servizio (e che, come si è visto, in molti casi continuano a provvedere anche alla gestione), le autorità d'ambito nei casi in cui la legge ne preveda la costituzione, le varie autorità nazionali⁵⁹ e le agenzie cittadine⁶⁰.

Nella regolazione locale in materia, dunque, c'è un evidente "affollamento istituzionale", fattore come sempre di sovrapposizioni e di lacune, che impone una sistemazione più organica⁶¹.

⁵⁸ Sull'interpretazione del concetto di regolazione rispetto alla disciplina dei servizi pubblici locali, v. le considerazioni di G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione*, cit., 25 e ss.

⁵⁹ Cfr., in proposito, l'indagine conoscitiva sul settore dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani, condotta dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, n. 53 del 13.07.09 (www.dirittodeiservizipubblici.it) e il procedimento volto ad accertare l'osservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato, n. 24 del 2.04.09 (www.dirittodeiservizipubblici.it) della stessa Autorità. Le due Autorità richiamate, quella sui contratti pubblici e l'AGCM, dovrebbero peraltro svolgere funzioni diverse: la prima di vera regolazione, e cioè di protezione di diritti; la seconda, di vigilanza, e dunque di repressione di abusi e violazione delle regole. Sulle due diverse nozioni richiamate, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 326-327.

⁶⁰ Cfr., la Relazione annuale dell'Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali del comune di Roma, del 16.09.08, www.astrid-online.it. Da notare, in aggiunta, che con deliberazione del consiglio comunale del 4.11.08 è stata istituita l'Autorità sui servizi pubblici locali del Comune di Genova.

⁶¹ M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 186.

Ed è dunque singolare che la nuova disciplina non si occupi del tema delle autorità di regolazione di settore⁶².

In questo contesto rimane poi ancora da definire la questione del riassetto della *governance* locale, specie rispetto ai profili della programmazione del servizio e del controllo delle partecipate.⁶³

Veniamo ora al tema delle forme e degli strumenti della regolazione locale. In generale la funzione regolativa si traduce in ambito locale nella selezione della domanda del servizio da parte dell'ente locale, da esercitarsi attraverso la programmazione dell'attività da erogare, la definizione dei livelli di qualità, l'individuazione dei costi e così via⁶⁴.

Del resto, proprio in attuazione di un principio di sussidiarietà verticale, l'ente locale dovrebbe essere il soggetto privilegiato, disponendo degli elementi conoscitivi necessari a definire sul territorio la domanda di servizio e le modalità di gestione più adatte.

E' chiaro, infatti, che la realizzazione dell'interesse pubblico alla soddisfazione delle esigenze della collettività di riferimento, passa oltre che per il momento dell'erogazione in senso stretto dell'attività anche per le fasi di pianificazione e programmazione del servizio⁶⁵.

Oltre a selezionare i bisogni, l'ente esercita l'attività di regolazione in senso proprio, che si traduce in un complesso di attività che vanno dall'individuazione della modalità di affidamento, alla scelta del gestore, all'individuazione delle tariffe.

Si tratta di un modello di regolazione *ex ante*⁶⁶, al quale vanno ricondotti la predefinitone delle modalità di affidamento e i contratti di servizio.

Oltre alla procedura, che assolve ad una funzione anch'essa potremmo dire regolativa, il principale strumento di questa tipologia di regolazione è il contratto di servizio. Proprio i contratti di servizio, per la struttura che hanno assunto a seguito della loro generalizzazione da parte del legislatore, hanno mostrato tuttavia più di un elemento problematico.

Intanto, è chiaro che questo strumento di regolazione diventa cruciale quando la gestione del servizio passa da mani pubbliche ad erogatori privati o società miste.

Devono poi registrarsi altri elementi critici: la diffusa carenza di un aggiornato quadro di riferimento strategico-programmatico, ancor più rilevante quando i contratti di servizio siano scaduti (è il caso del Comune di Roma); l'assenza nel contratto di servizio di una compiuta valutazione dell'interesse generale, estesa anche alle esternalità positive che derivano, con

⁶² Cfr., A. VIGNERI, *op. cit.*, 14.

⁶³ E. RONCRONI, *Il controllo delle imprese di servizio pubblico locale da parte dei Consigli comunali*, *Amministrare*, 2004, 241.ss.; G. SAPELLI, *La trasformazione delle società di proprietà comunale: eterogenesi dei fini e rimedi di governante*, *Amministrare*, 2006, 277.

