

La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi. (*)

di Aldo Travi

1. La potestà tariffaria dell'amministrazione per i servizi d'interesse generale può essere ricondotta a tre modelli generali: quello in cui la potestà tariffaria si attua in assenza di una regolazione generale del settore, quello in cui la potestà tariffaria costituisce una componente della regolazione del settore e quello in cui la regolazione del settore si attua senza una potestà tariffaria. Il secondo modello, cui dedicherò gran parte delle mie considerazioni, merita subito una precisazione, che è necessaria per valutare meglio gli altri due modelli. Si caratterizza, infatti, non per un semplice accentramento, in capo all'amministrazione, delle competenze concernenti la potestà tariffaria e la regolazione del settore, ma per il fatto che la potestà tariffaria costituisce un elemento specifico della regolazione, in rapporto stretto con tutti i fattori che la contraddistinguono: l'intervento sulla qualità dei servizi, l'apertura del mercato, l'attuazione degli obblighi di servizio universale, ecc.

Nei settori rispetto ai quali la potestà tariffaria è esercitata dall'amministrazione in assenza di una regolazione generale la tariffa rappresenta essenzialmente il risultato del confronto fra due ordini di interessi contrapposti: l'interesse aziendale dell'operatore che gestisce il servizio e l'interesse generale, spesso qualificato dal riferimento a politiche sociali o semplicemente orientato al contenimento della spesa pubblica o collettiva. Proprio per la consapevolezza di questa contrapposizione l'indagine giuridica sui provvedimenti tariffari, fino ad anni recenti, si concentrava principalmente sulla figura dell'operatore, trascurando invece la posizione del consumatore o dell'utente, che sembrava assorbita da quella dell'amministrazione; di conseguenza, per esempio, assumeva rilievo centrale la verifica della compatibilità della tariffa con l'art.41, primo e terzo comma, Cost. In questa prospettiva la giurisprudenza, per esempio, ha riconosciuto la necessità che, in linea di principio, all'operatore fosse garantito un ragionevole margine di utile per il servizio svolto.

Nei casi in cui l'intervento amministrativo si incentra (o, addirittura, si esaurisce) nella potestà tariffaria, i profili tipici di una regolazione di settore tendono ad essere recessivi. In particolare non assume rilievo specifico l'efficienza gestionale dell'operatore privato: l'operatore può essere indotto a ricercare risultati di maggiore efficienza per ragioni economiche aziendali, magari rese più urgenti dalla riduzione dei margini operata dai provvedimenti tariffari, ma l'efficienza gestionale rimane solo un obiettivo individuale dell'operatore, e non è un obiettivo istituzionale perseguito autonomamente anche dai provvedimenti dell'amministrazione. L'efficienza gestionale è perseguita dall'operatore nel suo proprio interesse, e non per ragioni di ordine più generale.

() Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri su "La Regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, venerdì 6 novembre 2009*

Ciò può forse far ritenere che questo modello debba ritenersi obsoleto e in via di superamento, a favore del modello che invece inquadra la potestà tariffaria in una regolazione di settore. In realtà non è così, e la varietà delle situazioni nei mercati dei servizi si esprime ampiamente anche per questo aspetto.

In particolare, in tema di servizi pubblici locali, l'art.117 d.lgs. 267/2000 detta i criteri per la formazione della tariffa, ma non li colloca in alcun processo più ampio di regolazione. Si può forse obiettare che l'ente locale ha la possibilità di intervenire più puntualmente sull'attività dell'operatore nel contratto di programma, ma va osservato che in realtà il contratto di programma ha un ruolo diverso e riveste anche la finalità di garantire l'autonomia gestionale dell'operatore da interferenze dell'amministrazione. E' comunque significativo che i quattro criteri generali stabiliti dall'art.117 del d.lgs. 267/2000 per la tariffa dei servizi pubblici locali non contengano alcun riferimento diretto al canone dell'efficienza gestionale. Vale solo la circostanza che il provvedimento tariffario segue a una selezione dell'operatore effettuata con una procedura di gara e che la gara dovrebbe assorbire anche le ragioni dell'efficienza.

