

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

**DIPARTIMENTO DI STUDI LINGUISTICO-LETTERARI,
STORICO-FILOSOFICI E GIURIDICI**

**Corso di dottorato di ricerca in
Diritto dei contratti pubblici e privati – XXVII° ciclo**

**GLI OSTACOLI ALLA TRANSIZIONE AL MERCATO DEI
SERVIZI PUBBLICI LOCALI
(s.s.d. IUS/10)**

Tesi di dottorato di:
Dott. Vincenzo Vergati

Coordinatore del corso e Tutore
Prof. Mario Savino

13 Luglio 2015

GLI OSTACOLI ALLA TRANSIZIONE AL MERCATO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

INDICE

Introduzione	p. 7
--------------	------

Parte I. La disciplina generale

CAPITOLO 1

La regolazione dei servizi pubblici locali: evoluzione e fallimenti

1. Introduzione	p. 17
2. Il fallimento del mercato e la municipalizzazione dei servizi locali	p. 19
3. La crisi del modello tradizionale di servizio pubblico locale	p. 23
4. Servizi di interesse economico generale e principio di concorrenza	p. 27
5. Quale liberalizzazione? concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato	p. 32
6. I caratteri della riforma dei servizi pubblici locali	p. 37
7. Gli ostacoli alla liberalizzazione	p. 44
8. L'esercizio delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali nel processo di riforma degli enti locali	p. 50
9. Le difficoltà nella regolazione della concorrenza per il mercato	p. 54
10. Conclusioni	p. 63

CAPITOLO 2

La disciplina dell'affidamento della gestione

1. Introduzione	p. 67
2. Regole di concorrenza e concorrenza per il mercato: la possibilità di ricorrere all'autoproduzione del servizio	p. 69
3. Gli incentivi volti a favorire il ricorso alle gare ad evidenza pubblica e l'efficientamento delle gestioni pubbliche	p. 80

4. Limiti alla possibilità per gli enti locali di detenere partecipazioni societarie	p. 83
5. La pubblicizzazione della disciplina per il recupero di efficienza ed economicità della gestione	p. 86
6. Regolazione e gestione pubblica dei servizi locali	p. 90
7. Conclusioni	p. 94

Parte II. Le discipline speciali

Introduzione	p. 97
--------------	-------

CAPITOLO 3

Il servizio idrico integrato

1. L'organizzazione in ambiti territoriali ottimali	p. 99
2. La risorsa idrica come bene comune. L'abolizione del criterio della remunerazione del capitale investito e la rilevanza economica del servizio	p. 112
3. La regolazione del settore. Le determinazioni tariffarie	p. 123
4. Infrastrutture e investimenti	p. 130
5. Standard di qualità e tutela degli utenti. Il caso dell'arsenico	p. 138

CAPITOLO 4

Il trasporto pubblico locale

1. L'evoluzione dell'assetto della governance. L'organizzazione in ambiti territoriali ottimali e l'Autorità di regolazione dei trasporti	p. 147
2. Liberalizzazione e caratteristiche economiche del settore	p. 154
3. Efficienza e concorrenza per il mercato	p. 156
4. Il sistema di finanziamento del trasporto pubblico locale	p. 165
5. Finanziamento e federalismo fiscale	p. 169
6. Compensazioni ed obblighi di servizio pubblico	p. 179
Considerazioni conclusive sull'indagine settoriale	p. 181

Parte III. Conclusioni

CAPITOLO 5

La transizione al mercato dei servizi pubblici locali

1. L'organizzazione dei servizi pubblici locali organizzati in ambiti di area vasta: l'accentramento delle funzioni in capo alle province	p. 187
2. La tutela dell'autonomia locale in caso di esercizio associato delle funzioni	p. 193
3. L'esercizio delle funzioni di regolazione dei servizi pubblici locali alla luce dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti di regolazione	p. 195
4. I servizi pubblici locali nell'attuazione delle norme a tutela della concorrenza	p. 203
5. Gli obiettivi della regolazione finalizzata a limitare gli inconvenienti dovuti all'incompletezza dei contratti di servizio	p. 210
6. I possibili rimedi alla luce del nuovo quadro della regolazione	p. 214
7. Le asimmetrie informative e la regolazione tariffaria	p. 225
8. L'incentivazione all'efficienza negli schemi di regolazione tariffaria proposti dalle autorità indipendenti	p. 229
9. Considerazioni generali sull'attuale assetto della regolazione	p. 238
10. Flessibilità ed autonomia nella disciplina dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali	p. 243
Conclusioni	p. 248
Bibliografia	p. 253

Introduzione

Il regime tradizionale dei servizi pubblici locali, caratterizzato dalla riserva originaria e dalla gestione pubblica dell'attività, ha prodotto risultati insoddisfacenti soprattutto a causa della sovrapposizione di compiti in capo agli enti locali chiamati ad occuparsi, in evidente conflitto di interessi, sia della gestione dei servizi che dello svolgimento delle funzioni di programmazione e regolazione. Ciò ha dato luogo a gestioni inefficienti e clientelari, a standard qualitativi e quantitativi dei servizi insufficienti rispetto alle esigenze della collettività e a rilevanti perdite economiche, addossate sulla fiscalità generale.

Per porre rimedio a tale situazione e sulla spinta dell'affermazione del principio di concorrenza anche nei servizi di interesse economico generale ad opera dell'Unione europea, il settore dei servizi pubblici locali è stato oggetto di vari tentativi di liberalizzazione, contraddistinti dalla sottrazione dei compiti di gestione agli enti locali e fondati sull'obbligo della gara per l'affidamento della gestione a privati, principi cui seguivano, come corollari, la separazione delle funzioni di regolazione e programmazione da quelle di gestione e la contrattualizzazione dei rapporti con il gestore. Si mirava, così, a delineare un assetto concorrenziale del mercato dei servizi ed a valorizzare la funzione regolatoria degli enti locali, mediante la generalizzazione del ricorso alla gara per l'affidamento della gestione.

Dall'introduzione di un sistema di concorrenza per il mercato si attendevano rilevanti benefici in termini di efficienza gestionale e qualità dei servizi offerti. Anche negli ultimi anni di crisi economica - a fronte degli indebitamenti delle società pubbliche di gestione - con il rilascio al mercato di importanti settori industriali, si è ritenuto di poter ottenere rilevanti risparmi per la spesa pubblica, nonché di contribuire al rilancio dell'economia grazie al coinvolgimento di gestori e finanziatori privati. Per comprendere il rilievo economico del settore basti considerare che solo nel comparto idrico, con l'approvazione delle tariffe per il biennio 2014-2015, sono stati programmati investimenti per circa quattro miliardi e mezzo di euro nei prossimi quattro anni. Nel trasporto pubblico locale, invece, le inefficienze registrate

comportano che ben il 70% dei costi del servizio sono coperti con finanziamenti pubblici, mentre appena il 30% degli introiti delle società di gestione deriva dai ricavi da traffico.

La necessità che la fornitura del servizio avvenga con le modalità stabilite in sede di programmazione pubblica affinché la prestazione sia funzionale al soddisfacimento degli interessi della collettività non rappresenta di per sé un ostacolo all'introduzione di regimi concorrenziali, né un impedimento alla possibilità che la fornitura avvenga con il contributo di imprese private. L'intervento pubblico, anziché costituire una soluzione antitetica al mercato, può essere rivolto a correggere ed indirizzare il funzionamento del mercato stesso in una relazione di complementarità.

Il disegno riformatore, tuttavia, ha incontrato sulla propria strada ostacoli rilevanti che hanno impedito il raggiungimento dei risultati sperati: le oscillazioni in merito all'obbligo della gara hanno vanificato l'obiettivo di una compiuta separazione tra funzioni di regolazione e compiti di gestione, compromettendo il conseguimento degli obiettivi di efficienza ed economicità delle gestioni, mentre i livelli di qualità dei servizi erogati e di tutela dell'utenza sono risultati depotenziati dalla situazione di conflitto di interessi dell'ente titolare del servizio.

I ripensamenti del legislatore, pur condizionati dalle pressioni dei gruppi di potere facenti capo alle autonomie locali, intenzionate a non perdere il controllo diretto sulla gestione dei servizi pubblici, trovano spiegazione anche nell'inadeguatezza del modello di liberalizzazione in origine delineato. Questo, incentrato prevalentemente sull'obbligo della gara, è stato introdotto in un contesto rimasto immutato sotto il profilo della titolarità soggettiva delle funzioni di governo, ancora attribuite ai singoli enti locali, spesso incapaci di provvedere a regolare le complesse dinamiche di un sistema di concorrenza per il mercato.

Si intende allora sostenere che la liberalizzazione è stata ostacolata principalmente dalla mancanza di assetti organizzativi e regolatori funzionali all'apertura dei servizi pubblici locali alla concorrenza per il mercato.

Il modello di regolamentazione previsto dal legislatore si è limitato a configurare una fase *ex ante* rispetto alla gara ad evidenza pubblica, in cui l'autorità locale definisce le caratteristiche che la prestazione deve avere per soddisfare gli interessi della collettività, ed una fase *ex post* in cui dopo l'assunzione di specifici obblighi negoziali da parte del gestore, l'ente provvede a controllarne l'adempimento.

Effetto di tale impostazione è stato di mettere al centro della disciplina la promozione della gara ad evidenza pubblica, mentre è stata prestata scarsa attenzione alla definizione di un quadro di regole sufficientemente certo per favorire l'ingresso e gli investimenti delle imprese private ed in grado di incentivare ed assicurare il rispetto degli impegni contrattuali assunti dal soggetto affidatario.

Se attraverso una gara ben congegnata è possibile annullare la rendita di monopolio e selezionare l'impresa in grado di operare nel modo più efficiente, tuttavia il modello funziona correttamente soltanto in presenza di specifici requisiti: le imprese concorrenti non devono trovarsi in posizione di asimmetria informativa e devono avere tutte accesso alle stesse informazioni sulla tecnologia e la funzione di costo; non devono poter colludere; i contratti devono essere completi prevedendo ogni futura evenienza; non devono sussistere rilevanti costi di transazione nella partecipazione alla gara, nella gestione del contratto e nel subentro del nuovo gestore. Se tali condizioni non si realizzano il mercato non può considerarsi pienamente contendibile ed il regolatore pubblico deve prevedere apposite misure per ridurre i possibili extra-profitti dell'impresa monopolistica, inducendola ad operare comunque in condizioni di efficienza.

Nel primo capitolo, dopo l'analisi dell'evoluzione dell'organizzazione dei servizi pubblici locali – cercando di comprendere le ragioni alla base della scelta per il modello della “concorrenza per il mercato” ed i tratti che hanno caratterizzato la riforma - si tenta di mettere a fuoco quali siano stati gli ostacoli principali alla liberalizzazione, specie considerando punti di vista qualificati come quelli manifestati dagli enti locali e dall'Autorità garante della

concorrenza ed il mercato, nella dialettica creatasi sotto il vigore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008.

Le posizioni degli enti locali paiono confermare le difficoltà messe in luce dagli studi sulla regolazione economica dei monopoli. Essi hanno manifestato la preferenza ad autoprodotte i servizi soprattutto in presenza di affidamenti più complessi: ad esempio quelli organizzati in modo anti-economico, ove occorre stabilire delle compensazioni a fronte degli obblighi di servizio pubblico imposti; oppure quando vi è la necessità di onerare l'impresa della realizzazione di investimenti specifici. In tali situazioni l'effettivo raggiungimento degli obiettivi sottesi all'erogazione dei servizi pubblici locali è strettamente dipendente dal livello di incentivazione e dallo svolgimento delle funzioni di controllo sul corretto adempimento degli obblighi assunti da parte del gestore.

L'AGCM ha invece evidenziato che mercati non contendibili si configurano soprattutto in presenza di bacini di gestione molto esigui, ipotesi frequente in presenza di organizzazioni coincidenti con le circoscrizioni comunali, in cui non vi sono imprese disposte ad assumere la gestione del servizio. Inoltre ambiti di gestione troppo ristretti rispetto alle diverse esigenze economiche settoriali, configurano dimensioni produttive inefficienti a prescindere dalla scelta di ricorrere a gestioni sotto il controllo pubblico o all'affidamento a privati mediante gara ad evidenza pubblica.

Nella prospettiva fin qui segnalata devono essere lette anche le difficoltà con cui il legislatore, per fini di contenimento della spesa pubblica, sta tentando di ridurre o escludere le partecipazioni societarie degli enti locali. Questo obiettivo, come quello di limitare gli affidamenti a società *in house*, si scontra con le esigenze organizzative e di regolazione dei servizi pubblici locali; ha infatti senso parlare di dismissione delle partecipazioni societarie degli enti locali nel limite in cui il rilascio al mercato rappresenti un'alternativa affidabile alla gestione per mezzo di soggetti sotto il controllo pubblico.

Nel secondo capitolo si cerca allora di capire quale sia oggi la disciplina sull'affidamento della gestione ed in che modo il legislatore esprima ancora un

principio di “preferenza per il mercato”, entro la cornice delle regole poste dal diritto europeo ed alla luce dei vincoli risultanti dal referendum del 2011.

L'art. 34 comma 20 del d.l. n. 179 del 2012 prevede che la scelta della modalità di affidamento della gestione «deve assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento». L'attuale normativa, senza indicare un modello preferenziale, guarda prevalentemente a due aspetti: l'interesse degli utenti e l'economicità della gestione, finalità spesso non convergenti di cui occorre garantire il giusto contemperamento.

Il rinvio espresso alla disciplina europea impone di definirne i contenuti in relazione al rapporto tra il ricorso alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio ed i modelli alternativi di gestione pubblica. Questi ultimi non vengono considerati come deroga alle regole di concorrenza, da valutare secondo i parametri dell'art. 106 par. 2 del TFUE, ma ricondotti nel campo di applicazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e libertà di circolazione. Regole, dunque, applicabili soltanto nell'eventualità che l'autorità locale decida di esternalizzare la gestione.

Pertanto, neppure la disciplina europea - in ossequio al principio dell'indifferenza della natura pubblica o privata del gestore - impone l'obbligo della gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali. Per garantire il contemperamento tra concorrenza ed esigenze sociali sottese all'erogazione del servizio, il diritto europeo mira ad un processo graduale di liberalizzazione nelle forme di una concorrenza regolata con specifici interventi settoriali. Nei settori privi di una disciplina di armonizzazione si valorizza invece l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali nel «fornire commissionare ed organizzare servizi di interesse economico generale». Tale ampio riconoscimento si giustifica con la necessità di individuare la migliore modalità per assicurare il raggiungimento degli obiettivi sociali, valutazione che può essere validamente compiuta dalle autorità degli Stati membri proprio in relazione al quadro organizzativo e regolatorio esistente nell'ordinamento interno.

In caso di fallimento del mercato ed in assenza di adeguate forme di regolazione dell'attività necessarie per assicurare la funzionalizzazione dell'attività privata agli obiettivi del servizio universale, il diritto europeo non impone la liberalizzazione, consentendo all'autonomia delle autorità nazionali di decidere di provvedere direttamente alla gestione dei servizi di interesse economico generale.

I requisiti dell'*in house providing* permettono invece di garantire sia l'effettività della delegazione organica, evitando possibili elusioni dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e libertà di circolazione, sia di evitare che la presenza di imprese pubbliche possa interferire con le dinamiche concorrenziali del mercato.

Messa in luce l'ampia autonomia con cui le autorità locali possono attualmente optare per modelli gestionali posti sotto il controllo pubblico, ci si sofferma su due aspetti fondamentali connessi alla prospettiva di un rilancio dell'apertura del settore al mercato ed alle esigenze economiche ed organizzative fin qui evidenziate: anzitutto si tenta di individuare con quali modalità l'attuale disciplina continua a promuovere il ricorso alle gare per l'affidamento della gestione ad imprese private; d'altro lato si considerano gli strumenti che possono essere utilizzati in caso di gestioni c.d. *in house* per accentuare i profili di separazione tra ente locale ed azienda pubblica e stimolare, anche in tale contesto, l'economicità e l'efficienza gestionali.

Nei capitoli III e IV l'indagine si estende alle caratteristiche ed alla disciplina di due dei principali settori di servizio pubblico locale: i servizi idrici ed il trasporto pubblico locale.

Come già notato, in un sistema di concorrenza per il mercato possono verificarsi diverse situazioni di *market failures*, conseguentemente le caratteristiche economiche dei vari settori sono decisive nell'orientare in modo appropriato le scelte di regolazione. Tale osservazione mostra l'inadeguatezza di una normativa generale diretta alla creazione di regimi uniformi e trasversali, applicabili in tutti i settori di servizio pubblico locale e l'importanza di calibrare l'intervento pubblico tenendo conto delle specifiche esigenze settoriali.

L'analisi mette in risalto tratti comuni, consistenti ad esempio nella complessità della programmazione che coinvolge numerosi enti su più livelli istituzionali, in ragione dei molteplici interessi pubblici rilevanti, ma anche l'inefficacia dell'azione pubblica, incapace di garantire gli obiettivi fondamentali sottesi all'erogazione dei servizi. Notevoli differenze sussistono invece rispetto alle specifiche criticità gestionali, da mettere in relazione alla diversa struttura economica dei vari settori.

Ciononostante le più importanti e recenti riforme si basano su strumenti uniformi come la riorganizzazione dei servizi in ambiti territoriali ottimali e l'assegnazione di compiti di regolazione ad autorità indipendenti nazionali.

Nel capitolo conclusivo ci si sofferma allora sull'analisi dei benefici attesi da tali soluzioni e su quali sono, invece, le problematiche che accompagnano l'instaurarsi del nuovo assetto organizzativo.

Occorre verificare se questo sia in grado di contribuire al rilancio della liberalizzazione dei servizi pubblici locali e se, attraverso un'attuazione flessibile e calibrata, consenta di prevedere il superamento delle specifiche problematiche settoriali.

Una programmazione attuata su livelli territoriali più appropriati può risultare maggiormente integrata e consentire – a livello strategico – l'individuazione e la realizzazione di interventi prioritari che singole amministrazioni potrebbero non riuscire ad attuare per mancanza di risorse. Al contempo, a livello gestionale, è possibile organizzare il servizio in bacini di dimensioni economicamente adeguate per incrementarne l'efficienza e consentire lo sfruttamento di economie di scala. Inoltre, come suggeriscono gli studi di economia dell'organizzazione, è probabile che con il processo di accentramento si realizzi un incremento delle capacità del personale preposto allo svolgimento delle funzioni, come conseguenza del processo di specializzazione che è insito nella creazione di strutture di maggiori dimensioni.