⁶⁴ Come ben si sa, l'art. 117 del Testo Unico attribuisce all'ente locale la funzione di approvare le tariffe dei servizi in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione.

⁶⁵ Com'è stato osservato, infatti, se è vero che la maggiore visibilità è data dal rapporto tra interesse pubblico e servizio nel momento dell'erogazione dell'attività, è altrettanto certo tutte le altre fasi che si sono richiamate rivestono altrettanto rilievo. D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, *Dir. pubbl.*, 1999, 409.

⁶⁶ Ancora, A. MASSARUTTO, *op. cit.*

l'erogazione dei servizi, ai non utilizzatori⁶⁷; l'inevitabile rigidità di queste modalità contrattuali, quando la complessità delle situazioni e dei settori richiederebbero invece strumenti flessibili.

A quanto appena indicato dovrebbe affiancarsi una regolazione *ex post*, essenzialmente finalizzata alla verifica del modo con cui il servizio viene erogato, per soddisfare uno degli obiettivi principali della regolazione, vale a dire la tutela dell'utente finale. Qui torna il tema delle Carte dei servizi, in più di un caso scarsamente utilizzate o semplicemente mai adottate (ancora il caso di Roma⁶⁸).

Stando così le cose, in linea teorica si possono individuare due distinti momenti regolativi; quello *ex ante*, che dovrebbe svolgere un ruolo principalmente di programmazione specifica e di competenza dell'ente locale e quello *ex post*, affidato invece (almeno in parte) a regolatori indipendenti con il compito di rinegoziare i contratti, di vigilare sulle tariffe e sulla sostenibilità finanziaria della gestione.

6. *Autonomia, responsabilità e adeguatezza dei regolatori.*

Il quadro, per quanto problematico, che è emerso permette di individuare nello stesso tempo fattori di crisi e ragioni di evoluzione in positivo. A patto, s'intende, di tenere ben presenti queste e quelli e soprattutto le reciproche loro connessioni.

Se i risultati raggiunti finì ad oggi sono modesti, e se le scelte operate in sede locale sono essenziali ed ancor più lo saranno in prospettive nel ricorso al regime ordinario o a quello derogatorio, è evidente che le possibili vie di uscita dall'*impasse* attuale non passano solo per soluzioni di forte e razionalizzata regolamentazione. La tastiera da usare è infatti più ampia, almeno tanto quanto lo sono i fattori che hanno determinato le difficoltà da cui si stenta ad uscire. Vediamoli.

Intanto, è innegabile che tutti hanno le loro responsabilità a cominciare, nelle sedi più elevate, dalle vistose oscillazioni dell'ordinamento comunitario e del legislatore nazionale su elementi essenziali, per passare alle incertezze della giurisprudenza amministrativa e poi finire con la seria disattenzione riservata dalla Corte dei conti agli aspetti ordinamentali e concreti della allocazione delle risorse da privatizzazioni: disattenzione pari almeno all'ostinazione con cui, invece di seguire in questo ed altri casi la strada maestra del ruolo di garanzia della regolarità e dell'equilibrio delle gestioni locali, ci si è avventurati su territori assai più incerti e su strumentazioni del tutto incerte, come è avvenuto battendo la strada della responsabilità amministrativa per le spa a partecipazione pubblica.

Ma l'ambito locale non è da meno, ed è comunque quello che qui più interessa. Il dato più evidente, e giustamente da tutti sottolineato, è quello dei comuni e degli enti locali, travolti dal paralizzante cumulo di ruoli - titolari della funzione, proprietari di beni, regolatori, azionisti, amministratori, garanti dei rapporti di cittadinanza e di utenza - di cui sono consapevoli e interessati portatori. Ma altri due aspetti meritano di essere sottolineati.

Il primo riguarda le regioni, protagoniste di una sorprendente evanescenza su un tema cruciale per il governo dei territori e dei sistemi locali alla scala sovra-locale. Tra le assenze più significative può ricordarsi il capitolo, in larga parte ancora da scrivere, di quanto avvenuto nelle

⁶⁷ F. TOMASSI, *I servizi locali tra gestione privata e regolazione pubblica*, www.astrid-online.it.