Ancora, per il servizio idrico, nella fase transitoria in cui operano ancora molte amministrazioni locali (e che è destinata ad essere superata solo nel momento in cui, per effetto dell'attuazione degli A.T.O. sarà operativo il c.d. sistema normalizzato¹), vige una potestà tariffaria del CIPE, in un quadro di gestioni frammentate e ancora oggi non 'regolate'². La circostanza che questo assetto debba ritenersi transitorio non vale a rendere meno grave la serie di inadempienze che ha caratterizzato l'aggiornamento della tariffa nell'ultimo decennio, determinando situazioni di diseconomicità che sono state a loro volta causa di gravi inefficienze³. Tali inadempienze, però, riflettono proprio la convinzione che la tariffa coinvolga esclusivamente, accanto agli interessi aziendali dell'operatore, le ragioni della spesa pubblica e della protezione sociale delle utenze e che le tematiche dell'efficienza siano sostanzialmente estranee ad essa.

Di questo stato di cose mi pare un ulteriore esempio il sistema dei prezzi dei farmaci. In questo caso non è identificabile un servizio di interesse generale, perché il mercato dei farmaci è 'libero', e semmai i medicinali sono oggetto di forniture di beni, e non di servizi, ma vige un sistema di disciplina molto severa dei prezzi, per ragioni connesse alla tutela di interessi generali e in correlazione a un servizio esso sì pubblico (il servizio sanitario nazionale). La disciplina si incentra oggi sull'art.48 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326, che prevede che il prezzo venga fissato con un 'accordo' fra il produttore e l'amministrazione competente (AIFA), in riferimento al prezzo medio europeo; tale accordo sembra riconducibile al modello dell'art.11 della l. 241/1990.

¹ Cfr. legge 5 gennaio 1994, n. 36, artt. 13 ss.; per la salvezza di questa disciplina, cfr. d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 174.

² Per la previsione di tale potestà, cfr. art. 2, comma 3, d.l. 17 marzo 1995, n. 79, conv. in l. 17 maggio 1995, n. 172; art. 31, comma 29, l. 23 dicembre 1998, n. 448.

³ La tariffa, che avrebbe dovuto essere aggiornata annualmente, non è stata più aggiornata per il periodo 2003-2007, per ragioni presumibilmente di ordine politico: il Cipe di recente ha dovuto provvedere, con delibera 18 dicembre 2008, n.117, solo perché in seguito a Tar Lazio 5 novembre 2008, n. 9673, se ne profilava il commissariamento.

Su questa disciplina si sono innestati, più di recente, alcuni interventi legislativi, che hanno imposto prima decurtazioni sistematiche dei prezzi dei farmaci e, successivamente, l'introduzione per i farmaci più importanti di una revenue-cap, che comporta l'esclusione di un diritto al compenso per le quote di fatturato eccedenti rispetto a un budget assegnato all'inizio dell'anno ad ogni singolo operatore⁴ (e spesso ritoccato al ribasso anche in corso d'anno⁵). Si tratta di un modello non convincente, non tanto perché il revenue-cap rappresenta un disincentivo alle aziende per lo sviluppo dei propri prodotti⁶, ma soprattutto perché il sistema contrattuale, che rimane pur sempre in vigore, risulta incompatibile con la prassi delle revisioni unilaterali⁷. Ad ogni modo, in un contesto del genere, qualsiasi risultato di efficienza gestionale appare di per sé irrilevante e non rappresenta un obiettivo degli interventi pubblici sui prezzi.

2. Nel modello che invece inquadra la potestà tariffaria in un contesto di regolazione, l'efficienza dell'operatore è un elemento di specifico rilievo e viene considerata qualificante, anche in relazione ai vantaggi che ne ricavano gli utenti e il sistema economico nazionale. In proposito è utile proporre alcune considerazioni riferite al settore energetico.