Però l'accentramento delle funzioni in materia di organizzazione di servizi pubblici locali con la creazione di enti di area vasta o con la loro attribuzione alle province nel nuovo assetto istituzionale, limita sotto diversi profili gli spazi

che erano stati finora riconosciuti alle autonomie locali. Da un lato le singole amministrazioni comunali perdono il controllo diretto sui servizi a rete di rilevanza economica, dal momento che l'esercizio delle funzioni viene attribuito ad enti di area vasta. D'altro lato il processo di individuazione delle dimensioni più adeguate per lo svolgimento delle funzioni, diversamente dal passato, non viene più rimesso alla scelta discrezionale degli enti locali, ma viene imposto obbligatoriamente dal legislatore statale.

Anche l'assegnazione di funzioni di regolazione ad autorità indipendenti nazionali limita l'autonomia di regioni ed enti locali, considerando che il legislatore ha in tal modo sottratto competenze finora esercitate esclusivamente a livello locale.

Si deve però esaminare, in base agli specifici compiti attribuiti alle autorità e sull'analisi del loro concreto esercizio fino a questo momento, se gli indirizzi espressi trovano corrispondenza nelle indicazioni della teoria sulla regolazione economica - lette alla luce delle specifiche criticità dei settori interessati - e quale sia l'impatto del nuovo assetto rispetto al modello di regolazione negoziale esistente.

Regole certe ed uniformi su tutto il territorio nazionale sono importanti per mantenere l'assetto concorrenziale del mercato degli affidamenti e per favorire l'interesse degli operatori privati per questi settori economici, garantendo tempi ragionevoli di recupero degli investimenti ed una loro equa remunerazione. Tuttavia una regolazione rigida ed accentrata potrebbe non essere confacente alla necessità di adeguare la risposta regolatoria non solo in riferimento alle diverse caratteristiche economiche settoriali, ma anche tenendo conto delle differenti esigenze che all'interno del medesimo settore si presentano nelle varie realtà territoriali. Sono noti ad esempio i rilevanti squilibri esistenti nelle diverse aree geografiche del paese, specie l'arretratezza infrastrutturale che coinvolge in modo particolare le regioni del mezzogiorno.

La sfida delle autorità indipendenti nel campo dei servizi pubblici locali sembra allora consistere nella capacità di trovare un equilibrio tra le contrapposte esigenze consistenti da un lato nel perseguimento dei vantaggi derivanti dalla predisposizione di una cornice di regole certe e coerenti, e

dall'altro nella necessità di consentire l'adeguamento delle scelte regolative agli obiettivi specifici dei diversi contesti territoriali.

Infine si tenterà di valutare la coerenza dell'attuale disciplina sull'affidamento della gestione, quale risultante dalle scelte del legislatore alla luce della disciplina del diritto europeo in tema di concorrenza ed all'esito del referendum del 2011, con riferimento alla riconfigurazione *in itinere* degli assetti strutturali e funzionali concernenti l'organizzazione, in attesa del compiuto esercizio delle molteplici funzioni di regolazione assegnate alle autorità indipendenti.

Fintanto che il processo di riorganizzazione non sarà pienamente attuato, creando le giuste condizioni per un buon funzionamento della concorrenza per il mercato, non sembrano auspicabili misure che vadano oltre l'affermazione di un principio generale di preferenza per il mercato, evitando di comprimere l'autonomia degli enti locali oltre che sul versante dell'organizzazione territoriale e delle competenze di regolazione anche rispetto alla scelta del modello gestionale.

Parte prima. La disciplina generale dei servizi pubblici locali

CAPITOLO 1

La regolazione dei servizi pubblici locali: evoluzione e fallimenti

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il fallimento del mercato e la municipalizzazione dei servizi locali - 3. La crisi del modello tradizionale di servizio pubblico locale - 4. Servizi di interesse economico generale e principio di concorrenza - 5. Quale liberalizzazione? concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato - 6. I caratteri della riforma dei servizi pubblici locali - 7. Gli ostacoli alla liberalizzazione - 8. L'esercizio delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali nel processo di riforma degli enti locali - 9. Le difficoltà nella regolazione della concorrenza per il mercato – 10. Conclusioni.-

1. Introduzione

La regolamentazione del settore dei servizi pubblici locali ha avuto fino ad oggi un andamento ciclico, nell'alternanza tra mercato ed intervento pubblico, alla ricerca del difficile equilibrio tra soddisfacimento di interessi primari della collettività ed esigenze di economicità ed efficienza delle gestioni. La municipalizzazione si era affermata come risposta al fallimento del mercato in settori economici strutturati come monopoli naturali. Tuttavia il regime tradizionale dei servizi pubblici che ne è scaturito, caratterizzato dalla riserva originaria e dalla gestione pubblica dell'attività, ha prodotto risultati altrettanto insoddisfacenti, soprattutto a causa della sovrapposizione di compiti in capo agli

enti locali chiamati ad occuparsi, in evidente conflitto di interessi, sia della gestione dei servizi che dello svolgimento delle funzioni di programmazione e regolazione. Ciò ha dato luogo a gestioni inefficienti e clientelari, gli standard qualitativi e quantitativi dei servizi non sono stati in grado di rispondere alle esigenze della collettività e le rilevanti perdite economiche sono state addossate sulla fiscalità generale.

Per porre rimedio a tale situazione, sulla spinta dell'affermazione del principio di concorrenza anche nei servizi di interesse economico generale ad opera dell'Unione europea, si è tentato allora di riguadagnare spazio al mercato. Il confronto competitivo tra le imprese private ha avuto lo scopo di stimolare l'efficientamento delle gestioni, mentre la salvaguardia degli obiettivi sociali è stata rimessa alla programmazione e regolamentazione pubblica dell'attività. Il tentativo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, nelle forme della concorrenza per il mercato, si è caratterizzato per la negazione della titolarità dei compiti di gestione in capo agli enti locali e per la previsione dell'obbligo della gara per l'affidamento della gestione a privati, principi cui seguivano, come corollari, la separazione delle funzioni di regolazione e programmazione con quelle di gestione e la contrattualizzazione dei rapporti con l'impresa.¹ Si mirava così a delineare un assetto concorrenziale del mercato dei servizi ed a valorizzare la funzione regolatoria degli enti locali, mediante la generalizzazione del ricorso alla gara per l'affidamento della gestione.²

¹ La prima riforma organica e generale dei servizi pubblici locali viene attuata con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, il quale oltre a prevedere la piena societizzazione delle gestioni, intende separare nettamente tra attività di gestione e funzioni di regolazione ed a tal fine ridisegna complessivamente l'assetto preesistente muovendo dalla modifica dei caratteri fondamentali del regime tradizionale. In particolare la riforma ha cercato di aprire i servizi locali alla concorrenza per il mercato prevedendo la gara per la selezione di una società privata come forma esclusiva di affidamento della gestione. Coerentemente veniva eliminato ogni riferimento ad un sistema concessorio in quanto la titolarità dei compiti di gestione non spetta più all'ente ma viene conferita al mercato tramite la gara. L'affidamento non determina effetti traslativi nella sfera del gestore privato e viene generalizzato il ricorso al contratto di servizio quale strumento fondamentale di regolazione dei rapporti tra ente e gestore, prima indicato solo da discipline di settore.

² M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, pag. 2584; A. Vigneri, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 5, 2002, p. 1091 ss.; F. Bassanini, *Gli aspetti innovativi della regolazione e il settore dei servizi pubblici locali*, in G. Tesaro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 157 ss.; In una prospettiva critica, F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, *Annuario* 2001, Milano, 2002, p. 78 ss.;

Dopo una breve descrizione dell'evoluzione e del fallimento del regime tradizionale dei servizi pubblici locali, si affronta in concreto il tema dell'incidenza del principio di concorrenza di matrice comunitaria e le ragioni della scelta di strutturare la liberalizzazione dei servizi pubblici locali nelle forme della concorrenza per il mercato. Individuati i caratteri della riforma e gli ostacoli che hanno impedito la sua piena attuazione, ci si sofferma in particolare sulle principali criticità di carattere organizzativo e regolativo.

Le difficoltà incontrate nella fase attuativa e l'inadeguatezza del modello originariamente delineato sono resi evidenti dall'ampio spazio recuperato dal settore pubblico nella titolarità dei servizi e nello svolgimento di compiti diretti di gestione.

La dimensione locale dell'organizzazione e le disfunzioni connesse con l'attribuzione ai comuni delle funzioni di governo e gestione dei servizi pubblici locali investe il tema più generale del processo di riforma delle autonomie locali, in particolare della nuova configurazione delle amministrazioni territoriali di area vasta.

D'altro lato le resistenze degli enti locali nell'assumere compiti di indirizzo e controllo dell'attività del gestore privato, individuato attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica - specie per assicurare la funzionalizzazione della gestione dei servizi pubblici agli scopi sociali che si intende perseguire - devono essere considerate alla luce della complessità delle funzioni di regolazione di un sistema di concorrenza per il mercato.

2. Il fallimento del mercato e la municipalizzazione dei servizi locali.

I servizi pubblici hanno rappresentato fin dall'origine la risposta dei pubblici poteri alle nuove esigenze ed alle diverse abitudini di vita conseguenti alla nascita di grandi complessi industriali ed al parallelo processo di urbanizzazione, dovuto al consistente spostamento di masse della popolazione dalle campagne alle città.³

³ Si imponeva, all'epoca, un'organizzazione pubblica su scala industriale di taluni servizi divenuti

L'organizzazione comunale per svolgere attività economiche di interesse collettivo sorse dunque come momento spontaneo e diede vita nelle singole realtà locali a diverse risposte e modalità gestionali, sul presupposto in ogni caso, che i comuni potessero liberamente assumere attività economiche di impresa qualificandole come servizi pubblici.

L'aumento dell'intervento pubblico locale in attività di natura economico-industriale ha dato vita a quel fenomeno che fu chiamato «socialismo municipale» e che ben presto si estese anche ad attività economiche non sempre strettamente connesse all'esigenza di fornire risposte a bisogni collettivi fondamentali dei cittadini, ma dirette anche solo al procacciamento di certi prodotti ad un prezzo minore di quello ottenibile con lo scambio in condizioni di libera concorrenza.⁴

Il fenomeno della municipalizzazione risulta caratterizzato dall'intervento pubblico nella sfera dell'impresa privata per il soddisfacimento di bisogni collettivi di varia natura ed entità, ma soprattutto si afferma come manifestazione dell'autonomia comunale, intenzionata a gestire i servizi pubblici di maggior rilievo economico-sociale attraverso attività di natura economica così sottratte all'economia di mercato.⁵

Le teorie economiche alla base del fenomeno intendevano dimostrare le virtù di efficienza dell'intervento dell'ente pubblico come produttore, giustificando così la distribuzione dei costi del servizio sulla collettività.⁶

Presupposto fondamentale della municipalizzazione di talune attività economiche è stato infatti il “fallimento del mercato”, cioè l'osservazione che il mercato dei vari servizi pubblici locali non era riuscito ad assicurare un'equa ed

fondamentali nel nuovo contesto sociale, con la necessità tra l'altro di garantire prezzi accessibili anche ai meno abbienti, consentendo la crescita di un salubre assetto urbano altrimenti difficilmente realizzabile. R. Cavallo Perin, *Ipotesi di studio sui servizi pubblici di comuni e province*, pag. 5

⁴ G. Piperata, *I servizi pubblici locali*, in www.astrid-online.it, in cui in particolare si richiama la definizione della municipalizzazione operata da G. Montemartini, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902, p. 48

⁵ Le amministrazioni municipali acquisiscono una sempre più consapevole rappresentanza degli interessi generali, anche all'interno di una complessa dialettica con il governo centrale e traducono questa consapevolezza nell'espansione delle loro competenze e dei loro interventi. F. Bonini, *Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in S. Mangiameli, (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 11.

⁶ G. Montemartini, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., sostiene in proposito che gli obiettivi principali che si dovevano porre le amministrazioni locali attraverso l'intervento nell'erogazione di servizi pubblici erano quelli della riduzione dei prezzi dei servizi che invece il privato monopolista avrebbe fissato in modo tale da ottenere extra-profitti, del miglioramento della qualità dei servizi, dell'innalzamento delle condizioni dei lavoratori.

efficiente allocazione delle risorse, giustificando la necessità di un intervento pubblico per creare nuovi equilibri di efficienza economica.⁷

Il fallimento del mercato dipendeva soprattutto dalla struttura della maggior parte dei servizi locali come monopoli naturali e dalla conseguente attribuzione, alle imprese private concessionarie, di diritti di esclusiva. Queste imprese finirono per approfittare della loro posizione monopolistica, con aumenti ingiustificati dei profitti, mediante la riduzione dei costi a scapito della qualità dei servizi o con l'aumento delle tariffe, a danno dell'utenza.⁸

In una prospettiva economica, l'intervento dello Stato in una situazione di fallimento del mercato, consente attraverso la potestà normativa, cioè mediante il diritto, di modificare gli incentivi, stabilendo divieti, obblighi, possibilità di tenere certi comportamenti in funzione del perseguimento di interessi selezionati.⁹ Una delle risposte pubbliche al fallimento del mercato, conseguente all'esistenza di monopoli naturali, consiste nell'apposizione della riserva e nella sottoposizione di una certa attività alla mano pubblica, con la costituzione di monopoli pubblici dei servizi.¹⁰ Sottolineando il superamento della tradizionale ostilità a qualsiasi partecipazione pubblica alla produzione di beni e servizi, altri hanno posto in risalto più che le ragioni di mercato connesse al superamento delle disfunzioni degli assetti monopolistici, la naturale tendenza dei Comuni ad espandere la propria attività sociale e l'inadeguatezza dell'attività delle imprese private per tali scopi.¹¹

⁷ Sul tema, G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam 2010, p. 4 ss.

⁸ Sulle specificità del rapporto concessorio si rinvia a, *La concessione di pubblico servizio*, G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), Milano, 1995.

⁹ P. Chiassoni, R. Posner, *Pragmatismo e analisi economica del diritto*, Milano 1999, p. 210.

¹⁰ Risposta che potrebbe essere anche meno intrusiva e consistere nella sola regolazione del mercato, attraverso l'adozione di obblighi o incentivi a seconda delle finalità perseguite e degli interessi in gioco. Già M. Cammeo, *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, LIV, 1896, p. 309, prefigura due possibili risposte al rischio del monopolio privato: l'esercizio diretto dello Stato, oppure quello che espressamente qualifica come "intervento regolatore", che si esprime attraverso un atto di concessione con cui si impongono le necessarie prescrizioni.

¹¹ U. Borsi, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1915, II, p. 282 ss. osserva «che l'esercizio diretto di molti pubblici servizi è in piena corrispondenza con gli scopi del Comune, rientra nell'ordine delle sue naturali funzioni, non già perché il Comune sia un buon industriale, ma perché nella gestione di quei servizi si richiede spesso un grado così alto di interessamento sociale che non può trovarsi in un imprenditore privato, essendo di frequente in contrasto con le finalità che questi, logicamente, dal punto di vista egoistico deve perseguire».

In tale contesto fu emanata la legge 29 marzo 1903, n. 103, istitutiva delle aziende municipalizzate: è questo il primo provvedimento legislativo di carattere generale in materia di servizi pubblici locali,¹² il quale individuava i settori interessati mediante una lista di diciannove categorie di servizi, elencazione ritenuta meramente esemplificativa e non tassativa sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.¹³

Tale disciplina prevedeva la possibilità per gli enti di assumere direttamente la gestione dei servizi pubblici, lasciando ampia scelta circa l'opportunità ed i settori di intervento. La previsione in termini esemplificativi e non tassativi delle attività suscettibili di essere assunte in via esclusiva dai Comuni, sembrerebbe lasciare uno spazio troppo esteso all'esercizio di poteri discrezionali volti ad escludere la libera iniziativa economica privata ed il mercato, valori che nella costituzione economica liberale del tempo erano ritenuti fondamentali.¹⁴

In realtà la legge sulla municipalizzazione può essere letta in aderenza ai principi della Costituzione economica dello stato liberale: tali principi furono in grado di operare come presupposti di fatto e di diritto per l'assunzione di un'attività economica quale servizio pubblico e di limitare in concreto la deroga al

¹² Le cui norme furono poi integrate con le disposizioni contenute nel regolamento approvato con il Regio decreto 10 marzo 1904, n. 108. La legge del 1903, sottoposta ad una speciale riforma attuata con il r. d. del 4 febbraio 1923, n. 253, sfociò nel T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578. Al T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578 non fece seguito il regolamento di esecuzione fino al 1986, quando è stato emanato il D.P.R. 4.10.1986, n. 902.

¹³ L'elenco comprende: 1) *Costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile*; 2) *Impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata*; 3) *Costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti*; 4) *Costruzione ed esercizio di tramvie, a trazione animale o meccanica*; 5) *Costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale*; 6) *Impianto ed esercizio di farmacie*; 7) *Nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case*; 8) *Trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine come enti morali*; 9) *Costruzione ed esercizio di molini e di forni normali*; 10) *Costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa*; 11) *Costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa*; 12) *Costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici*; 13) *Fabbrica e vendita del ghiaccio*; 14) *Costruzione ed esercizio di asili notturni*; 15) *Impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni*; 16) *Produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi*; 17) *Pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità*; 18) *Essiccatoi di granturco e relativi depositi*; 19) *Stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere*.

¹⁴ G. Nicoletti, *Giovanni Montemartini e la teoria della municipalizzazione*, 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it, sottolinea invece che l'approvazione del disegno di Legge "Giolitti" è stato preceduto da ricerche, discussioni e studi di economisti in cui si è cercato di dimostrare che la municipalizzazione non era contraria alla concorrenza, anzi si proponeva di realizzarla in presenza di situazioni di monopolio. Sul tema si veda anche F. Merusi, *Le vie della municipalizzazione*, in *Italianieuropei* 04/2004.

regime di mercato e di libera iniziativa economica.¹⁵

La legge stabiliva inoltre le diverse opzioni gestionali a disposizione di comuni e province, consistenti nella gestione diretta in economia, a mezzo di azienda municipalizzata ovvero mediante concessione a privati.¹⁶

3. La crisi del modello tradizionale di servizio pubblico locale

Nel settore dei servizi pubblici i principi costituzionali consentono - come già la legge sulle municipalizzazioni del 1903 - che l'individuazione delle relative attività sia lasciata a scelte di opportunità compiute in sede politica.¹⁷

La conferma del carattere contingente delle categorie di servizio pubblico¹⁸ conduce però nella cornice dello Stato pluriclasse¹⁹ a rilevanti cambiamenti che ne hanno modificato le caratteristiche originarie.²⁰

¹⁵ Nel contesto dei valori dello Stato liberale, l'interesse pubblico il cui perseguimento consente la riserva di attività a favore dei Comuni è necessariamente un "interesse generale", destinato cioè alla fruizione da parte di tutti i membri della collettività. La necessaria portata generale delle finalità sociali sottese all'attività di servizio pubblico ha costituito un limite intrinseco alle deroghe alla libertà economica, potendosi individuare le attività di servizio pubblico soltanto in quelle rivolte al pubblico, inteso come la generalità dei cittadini. G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam 2010, p. 5.