⁶⁸ Cfr., la richiamata relazione dell'Agenzia cittadina.

politiche (pubbliche?) di integrazione tra le aziende e società pubbliche di maggiori dimensioni del territorio nazionale, (Acea, Hera, Iride, ecc.) o, su un piano diverso ma altrettanto emblematico, il mancato intervento in favore di razionalizzazioni procedurali e organizzative, quali la definizione di bacini di gara per i diversi servizi (a fini di economie di scala) o per l'integrazione di servizi a domanda debole e servizi più redditizi, a cui oggi le chiama il comma 7 dell'art.23-bis appena rivisto. Ma che in buona misura avrebbero già potuto essere operate, solo che lo si fosse voluto, in ragione delle competenze legislative regionali e delle forme cooperative tra regioni e con il centro riconosciute titolo V Cost. così come riformato nel 2001.

Il secondo aspetto riguarda il piano del metodo, e l'insistenza in qualche caso anche dottrinale su interventi che prima di ogni altra cosa scontano una insufficiente conoscenza, e valutazione, di quanto sta fuori e intorno all'amministrazione. Si pensi alla necessità di distinguere, articolando adeguatamente problemi e soluzioni, tra condizioni del mercato, settori di attività, contesto territoriale e socio-economico (lo si è appena cominciato a fare ora, con il comma 3 del nuovo art.23-bis), soggetti sia pubblici (v. i comuni, per dimensioni) che privati (da distinguere utenti professionali e occasionali, individuali e collettivi, imprese e altri).

Questo non riguarda solo il contesto socio-economico e geografico locale, ma anche la realtà delle imprese che non si esaurisce in quella dei gruppi di pressione dentro e intorno alle commissioni parlamentari. Solo con lo scarso interesse prestato alla variegata realtà delle imprese e dei privati, infatti, si può spiegare la maggior parte delle disposizioni rigidamente vincolistiche adottate con riguardo alle società miste, tanto che c'è da chiedersi come si pensi di imboccare nello stesso tempo la strada, in sé apprezzabile, del socio a forte presenza di apporto operativo e di capitale, e quella del regime di blocco delle spa a partecipazione pubblica che in via legislativa e giurisprudenziale tende fatalmente ad estendersi anche alle società miste di gestione dei servizi pubblici locali.

Stando così le cose, e i problemi, è possibile tracciare alcune indicazioni per agevolarne se non la soluzione almeno il miglioramento.

Se in punto di metodo, ad esempio, è certa la necessità di operare le distinzioni che si sono dette, per altro aspetto è indubbio che gli enti locali non possono essere lasciati da soli, sia in termini organizzativi che di verifica di regolarità e di congruità, a maggior ragione con il nuovo regime delle gare, dove oltre ad aspetti decisivi, come la formulazione dei bandi e gestione della procedura di evidenza pubblica, si giocano gli elementi pregiudiziali e fondanti il regime ordinario o derogatorio come la rilevanza economica o meno del servizio o l'assenza di utile ed efficace ricorso al mercato che altrimenti rimarrebbero interamente affidati alle loro mani.

Dunque, per questi aspetti, è necessario insistere nel processo di aggregazione per ambiti, così come non debbono considerarsi elementi rilevanti solo nel rapporto tra Pa e imprese i profili della motivazione, con i conseguenti obblighi di trasparenza e pubblicità anche in termini di comunicazione pubblica dei costi che ricadono sul contribuente in ragione delle condizioni generali e organizzative scelte per il servizio.

Ma altrettanto può dirsi rispetto alla regolazione, *ex ante* e *ex post*, razionalizzando le autorità di regolazione e colmandone i vuoti - si pensi ai settori che ne sono mancanti come ciclo rifiuti, servizio idrico, e trasporti - oltre a ridefinirne basi e presupposti in modo da maturare una conoscenza adeguata delle condizioni dei contesti economici e territoriali e dei soggetti privati con cui si ha a che fare. Il che forse potrebbe avvenire, una volta che l'ente locale di riferimento abbia

definito gli obiettivi generali e specifici da perseguire nel settore, anche affidando la redazione tecnico-amministrativa dei bandi a sedi apposite dotate di particolare competenza tecnica e giuridica e di indiscussa credibilità.

Né dovrebbe mancare, come più volte si è ricordato, chi provveda a monitorare le condizioni della finanza locale e l'uso delle risorse liberate con la dismissione di quote azionarie: qui la sede tecnica ci sarebbe già, e cioè la Corte dei conti, sicché non resta che auspicare che tali profili siano considerati con più attenzione di quanto fino ad ora è avvenuto. Ma resta sempre il punto della gara, e in particolare l'enfasi ma anche la indeterminatezza con cui fino ad oggi vi si è rapportati.