Come è noto, in questo settore, nella logica della filiera che caratterizza i servizi dell'energia, vanno distinti ambiti c.d. regolati e ambiti c.d. liberi. I primi corrispondono in genere a monopoli legali o naturali; pertanto per essi non è possibile rimettere le condizioni economiche della prestazione a una contrattazione fra le parti; il corrispettivo è oggetto di provvedimenti tariffari. I secondi (in particolare, l'approvvigionamento dell'energia dai produttori o dagli importatori, la somministrazione al cliente finale) sono invece devoluti alla concorrenza nel mercato; le condizioni economiche delle prestazioni sono rimesse a libere contrattazioni, fermo restando che il prezzo include anche le componenti tariffarie (si pensi al caso della vendita al cliente finale). La distinzione fra tariffa e prezzo non è sempre chiara nei testi normativi: per esempio, la stessa legge n. 481/1995, sui servizi di pubblica utilità, definisce la "tariffa" come "un prezzo massimo unitario del servizio", e cioè la designa in definitiva come 'prezzo' (art.2, comma 17). La stessa disposizione precisa pertanto che la tariffa identificerebbe solo un prezzo 'massimo', e perciò teoricamente, anche negli ambiti regolati, l'operatore avrebbe la capacità di contrattare il corrispettivo, purché per un importo più bassi; questa ipotesi appare però di minore rilievo pratico, non solo perché l'operatore è anche monopolista, ma soprattutto perché deve operare rispettando i vincoli derivanti dal principio di non discriminazione.

⁴ Cfr. art. 5 del d.l. 1 ottobre 2007 n.159, conv. in l. 29 novembre 2007 n.222.

⁵ Rispetto all'anno 2009 il tetto di spesa veniva fissato inizialmente nella misura del 14% del finanziamento ordinario della spesa sanitaria corrente; con l'art.13, primo comma, del d.l. 28 aprile 2009, n. 39, conv. in l. 24 giugno 2009 n.77, tale tetto veniva ridotto al 13,6 %. Per l'anno 2010, l'art. 22, comma 3, del d.l. 1 luglio 2009 n. 78, ha imposto un'ulteriore riduzione al 13,3%.

⁶ Trattandosi di farmaci la cui dispensazione è soggetta a prescrizione medica, si può forse sostenere che queste esigenze aziendali debba ricevere minore considerazione.

⁷ Esse, infatti, dovrebbero postulare o un'inattendibilità dell'accordo (di cui però l'amministrazione è stata parte determinante), o la subordinazione delle ragioni economiche del settore privato a circostanze del tutto esterne, come il ripianamento della spesa farmaceutica.

Rispetto agli ambiti regolati, la tariffa deve rispondere ai criteri generali sanciti dall'art.1 della legge n. 481/1995 e ai criteri più specifici posti dall'art.2, c. 18 ss., della stessa legge, oltre che alle disposizioni di settore⁸.

I criteri generali sanciti dall'art.1 riguardano la regolazione nel suo complesso e attengono a una serie di canoni, che coprono vari profili, relativi al servizio nel suo complesso, all'utilità economica della gestione, alla qualità dei servizi, alla loro economicità, agli interessi degli utenti e dei consumatori, agli obiettivi di carattere sociale, di tutela ambientale e di efficiente uso delle risorse. Nella disposizione si possono così identificare coppie di interessi giustapposti, in un quadro che cerca di rappresentare tutte le esigenze in gioco, riconducibili ai vari ordini di soggetti coinvolti; questo è il quadro della regolazione, ma è nello stesso tempo anche quello della potestà tariffaria. La tariffa diventa il fattore che esprime un punto di equilibrio fra tutti i vari interessi e rispetto a questo equilibrio un obiettivo essenziale è rappresentato dall'efficienza dell'operatore.

I criteri generali enunciati dall'art.1 della legge n. 481/1995 rappresentano, come è noto, uno dei temi più importanti e discussi nella teoria della regolazione nei servizi di pubblica utilità. Gli obiettivi e le finalità elencati nell'art.1 della legge sono stati considerati via via come vincoli pregnanti, come fattori di legittimazione dei poteri (magari, impliciti) delle Autorità indipendenti, o talvolta solo come proclami astratti o dichiarazioni politiche. Resta però il fatto che anche il Consiglio di Stato li ha considerati come parametri significativi per verificare la legittimità dei provvedimenti tariffari delle Autorità per i servizi di pubblica utilità⁹.