¹⁶ In alcuni casi poi la legge specificava che i servizi dovevano essere riservati ai poteri pubblici, attribuendo un diritto di esclusiva ed escludendo che la medesima attività potesse essere assunta da privati in mancanza di un'attribuzione pubblica. Si rinvia per una più ampia lettura a M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, pag. 2584.

¹⁷ Così G. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, 2002, p. 59.

¹⁸ Sulla nascita dei servizi pubblici da un giudizio di valore sostanzialmente politico per sua natura mutevole ed evolutivo, in ordine ai bisogni della collettività, S. Cassese, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, 1344.

¹⁹ Lo Stato pluriclasse si afferma a seguito della lenta ma progressiva evoluzione dello stato liberale che porta all'allargamento della base sociale: e culmina nel suffragio universale (soltanto nel 1946 viene riconosciuto il diritto di voto alle donne). L'ampliamento "quantitativo" della base elettorale porta ad un cambiamento "qualitativo" delle richieste sociali. Lo Stato sociale rappresenta una proiezione dello stato pluralista, e si caratterizza per l'azione dei pubblici poteri diretta a promuovere il benessere dei cittadini (c.d. welfare). Si manifesta con l'affermazione a livello costituzionale, dei c.d. diritti "positivi", relativi al pluralismo politico, sociale, religioso, culturale, nonché dei diritti "sociali" che comportano prestazioni "positive" da parte dello stato. Sull'argomento, M. S. Giannini, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988; S. Cassese, *Lo Stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini*, in *L'Unità del diritto*, Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica, Bologna, 1994, p. 11 ss. M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 57, ritiene che il declino della struttura oligarchica attorno al quale la borghesia aveva organizzato l'esercizio del potere non è stato accompagnato dal declino dei principi che qualificavano lo Stato in senso liberale, «in quanto gli Stati pluriclasse storicamente sono continuatori degli Stati monoclasse borghesi, sicché hanno conservato buona parte delle istituzioni di questi, con parecchie e spesso radicali modificazioni, e ne hanno aggiunto di proprie».

L'estensione dell'intervento anche in settori non ascrivibili tra i servizi pubblici in senso stretto, ha finito poi con il confondere attività economiche di diversa natura, sottoposte al medesimo regime giuridico.²¹ Le sorti delle imprese pubbliche si sono così sovrapposte con quelle del servizio pubblico. Lo schema tradizionale – in base al quale il servizio era svolto da aziende o enti pubblici economici in settori recintati da diritti esclusivi e con prezzo amministrato è stato progressivamente esteso, soprattutto a partire dagli anni '70, ad attività economiche già svolte in regime di concorrenza.²²

Caratteristica fondamentale del regime a cui sono stati sottoposti i servizi pubblici, secondo quanto stabilito dall'art. 43 Cost.,²³ consiste proprio nella riserva originaria e nell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, i quali hanno come effetto di escludere o condizionare la legittimazione ad intraprendere le attività riservate.²⁴

La pubblicizzazione del settore dei servizi pubblici è stata spiegata soprattutto con la configurazione dei relativi mercati come monopolio naturale,

²⁰ Nel nuovo contesto vi è la rottura della precedente identità tra interesse generale ed interesse pubblico, fattore che nel periodo liberale aveva frenato l'espansione delle attività assunte dallo Stato come servizi pubblici, limitando di fatto l'intervento in quei settori economici effettivamente in grado di produrre utilità alla generalità dei consociati. L'interesse pubblico diviene quello selezionato dalla maggioranza politica e riferibile soltanto ad uno o più gruppi sociali. Sul piano politico la categoria dei servizi pubblici viene allora utilizzata come strumento mediante il quale ottenere consenso politico-elettorale e mediare i conflitti sociali dello Stato pluriclasse. In tal senso, G. Di Gaspare, *Servizi pubblici in trasformazione*, cit., p. 9.

²¹ N. Rangone, *Servizi pubblici*, cit., osserva che l'art. 43 della Costituzione introduce il concetto di impresa esercente un servizio pubblico essenziale per individuare le attività che la legge può riservare originariamente o trasferire a fini di utilità generale, lasciando emergere una nozione di servizio pubblico che finisce per coincidere con il settore pubblico.

²² Medesima convergenza sul modello dei servizi pubblici si riscontra anche per alcune attività sociali, come il servizio sanitario nazionale, per le quali dopo l'abbandono della concezione mutualistica si ha l'estensione del modello aziendale e l'introduzione di un sistema di pagamento a tariffa. Sul punto G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit. p. 12, secondo cui la convergenza delle attività sociali al modello del servizio pubblico appare più che un esito finale, una fase di transizione verso il mercato.

²³ L'art. 43 Cost. fa riferimento ai «servizi pubblici essenziali». Il carattere dell'essenzialità in mancanza di un criterio idoneo a circoscriverne il significato è stato considerato privo di rilevanza giuridica e piuttosto ricavabile da nozioni di scienze non giuridiche, S. Cassese, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1344, oppure rimesso a valutazioni di carattere politico, F. Merusi, *Servizio pubblico*, cit., p. 220.

²⁴ S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, cit., p. 5. L'art. 43 Cost. ha confermato la disciplina sviluppatasi già nel primo trentennio del novecento in riferimento all'apposizione di una riserva sull'esercizio pubblico di singole attività: la municipalizzazione dei servizi locali, il trasporto ferroviario, i servizi di telecomunicazione, le poste e telecomunicazioni, il trasporto aereo e marittimo.

contesto in cui sarebbe non economica e sconveniente la duplicazione delle reti o la condivisione della rete tra più operatori.²⁵

La preferenza per una disciplina pubblicistica si deve inoltre alla necessità di assicurare l'interesse pubblico che con il servizio si vuole perseguire, obiettivo che si è ritenuto garantito dalla relazione di dipendenza e coordinamento cui è sottoposta l'impresa nei confronti della pubblica amministrazione titolare del servizio, secondo quanto disposto dall'art. 41 comma 3 Cost.

Tale relazione si sostanzia nel rapporto di concessione, il quale consente ai pubblici poteri di mantenere il controllo sull'attività di impresa, attribuendo posizioni soggettive riservate, con l'intento di salvaguardare gli scopi della riserva. La concessione è pertanto un atto di deroga singolare alla riserva e, nello stesso tempo, atto di organizzazione dell'impresa esercente il servizio.²⁶

Il regime giuridico della concessione del servizio è stato configurato come rapporto pubblicistico derogatorio rispetto al diritto degli appalti pubblici ed ha consentito - nella sua applicazione concreta - l'individuazione del concessionario o il rinnovo delle concessioni senza alcun confronto concorrenziale, attribuendo affidamenti di lunga durata anche in mancanza di investimenti specifici da parte del gestore.²⁷

L'attività del concessionario è stata però interamente rimessa ai poteri del concedente, cui si è consentita una regolazione unilaterale dell'attività e la possibilità di modificare elementi fondamentali del rapporto originario, quando ritenuto necessario per assicurare il raggiungimento degli obiettivi preposti.²⁸

Il risultato prodotto dal monopolio pubblico, contraddistinto da riserva originaria e gestione diretta o indiretta mediante concessione, è stato l'accollo da parte dei pubblici poteri del duplice ruolo di regolatore e gestore. In concreto però questi si sono occupati molto più della gestione, mentre hanno svolto poco

²⁵ In quest'ultimo caso la permanenza della partecipazione pubblica costituiva anche condizione per il mantenimento del rapporto concessorio, infatti lo Stato obbligava la società concessionaria a rimanere sotto il controllo prevelente dell'ente pubblico, S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, cit., p. 6.

²⁶ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 374 ss.

²⁷ G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 48 ss.

²⁸ Sul punto, G. Greco, *Le concessioni di pubblico servizio tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 394 ss.; Più in generale sulla relazione tra modello provvedimentale e contrattuale, G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di un pubblico servizio*, G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita (a cura di), Milano, 1995; R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

l'attività di regolazione, limitandosi al controllo dei prezzi ed a stabilire pochi principi a tutela dell'utenza, come ad esempio l'eguaglianza, la continuità e sicurezza della fornitura.²⁹

Sotto il profilo economico-aziendale, le gestioni pubbliche - protette da regimi esclusivi per il perseguimento delle finalità sociali determinate a livello politico - non hanno garantito il rispetto di criteri di economicità ed efficienza. L'organizzazione e gestione dei servizi è stata subordinata ad interessi politici che non hanno tenuto conto dei vincoli di equilibrio finanziario degli esercenti, producendo un gravoso indebitamento, quale conseguenza del soddisfacimento degli interessi dei dipendenti o delle imprese fornitrici, piuttosto che degli interessi del pubblico.³⁰

Con l'abbandono del principio di economicità e l'affermazione della teoria degli oneri impropri si è avuta la contabilizzazione delle perdite sociali a carico della collettività, determinando nel tempo l'impossibilità per lo Stato di continuare ad accollarsi il deficit di bilancio delle imprese pubbliche e degli enti locali. Ciò ha contribuito - insieme alle pressioni provenienti dalla Comunità europea finalizzate all'introduzione di mercati concorrenziali anche nei settori di servizio pubblico - a creare il terreno fertile per i successivi mutamenti normativi,³¹ spinti dalla necessità del risanamento finanziario delle imprese di gestione e rivolti al miglioramento della qualità dei servizi,³² sia per continuare ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni primari delle collettività di riferimento, che per rispondere alle nuove esigenze tipiche di una società industriale avanzata.³³

²⁹ S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, cit., p. 7

³⁰ F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni ottanta*, in *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 30; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 173

³¹ Nel settore dei servizi pubblici locali una prima revisione della disciplina tradizionale si è avuta con la l. 8 giugno 1990, n. 142.

³² S. Cassese, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, cit., p. 71, mette in luce la necessità di favorire il reperimento di risorse finanziarie necessarie al miglioramento delle attività tramite il passaggio dal modello aziendale a quello societario proprio per consentire l'apporto di capitali da soggetti esterni all'amministrazione.

³³ M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2586.

4. Servizi di interesse economico generale e principio di concorrenza

L'incidenza del diritto europeo sulla disciplina dei servizi pubblici, nazionali e locali, è di grande rilevanza, sia che tali settori vengano intesi come segmenti del mercato interno, da erogare in regime di concorrenza e nel rispetto delle regole e delle libertà di mercato;³⁴ sia che si sottolinei l'importanza dell'efficienza, accessibilità ed elevata qualità dei servizi, come fattori fondamentali per la qualità della vita dei cittadini europei, garanzia di coesione sociale e territoriale e di competitività economica.³⁵

La disciplina europea in materia ha inteso rendere compatibili i profili di coesione sociale, collegati alla stessa esistenza dei servizi pubblici, in un quadro generale orientato allo sviluppo economico ed alla concorrenza. In questo senso i servizi di interesse generale hanno finito per assumere una valenza identitaria del modello economico e sociale europeo, tentando di conciliare la dimensione sociale con quella della competitività.³⁶ La concezione comunitaria è poi intrinsecamente dinamica e non è possibile definirla in modo univoco ed oggettivo il confine, la cui precisazione spetta alle autorità nazionali,³⁷ chiamate a definire i criteri di accesso al servizio per la più ampia fascia di cittadini (per tutti nel caso del servizio universale), e, ove occorra, a definirla la qualità ed i prezzi. La nozione comunitaria è dunque costituita anche dai principi del servizio universale: continuità, qualità del servizio, accessibilità delle tariffe e tutela degli utenti.³⁸

³⁴ Anche la direttiva 2006/123/CE c. d. *Bolkenstein*, relativa ai servizi nel mercato interno, preordinata a «realizzare un mercato unico dei servizi, mantenendo un equilibrio tra apertura dei mercati, servizi pubblici, nonché diritti sociali del consumatore», ha compreso nel suo ambito anche i servizi di interesse economico generale. E. Scotti, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 30.

³⁵ Commissione, 12 maggio 2004, *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, COM (2004) 374 def.

³⁶ Così F. Giglioni, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5, p. 539.

³⁷ La nozione comunitaria designa quelle attività considerate di interesse generale dalle autorità pubbliche e quindi soggette a specifici obblighi di servizio pubblico, talora individuati attraverso il concetto di servizio universale, come prestazioni da erogarsi con carattere di universalità ed accessibilità. Servizio universale ed obblighi di servizio pubblico costituiscono l'essenza del servizio di interesse generale, dando concreta forma alla specifica missione di interesse generale che si intende perseguire.

³⁸ *Libro verde sui servizi di interesse generale* COM (2003) 270, § 49; M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), Torino, 2010, p. 14.

Il concetto di universalità è il fulcro della nozione comunitaria e, pur nella diversità di applicazione legata alla sua evoluzione, costituisce la parte necessaria della disciplina europea in tema di servizi pubblici.³⁹ Questo spiega l'atteggiamento indifferente del diritto europeo verso la proprietà pubblica o privata delle imprese esercenti attività di servizio pubblico:⁴⁰ gli Stati membri, richiamando la necessità di tutelare un interesse generale, possono introdurre obblighi di servizio pubblico in ogni settore, potendo però derogare ai principi fondamentali del Trattato, soltanto se tali obblighi non sono pienamente compatibili con il mercato e limitatamente a quanto necessario.⁴¹

La ridefinizione dei servizi pubblici operata in ambito comunitario attorno ai concetti di obbligo di servizio pubblico e servizio universale non rappresenta tuttavia una rottura rispetto alla tradizionale concezione nazionale, bensì ha messo in risalto elementi, quali la doverosità, l'accessibilità, la fruizione diffusa, già presenti nella nozione di servizio pubblico.⁴²

L'art. 14 del TFUE,⁴³ pur mantenendo in capo alle amministrazioni nazionali la responsabilità nell'erogazione e nel finanziamento dei servizi

³⁹ G. F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005.

⁴⁰ L'art. 345 del TFUE specifica che «il Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»; ribadito più volte sia dalla Corte di Giustizia che dalla Commissione: *Libro verde sui servizi di interesse generale* COM (2003) 270, § 21, ove si ribadisce l'irrilevanza ai sensi del diritto comunitario se i fornitori di servizi di interesse generale siano pubblici o privati, essendo soggetti agli stessi diritti ed obblighi.

⁴¹ M. Cammelli, ult. loc. cit. Sul tema inoltre V. Gasparini Casari, *Il servizio universale*, in *Dir. econ.*, 2000, p. 263 e ss.; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 180 e ss.; N. Rangone, *Servizi universali*, in *Enc. giur., Agg.*, Roma, 1999, p. 7, EAD; V. Visco Comandini, *I servizi di interesse economico generale*, in *www.astrid-online.it*; G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 498 e ss.

⁴² M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale*, cit., p. 187; della stessa opinione: S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Ec. pubbl.*, 1995, 5, p. 14; F. Merusi, *Democrazia ed autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 69; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità*, cit., p. 393; A. Massera, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, G. Falcon (a cura di), Padova, 2005, p. 175. In senso contrario si è osservato che la nozione di servizio universale ha una portata ridotta rispetto al concetto di servizio pubblico e legittima l'intervento dei pubblici poteri soltanto marginalmente, a fronte del normale funzionamento di mercati concorrenziali, basati su relazioni interprivate. Sul tema, G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 249 ss.

⁴³ Secondo cui: «fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i loro

economici di interesse generale, prevede espressamente anche un nuovo titolo di competenza a favore delle istituzioni europee per disciplinare i principi e le condizioni per la fornitura e il finanziamento dei servizi stessi.⁴⁴

La rilevanza in materia della disciplina europea è altresì confermata nel Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale aggiunto al Trattato: fermi «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali»⁴⁵ il diritto dell'Unione europea introduce un certo numero di vincoli riguardanti l'organizzazione dei servizi di interesse generale.⁴⁶

Le precisazioni degli Stati membri dirette alla salvaguardia delle proprie prerogative,⁴⁷ non incidono sull'attitudine di fondo della disciplina europea sulla concorrenza a condizionare le scelte relative all'organizzazione e gestione dei servizi pubblici,⁴⁸ come confermato anche dall'art. 106 par. 3 del TFUE, a norma

compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

⁴⁴ R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Regioni*, 2011, VI, 1175.

⁴⁵ Art. 1 del Protocollo allegato n. 26, sui servizi di interesse generale.

⁴⁶ Norma fondamentale in tema di limiti derivanti dall'ordinamento comunitario è l'art. 106 del TFUE il cui par. 1 stabilisce il divieto generale, rivolto agli Stati membri, «di non emanare né mantenere nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articolo 18 e da 101 a 109», a prescindere dalla specifica attività svolta, cioè anche qualora l'attività in questione non corrisponda ad un servizio di interesse economico generale. L'art. 106 par. 2 del TFUE, diversamente dal par. 1, da un lato contiene una regola rivolta direttamente alle imprese; dall'altro si riferisce espressamente alle imprese incaricate dello svolgimento di servizi di interesse economico generale, prevedendone la sottoposizione alle norme a tutela della concorrenza, nel limite in cui tali norme non siano di ostacolo all'adempimento della specifica missione loro affidata.

⁴⁷ Gli Stati membri sottolineando l'importanza dei servizi di interesse generale, hanno offerto alcune indicazioni circa i valori comuni dell'Unione in relazione al settore dei servizi di interesse economico, affermando che essi «comprendono in particolare: a) il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; b) la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; c) un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

⁴⁸ E. Moavero Milanese, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. Bestagno (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 93; D. Sorace, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, cit., p. 5, evidenzia al contrario il protagonismo e l'ampio spazio che si sono lasciati in materia gli Stati, spiegabile anche sulla base del principio di sussidiarietà verticale, cardine del sistema istituzionale comunitario multilivello, le cui ragioni richiedono di tener conto delle esigenze dell'utenza che possono derivare da specifiche situazioni geografiche e socio-culturali.

del quale la Commissione esercita in materia una funzione di vigilanza, rivolgendosi agli Stati membri, ove occorra, opportune direttive o decisioni.