E' allora possibile, a questo punto, tornare all'interrogativo che si era posto all'inizio in ordine a quale concorrenza e quanta regolazione in ambito locale.

Il dato che emerge con chiarezza è che il legislatore ha oggi, almeno in linea di principio, optato per la concorrenza, scegliendo decisamente la gara e relegando l'*in house* a strumento eccezionale.

Si tratta certamente dell'effetto degli orientamenti comunitari (peraltro non univoci, come si è visto) integrato dall'assunto, in questo caso domestico, della netta preferenza per la forme esternalizzate di gestione dei servizi: gestione non necessariamente e interamente privatistica, dato il recupero della società mista.

E' difficile dire se questo sia il definitivo punto di approdo di un percorso, avviato quasi dieci anni, inteso a restringere progressivamente i margini di discrezionalità riconosciuti all'ente locale nell'individuazione delle modalità di gestione, anche perché si è trattato di un processo tutt'altro che lineare sia in sede legislativa che giurisdizionale⁶⁹.

Ma a maggior ragione, ne esce confermata la necessità di allargare l'attenzione oltre al tema della gara sia perché se ne dovrà mettere a punto la tipologia, dato l'orientamento alla integrazione tra più servizi, sia perché c'è un prima e un dopo che sottolineano come per il solo fatto di esserci, la gara non possa costituire *in sé* la soluzione di tutti i problemi.

Questo non significa che si debba, come in qualche caso si è fatto, auspicare la possibilità per le aziende pubbliche di vincere le gare, laddove queste siano improntate sui criteri di qualità del progetto, presidio del territorio, rapporto fiduciario⁷⁰.

Significa piuttosto porsi nella prospettiva di un sistema in grado di contemperare il principio di concorrenza e quello di autonomia *responsabile* dell'ente locale nell'individuazione delle modalità di gestione del servizio più adatte al contesto (territoriale e di mercato) di riferimento. Ove la

⁶⁹ In tema, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nell'organizzazione del servizio pubblico locale*, Milano, Giuffrè, 2007. Si v., in proposito, la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 28.9.09, n. 5808, www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale si ritiene legittima la scelta dell'ente locale di passare dall'esternalizzazione del servizio all'affidamento *in house* (ad una società a partecipazione pubblica, nella quale l'ente in questione ha una partecipazione pari allo 0,26%) motivata, ispirandosi (nel rispetto dei principi costituzionali *ex art. 97*) ad un concezione dell'interesse pubblico, inteso in senso dinamico e non meramente statico. Ritenendo cioè che il nuovo approccio alla realizzazione dell'interesse pubblico operato mediante l'interiorizzazione possa costituire il momento iniziale di confronto con altri enti, partecipanti alla società pubblica, tale da permettere forme nuove e più efficaci di conseguimento dell'interesse pubblico.

⁷⁰ A. MASSARUTTO, *op. cit.*

responsabilità è la piena riconoscibilità all'esterno dei dati (fattuali, sociali, economici, giuridici) presi in considerazione, la motivazione delle scelte non solo sulla modalità della gestione ma sulle condizioni generali del servizio, la chiara rappresentazione dei vantaggi e dei costi (diretti e indiretti) attesi.

Solo un accenno alla regolazione "possibile". Se l'obiettivo della tutela della concorrenza cui la regolazione mira può ritenersi raggiungibile dal sistema dei servizi pubblici locali in un medio periodo, a diverse conclusioni deve giungersi, invece, con riguardo agli altri obiettivi della regolazione, vale a dire la qualità dei servizi, il contenimento delle tariffe e la tutela degli utenti⁷¹.

Su questi aspetti, altrettanto determinanti, troppo poco si è fatto e le ragioni vanno dal sovrappiombamento dei regolatori⁷² e dalla inevitabile sovrapposizione di competenze che ne deriva, alla latitanza delle regioni e alla disattenzione di autorità come la Corte dei conti per finire con l'approssimazione del legislatore che si è impegnato a recuperare risorse con privatizzazioni formali e sostanziali senza preoccuparsi che fossero davvero destinate, come dovevano, a migliorare i servizi o ad abbassare le tariffe⁷³.