I criteri speciali sono definiti invece nella legge n. 481/1995 dall'art.2, comma 18 e ss. Compare in queste disposizioni il riferimento al 'price cap', di cui è componente caratteristico il parametro del c.d. efficientamento, ossia il tasso di recupero di efficienza e di produttività nel tempo. La tariffa richiede una determinazione orientata verso l'efficienza: perciò deve prevedere che il costo iniziale decresca col recupero di efficienza. L'efficienza gestionale diventa decisiva per i risultati aziendali anche per un altro profilo: se i risultati sono migliori rispetto al recupero di efficienza, il 'profit sharing' che si ricava rappresenta un vantaggio importante per l'operatore. Tale risultato deve essere suddiviso al 50% fra l'operatore e gli utenti¹⁰, ma nel valutare questo dato non si deve dimenticare che nella tariffa è già compresa la remunerazione del capitale. Di conseguenza il 50% di 'profit sharing' conseguito dall'operatore con un maggior recupero di efficienza si somma all'ordinario utile d'impresa; ciò appare importante, anche dal punto di vista giuridico, perché identifica un punto di equilibrio fra i canoni della redditività e della economicità richiamati dall'art.1 della legge 481/1995¹¹.

Resta da capire, in questo contesto, quale nozione di efficienza aziendale si debba riconoscere, alla luce della legislazione e della giurisprudenza. La giurisprudenza propone una definizione più in termini negativi, che in termini

⁸ Per il gas, cfr. artt. 23 e 28 d.lgs. 164/2000; ecc.

⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2971.

¹⁰ Così disponeva l'art.1-quinquies del d.l. 230/2003 per un periodo transitorio, corrispondente al secondo periodo di regolazione, ma il criterio è stato generalizzato e reso permanente negli atti successivi dell'Autorità

¹¹ Cfr., in argomento, Trimarchi Banfi, Lezioni di diritto pubblico dell'economia, 2° ediz., Torino 2009, p. 74 ss.

positivi¹², e l'incertezza è accresciuta dall'affermazione del Consiglio di Stato che la potestà dell'Autorità per l'energia, per il profilo in esame, sarebbe espressione di una discrezionalità tecnica¹³ (salvo aggiungere, però, che il carattere necessariamente decrescente, e non invece costante, del tasso di recupero d'efficienza costituirebbe un 'fatto notorio', che l'Autorità dovrebbe necessariamente considerare¹⁴). In ogni caso sarebbe incompatibile con gli obiettivi istituzionali di efficienza una tariffa che disponesse rimborsi a piè di lista, perché essi per definizione mortificherebbero ogni sforzo individuale di efficienza. Inoltre sembra acquisito che il richiamo all'efficienza non implichi un richiamo a tutte le 'best practices' di gestione aziendale: per esempio, secondo la giurisprudenza, non comporta la necessità di determinare la tariffa nel rispetto della tutela dell'affidamento¹⁵. E, ancora, si dovrebbe distinguere una efficienza in chiave soggettiva, che è espressa dalle 'performances' del singolo operatore, da una efficienza in chiave oggettiva, che considera la situazione obiettiva di prestazione del servizio (si pensi al caso della distribuzione del gas in una zona montana rispetto allo stesso servizio in una zona urbana).

Il tema dell'efficienza a sua volta conduce, negli interventi più recenti, a quello delle modalità di verifica dell'efficienza. Per questo profilo è significativo il passaggio dal modello tariffario c.d. parametrico, che si basava sui costi 'tipo' di una impresa efficiente, al modello c.d. individuale, che si basa invece sui dati contabili della singola impresa. Il passaggio è stato reso possibile da fattori più generali di regolazione, che hanno attuato il c.d. unbundling, ossia la separazione contabile e gestionale delle diverse gestioni, rendendo così più trasparenti i dati contabili e aprendo una prospettiva virtuosa nei rapporti fra attendibilità contabile e tariffazione dei servizi.