Il mutamento di prospettiva che ha fornito la spinta al superamento del modello tradizionale dei servizi pubblici è dunque scaturito dalla descritta nozione di servizio di interesse economico generale e dai principi generali dell'ordinamento europeo i quali impongono che l'azione degli organi comunitari, al pari di quella degli Stati membri, debba essere orientata verso un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza.⁴⁹

L'influenza della Comunità europea ha avuto un andamento progressivo e tra i suoi principi, quello fondamentale di unità del mercato e del connesso divieto di discriminazione, è stato attuato mediante l'affermazione delle libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali.⁵⁰

Strumentali all'esercizio di dette libertà sono invece le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato, dal momento che un impedimento al loro effettivo esercizio può derivare anche dalla presenza di posizioni monopolistiche o dominanti e da sistemi di protezione finanziaria.⁵¹

Riferito alle forme ed all'estensione delle politiche pubbliche, il principio di concorrenza richiede allora l'apprestamento di misure che favoriscano la competizione tra imprese ed al contempo impone di vietare le misure che possano ostacolare la competizione ad armi pari,⁵² quali ad esempio quelle che abbiano per

⁴⁹ In particolare l'art. 4 del TUE.G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, p. 1 ss. sottolinea che tra i vari modelli di strutturazione delle relazioni economiche e di intervento pubblico nell'economia, tale disposizione evidenzia la netta preferenza per un mercato concorrenziale, al punto che l'economia di mercato avrebbe superato il modello costituzionale fondato sull'etero-direzione pubblica dell'economia, con ciò sancendo il primato delle regole spontanee originate dalle relazioni tra privati.

⁵⁰ Si nota tuttavia che per lungo tempo la realizzazione del mercato comune, prevista dai Trattati comunitari, è stata frenata da un penetrante intervento dello Stato nell'economia consentendo, tra l'altro, il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi nei servizi di interesse economico generale, giustificati secondo le previsioni del Trattato per la "specifica missione affidata". Lo sviluppo del processo di integrazione europea ed un mutato atteggiamento diretto a rafforzare la creazione del mercato interno viene ricondotto all'approvazione dell'Atto unico del 1986 il quale segna anche l'avvio del processo di liberalizzazione dei principali servizi di interesse economico generale, E. Picozza, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 239. Per un'analisi critica dell'evoluzione del diritto europeo della concorrenza ed il suo impatto nell'ordinamento interno, B. Sordi, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quad. fiorentini*, 2002, p. 577 ss.

⁵¹ S. Cassese, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 913.

⁵² F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria ed autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 59 ss.

effetto di alterare la competizione, mettendo taluni operatori economici in una posizione privilegiata.⁵³

Per rendere effettivo il divieto di discriminazione, il principio di concorrenza vieta agli Stati di adottare misure che non consentano alle imprese di esercitare attività economica in condizioni di eguaglianza rispetto alle imprese nazionali. Come fattore di efficienza economica impone di non adottare misure contrarie alle regole di concorrenza anche in materia di servizi di interesse economico generale, qualora non giustificato per le esigenze della specifica missione affidata.⁵⁴

Circa le modalità ed i limiti dell'intervento pubblico dei singoli Stati nel sistema economico, si può allora affermare che, per l'ordinamento comunitario, la preminenza del principio concorrenziale comporta che tutte le attività economiche, anche la gestione dei servizi pubblici, devono essere sottoposte alle stesse regole di concorrenza. L'obiettivo prioritario dell'intervento pubblico deve essere la liberalizzazione dei mercati, processo da distinguere dalla privatizzazione degli enti di gestione dei servizi pubblici, per il fatto che nel diritto comunitario si afferma il principio di neutralità rispetto al regime proprietario dell'impresa.⁵⁵

Ciò vale anche per quegli ambiti di mercato in cui per motivi tecnici, tecnologici o per la insufficiente articolazione dell'offerta, non sia possibile determinare una dimensione pluralistica della concorrenza.

La necessità di garantire la fruizione diffusa di prestazioni essenziali a prescindere dall'assetto concorrenziale o meno del mercato di riferimento comporta che in presenza di un monopolista pubblico sarà direttamente questi a farsi carico e garantire tale obiettivo;⁵⁶ il medesimo obiettivo non è tuttavia

⁵³ Sulla portata del principio di concorrenza rispetto alla legittimità degli interventi pubblici, da ultimo, Corte cost. sent. n. 46 del 20 marzo 2013; Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 200.

⁵⁴ F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, p. 15 ss.

⁵⁵ S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 583. L. Perfetti, P. Polidori (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Milano, 2003, p. 3 nota che il mutamento di impostazione nei confronti dell'intervento pubblico nell'economia trova un naturale sostegno nel paradigma economico neoclassico secondo il quale mercati soggetti a pressione concorrenziale sarebbero in grado di raggiungere livelli di efficienza maggiori, garantendo allo stesso tempo anche la massimizzazione del benessere sociale.

⁵⁶ F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1064, distingue all'interno della categoria generale dei servizi pubblici, i

precluso in presenza di una pluralità di imprese tra loro in concorrenza, potendo prevedersi specifici “obblighi di servizio pubblico”⁵⁷ a carico dei soggetti che forniscono i servizi.⁵⁸

5. Quale liberalizzazione? Concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato

La necessità di aprire al mercato anche i settori di servizio pubblico locale impone allora di scegliere uno dei due possibili modelli di organizzazione delle dinamiche concorrenziali, entrambi conformi al diritto europeo: la concorrenza “nel mercato” oppure la concorrenza “per il mercato”.

In un sistema di concorrenza per il mercato le imprese competono per acquisire il diritto di svolgere una certa attività in condizioni di esclusiva.⁵⁹ I benefici attesi dal confronto competitivo svolto per ottenere l'affidamento del servizio si riflettono su un mercato che è e resta chiuso, nonostante il risultato della gara dovrebbe avvicinare le condizioni di qualità e di prezzo praticate dal monopolista a quelle che si avrebbero in un mercato concorrenziale.⁶⁰

settori investiti dal processo di liberalizzazione, nei quali l'intervento pubblicistico assume la forma della «regolazione» del mercato, dal regime dei servizi pubblici considerati come settore distinto dalle restanti attività economiche, secondo la tradizione degli Stati membri, in cui gli interessi della collettività sono tutelati per mezzo di imprese che agiscono come strumento dei pubblici poteri.

⁵⁷ Tali obblighi possono dal canto loro giustificare l'attribuzione di privilegi (es. diritti di esclusiva) o trattamenti di favore (es. aiuti di stato finanziati con il bilancio pubblico) in deroga ai principi generali del trattato, almeno per quanto risulta necessario per l'assolvimento della missione di interesse generale.

⁵⁸ G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 252, evidenzia come, nello stesso tempo, con lo scopo di garantire gli obiettivi stabiliti nel rapporto tra fornitore ed utente, è possibile istituire una funzione regolativa avente ad oggetto la tutela della parità di trattamento, l'adeguatezza e la continuità delle prestazioni, l'estensione geografica della fornitura, l'accessibilità delle tariffe, i livelli qualitativi delle prestazioni.

⁵⁹ La concorrenza per il mercato va tenuta distinta dal mercato concorrenziale delle pubbliche forniture, poiché non sempre la contendibilità di una pubblica fornitura si conclude con un atto di abilitazione ad entrare in un mercato. F. Merusi, *Le vie della municipalizzazione*, in *Italianieuropei*, 4/2004, Roma, 2004.

⁶⁰ La concorrenza per il mercato è stata elaborata a livello teorico con il modello della *competition for the field*, riferita ai mercati monopolistici delle *public utilities*. Il potere di mercato del monopolista è limitato in quanto il vincitore della gara deve rispettare le condizioni risultanti dal confronto concorrenziale. Vedi H. Demsetz, *Why regulate utilities?*, in *Journal of law and economics*, 1968, p. 55 ss. F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 3, 2010, p. 360

E' evidente che la concorrenza per il mercato tende soltanto ad imitare gli effetti della concorrenza attraverso la creazione di un mercato artificiale degli affidamenti, a cui si dovrebbe logicamente ricorrere soltanto laddove non sia possibile introdurre forme più incisive di concorrenza nel mercato.⁶¹

La disciplina dei servizi pubblici locali, apertamente rivolta all'introduzione di un sistema di concorrenza per il mercato, è in linea di continuità con l'organizzazione precedente, ove assetti monopolistici erano la diretta conseguenza del regime di riserva pubblica dell'attività. Tuttavia l'opzione per la generalizzazione del principio concorsuale è stata oggetto di critiche dal momento che non può ritenersi dimostrata nella variegata realtà settoriale, ora e per sempre, la necessità di un solo gestore.⁶²

Il problema è stato dapprima affrontato con la generica previsione contenuta nell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448 il quale, introducendo l'art. 113 comma 5 bis al Testo unico degli enti locali, conteneva un rinvio ad eventuali discipline settoriali stabilendo che queste, «al fine di superare assetti monopolistici possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi».

Più di recente l'art. 4 comma 1 del d. l. 138 del 2011 ha riproposto la possibilità di introdurre forme di concorrenza nel mercato anche nei servizi pubblici locali. Il legislatore ha inteso promuovere la liberalizzazione - sulla base di un procedimento predefinito - di tutte le attività economiche, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitata, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Anzitutto, per potersi avere l'effettiva liberalizzazione dei servizi pubblici locali, è necessario che sul mercato sia presente un'offerta plurale, consistente in servizi identici o analoghi a quelli già offerti in regime di monopolio. Anche a tal fine la disciplina recata dal d. l. n. 138 del 2011 obbligava l'ente locale a svolgere

⁶¹ Sull'argomento, F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001 AIPDA*, Milano, 2002, p. 59 ss.; G. Napolitano, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 2002, p. 25 ss.

⁶² A. Pericu, *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in L. Perfetti, P. Polidori (a cura di) *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003, p. 112

una verifica di cui dar conto in apposita relazione da trasmettere all'Autorità della concorrenza ed il mercato, espletata attraverso una procedura di consultazione del mercato, adeguatamente pubblicizzata, al fine di acquisire manifestazioni di interesse degli operatori del settore di riferimento alla gestione in concorrenza del servizio.⁶³

Rispetto all'organizzazione di molti servizi pubblici locali, la possibile coesistenza di una pluralità di operatori tra loro in concorrenza è da mettere in relazione soprattutto con la convenienza a deverticalizzare l'organizzazione produttiva - con riguardo all'articolazione operativa e ad eventuali segmenti separati di gestione - verificando la possibilità di liberalizzare singole fasi, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi.

La tendenza prevalente a livello settoriale è, al contrario, di procedere all'integrazione verticale delle varie fasi che costituiscono le attività di servizio pubblico, con il conseguente loro affidamento ad un unico operatore economico. Ciò, al fine di eliminare la coesistenza di più soggetti preposti allo svolgimento di singole fasi della filiera produttiva, che può rivelarsi non economica e causa di problemi pratici, in particolare quando le diverse fasi si presentano tra loro strettamente complementari.⁶⁴

Ad esempio nel caso dell'igiene urbana viene segnalata la possibilità di frazionare taluni servizi, liberalizzando i segmenti che non costituiscono monopolio naturale, ad esempio frazionare la raccolta e lo smaltimento, liberalizzando lo smaltimento. Tale possibilità però contraddice l'integrazione verticale delle varie fasi del servizio indicata dalla legge alla luce della loro stretta interdipendenza: le direttive europee impongono infatti di ridurre la mobilità dei rifiuti e creare un'autosufficienza a livello locale; pertanto chi effettua l'attività di raccolta necessita di impianti di trattamento e smaltimento sul territorio di

⁶³ L'art. 4 del d. l. n. 138 del 2011 non prevedeva espressamente la necessità di una consultazione di mercato, tuttavia questa è stata generalmente richiesta dall'Autorità della concorrenza ed il mercato chiamata al rilascio del parere obbligatorio ed è poi stata codificata nello schema di regolamento del 12 marzo 2012, «di attuazione dell'articolo 4, c. 33-ter, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», mai adottato per l'intervenuta sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012 che ha dichiarato l'illegittimità dell'intero articolo 4.

⁶⁴ Alla luce delle disposizioni del d.lgs. n. 152 del 2006 ciò vale soprattutto per i servizi ambientali. Sia per i servizi idrici che per la raccolta e smaltimento dei rifiuti si tende a privilegiare l'integrazione verticale delle diverse fasi operative.

riferimento ed al tempo stesso detti impianti possono contare soltanto sui conferimenti che provengono dal territorio.⁶⁵ In altre parole gli alti costi di investimento per gli stabilimenti che effettuano trattamento e smaltimento (inceneritori, termovalorizzatori, compostaggio etc.), sono sostenibili solo ove sia assicurato il loro ammortamento con gli introiti derivanti dai conferimenti provenienti dalle zone di riferimento. D'altro lato sussiste il forte rischio che si vengano a creare posizioni dominanti da parte dei possessori degli impianti che, a livello locale, potrebbero venire a trovarsi come unico canale di smaltimento dei rifiuti di una certa località.⁶⁶ Anche la pervasiva pianificazione regionale dell'attività, sottoposta ad un regime autorizzatorio per le connesse questioni di tutela ambientale, si pone come ostacolo alla creazione di un mercato concorrenziale dello smaltimento dei rifiuti.

Laddove invece non sussiste una relazione di complementarità tra le diverse fasi produttive, vi è certamente spazio per la separazione di segmenti concorrenziali della filiera e per la loro conseguente liberalizzazione.

In tal senso, sostiene l'Autorità della concorrenza ed il mercato, con riferimento ai servizi cimiteriali: «l'analisi non contempla la possibilità di scorporare dall'oggetto dell'esclusiva i servizi di illuminazione votiva e quelli di traslazione di salme e resti suscettibili di essere lasciati alla libera iniziativa economica, consentendo a ciascun utente, per tale via, di reperire le migliori condizioni esistenti sul mercato».⁶⁷

Possibile impedimento alla liberalizzazione può derivare inoltre dalla sussistenza di situazioni di monopolio naturale, anche in riferimento ad infrastrutture e impianti fissi.

Se in generale una situazione di monopolio naturale - in cui un solo operatore è in grado di essere attivo in condizioni di redditività - può riscontrarsi per la necessità di sfruttare economie di scala, la presenza di reti o infrastrutture richiede di verificare la possibilità tecnica ed economica che queste siano

⁶⁵ P. Chiades, R. Torrini, *Il settore dei rifiuti urbani a 11 anni dal decreto Ronchi*, Banca d'Italia QEF n. 22, Settembre 2008, p. 9

⁶⁶ F. Biagi, A. Massarutto, *Efficienza e regolamentazione nei servizi pubblici locali: il caso dell'igiene urbana*, Università di Udine, *Working Paper* 05, 2001. Ciò giustifica la competenza regionale di regolazione tariffaria dell'attività di smaltimento.

⁶⁷ AGCM, AS 967, *Comune di Bonvisio Masciago - Modalità di affidamento servizi pubblici locali*.

utilizzate da una pluralità di operatori, anche attraverso una specifica attività di regolamentazione del loro uso.⁶⁸ Ciò vale in particolare per i servizi idrici e per il trasporto pubblico locale. Nel primo caso vi sono però difficoltà legate sia alla natura pubblica dell'acqua che al carattere locale delle reti. Nel trasporto pubblico locale, invece, l'attribuzione di diritti esclusivi prevale essenzialmente per ragioni legate alla scarsa redditività del servizio. La concessione di riserve o diritti di privativa consente al gestore di percepire extra-profitti con cui compensare parzialmente le attività in perdita.⁶⁹

La presenza di più operatori è invece incompatibile con quei servizi che consistono nello sfruttamento e nella gestione di beni pubblici, come ad esempio l'illuminazione pubblica o l'attività di gestione di parcheggi pubblici a pagamento. Tuttavia nel caso dei parcheggi pubblici è possibile non escludere una pari iniziativa privata, evitando di istituire diritti di privativa o riserve di attività.⁷⁰

La liberalizzazione va allora direttamente ricondotta alla possibilità, «per tutti gli operatori interessati, di entrare in concorrenza, secondo modalità trasparenti e non discriminatorie, con gli aggiudicatari in esclusiva della gestione delle aree pubbliche adibite a parcheggio. E' compito dell'amministrazione, pertanto, garantire la possibilità per i soggetti privati di fornire il servizio su aree

⁶⁸ A livello giuridico la liberalizzazione può attuarsi con la dissociazione tra la proprietà demaniale della rete e la gestione del servizio anche se l'incidenza della rete quale presupposto di un mercato rilevante non è uguale in ciascun settore. F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 5. Per una analisi esaustiva a livello settoriale, F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008.

⁶⁹ L'AGCM evidenzia al riguardo l'importanza del ruolo degli enti locali nella fase di pianificazione e programmazione dei servizi a monte, «dal momento che la possibilità di circoscrivere degli spazi praticabili di concorrenza nel mercato, per il trasporto pubblico locale, passa attraverso lo studio e la ricerca dell'equilibrio tra le esigenze di universalità del servizio, i meccanismi di fissazione delle tariffe (secondo quanto previsto dal D.Lgs n. 422/1997) e la struttura dei costi per verificare la sostenibilità economica dei servizi erogabili in concorrenza, senza la corresponsione di sussidi e/o corrispettivi ulteriori. In caso di liberalizzazione "avventata" il rischio di fenomeni di *cream skimming* nel settore in questione è particolarmente elevato e può, in definitiva, pregiudicare gli stessi risultati auspicati dalle recenti manovre di liberalizzazione». AGCM, AS 927, 4 aprile 2012, *Trasporto pubblico locale - Provincia di Imperia*.