7. Conclusioni.

E' giunto il momento di tirare le fila del nostro non breve ragionamento. Malgrado le indubbie e positive novità del nuovo articolo 23-bis così come modificato dalla legge 166/2009, è innegabile che nel suo insieme il "sistema" dei servizi pubblici locali resti ancora sospeso in una *impasse* tra il nuovo che ancora stenta ad avviarsi, il passato che è alle spalle e una larga area segnata dai regimi (più o meno) transitori.

Naturalmente ogni settore ha la sua storia particolare, ma alcune contraddizioni non solo sono endemiche e generalizzate, ma non sembrano facilmente superabili. Tra queste, la maggiore risiede nel fatto che non sono facilmente conciliabili i vincoli, e i limiti, del mercato rilevante nonché i vincoli, e i limiti, della separazione tra titolarità e gestione da un lato, e il fatto che la legittimazione degli enti territoriali (non solo) in Italia è in larga parte ancora dipendente proprio dai servizi pubblici locali e dal loro funzionamento.

⁷¹ In proposito, si v. il nuovo schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 4 della l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso in ordine all'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, www.dirittodeiservizipubblici.it

⁷² Nel quale va ricompreso, in più di un settore rilevante per il sistema locale, il "ritorno" dei ministeri: cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in Riv. trim. dr. pubbl., 2/2009, p.435 ss

⁷³ Approssimazione che si perpetua anche nell'art. 15 del D.L. 135/2009 nella parte in cui, prescrivendo agli enti locali di scendere sotto la quota del 30% nella partecipazione alle società quotate, avvia dismissioni di portata significativa senza legarne la destinazione al miglioramento della qualità del servizio o alla riduzione delle tariffe.

Nel frattempo, i processi di privatizzazione e/o liberalizzazione nel o per il mercato hanno attivato una visibile "cattura" del regolatore cominciando, naturalmente, dal legislatore con abbozzi di regimi innovativi largamente ridimensionati dai regimi transitori, con modeste ricadute in termini di miglioramento della qualità dei servizi quando non si è avuto un abbassamento; con limiti generalizzati, e crescenti, alla impresa pubblica.

Se le cose stanno in questi termini, c'è seriamente da chiedersi se in parallelo alla precisazione del se e quanto di mercato non sia consigliabile dedicarsi *anche* alla ridefinizione, e al miglioramento ricostruzione, del pubblico.

Senza confusioni né ambiguità. E' evidente che, giunti a questo punto, non c'è alcun rischio di impensabili ritorni al passato, sia per le giuste scelte di fondo e di principio sia per regioni del tutto pratiche, come le dismissioni già operate o le scelte finanziarie (dall'uso delle risorse alla quotazione in borsa) nel frattempo maturate.

Chiarito questo c'è più di una ragione, anche in vista di un periodo transitorio non breve dovuto alla resistenza dei soggetti di volta in volta interessati ma anche al lento maturare di complesse e necessarie condizioni regolative, finanziarie ed economiche, per dedicarsi alla messa a punto di migliori condizioni di regolazione e funzionamento dei soggetti pubblici, in tutti i ruoli dai medesimi giocati.

Ritornano così i temi della efficienza dell'impresa pubblica, del ruolo giocabile dagli ambiti sovracomunali e dalla integrazione tra settori, di più forti poteri di regolazione e di controllo nell'interesse pubblico sia riferiti *ex ante* al procedimento di affidamento del servizio che alle verifiche *ex post* anche per opera di sedi appositamente dedicate, dei presupposti e delle modalità di esternalizzazione, della tutela del mercato dalla impropria utilizzazione dei privilegi da parte dei soggetti pubblici, di più adeguate forme di *governance* in particolare tra enti locali e società quotate.

Per chi ci ha seguito finì a questo punto, credo sia facile verificare che non si tratta di nostalgia del tempo che fu ma della ragionevole cura da dedicare al pubblico, anche nell'interesse degli operatori privati, nel non breve periodo in cui il sistema continuerà, come è oggi, ad essere misto.

Rimangono in piedi molti problemi, è indubbio. Ma se è vero quanto è stato osservato con riferimento ai rapporti di utenza, e cioè che "la regolazione in materia non richiede alcuna retorica: ha, invece, bisogno di poca (e buona) teoria e di molta (e difficile) pratica"⁷⁴, forse è proprio questa la strada da battere.

⁷⁴ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi*, cit., p.178.