A mio giudizio, pur con tutte le incertezze e le frammentazioni che caratterizzano la materia, emergono due elementi condivisi, rispetto alla potestà tariffaria esercitata nel contesto in esame. Il primo è rappresentato dal principio che un'impresa 'efficiente' non può subire, ad opera dei provvedimenti tariffari, una decurtazione nei costi sostenuti (comprensivi della quota ordinaria di remunerazione del capitale): per evitare risultati negativi, la tariffa, in casi del genere, deve contemplare semmai strumenti perequativi¹⁶. Il secondo è rappresentato dall'obiettivo che un'impresa non venga penalizzata da provvedimenti tariffari, a causa di inefficienze localizzate più a monte nella filiera dell'energia: ciò d'altra parte coincide con la considerazione che l'efficienza rappresenta un valore che coinvolge tutti i segmenti della filiera, fino ad assumere un rilievo generale per il servizio nel suo complesso.

¹² Ossia, rileva soprattutto i comportamenti incoerenti con l'obiettivo dell'efficienza.

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2070; sez. VI, 2 maggio 2006, n. 2444. Le due affermazioni sono strettamente correlate: esse hanno come elemento comune il rifiuto del giudice di dar corso a verifiche o approfondimenti di ordine tecnico, in particolare con una consulenza tecnica d'ufficio. Alcuni colleghi economisti mi segnalano che il calo del tasso di recupero dell'efficienza si misura solo nel lungo periodo (i periodi di regolazione tariffaria dell'Autorità per l'energia sono invece quadriennali).

¹⁵ La tutela dell'affidamento è considerata un valore non solo distinto dall'ambito dell'efficienza, ma anche recessivo rispetto ai principali interessi che governano la potestà tariffaria (cfr. Tar Lombardia, sez. IV, 24 marzo 2005, n. 659).

¹⁶ Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 689, in Trib. amm. reg. 2000, I, 5009. Il valore di questa affermazione risulta però un po' attenuato dalla tesi del Consiglio di Stato, secondo cui gli interventi perequativi potrebbero essere 'non contestuali' alle misure tariffarie (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6070).

3. Il terzo modello è quello cui tende il processo di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità previsto dalla legge n. 481/1995 e avviato concretamente con le riforme del 1999-2000, in attuazione delle direttive comunitarie sul mercato dell'energia. Non vi è rinuncia alla regolazione, ma in un contesto concorrenziale viene meno la ragione della potestà tariffaria, perché il giusto prezzo della prestazione è determinato dal mercato e la concorrenza rappresenta un fattore adeguato di stimolo all'efficienza. Questo modello assume rilievo per i settori 'liberalizzati' nell'ambito della filiera dell'energia.

A questo proposito, però, emergono anche dati divergenti, che è interessante valutare attraverso il riferimento a un settore particolarmente critico, quello dell'erogazione del gas di città alle c.d. utenze domestiche.

Come è noto, dal 31 dicembre 2002 tutti gli utenti del servizio del gas sono divenuti "clienti idonei" e possono approvvigionarsi liberamente sul mercato. Tuttavia ciò non ha comportato il superamento della potestà tariffaria: nell'approssimarsi della scadenza il legislatore, preoccupato per il rischio che si verificasse un incremento dei prezzi, decise di prorogare transitoriamente il sistema tariffario (d.l. 4 settembre 2002, n. 193¹⁷, in base al quale fu poi emanato il d.P.C.M. 31 ottobre 2002). Agli interventi legislativi corrispose l'intervento dell'Autorità per l'energia che prorogò anche dopo il 31 dicembre 2002 le tariffe per le utenze civili (delibera 207/2002, di proroga della tariffa stabilita con la delibera n. 195/2002).