⁷⁰ F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 3, 2010, p. 343, osserva la diversa natura dei servizi destinati al pubblico che consistono nell'utilizzazione di beni di proprietà degli enti locali. Questi infatti non presuppongono la riserva dell'attività, pertanto la questione della concorrenza tra gli aspiranti gestori non si pone nei termini di succedaneo alla concorrenza nel mercato. Anche la politica tariffaria presenta connotati diversi, poiché, in questi servizi, non può escludersi la possibilità che l'ente ricavi un utile dalla gestione.

di proprietà privata o pubblica non ancora adibite a tale funzione compatibilmente con i limiti di carattere urbanistico/amministrativo».⁷¹

Non rappresentano in generale degli impedimenti alla concorrenza nel mercato, eventuali obblighi di servizio pubblico, da prevedere per le esigenze della comunità - con riferimento alle specifiche caratteristiche sociali, economiche, ambientali e geomorfologiche - e le compensazioni da riconoscere ai gestori, nonché eventuali investimenti da programmare nei servizi a rete. Il finanziamento dei servizi, esclusa la possibilità di ricorrere a compensazioni interne mediante sussidiazione incrociata, può essere rimesso a compensazioni esterne, facendo partecipare tutti gli operatori presenti nel mercato al finanziamento dei costi netti derivanti dagli obblighi di servizio pubblico, oppure provvedendo direttamente con finanziamenti pubblici da riconoscere in favore degli operatori cui sono imposti detti obblighi.⁷²

6. I caratteri della riforma dei servizi pubblici locali

Gli ampi poteri discrezionali rimessi ai poteri pubblici nell'individuazione e nell'organizzazione delle attività di servizio pubblico, spiegabili con l'impossibilità di definire con precisione i confini della nozione e con l'indeterminatezza del limite dell'utilità sociale espresso dalle norme costituzionali sui rapporti economici, hanno contribuito a determinare l'assetto tradizionale dei settori di servizio pubblico: l'ampliamento dell'intervento pubblico in vasti settori dell'economia anche non riconducibili strettamente al novero dei servizi pubblici e sottoposti al medesimo regime giuridico; l'attribuzione di diritti esclusivi o speciali; la pubblicizzazione del rapporto con l'impresa mediante concessione dell'attività riservata; l'addossamento delle

⁷¹ AGCM, AS 965 *Città di Ventimiglia - Gestione aree di sosta a pagamento*. Sul punto si richiama la sentenza della Corte di giustizia CE, 16 settembre 2008, C-288/07, *Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs e Isle of Wight Council*, par. 62, in cui si fa divieto di qualsiasi misura discriminatoria suscettibile anche solo «di dissuadere i potenziali concorrenti dall'ingresso sul mercato della locazione di posti di stazionamento in parcheggi».

⁷² Sul tema generale del finanziamento, G. Colombini, *Il finanziamento dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di) *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 149 ss.

perdite di bilancio direttamente sulla fiscalità generale come conseguenza della teoria degli oneri impropri, nonostante la scarsa efficienza ed economicità delle gestioni e l'insufficiente qualità dei servizi erogati.

I vari aspetti che hanno ingenerato un cambiamento di prospettiva possono essere ricondotti sia nell'ambito di un generale processo di trasformazione della pubblica amministrazione,⁷³ sia più specificamente all'applicazione del principio di concorrenza alla categoria dei servizi di interesse economico generale, il cui effetto prevalente è stata la liberalizzazione dei servizi pubblici a rete.

Anche la riforma del settore dei servizi locali è andata nella direzione di promuovere forme di liberalizzazione con l'obiettivo principale di attuare una separazione della titolarità dei compiti di gestione da quella relativa all'attività di regolazione, superando le criticità derivanti dalla confusione di ruoli in capo all'ente locale e da posizioni di conflitto d'interesse.

Il legislatore si è prefissato il raggiungimento di queste finalità muovendo in quattro direzioni fondamentali: in primo luogo prevedendo la privatizzazione e societarizzazione di tutti i moduli gestionali; promuovendo la concorrenza per il mercato, mediante l'obbligo della gara e limitando, in seguito, la possibilità di ricorrere a gestioni *in house*; richiedendo agli enti locali, dismessi i panni di gestori diretti dei servizi, di concentrarsi sul ruolo di indirizzo e controllo delle attività svolte da imprese private, principalmente con lo strumento del contratto di servizio; infine prevedendo la separazione della proprietà degli impianti, reti e delle altre dotazioni dalla titolarità dell'attività di gestione dei servizi.⁷⁴

⁷³ Dal lato organizzativo l'esigenza di un recupero di efficienza ed efficacia del sistema pubblico ha portato ad una ridefinizione dei suoi confini e a predisporre le basi per un significativo ripensamento dei modelli organizzativi e funzionali, alla ricerca di forme di gestione più flessibili. Sino alla seconda metà del XX secolo, la pubblica amministrazione, intesa come apparato, è definita in contrapposizione all'impresa privata: un settore pubblico finalizzato al perseguimento d'interessi collettivi, nettamente distinto da un settore privato guidato dal fine essenziale del perseguimento del profitto. Si afferma un approccio dicotomico, sostenuto sia nelle tesi c. d. "istituzionali", che affermano l'unicità della pubblica amministrazione, sia nelle tesi contrapposte che, in conformità a un approccio organizzativistico, sostengono la perfetta analogia tra pubblico e privato, affermando sostanzialmente l'assoluta possibilità di trasporre le regole del privato al pubblico. Vedi, R. D'Amico, (a cura di), *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, Vol. 1, *La Pubblica amministrazione e la sua scienza*, Milano, 2006.

⁷⁴ Tra i numerosi commenti alla riforma si segnala, A. Vigneri, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 5, 2002, p. 1091, ss.; M. Massarutto, *La riforma dei servizi pubblici locali. Liberalizzazione, privatizzazione o gattopardismo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1, 2002; L. Perfetti, P. Polidori (a cura di) *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003; F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001 AIPDA*, Milano, 2002, p.

Il processo di privatizzazione con un progressivo allentamento dei legami di organicità tra azienda ed ente locale e l'affermazione di condotte maggiormente ispirate a logiche imprenditoriali si è avuto anche nei servizi pubblici locali, ove si è privilegiato il modello societario per la gestione dei servizi e la raccolta di capitali privati per la realizzazione di investimenti anche infrastrutturali.⁷⁵ La previsione dello strumento societario si fonda sull'idea che il privato sia attivo nella gestione del servizio o comunque sia mantenuta aperta la possibilità di un suo ingresso anche in caso di gestioni inizialmente in mano pubblica.⁷⁶

La riforma organica dei servizi pubblici locali, attuata con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, oltre a raggiungere la piena societarizzazione delle gestioni, ha ridisegnato complessivamente l'assetto preesistente modificando i caratteri fondamentali del regime tradizionale.

L'art. 35, comma 12 lett. c), della legge n. 448 del 2001 ha abrogato il secondo comma dell'art. 112 T.U.E.L., il quale prevedeva che «i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge», attribuendo all'organo consiliare, in luogo della giunta, la competenza in ordine all'assunzione

59 ss.; G. Napolitano, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 2002, p. 25 ss.; G. Corso, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. quad. serv. pubbl.*, 12, 2002; G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ La legge 8 giugno 1990 n. 142, recante il nuovo ordinamento delle autonomie locali, in particolare l'art. 22, aveva profondamente innovato l'assetto delle forme di gestione del servizio, prevedendo accanto alla concessione a terzi ed alla gestione diretta, la gestione del servizio a mezzo di azienda speciale, in sostituzione della precedente azienda municipalizzata, che ha assunto la natura di ente pubblico economico dotata di personalità giuridica ed autonomia patrimoniale oppure a mezzo di società di capitali a prevalente partecipazione pubblica locale.

⁷⁶ In realtà l'esperienza concreta ha mostrato che le società in mano pubblica hanno raramente improntato la propria attività a criteri di efficienza economica e produttiva, rimanendo soggette all'influenza dei condizionamenti provenienti dai vertici politici. L'eventuale dismissione delle partecipazioni pubbliche è stata impedita dalla volontà delle amministrazioni locali di mantenere il controllo diretto sulle imprese e, d'altro lato, le inefficienze gestionali hanno notevolmente ridotto l'interesse del mercato a farvi ingresso. La legge 8 giugno 1990, n. 142, alla ricerca di nuove modalità gestionali maggiormente autonome e flessibili, in grado di meglio rispondere alle esigenze operative connesse allo svolgimento di un'attività imprenditoriale ed al fine di migliorarne l'economicità e l'efficacia, aveva introdotto il modello della società per azioni con capitale pubblico, inizialmente ammesso con una partecipazione maggioritaria ed in seguito esteso ad una partecipazione pubblica anche soltanto minoritaria. La possibile partecipazione minoritaria dell'ente è stata contemplata dall'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498. Poi il regolamento attuativo introdotto dal D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 ha disciplinato dettagliatamente il procedimento di costituzione delle società minoritarie, nonché il contenuto dell'atto costitutivo e del contratto di servizio riguardante i rapporti tra ente titolare del servizio e società. Detto regolamento però non confluisce nel testo unico di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. L'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127, ha poi promosso la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni, comprendendo tra le forme di gestione anche la società a responsabilità limitata e disponendo incentivi fiscali in caso di trasformazione societaria delle imprese pubbliche locali.

ed organizzazione del servizio. La citata disposizione evidenzia che l'organizzazione dell'erogazione del servizio pubblico locale di tipo imprenditoriale deve avvenire nel rispetto del principio di concorrenza e non può concretizzarsi nell'assunzione diretta da parte dell'ente locale attraverso una propria struttura.⁷⁷

Nella stessa direzione l'art. 113 comma 5 ha stabilito che «l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con “conferimento della titolarità” del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica». La previsione del conferimento della titolarità della gestione del servizio direttamente al gestore privato, individuato con gara ad evidenza pubblica, indica che la gestione stessa non compete più all'ente, che eventualmente la concede e trasferisce al privato, ma è di esclusiva spettanza del mercato. Infatti, lo stesso art. 113 comma 5 non riconosceva altre possibili modalità di conferimento della gestione all'infuori della gara, escludendo in radice la possibilità che fosse lo stesso ente locale, tramite una propria articolazione, a provvedere all'erogazione del servizio.⁷⁸ Si mirava così a delineare un assetto concorrenziale del mercato dei servizi ed a valorizzare la funzione regolatoria degli enti locali, mediante il ricorso alla gara per l'affidamento e la separazione fra funzione regolatoria e gestionale.

Lo strumento generale per la regolazione dei rapporti tra ente e gestore è stato individuato nel contratto di servizio, prima previsto soltanto da discipline di settore.⁷⁹

In realtà già il r. d. 14 settembre 1931, n. 1175 (testo unico per la finanza locale), disciplinava il contratto di concessione,⁸⁰ con il quale l'ente locale

⁷⁷ Come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, la ratio dell'abrogazione del comma 2 dell'art. 112, T.U.E.L. non può essere certo rinvenuta nella diversa volontà del legislatore di far riesperire la potestà comunale di riserva esclusiva di servizi pubblici locali.

⁷⁸ L. Perfetti, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in *Analisi economica e metodo giuridico*, cit., p. 41.

⁷⁹ Il contratto di servizio trova la propria fonte più immediata nel diritto comunitario. Già l'art. 14 par. 1 del regolamento 69/1191/CEE come sostituito dall'art. 4 par. 1 del regolamento 91/1893/CEE ha previsto che «per garantire servizi di trasporto sufficienti tenendo conto segnatamente dei fattori sociali, ambientali e di assetto del territorio o per offrire particolari condizioni tariffarie a favore di determinate categorie di passeggeri le competenti autorità degli Stati membri possono concludere contratti di servizio con un'impresa di trasporto».

⁸⁰ Il contratto accessivo alle concessioni, secondo lo schema duale delle concessioni-contratto. M. D'Orsogna, A. Erspamer, *Il contratto di servizio*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, cit., p. 229

regolamentava vari profili del rapporto con il concessionario privato gestore del servizio.⁸¹

In seguito è stata introdotta un'analogia previsione anche per la disciplina dei rapporti con il gestore pubblico.⁸² L'ente locale, tra gli atti fondamentali, veniva chiamato ad approvare un piano programma «comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale». In tal modo il legislatore ha rimarcato la separazione giuridica tra ente locale ed azienda speciale, derivante anche dal riconoscimento a quest'ultima della personalità giuridica. Non è però in tal modo venuta meno la strumentalità dell'azienda speciale, sottoposta ai poteri di indirizzo, programmazione e vigilanza da parte dell'ente locale, per il perseguimento del medesimo interesse pubblico.⁸³

Rispetto all'attività del gestore privato, invece, la funzione di indirizzo e programmazione si attua nella fase antecedente all'affidamento, e sul suo contenuto si svolge il confronto competitivo tra le imprese in sede di gara. Questa poi cristallizza nel contratto di servizio, andando a formare gli specifici diritti ed obblighi assunti reciprocamente da ente affidante e gestore.

L'importanza della preventiva regolamentazione dei rapporti non trova allora la propria ragione d'essere in mere esigenze di certezza dei rapporti giuridici, ma principalmente nella necessità di funzionalizzazione dell'attività privata agli interessi della collettività. Ed infatti ciò che contraddistingue i servizi pubblici dalle altre attività economiche è il carattere della "doverosità" del servizio che impone al gestore di esercitare l'attività anche quando questa non presenta profili di remuneratività. In questa prospettiva, contenuto tipico dei contratti di servizio può considerarsi la specificazione degli standard quantitativi e qualitativi delle prestazioni da rendere all'utenza, gli eventuali obblighi di servizio pubblico imposti al gestore e le modalità del loro finanziamento.

⁸¹ Come ad esempio la manutenzione degli impianti, la rigorosa osservanza delle tariffe per le prestazioni da rendere all'ente locale ed all'utenza, la vigilanza sul funzionamento del servizio, le penalità, i casi di decadenza e le modalità per la definizione delle controversie.

⁸² Art. 4 comma 4 del d. l. 31 gennaio 1995, n. 26.

⁸³ Sul contratto di servizio quale strumento per la regolamentazione del rapporto con soggetti pubblici, M. Capantini, *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2004, p. 801 ss.; B. Spadoni, *Il contratto di servizio nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 26.10.2012.

La sola previsione della regolazione dell'attività privata tramite il contratto di servizio non garantisce, però, né che il servizio sia organizzato in modo efficiente, né che nella fase di esecuzione del contratto il gestore adempia correttamente agli obblighi assunti. Questa fondamentale esigenza dipende dalla predisposizione di un giusto sistema di incentivi previsti nel contratto e dalla correttezza del controllo operato ex post dall'ente affidante, circostanze la cui presenza è legata alle diverse capacità regolative esistenti a livello locale.

Riguardo il regime dei beni strumentali, il principio di separazione tra assetto proprietario - ed eventualmente anche gestionale - delle reti e degli impianti rispetto alla fase di erogazione del servizio è previsto dall'art. 113 comma 2 del TUEL, il quale stabilisce che gli enti locali «non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici».⁸⁴

Nel momento in cui la gestione del servizio è divenuta un'attività contendibile tra più operatori, il legislatore ha scelto di dettare un'espressa disciplina per riservare la proprietà dei beni strumentali agli enti locali titolari del servizio pubblico. Così gli enti locali oppure le società interamente pubbliche cui possono essere conferiti i beni strumentali,⁸⁵ mettono questi ultimi a disposizione del soggetto incaricato della gestione del servizio. Al termine dell'affidamento l'ente proprietario potrà consentire il subentro, eventualmente prescrivendo al nuovo gestore di corrispondere al suo predecessore un indennizzo pari al valore degli incrementi realizzati e non ancora ammortizzati.⁸⁶

La separazione della proprietà delle reti è diretta espressione del principio di concorrenza. Per garantire che la competizione si svolga ad armi pari occorre

⁸⁴ La norma pone in capo all'ente locale il divieto di cessione dei beni strumentali. Si tratta di una disposizione imperativa con la conseguenza che, in caso di violazione, il relativo contratto di trasferimento del bene è nullo per effetto dell'art. 1418 comma 1 c.c. V. Italia (a cura di), *I servizi pubblici locali modalità di affidamento, gestione e tariffe*, Milano, 2010, p. 103; S. D'Antonio, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di) *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 135 ss.

⁸⁵ L'art. 113 comma 13 del TUEL, come modificato dall'art. 14 lett. g) del d. l. n. 269 del 2003 prevede che ove ciò non sia espressamente vietato dalle normative di settore, la proprietà dei beni può essere conferita a società a capitale interamente pubblico, espressamente definito incedibile. Lo stesso comma 13 prevede inoltre che alle società in questione può anche essere conferita la gestione delle reti nonché il compito di espletare le gare per l'affidamento della gestione.

⁸⁶ Art. 113 comma 9 del TUEL

infatti evitare che uno dei contendenti disponga in modo esclusivo o preferenziale dei mezzi di produzione o distribuzione.⁸⁷

L'art. 113 commi 3 e 4 del TUEL prevede e disciplina, poi, la facoltà di separare l'attività di gestione dei beni dall'attività di gestione dei servizi pubblici locali.

Dal momento che la separazione dell'attività di gestione delle infrastrutture è stabilita come mera eventualità, rimessa alle scelte delle discipline di settore, si ricava che di regola tale attività è accorpata con quella di erogazione del servizio all'utenza. Qualora sia separata, l'attività di gestione delle reti deve essere affidata ad una società di capitali con la partecipazione pubblica totalitaria oppure ad imprese da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica.⁸⁸

La possibilità di separare la gestione della rete è funzionale alle ipotesi di discipline settoriali che promuovano l'apertura ad assetti pienamente concorrenziali, con la coesistenza di una pluralità di operatori sul mercato. In tal caso infatti l'attribuzione di compiti di gestione della rete ad un soggetto terzo rispetto alle imprese di erogazione presenta una precisa valenza pro-concorrenziale, assicurando condizioni di parità e piena accessibilità a quanti intendano utilizzare la medesima infrastruttura.⁸⁹ In realtà la separazione può agevolare anche il funzionamento di un sistema di concorrenza per il mercato, eliminando le difficoltà insite nel subentro del nuovo gestore e nel necessario indennizzo degli ammortamenti ancora non completati.

⁸⁷ M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 523

⁸⁸ Nel silenzio della legge su cosa debba intendersi per attività di gestione delle reti può ritenersi che questa consista prevalentemente nella manutenzione delle infrastrutture ed eventualmente nella riscossione del canone verso chi le utilizza per erogare il servizio. G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 523 ss.

⁸⁹ F. Merusi, *Le vie della municipalizzazione*, in *Italianieuropei* 4, 2004, sottolinea come risulta difficile capire la logica della dissociazione del regime delle reti dall'erogazione del servizio quando non serve a creare un mercato concorrenziale dell'erogazione, col rischio che la separazione serva soltanto ad addossare alla mano pubblica il costo delle reti e degli impianti e ad immettere i privati concessionari (dentro una società mista o da soli) in condizione di gestire una attività imprenditoriale produttiva di utili.

7. Gli ostacoli alla liberalizzazione

Il disegno riformatore ha incontrato sulla propria strada ostacoli rilevanti che hanno impedito il raggiungimento dei risultati sperati in termini di miglioramento dell'efficienza ed economicità delle gestioni nonché di qualità dei servizi erogati nell'interesse dell'utenza.

Oltre l'esistenza di un rilevante ambito derogatorio rispetto all'applicazione del principio di concorrenza, individuato nella categoria dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, i cui confini non risultano chiariti con sufficiente certezza, un primo aspetto di rilievo attiene al venir meno della previsione dell'esclusività della gara come modalità di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali.⁹⁰

Tra l'altro, anche in quei settori in cui per effetto della riforma vi è stato un incremento del ricorso alle gare per l'assegnazione dei compiti di gestione, non si sono registrati significativi miglioramenti in termini di efficienza e qualità dei servizi a causa della bassa pressione concorrenziale.⁹¹

⁹⁰ Il nuovo art. 113 comma 5 del TUEL, modificato già dall'art. 14 del d. l. n. 269 del 2003, ha previsto a fianco della gestione per mezzo di società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, anche l'affidamento diretto a società aventi i requisiti dell'*in house providing* e l'affidamento a società miste.

⁹¹ Nei servizi idrici pur rimanendo le gestioni pubbliche di gran lunga prevalenti si contano 115 società affidatarie, di cui, relativamente alla struttura, 7 interamente private, 23 a capitale misto con socio privato selezionato con gara, 11 con socio finanziario, 61 interamente pubbliche, *L'industria dei servizi idrici*, Intesa SanPaolo - SMR, febbraio 2013, p. 9 ss.; Conviri, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, dicembre 2011, p. 31 ss.; Utilitas, *Blue Book. I dati sul Servizio Idrico Integrato in Italia*, ottobre 2011, p. 58 ss. Tuttavia a fronte di un maggiore coinvolgimento di operatori privati non si sono registrati miglioramenti di efficienza. Basti pensare che ancora il 19 luglio 2012 la Corte di giustizia ha emesso sentenza di condanna nei confronti dell'Italia, nel procedimento C-565/10 (Procedura d'infrazione 2004/2034) per il mancato adempimento agli obblighi dalla direttiva 91/271/CEE in materia di fognatura, collettamento e depurazione. Altrettanto dicasi per altri indici di efficienza quali le rilevanti perdite idriche calcolate nel rapporto tra acqua immessa nella rete ed acqua fatturata, oppure il basso indice di realizzazione degli investimenti programmati nei piani d'ambito. Nel trasporto pubblico locale gli affidamenti con gara nei comuni capoluogo di provincia risultano essere pari al 46,4%, contro il 25,8% di affidamenti diretti ed il 27,8% di affidamenti *in house*. Nel periodo dal 2002 al 2004 sotto il vigore della disciplina che prevedeva l'esclusività della gara si sono invece registrate gare in ben il 69,8% dei casi, Dati rilevazione Banca d'Italia, C. Bentivogli, R. Cullino, D. M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *questioni di economia e finanza* n. 20, Banca d'Italia, 2008. Nel trasporto pubblico locale la scarsa incidenza della pressione concorrenziale è dimostrata dalla modesta entità dei ribassi che, in circa due gare su tre, è risultata minore dell'1% del corrispettivo a base d'asta. Il numero dei partecipanti alla gara è stato sempre molto limitato: nel 40 % dei casi non vi è stato alcun confronto competitivo a causa della presenza di un unico partecipante.

Le gare sono state imposte in assenza di qualunque previsione circa il loro concreto risultato e con bacini di gara, su scala comunale, di dimensioni troppo ristrette per essere effettivamente concorrenziali. Il numero dei partecipanti è stato spesso esiguo, i ribassi ottenuti quasi sempre irrilevanti, mentre nella maggior parte dei casi l'aggiudicatario è risultato l'*incumbent*.

Ma soprattutto essendo nuovamente consentito – e nei fatti preferito dagli enti locali – provvedere alla gestione diretta dei servizi, non si sono neppure compiutamente realizzati gli altri corollari della riforma, strettamente collegati all'esternalizzazione della gestione.

Il venir meno dell'obbligo della gara ha allontanato l'obiettivo di una compiuta separazione tra funzioni di regolazione ed attività di gestione, con la conseguenza di ritardare i previsti miglioramenti di efficienza ed economicità delle gestioni, spesso ancora utilizzate per finalità politico-clientelari. Allo stesso modo, anche gli obiettivi di qualità dei servizi erogati e di tutela dell'utenza, sono risultati depotenziati dalla situazione di conflitto di interessi in cui gli enti locali hanno continuato a trovarsi. Invece, in merito al ruolo che le amministrazioni locali sono state chiamate a svolgere nella regolazione dei servizi pubblici locali, a causa del mantenimento dell'impegno diretto nella gestione, non si è avuto un progressivo incremento delle capacità di indirizzo e controllo della gestione privata del servizio.

Anche il passaggio allo strumento societario come modello organizzativo di riferimento ed il relativo processo di privatizzazione ha presto evidenziato la propria incompiutezza. Non soltanto la privatizzazione è stata meramente formale, le società *in house* sono state dapprima ricollocate nell'ambito dell'organizzazione pubblica per poi vedersi estesa una parte significativa dello statuto dell'ente pubblico, nel tentativo di rimediare all'eccessiva leggerezza con cui spesso sono state amministrate; ciò però frustrando il bisogno di disporre di modelli gestionali più flessibili ed adatti all'esercizio di attività d'impresa.

Ne è scaturita una forte contaminazione degli ordinamenti pubblico e privato⁹² ed uno stato di incertezza sulla disciplina di volta in volta applicabile alle società che erogano servizi pubblici locali.⁹³

⁹² F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 1990, p. 27 ss. descrive i rischi e le

Gli ostacoli alla liberalizzazione ricavabili dalla dialettica tra enti locali ed Autorità della concorrenza ed il mercato

La disciplina sull'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali recata dall'art. 23 bis del decreto legge n. 112 del 2008 ha tentato nuovamente di limitare la facoltà degli enti locali di ricorrere ad affidamenti *in house*, in particolare imponendo una verifica preventiva della possibilità di un utile ed efficace ricorso al mercato, ammettendo deroghe al principio della gara soltanto qualora ciò si giustifichi per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, da motivare mediante un'analisi di mercato contenuta in un'apposita relazione da inviare all'AGCM ai fini del rilascio del prescritto parere preventivo.⁹⁴

Le posizioni espresse dall'AGCM si sono rivelate molto restrittive, finendo di fatto per consentire il ricorso al regime derogatorio soltanto previa pubblicazione di una consultazione di mercato con cui richiedere agli operatori economici privati manifestazioni d'interesse allo svolgimento del servizio.⁹⁵ Qualora vi fossero operatori disponibili ad assumere la gestione, si riteneva senz'altro possibile un utile ed efficace ricorso al mercato.⁹⁶

Analizzando i pareri espressi dall'AGCM, al fine di motivare l'affidamento in deroga ai sensi dell'art. 23 bis comma 3 del d.l. 112 del 2008, gli enti locali hanno addotto cause di giustificazione riconducibili ad una serie ricorrente di fattori.

⁹³ contraddizioni dei processi di ibridazione del diritto. Sul tema delle società a partecipazione pubblica si rinvia a, M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008. Di fronte ad una società partecipata sussistono incertezze interpretative sulle regole che disciplinano le assunzioni, sulla composizione dell'organo amministrativo e sul compenso dei suoi componenti, sull'estensione della responsabilità amministrativa per danno erariale e sullo statuto penale degli amministratori, sull'applicazione del diritto di accesso, sulla fallibilità della società. M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 3, 2012, p. 508

⁹⁴ Parere preventivo che ai sensi dell'art. 23 bis quarto comma del d.l. 112 del 2008, se non reso entro 60 giorni, doveva intendersi espresso in senso favorevole.

⁹⁵ AS 554 del 08.06.2009 *Comune di Alassio – Gestione dei parcheggi a pagamento*; AS 708 del 13.01.2010 *Unione dei Comuni del Logudoro – Servizio integrato di raccolta dei rifiuti urbani*.

⁹⁶ Ciò anche quando l'indagine di mercato consentisse di individuare operatori disponibili a svolgere soltanto un segmento del servizio richiesto. Tale circostanza non esclude, di per sé, la possibilità di espletare in deroga alle modalità ordinarie di affidamento solamente i servizi necessitati non contemplati nell'offerta suddetta, limitandosi, così, a svolgere con modalità *in house* solo quanto non offerto dal mercato, AS 548 del 05.06.2009, *Comune di Luzzi – Gestione del servizio di raccolta differenziata*.

Con un primo ordine di motivazioni è stato sostenuto che mediante l'autoproduzione sarebbe stato possibile fornire il servizio a costi inferiori rispetto a quelli degli operatori privati - alcuni sottolineando che ciò troverebbe spiegazione nel fatto che la società pubblica non ha fini lucrativi⁹⁷ - ed a riprova hanno sovente presentato dei preventivi di operatori privati superiori al costo sostenuto dalla società *in house* per l'erogazione del servizio.⁹⁸ In tali casi l'Autorità ha sempre eccepito che la convenienza non può essere presunta, dato che tale elemento può essere oggetto di effettiva verifica soltanto dopo aver esperito la gara ad evidenza pubblica.⁹⁹

Altro impedimento evidenziato dagli enti locali riguarda la circostanza che in organico vi siano già dipendenti impegnati nello svolgimento del servizio (es. gestioni in economia nel settore idrico o nei servizi cimiteriali), con la conseguenza che l'affidamento a terzi con gara non risulterebbe conveniente, esistendo già un'apposita organizzazione interna che non potrebbe essere con facilità attribuita a diverse mansioni.

Ancora si è fatto riferimento a specifici aspetti connessi alla programmazione del servizio, nella specie per lo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale, che renderebbero conveniente l'organizzazione preesistente costituita dall'affidamento *in house* ad una società partecipata da più comuni del comprensorio, compreso il capoluogo. Questa modalità sarebbe preferibile in quanto consentirebbe un servizio migliore con collegamenti diretti con il capoluogo, unitamente ad un sistema di tariffazione unica, permettendo dunque vantaggi di natura economica connessi ad una migliore organizzazione complessiva. Secondo l'AGCM dette caratteristiche della prestazione non sono ad esclusivo appannaggio dell'operatore pubblico, bensì possono essere offerte anche da un'impresa privata scelta con gara ad evidenza pubblica.¹⁰⁰

⁹⁷ AS 543 08.05.2009 Provincia di Imperia – Gestione del servizio idrico integrato

⁹⁸ AS 757 Comune di Santa Maria del Cedro – Servizi di igiene ambientale; AS 739 del 08.07.2010 Comune di Gromo – Servizi di igiene ambientale.

⁹⁹ AS 544 Comunità montana di Longarone Cadore Zoldo – Raccolta trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, nota che invece un confronto con i prezzi praticati da altri operatori risulta fuorviante nella misura in cui riguarda servizi svolti in ambiti territoriali differenti e gestiti con diverse modalità operative. Nello stesso senso AS 564 del 14 luglio 2009 Comune di Arconate – Raccolta trasporto e smaltimento rifiuti.

¹⁰⁰ AS 701 del 18 maggio 2010 Comune di Vigonza – Servizio di trasporto pubblico locale.

In generale l'AGCM sottolinea spesso che ogni particolare esigenza sociale ed organizzativa connessa alla prestazione del servizio ben può essere imposta al gestore privato come obbligo di servizio pubblico.

Neppure sono state ritenute convincenti delle articolate giustificazioni riguardanti i problemi legati ai necessari investimenti che renderebbero la gestione non economica per il privato ed aspetti di tutela dell'occupazione.¹⁰¹ Infatti l'ente anche con la gara «può comunque mantenere forme di indirizzo delle modalità di espletamento del servizio grazie al contratto di servizio con la società di gestione, nonché ad impegni del gestore sul *business plan* richiesti nel bando di gara. Laddove tali obblighi risultino tali da compromettere la redditività aziendale, la gara può prevedere l'erogazione da parte dell'amministrazione di una sovvenzione a favore del soggetto privato che risulterà affidatario. In tal caso, proprio la procedura ad evidenza pubblica conduce a minimizzare i costi derivanti dalla gestione, realizzando una riduzione del costo complessivamente sopportato dalla collettività. Si ha quindi ragione di sostenere che – anche in questa circostanza – l'affidamento del servizio a mezzo di gara rappresenti la procedura più idonea a far emergere possibili recuperi di efficienza e miglioramenti nella qualità del servizio pur tenendo nell'opportuna considerazione le esigenze occupazionali sostenute dal Comune».¹⁰²

Neppure ha rilievo che nella zona interessata non vi siano operatori attivi nel settore, nella specie per la gestione di parcheggi.¹⁰³ Infatti tramite la consultazione di mercato è sempre possibile verificare la presenza di operatori disponibili a svolgere il servizio.

Dunque i principali aspetti critici evidenziati dagli enti locali riguardanti la necessità di prevedere un'organizzazione integrata dei servizi, di assicurare gli obiettivi sociali, di dover far fronte ad esigenze di investimento e di tutela

¹⁰¹ AS 518 del 12.03.2009 Provincia autonoma di Trento – Servizi di trasporto pubblico locale, in cui si sottolinea che la sollevata difficoltà di recuperi di efficienza da parte dell'operatore privato a causa di clausole di protezione sociale, non giustifica l'affidamento *in house*. Infatti «il meccanismo di offerta competitiva può agire come incentivo, per i concorrenti, ad intervenire sulle condizioni contrattuali del fattore lavoro in termini di aumento di produttività, anche senza incidere sui livelli occupazionali e retributivi, attraverso un miglioramento dell'offerta in termini, ad esempio, di frequenze o linee aggiuntive».

¹⁰² Analogamente sulla possibilità di mantenere poteri di indirizzo, AS 536 del 05.05.2009 Comune di Fontaniva – Gestione della farmacia comunale; AS 533 del 05.05.2009 Comune di Quarrata – Gestione delle farmacie comunali.

¹⁰³ AS 565 del 29.04.2009 Comune di Siena – Gestione delle aree di sosta.

dell'occupazione, possono trovare adeguata soluzione in sede di programmazione e regolazione dell'attività, senza per questo dover sottrarre rilevanti settori economici al mercato.

Molte amministrazioni locali sono poco propense a svolgere funzioni di indirizzo e controllo dell'attività privata, specie a fronte di alcune caratteristiche della prestazione di servizio pubblico programmata, quali ad esempio la previsione di obblighi di servizio pubblico, la necessità di investimenti specifici, esigenze di tutela occupazionale, fattori che aumentano notevolmente la complessità del rapporto di servizio con il gestore.

I pochi pareri positivi rilasciati dall'Autorità della concorrenza sono invece sempre stati motivati con le ridotte dimensioni della popolazione interessata e con l'esiguità del valore della concessione, rinvenendosi solo in tal caso, oltre che ovviamente nelle ipotesi di gara andata deserta, una situazione di fallimento del mercato che giustifichi l'intervento pubblico diretto nella gestione dei servizi di rilevanza economica.¹⁰⁴

In aderenza a questo orientamento si pone la disciplina introdotta in seguito con gli articoli 3-bis e 4 del d.l. n. 138 del 2011, dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d. l. n. 112 del 2008.

L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ha infatti consentito il ricorso alle gestioni *in house* per tutti gli affidamenti al di sotto di una certa soglia di valore, dapprima stabilita in 200.000 euro e poi estesa a 900.000 euro. Parallelamente, l'art. 3 bis dello stesso d.l. n. 138 del 2011 ha imposto la riorganizzazione dei servizi pubblici a rete di rilevanza economica in ambiti territoriali ottimali, con l'intento di creare mercati di dimensioni effettivamente rilevanti.

¹⁰⁴ AS 607 dell'11.02.2009 Comune di Monte Urano – gestione dei servizi cimiteriali; AS 556 del 30.06.2009 Comune di Molinara – Servizio di scuolabus; AS 656 del 22.12.2009 Comune di Albisola Superiore – Servizio di vigilanza e manutenzione parcheggi pubblici.

8. L'esercizio delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali nel processo di riforma degli enti locali

Uno dei problemi fondamentali che ha caratterizzato la programmazione e la gestione dei servizi pubblici locali è stata la rilevante frammentazione conseguente all'attribuzione delle funzioni a livello comunale, aspetto che non ha consentito di realizzare programmazioni strategiche ed integrate e di configurare mercati locali di dimensioni ottimali sotto il profilo economico-gestionale, al fine di sfruttare economie di scala e di creare bacini di gara realmente concorrenziali.

In alcuni casi il superamento della dimensione meramente comunale è avvenuto in via di fatto, mediante l'utilizzo dello strumento societario. In varie zone del paese sono state istituite società partecipate da una pluralità di amministrazioni comunali incaricate della gestione dei servizi pubblici locali nella titolarità degli enti locali partecipanti. Tali operatori, spesso sotto forma di imprese *multiutility* attive in svariati settori economici - con l'accentramento della fase gestionale e la configurazione di soggetti di rilevanti dimensioni imprenditoriali - hanno consentito di sfruttare specifiche competenze manageriali, di ottenere economie di scala e programmare servizi integrati e più efficienti.

La concentrazione del mercato mediante la partecipazione in società di gestione è dimostrata dall'esistenza di un numero esiguo di imprese di grandi dimensioni che rappresenta numericamente soltanto il 4% dell'insieme delle società partecipate, ma che in realtà copre più della metà del valore della produzione del comparto.¹⁰⁵

Il medesimo risultato è stato ricercato dal legislatore a livello istituzionale, sia prevedendo ed incoraggiando forme stabili di cooperazione tra enti locali, come le unioni di comuni,¹⁰⁶ sia con lo svolgimento in forma associata dei compiti

¹⁰⁵ La dimensione media delle imprese risulta però sensibilmente diversa tra settori. Le imprese partecipate che fatturano più di 60 milioni di euro annui rappresentano un valore complessivo della produzione pari all'87% nel settore dell'energia elettrica, al 35% nella distribuzione del gas, al 57% nei servizi idrici, al 41% nel settore dei rifiuti. *Elaborazione su dati del Ministero dell'economia e finanze, in Commissario straordinario per la revisione della spesa, Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014.