Dopo oltre un anno il legislatore, con la l. 23 agosto 2004, n. 239, effettuò una nuova ricognizione del settore energetico, distinguendo fra attività 'libere' (corrispondenti agli ambiti liberalizzati), e attività di interesse pubblico e attività in concessione: secondo il Tar Lombardia il decreto avrebbe comportato pertanto la cessazione della fase transitoria e restituito al mercato la determinazione dei prezzi anche rispetto alle utenze domestiche¹⁸. Il Consiglio di Stato, invece, sostenne che, anche dopo la legge del 2004, il potere tariffario sarebbe rimasto intatto e che la sua giustificazione sarebbe stata rappresentata dal permanere di condizioni di concorrenza imperfetta; in una situazione del genere l'applicazione delle regole del mercato sarebbe stata insensata¹⁹.

Gli interventi della giurisprudenza avevano tratto occasione da alcuni provvedimenti tariffari dell'Autorità che regolavano in modo più stretto il mercato del gas. In particolare con la delibera n. 248/04 l'Autorità aveva stabilito le modalità di aggiornamento della componente 'materia prima' delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale, con effetto, oltre che sulle forniture per le utenze domestiche, anche sulle condizioni economiche praticate dai venditori all'ingrosso. E di fronte alla volatilità dei costi della materia prima, l'Autorità aveva introdotto una clausola di salvaguardia, che limitava la possibilità per gli operatori di riprodurre nei loro prezzi le oscillazioni riscontrabili nei mercati internazionali. Obiettivo della clausola era la riduzione dei costi per gli utenti finali, ma venne sostenuto che questa clausola avrebbe riprodotto la condotta commerciale degli operatori più efficienti, che

¹⁷ Conv. in l. 28 ottobre 2002, n. 238.

¹⁸ Tar Lombardia, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 3478.

¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2005, n. 5077; sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352.

già in precedenza si sarebbero garantiti, con strumenti finanziari, dalle oscillazioni della materia prima. In questo modo, secondo l’Autorità, la clausola di salvaguardia avrebbe dovuto indurre gli operatori ad adottare strategie aziendali più virtuose²⁰.

Nel 2007 l’Autorità intervenne nuovamente introducendo, in via transitoria, una disciplina a tutela degli utenti domestici²¹. Come è accaduto anche in altre occasioni, l’intervento dell’Autorità fu avvalorato ‘a posteriori’ da un intervento legislativo: il d.l. 18 giugno 2007, n. 73²², stabilì infatti che “transitoriamente” l’Autorità avrebbe dovuto stabilire, per le forniture ai clienti finali domestici, “prezzi di riferimento” per le forniture di gas e di energia elettrica, che le imprese di distribuzione o di vendita avrebbero dovuto obbligatoriamente comprendere fra le proprie offerte commerciali²³. Formalmente non si trattava di una nuova tariffa, perché l’introduzione di un “prezzo di riferimento” non escludeva la possibilità di offerte commerciali diverse; in pratica, però, la necessità di contemplarlo comunque, avrebbe prodotto effetti molto simili a quelli della precedente tariffa²⁴. Si noti che anche in questa occasione la disciplina si sarebbe applicata a tutte le utenze domestiche, e non solo a quelle identificate dalle c.d. categorie deboli (nuclei familiari in condizioni economiche disagiate, ecc.).

Il quadro è stato completato di recente dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, che ha confermato questa disciplina espungendo però ogni riferimento alla sua transitorietà.

Nel contenzioso sulle delibere dell’Autorità che ne è seguito il giudice amministrativo ha proposto una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁵, chiedendole di verificare la compatibilità di interventi tariffari per l’intera categoria delle utenze domestiche con le direttive comunitarie in tema di energia. L’Avvocato generale, nelle sue conclusioni, depositate nei giorni scorsi, ha sostenuto che, nel rispetto di una serie di condizioni generali, una potestà tariffaria a vantaggio degli utenti domestici potrebbe coesistere con la liberalizzazione in atto: in proposito si è richiamato particolarmente alla direttiva 2003/55, che, nell’imporre la liberalizzazione del mercato del gas dal 1 luglio 2007, ha ammesso che “nell’interesse generale gli Stati possono introdurre obblighi di servizio pubblico concernenti il prezzo della fornitura” (art.3).