¹⁰⁶ Il progetto di trasformazione dei poteri locali ha visto l'imposizione ai comuni con popolazione inferiore a 5.000 ab. dell'obbligo di gestire in forma associata tutte le funzioni fondamentali (art. 14 commi 26 ss. del d. l. n. 78 del 2010) e poi il rilancio dell'unione come modello organizzativo di riferimento, introducendo le unioni speciali per i comuni con popolazione inferiore a 1.000 ab. per lo

connessi all'erogazione dei servizi pubblici locali attraverso l'integrazione in ambiti territoriali di dimensione ottimale, previsti dapprima a livello settoriale e da ultimo estesi a tutti i servizi pubblici a rete di rilevanza economica.¹⁰⁷

Il nuovo approccio si è caratterizzato per il superamento dell'idea di fornire strumenti di cooperazione eventualmente azionabili volontariamente dai singoli enti locali. Di fronte alla crisi economica, la necessità di ridurre la spesa pubblica ha condotto alla previsione di forme obbligatorie di associazionismo degli enti di minori dimensioni e più in generale al tentativo di razionalizzazione dell'ordinamento degli enti locali,¹⁰⁸ anche con la revisione strutturale o la riconfigurazione di livelli di governo come quello provinciale.¹⁰⁹

Il tema finisce dunque per coinvolgere la questione più generale del riassetto del sistema delle autonomie locali, questione aperta fin dalla riforma del titolo V della Costituzione del 2001 che, sull'affermazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, ha inteso porre le autonomie locali al centro dell'attività della pubblica amministrazione, dando luogo ad un costante incremento delle funzioni svolte dal basso.¹¹⁰ Tendenza che avrebbe richiesto una sistemazione organica, adeguando l'ordinamento locale alla riforma costituzionale.¹¹¹

svolgimento associato di tutte le funzioni (art. 16 del d. l. n. 138 del 2011).

¹⁰⁷ l'art. 3-bis del d. l. n. 38 del 2011 ha stabilito che le regioni devono organizzare i servizi pubblici a rete di rilevanza economica in dimensioni almeno provinciali, tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza dei servizi.

¹⁰⁸ Problema che affonda le radici già al momento dell'unificazione in quanto, a differenza di altri Stati europei, le circoscrizioni comunali non sono mai state oggetto di revisione e fin dall'unificazione amministrativa del regno d'Italia (L. 23 ottobre 1859, n. 3702 e L. 20 marzo 1865, n. 2248) ci si limitò a riconoscere le realtà comunali preesistenti.

¹⁰⁹ Tendenza che ha sollevato rilevanti questioni sotto il profilo costituzionale: entro quali limiti lo Stato può individuare e disciplinare l'esercizio delle funzioni fondamentali dei comuni di cui all'art. 117 comma 2 lett. p) Cost.; il rischio che attraverso l'obbligo di esercizio delle funzioni in forma associata, i comuni siano lesi nella loro identità funzionale e strutturale. Sul tema, P. Bilancia, *L'associazionismo obbligatorio dei comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, in www.federlismi.it; V. Tondi della Mura *La riforma delle unioni di comuni fra «ingegneria» e «approssimazione» istituzionali*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1911 ss.; M. Massa, *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali*, in *Amministrare*, 2, 2013, p. 253 ss.; F. Pizzetti, *La nuova normativa in materia di enti territoriali: una grande riforma*, in F. Pizzetti, A. Ruggetti (a cura di), *Il nuovo sistema degli enti territoriali dopo le recenti riforme*, Rimini, 2012, p. 52 ss.

¹¹⁰ G. Vesperini, *La legge sulle autonomie venti anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 960 sottolinea come l'incremento dei poteri locali si è sviluppato in funzione correttiva del rafforzamento del potere centrale conseguente all'introduzione del sistema maggioritario per l'elezione del Parlamento, sia come bilanciamento del rafforzamento dei poteri sovranazionali.

¹¹¹ La delega legislativa contenuta nella legge 131 del 2003 (c.d. legge La Loggia) non è mai stata

Al contrario, le recenti linee di riforma dettate da esigenze di contenimento della spesa pubblica si sono rivelate prive di sistematicità, riducendo lo spazio riconosciuto ai principi di autonomia, sussidiarietà e democraticità, affrontando invece esigenze contingenti riconducibili piuttosto alla necessità di far prevalere criteri generali di buon andamento, economicità ed efficienza.¹¹²

Gli interventi normativi che hanno coinvolto le province denotano la mancanza di univocità degli obiettivi perseguiti dal legislatore alla ricerca dell'adeguatezza degli assetti istituzionali, oscillanti tra il proposito della completa soppressione e la loro riconfigurazione incentrata sulla valorizzazione del ruolo di enti intermedi tra regioni e comuni.¹¹³

Per quanto più interessa, si tratta di verificare se alla luce del nuovo ruolo assegnato alle province vi sia la possibilità di convogliare al livello intermedio le esigenze connesse alla regolazione e gestione di area vasta dei servizi pubblici locali.¹¹⁴

Infatti, a livello funzionale, la nuova disciplina valorizza i compiti delle province:¹¹⁵ l'art. 1 comma 86 lett. a) della legge n. 56 del 2014 ricomprende tra le

attuata, mentre l'iniziativa parlamentare rivolta all'approvazione della "Carta delle autonomie" è di fatto superata da un percorso di riforme attuato invece in modo frammentario e non coordinato.

¹¹² *I poteri locali: da sistema autonomo a modello razionale e sostenibile?*, in *Istituzioni del federalismo*, Editoriale, 3, 2012, p. 503 ss.

¹¹³ Sul tema si rinvia a R. Bin, *Il nodo delle province*, in *Le Regioni*, 5-6, 2012, p. 899 ss.; C. Padula, *Quale futuro per le province? Riflessioni sui vincoli costituzionali in materia di province*, in *Le Regioni*, 2, 2013, p. 361 ss.; V. Lubello, *Province sub iudice: funzioni, risorse e territorio*, in *Quad. regionali*, 2, 2012, p. 243 ss.

¹¹⁴ Con l'art. 23, commi da 14 a 20-bis, del d. l. n. 201 del 2011 (c.d. decreto salva Italia), sono state introdotte rilevanti novità in merito alle funzioni ed agli organi delle province. Sotto il profilo funzionale, eliminate tutte le competenze di programmazione ed amministrazione attiva svolte in precedenza dalle province, sono state assegnate «esclusivamente le funzioni di indirizzo e di coordinamento delle attività dei comuni nelle materie e nei limiti indicati con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze». Riguardo gli organi, è stata eliminata la giunta mentre l'elezione del consiglio è stata affidata agli organi elettivi dei comuni ricadenti nel territorio della provincia. L'elezione del presidente invece è stata rimessa al consiglio provinciale, chiamato a designare uno dei suoi componenti. Tale nuovo assetto, ritenuto un passaggio verso la definitiva soppressione delle province, ha configurato un nuovo modello di ente intermedio, non più direttamente rappresentativo dei cittadini, ma strutturato come ente di secondo livello, espressione delle amministrazioni comunali e con soli compiti di coordinamento delle funzioni attribuite a queste ultime. C. Padula, *Quale futuro per le province? Riflessioni sui vincoli costituzionali in materia di province*, in *Le Regioni*, 2, 2013, p. 366. Da ultimo, la legge 7 aprile 2014, n. 56 ha riproposto buona parte dei contenuti delle norme precedenti, configurando di nuovo le province come enti territoriali di area vasta e di secondo livello, espressione delle amministrazioni comunali. Inoltre non viene riaffermato l'obiettivo di una razionalizzazione del numero delle circoscrizioni provinciali.

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 1 comma 85, legge n. 56 del 2014, le province quali enti con funzioni di area vasta, esercitano le seguenti funzioni fondamentali: a) pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, tutela e valorizzazione dell'ambiente, per gli aspetti di competenza; b) pianificazione

funzioni fondamentali delle province con territorio interamente montano e confinanti con Paesi stranieri la «cura dello sviluppo strategico del territorio e gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo».¹¹⁶

Inoltre l'art. 1 comma 88 prevede che «la provincia può altresì, d'intesa con i comuni, esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive». In tal caso, prescindendo dalla prospettiva dell'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali, il ruolo della provincia si sostanzia in compiti ausiliari finalizzati ad incrementare, ove necessario, le competenze delle amministrazioni comunali nelle varie fasi che costituiscono il rapporto di affidamento dei servizi pubblici.

Occorre però chiarire quale relazione viene a crearsi tra il nuovo ruolo che si prefigura per le province nell'esercizio associato delle funzioni riguardanti i servizi pubblici locali ed il parallelo processo di aggregazione orizzontale in ambiti territoriali ottimali avviato con l'art. 3 bis del d. l. n. 138 del 2011.

Al riguardo l'art. 1 comma 90 della legge n. 56 del 2014 afferma che «nello specifico caso in cui disposizioni normative statali o regionali di settore riguardanti servizi di rilevanza economica prevedano l'attribuzione di funzioni di organizzazione dei predetti servizi, di competenza comunale o provinciale, ad enti o agenzie in ambito provinciale o sub-provinciale, (...) le leggi statali o regionali, secondo le rispettive competenze, prevedono la soppressione di tali enti o agenzie e l'attribuzione delle funzioni alle province nel nuovo assetto istituzionale, con tempi, modalità e forme di coordinamento con regioni e comuni, da determinare nell'ambito del processo di riordino di cui ai commi da 85 a 97, secondo i principi

dei servizi di trasporto in ambito provinciale, autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale, nonché costruzione e gestione delle strade provinciali e regolazione della circolazione stradale ad esse inerente; c) programmazione provinciale della rete scolastica, nel rispetto della programmazione regionale; d) raccolta ed elaborazione di dati, assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali; e) gestione dell'edilizia scolastica; f) controllo dei fenomeni discriminatori in ambito occupazionale e promozione delle pari opportunità sul territorio provinciale.

¹¹⁶ Considerando le specificità delle province poste sui confini e di quelle montane, si prospetta la possibilità che la provincia venga individuata come ente territoriale di area vasta cui affidare compiti di programmazione e gestione associata di servizi, i quali, pertanto, restano comunque nella titolarità dei comuni.

di adeguatezza e sussidiarietà, anche valorizzando, ove possibile, le autonomie funzionali».

Pertanto qualora nel processo di riorganizzazione dei servizi pubblici locali in ambiti territoriali ottimali siano state istituite agenzie o enti di governo di dimensione provinciale o sub-provinciale questi dovranno essere necessariamente sostituiti dai nuovi enti provinciali. Al contrario potranno continuare ad esistere gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali di dimensione regionale o comunque sovra-provinciale.¹¹⁷

Occorre poi precisare che le due discipline non coincidono del tutto per quanto concerne l'ambito applicativo. Infatti, mentre l'art. 3-bis del d. l. n. 138 del 2011 si applica esclusivamente ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, i nuovi compiti attribuiti alle province ai sensi dell'art. 1 della legge n. 56 del 2014, riguardanti l'esercizio associato dei servizi comunali e le funzioni ausiliarie nella predisposizione degli atti di gara e nel monitoraggio dei contratti di servizio, sono riferibili indistintamente a tutti i servizi pubblici locali.

Nonostante l'importanza della riorganizzazione dei servizi pubblici locali sotto il profilo dell'estensione territoriale, le nuove disposizioni sono state espressamente introdotte in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione. L'obiettivo del legislatore rimane la soppressione delle province e la forte riduzione delle risorse assegnate, sia umane che finanziarie, rischia di impedire il concreto esercizio delle nuove funzioni di governo di area vasta dei servizi pubblici locali.

9. Le difficoltà nella regolazione della concorrenza per il mercato

Interventi pubblici, anche locali, non risultano preclusi in presenza di fallimenti di mercato,¹¹⁸ mentre si apre la necessità di un adeguamento delle

¹¹⁷ La norma è altresì conforme alle previsioni dello stesso art. 3 bis del d.l. n. 138 del 2011 secondo il quale gli ambiti territoriali ottimali devono avere una dimensione pari almeno a quella del territorio provinciale.

¹¹⁸ Anche sul piano comunitario, non si disconosce la possibilità di intervento dei pubblici poteri per bilanciare mercato ed esigenze di interesse generale, decidendo se e come intervenire per fornire, commissionare ed organizzare i servizi di interesse economico generale. L. Radicati di Brozolo,

modalità di espletamento di tali interventi che, in un sistema apertamente rivolto all'economia di mercato, devono essere orientati in direzione pro-concorrenziale per massimizzare i benefici della concorrenza per il sistema economico.¹¹⁹

In tale contesto il ruolo dei pubblici poteri tende a mutare da forme di controllo diretto dell'economia all'attuazione di politiche regolative finalizzate alla correzione di vari tipi di fallimenti di mercato, quali ad esempio l'insufficiente assetto concorrenziale, la presenza di beni pubblici, le esternalità, i mercati incompleti, i difetti informativi.¹²⁰

Il mercato degli affidamenti dei servizi pubblici locali, strutturato nelle forme della concorrenza per il mercato, prefigura un consistente intervento pubblico regolativo, che si attua nella fase ex ante - precedente all'affidamento - con la predisposizione degli atti di gara e dei capitolati. Il contenuto di questi ultimi, integrato dai risultati della gara, è destinato poi a confluire nel contratto di servizio, con cui viene indirizzata l'attività futura del concessionario, fissando standard minimi quantitativi e qualitativi e stabilendo gli obblighi di servizio pubblico e le modalità del loro finanziamento.

Servizi essenziali e diritto comunitario, Torino, 2001, p. 1 ss. sostiene che l'intervento della Comunità europea è l'effetto della constatazione della possibilità di superamento del monopolio naturale e soprattutto di coniugare l'applicazione dei principi di libertà di concorrenza e di circolazione con la promozione di quelle finalità giudicate essenziali dagli Stati membri, ma ritenute inconciliabili con le regole di mercato.

¹¹⁹ A. Petretto, *Efficienza dei servizi pubblici locali ed efficienza del sistema economico: una nota propedeutica alla ricerca empirica*, Società italiana di economia pubblica, Working paper n. 592, giugno 2007.

¹²⁰ A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, in cui si evidenzia che il governo delle relazioni socio-economiche tramite la regolazione non vede il ritirarsi da parte della pubblica autorità, quanto piuttosto porre in essere un condizionamento indiretto mediante la produzione di regole che vincolano o incentivano determinati comportamenti al fine di garantire la soddisfazione di interessi generali. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 23 sottolinea in riferimento alla regolazione dei servizi di pubblica utilità che la regolazione prende le mosse e si giustifica a fronte di imperfezioni del mercato, perseguendo l'obiettivo di assicurare al maggior numero di utenti servizi adeguati e di garantire alle imprese giusti ricavi, impedendo la formazione di profitti monopolistici. Ma in questa funzione essa «non può sostituirsi alla capacità di innovazione della concorrenza e non riesce a tener testa al cambiamento delle condizioni economiche». L'intervento regolatorio deve essere subordinato alla concorrenza ed inquadrato come fase transitoria in cui si imitano assetti concorrenziali, quali ad esempio la separazione contabile per evitare sussidi incrociati, la disciplina dell'accesso alle reti per impedire situazioni di monopolio naturale.

Il finanziamento dei servizi pubblici locali

L'esercizio delle competenze programmatiche si rivolge alla definizione di un servizio effettivamente in grado di rispondere ai bisogni della collettività, ma che deve essere anche economicamente sostenibile ed autosufficiente, interamente finanziabile mediante le entrate tariffarie.¹²¹

Le determinazioni tariffarie rappresentano attività centrale nella regolazione dei servizi pubblici locali, mediante le quali occorre cercare di soddisfare diverse e contrapposte esigenze.

Sia nel caso che il finanziamento sia garantito dalle entrate tariffarie, sia che invece dipenda prevalentemente da compensazioni pubbliche, vi è il rischio che in forza del principio dell'integrale copertura dei costi, la copertura si estenda anche ai costi inefficienti e che il gestore non abbia alcun incentivo a migliorare i risultati economici della gestione mediante recuperi di efficienza.¹²² Al contempo vi è però il rischio che un sotto-finanziamento originato dalla riduzione delle disponibilità finanziarie pubbliche o causato da tariffe troppo basse, determini standard minimi del tutto inadeguati per assicurare il soddisfacimento dell'interesse collettivo.

Ai sensi dell'art. 117 comma 1, primo periodo, costituisce un principio generale l'obbligo per l'ente locale titolare del servizio pubblico di approvare le tariffe «in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione».¹²³

¹²¹ Le deliberazioni con le quali sono determinati i tassi di copertura in percentuale del costo di gestione dei servizi costituiscono un allegato obbligatorio al bilancio di previsione dell'ente locale (art. 172 comma 1 lett. e del TUEL). Ne deriva l'obbligo per l'ente locale di determinare o adeguare ogni anno le tariffe riferite al singolo servizio pubblico locale. G. Bottino, M. Della Torre, D. Ielo, *Le tariffe*, in V. Italia (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010, p. 138.

¹²² Ne deriva l'importanza di forme di regolazione tariffaria di tipo *price-cap* teoricamente non necessarie in presenza di procedure competitive mediante asta che già consentono di limitare il potere di sfruttamento di rendite monopoliste da parte delle imprese private. In realtà adeguamenti tariffari sono necessari soprattutto in presenza di affidamenti di lunga durata per tenere conto degli andamenti dell'inflazione e dei recuperi di produttività resi possibili dall'innovazione tecnologica. P. Liberati, P. Polidori, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale: aspetti di regolazione ex ante ed ex post*, in L. Perfetti e P. Polidori (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico*, cit., p. 2 ss.

¹²³ Con riferimento specifico alle competenze delineate dal Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, dal momento che l'art. 42 comma 1 lett. f) affida al Consiglio la sola «disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi», ne consegue che la specifica determinazione delle tariffe relative al singolo servizio pubblico rientra nella competenza residuale che l'articolo 48 riserva alla Giunta. L. Peroncini, *Le tariffe nei servizi pubblici*, in AA.VV., *I servizi pubblici locali*, Milano, 2004, p. 825 ss.

Tale competenza può essere esercitata correttamente soltanto ove all'interno dell'ente locale vi siano le specifiche competenze per sottoporre a controllo e revisione il piano economico e finanziario che annualmente l'impresa presenta - precisando i costi che prevede di dover sostenere - quale atto propedeutico all'approvazione delle tariffe. Il controllo risulta però problematico presupponendo la conoscenza diretta ed effettiva degli elementi di costo del servizio che in realtà sono nella disponibilità dell'impresa e non dell'ente locale, con la conseguente possibilità per il gestore di approfittare della situazione di asimmetria informativa esistente, ponendo in essere comportamenti opportunistici.