²⁰ Tar Lombardia, sez. IV, n. 3478/2005 ritenne che la delibera travalicasse le competenze dell’Autorità e l’annullò; in senso diverso si espresse, però, il Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2005, n. 5077; sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352).

²¹ Delibera 29 marzo 2007, n. 79/07. Questa disciplina era destinata ad operare fino al 30 giugno 2008, con possibilità di proroga fino al 30 giugno 2009.

²² Il decreto-legge fu convertito in l. 3 agosto 2007, n. 125.

²³ Art.1, comma 3: “Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l’Autorità per l’energia elettrica e il gas indica soluzioni standard di erogazione del servizio e definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti finali domestici non riforniti sul mercato libero e per le forniture di gas a clienti domestici, che le imprese di distribuzione o di vendita, nell’ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali”

²⁴ Non si dimentichi che anche in base alla l. 481/1995 la ‘tariffa’ identificava un importo vincolante per l’operatore solo come “prezzo massimo”.

²⁵ Il rinvio è stato disposto da Tar Lombardia, sez. III, ord. 19 giugno 2008.

4. Il quadro appena descritto è specifico di un settore particolarmente 'critico' del mercato dell'energia; anche in altri settori, però, seppur in modo non così netto, stanno riemergendo analoghe tendenze 'neo-dirigiste'. In particolare, anche nel settore dell'energia elettrica, che per alcuni versi appare più evoluto secondo le logiche del mercato, tendenze del genere sono presenti in vari interventi del legislatore e dell'Autorità: basti pensare ai c.d. Virtual power plant (forme di vendita obbligatoria di energia a prezzi predeterminati, imposte ai produttori di energia elettrica in certe regioni) e per la disciplina delle c.d. unità essenziali (sono le unità di produzione necessarie per la continuità del servizio elettrico, che spesso finiscono col condizionare più delle altre l'andamento generale dei prezzi). Gli interventi dell'Autorità sono orientati a limitare le situazioni di potere di mercato; essi comportano però un'incidenza sostanziale sull'esercizio dei diritti d'impresa e non mancano di suscitare interrogativi di ordine giuridico, tanto più inquietanti perché in oggetto è un'attività 'liberalizzata'.

Il caso delle utenze domestiche del gas naturale resta comunque sintomatico di una frattura fra la disciplina legislativa, che avrebbe dovuto 'aprire' al mercato e alla concorrenza, e la situazione economica effettiva, che è caratterizzato dalla permanenza di una posizione dominante degli ex monopolisti.

L'Autorità per l'energia, nei suoi documenti, sostiene che una regolazione tariffaria in questo contesto sarebbe irrinunciabile, sia per ragioni di tutela dei consumatori finali, sia come strumento per indurre un'efficienza in un sistema nel quale non è possibile, o non è ancora possibile, una concorrenza nel mercato. Di conseguenza va perseguita un'efficienza 'artificiale', in alternativa a quella 'naturale' che avrebbe dovuto essere indotta dalla concorrenza nel mercato. Secondo questa logica l'intervento tariffario si configurerebbe come necessario, oltre che in condizioni di monopolio, anche nella fase di transizione da monopolio a mercato, ossia in una situazione caratterizzata dalla presenza di alcuni 'competitors' in posizione dominante, da una significativa asimmetria informativa (sui costi di produzione, ecc.), dalla disomogeneità delle condizioni di partenza nelle singole zone territoriali.

A mio giudizio, senza nulla togliere alle ragioni dell'Autorità per l'energia, si deve prendere coscienza del fatto che si sta profilando una 'impasse'. Da un lato sembra tramontata la prospettiva del 1999-2000 di interventi coercitivi per la riduzione del potere di mercato degli ex-monopolisti, dall'altro sembra riproporsi una concezione pervasiva dei poteri dell'Autorità, giustificata dall'inadeguatezza delle condizioni del mercato. In questo contesto la prospettiva di una politica decisamente pro-concorrenziale, che avrebbe dovuto consentire 'il salto di qualità' per il sistema dell'energia nel nostro Paese, rischia di diventare recessiva e appare relegata in secondo piano.