Pertanto la regolazione tariffaria ha alcuni obiettivi fondamentali da dover conseguire: da un lato deve tendere alla copertura integrale dei costi del servizio; dall'altro – per contrastare la situazione di asimmetria informativa tra impresa ed ente affidante – deve poter svolgere una funzione incentivante e stimolare recuperi di efficienza da parte del gestore, tendenza che non sussisterebbe in presenza della garanzia dell'integrale recupero dei costi sostenuti.¹²⁴

La regolazione pro-concorrenziale

Nel momento antecedente l'aggiudicazione, gli enti locali sono chiamati a dare artificialmente forma al mercato compiendo scelte destinate ad incidere sul grado di concorrenzialità del singolo affidamento, quali quelle relative alla durata, al numero ed alla dimensione dei lotti, ai criteri di aggiudicazione, ai requisiti di partecipazione alle gare, alle condizioni del subentro nel possesso dei beni strumentali, delle reti e delle altre dotazioni, all'eventuale inserimento di clausole di salvaguardia sociale.¹²⁵

Tali scelte, riguardanti le modalità di svolgimento della gara e le caratteristiche dell'affidamento, possono incidere sull'assetto del mercato e produrre rilevanti effetti pro-concorrenziali. La finalità di predisporre le condizioni per ottenere il massimo confronto competitivo deve però anche tenere

¹²⁴ Come si analizzerà ampiamente nel capitolo 5 una regolazione incentivante non è tuttavia priva di criticità: lo stato di incertezza del gestore sui risultati economici dell'attività, derivante da una diversa allocazione del rischio, inducono l'impresa a comportamenti sub-ottimali sia riguardo gli investimenti necessari che in merito al rispetto degli standard programmati.

¹²⁵ Per una ricostruzione, A. Pezzoli, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, p. 385 ss.

conto delle specifiche caratteristiche economiche settoriali che possono venire in rilievo per configurare assetti gestionali efficienti.

Riguardo la definizione della durata degli affidamenti vi è la necessità di contemperare le opposte esigenze di stabilire un tempo sufficiente affinché il gestore completi l'ammortamento degli eventuali investimenti effettuati e sia incentivato a realizzarne ulteriori, senza però ridurre oltre quanto necessario il confronto concorrenziale con affidamenti inutilmente lunghi.¹²⁶ Al contempo maggiore è la durata della concessione, più il gestore è incentivato ad effettuare investimenti di cui potrà beneficiare nel corso prolungato della gestione.

Per regolare il subentro del nuovo gestore a quello uscente, anche con riferimento al trasferimento delle reti e delle infrastrutture, l'ente locale deve stabilire le modalità di calcolo del valore di riscatto degli ammortamenti, considerando che valori troppo elevati possono rappresentare una barriera all'ingresso nel mercato di nuovi operatori, ma anche che la previsione di criteri in grado di garantire una corretta ed equa valutazione incentivano il gestore ad effettuare gli investimenti necessari.

Il problema del numero e della dimensione dei lotti di gara investe prevalentemente le competenze regionali riguardanti la definizione degli ambiti territoriali ottimali. In linea generale il punto di equilibrio deve essere ricercato tenendo presente che l'aumento delle dimensioni dei bacini di gara può consentire il raggiungimento di economie di scala, ma con il rischio di ridurre drasticamente il numero dei potenziali partecipanti alla gara, con evidenti implicazioni sotto il profilo concorrenziale. Pertanto l'estensione della dimensione dei lotti di gara dovrebbe sempre trovare adeguata giustificazione in relazione alla struttura del mercato ed ai possibili vantaggi di efficienza gestionale.

Nella scelta del criterio di aggiudicazione, qualora le caratteristiche del servizio lo consentano, dovrebbe essere attribuito un peso maggiore al massimo ribasso sul prezzo, criterio che caratterizzandosi per una maggiore oggettività e

¹²⁶ La Commissione CE nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario n. 2000/C 121/02 afferma che «il principio di proporzionalità esige anche che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario; la durata della concessione deve dunque essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole, pur mantenendo sul gestore concessionario il rischio derivante dalla gestione...».

trasparenza, appare più coerente con lo svolgimento di un serrato confronto competitivo.¹²⁷ Tuttavia anche il criterio delle condizioni economicamente vantaggiose consente, con il peso attribuito all'offerta tecnica, di migliorare la qualità dei servizi offerti, adeguando la prestazione alle innovazioni ed alle migliori tecnologie che il mercato è in grado di offrire.¹²⁸

I requisiti di partecipazione, indicati nel bando di gara per assicurare l'idoneità tecnica e la necessaria solidità economica e finanziaria del gestore, dovrebbero essere strettamente proporzionati all'oggetto della gara. Requisiti inutilmente restrittivi potrebbero penalizzare imprese comunque in grado di competere e restringere ingiustificatamente il numero dei concorrenti. Si deve anche valutare l'opportunità dell'inserimento di clausole che limitino la partecipazione di raggruppamenti o associazioni temporanee di imprese che già singolarmente siano in possesso dei requisiti per partecipare alla gara.¹²⁹ In tal caso il problema è impedire comportamenti anticoncorrenziali delle imprese dovendo però valutare l'intesa alla luce delle specifiche condizioni di mercato. L'aggregazione di imprese può infatti rappresentare una normale dinamica di ristrutturazione aziendale,¹³⁰ in particolare se ciò trova giustificazione nella necessità di contrastare la posizione dominante dell'*incumbent* oppure per adeguarsi al parallelo processo di aggregazione della domanda che avviene con l'estensione dei bacini di gara.¹³¹ D'altronde operatori economici di maggiori

¹²⁷ Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato (2003).

¹²⁸ G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., p. 51 ss.

¹²⁹ L'art. 4 comma 11 lett. d) del d.l. 138 del 2011 sanciva che il bando di gara, al fine di tutelare la concorrenza, «può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento».

¹³⁰ L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha ritenuto anticoncorrenziali soprattutto i raggruppamenti sovradimensionati in cui fossero presenti anche gli *incumbent* in quanto dettati da finalità «meramente ripartitorie, miranti a replicare lo *status quo* precedente alla gara. Ciò ha consentito di eliminare l'unica verosimile concorrenza attendibile in sede di gara, ossia quella tra i due soli gestori *incumbent*, e di ottenere il servizio alle condizioni economiche e tecniche minime previste dal bando», AGCM, 2 agosto 2012, n. 23794.

¹³¹ La giurisprudenza amministrativa sottolinea la facoltà di partecipare in associazioni temporanee senza necessità di dimostrare incrementi di efficienza nella gestione. «I confini tra evidenza pubblica e tutela della concorrenza devono pertanto essere definiti escludendo limitazioni alla partecipazione delle gare per ragioni antitrust, che non rispondano ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, soprattutto se meramente astratta e non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto», Tar Lazio, sez. I, sent. 7 maggio 2013, n. 4478.

dimensioni possono dar vita ad organizzazioni più efficienti e potenzialmente più competitive sul mercato europeo.

Infine vi è il problema della tutela dell'occupazione e dell'eventuale inserimento di clausole di salvaguardia nel bando di gara. Accollare al gestore entrante organici sovradimensionati, specie quando questi subentra ad un gestore pubblico, avrebbe l'effetto di limitare i miglioramenti in termini di efficienza attesi dall'apertura della gestione al mercato.¹³²

Le disfunzioni della concorrenza per il mercato: contratti incompleti, asimmetrie informative e funzioni di controllo

Nel quadro generale delle funzioni di indirizzo e controllo delle attività di servizio pubblico, gli enti locali si devono inoltre confrontare con le difficoltà tipicamente collegate ad un assetto di concorrenza per il mercato, costituite dall'incompletezza dei contratti di lunga durata e dalle asimmetrie informative, inconvenienti che rischiano di impedire o limitare notevolmente i benefici attesi dal confronto concorrenziale.

Il meccanismo di regolazione attraverso aste, i cui risultati rappresentano i vincoli qualitativi e quantitativi sui livelli di servizio da fornire all'utenza, è stato inquadrato nell'ambito della categoria dei contratti incompleti di lunga durata.¹³³

La letteratura economica segnala al riguardo l'emersione dei c.d. costi di transazione, ovvero i costi che l'amministrazione pubblica deve sostenere per prevedere e regolare gli eventi futuri, per la redazione materiale del contratto, per l'esecuzione ed il controllo del rispetto degli impegni assunti. A causa della lunga durata degli affidamenti, la capacità del contratto di servizio di prevedere le possibili evenienze future e regolare adeguatamente ogni aspetto rilevante per il conseguimento degli scopi che ci si prefigge è notevolmente ridotta, mentre

¹³² Sul tema l'allegato A alla Delibera n. 46 del 2014 dell'Autorità di regolazione dei trasporti, contenente il «Documento di consultazione sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale», si afferma che «affinché la clausola non risulti eccessivamente onerosa si deve ritenere che il trasferimento del personale non possa che essere parziale e limitato a quello effettivamente funzionale all'esercizio del servizio messo a gara». Inoltre si ritiene necessario al fine di assicurare la trasparenza che già in fase di bando sia individuato il personale interessato e specificati diritti e condizioni da rispettare nel suo trasferimento, anche rendendo informazioni dettagliate sull'eventuale accordo sindacale sottoscritto.

¹³³ Così già concludeva H. Demsetz, *Why regulate utilities*, in *Journal of law and economics*, 1968, trad. it., in D. Cossutta, M., Grillo, (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Bologna, 1987, p. 191 ss.

aumenta la possibilità di dover ricorrere alla rinegoziazione di alcuni degli elementi del contratto.

Prevedere nel contratto di servizio la possibilità per l'amministrazione di esercitare lo *jus variandi* presenta però aspetti problematici sia per variazioni in aumento che in diminuzione. Nel caso di modificazione che preveda l'aumento del servizio da fornire vi è il rischio di frustrare gli scopi della gara, assegnando parte del servizio senza alcun confronto concorrenziale.¹³⁴ Invece l'eventuale variazione in diminuzione potrebbe creare difficoltà all'impresa che a causa della rigidità dei costi, si pensi in particolare al costo del lavoro, potrebbe non riuscire ad adeguare la propria organizzazione ad una riduzione della prestazione.¹³⁵

Nel momento in cui si instaura un sistema di concorrenza per il mercato, si realizza l'effetto ricercato della separazione tra compiti di indirizzo ed attività di gestione. Tale separazione però comporta anche gli svantaggi costituiti da una situazione di asimmetria informativa che indebolisce la posizione dell'ente locale. Questi perde la cognizione diretta dei dati rilevanti riguardanti la gestione del singolo affidamento, compresi i livelli della domanda da parte dell'utenza, divenendo più difficile correggere l'offerta di servizio attraverso il miglioramento delle programmazioni future. Inoltre perdendo la disponibilità degli elementi di costo del servizio, oltre ad incontrare le difficoltà già sopra evidenziate nell'esercizio delle competenze tariffarie, l'ente non può definire correttamente le condizioni economiche su cui fondare le nuove gare per l'affidamento della gestione. Per ovviare a quest'ultimo inconveniente l'ente locale dovrebbe avere a disposizione elementi per poter calcolare un costo medio efficiente da porre a base d'asta oppure, in alternativa, deve auspicare di ottenere in sede di gara un serrato confronto competitivo, in cui le imprese che si contendono l'affidamento spendano nei ribassi tutto il loro possibile margine di extra-profitto. In quest'ultimo caso allora il sistema funziona correttamente a condizione che le gare

¹³⁴ La Corte di giustizia con la *sentenza 19 giugno 2008, C-454/06*, per risolvere tale difficoltà, distingue tra modificazioni sostanziali e non sostanziali.

¹³⁵ In tal senso si veda l'allegato A alla Delibera n. 46 del 2014 dell'Autorità di regolazione dei trasporti, contenente il «*Documento di consultazione sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale*».

siano effettivamente partecipate da una pluralità di imprese e che queste agiscano in modo non collusivo.¹³⁶

Nella fase *ex post*, successiva all'affidamento della gestione, gli enti locali sono invece chiamati ad esercitare il controllo sull'attività del gestore privato affinché siano assicurati servizi che oltre ad essere erogati in condizioni di eguaglianza, imparzialità e continuità siano anche accessibili e di buona qualità, in adempimento degli impegni assunti in sede di gara.¹³⁷ Il corretto monitoraggio sull'esatto adempimento del contratto è reso difficoltoso dal fatto che non vi è coincidenza tra chi usufruisce delle prestazioni, cioè gli utenti, e chi è controparte del contratto di servizio. Il personale pubblico preposto al controllo è poi spesso privo di un livello adeguato di competenze. In altri casi invece gli uffici possono essere restii ad ammettere disfunzioni nell'esecuzione del contratto che potrebbero essere imputate ad errori di valutazione compiuti dagli stessi uffici nel momento della predisposizione dello schema di contratto.¹³⁸

Tutte le difficoltà fin qui accennate riguardanti lo svolgimento delle funzioni di indirizzo e controllo in un assetto di concorrenza per il mercato, inducono a ritenere che i benefici attesi dal ricorso alla gara e dalla regolazione dell'attività del gestore privato, non si producono sempre in modo automatico. Invece presuppongono, nell'applicazione concreta del modello, la presenza di circostanze specifiche - quali la struttura pluralistica del mercato, la possibilità/capacità di una sua adeguata regolazione - la cui sussistenza deve essere verificata tenendo conto delle caratteristiche economiche settoriali in relazione alle diverse realtà territoriali e delle attitudini delle varie amministrazioni locali. Inoltre, nel disegno originario della riforma, le funzioni degli enti locali non sono state supportate con l'assegnazione ad apposite autorità

¹³⁶ M. Degni, *Aspetti economici del finanziamento dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 175. F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit., p. 348; A. Pezzoli, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, cit. 385 ss. Inoltre osserva le disfunzioni derivanti dal fatto che la gara porta alla stipula di un contratto nel quale la tariffa, che remunera il servizio, è determinata da soggetti estranei al contratto ed è suscettibile di mutare nel tempo, L. Perfetti, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, cit., p. 51.

¹³⁷ Sull'importanza della funzione di controllo, M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., p. 150.

¹³⁸ Cfr. F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit., p. 349.

indipendenti settoriali di compiti di regolazione diretta o in funzione ausiliaria. L'art. 113 comma 7 del TUEL, poi sostituito dall'art. 3 comma 1 del D.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, si limitava a prevedere che, ove esistente, la competente autorità di settore doveva stabilire gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, sulla cui base indire le procedure competitive ad evidenza pubblica. In realtà soltanto di recente il legislatore è intervenuto nella prospettiva di un generale incremento delle competenze di regolazione con l'ingresso di autorità indipendenti in importanti servizi a rete di rilevanza economica quali i servizi idrici ed il trasporto pubblico locale.

10. Conclusioni

La disciplina del Trattato sui servizi di interesse economico generale sottopone anche tali settori alle norme sulla tutela della concorrenza, nel limite in cui la loro applicazione non sia di ostacolo all'adempimento della specifica missione affidata. Sulla spinta del diritto europeo, per rimediare alle inefficienze registrate con il regime tradizionale dei servizi pubblici locali, è stato avviato un tentativo di liberalizzazione incentrato sull'obbligo della gara per l'affidamento della gestione del servizio e sul ruolo degli enti locali di indirizzo e controllo dell'attività privata mediante il contratto di servizio.

La scelta del legislatore è pertanto ricaduta su un'organizzazione strutturata nelle forme della concorrenza per il mercato, in cui si attua una competizione a monte dove le imprese si contendono lo svolgimento in esclusiva dell'attività. Tale modello viene proposto per instaurare assetti concorrenziali anche in presenza di monopoli naturali, in cui un solo operatore può svolgere l'attività in condizioni di redditività, risultando conveniente procedere all'integrazione verticale delle varie fasi della filiera produttiva, oppure nei servizi a rete quando non è tecnicamente possibile la duplicazione delle reti o lo sfruttamento congiunto da parte di più operatori.

Le sopra menzionate esigenze economiche dovrebbero però essere accertate in concreto non essendo dimostrato che esse permangano nel tempo in

tutti i settori di servizio pubblico locale e nelle diverse realtà territoriali: in tale direzione l'art. 4 comma 1 del d. l. n. 138 del 2011, poi abrogato per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, consentiva l'attribuzione di diritti esclusivi soltanto all'esito negativo di un'apposita analisi di mercato. Tra l'altro un regime pienamente concorrenziale fondato sulla dimensione pluralistica dell'offerta è preferibile rispetto alla creazione di un mercato artificiale degli affidamenti, in particolare alla luce delle criticità legate alla regolazione negoziale dei monopoli.

Come dimostrano le posizioni espresse dagli enti locali e dall'AGCM, la concorrenza per il mercato presenta delle difficoltà in particolare quando viene ad instaurarsi tra ente affidante ed impresa un rapporto complesso che non si esaurisce nella mera programmazione di un servizio a favore della collettività che paga per questo la tariffa stabilita dal regolatore. Ciò si verifica soprattutto quando si rendono necessari accordi più ampi che si estendono alla realizzazione di specifici investimenti oppure alla prestazione di obblighi di servizio pubblico il cui corretto adempimento deve essere incentivato e verificato dall'ente affidante nonostante questi agisca nei rapporti con il gestore privato in condizioni di asimmetria informativa ed incompletezza contrattuale. D'altro lato si evidenzia come il sistema non abbia funzionato in presenza di servizi organizzati su ambiti di dimensione comunale, spesso troppo ristretti per configurare bacini di gara efficienti e realmente concorrenziali.

L'assegnazione di funzioni di regolazione ad Autorità indipendenti in alcuni importanti settori dimostra la presa d'atto della complessità che coinvolge le principali scelte di regolazione della concorrenza per il mercato e la necessità che per lo svolgimento di tali compiti le amministrazioni locali siano affiancate da soggetti dotati di adeguate competenze tecniche.

Le scelte in materia tariffaria devono saper coniugare il principio dell'integrale copertura dei costi con gli obiettivi di una regolazione incentivante finalizzata a stimolare l'efficienza gestionale ed i possibili recuperi di produttività.

Altrettanto importanti sono le determinazioni riguardanti le caratteristiche della gara, la durata degli affidamenti, le variazioni del contratto, le condizioni

del subentro del nuovo gestore, scelte regolatorie che in una situazione di fallimento di mercato dovuto ad asimmetrie informative ed incompletezza contrattuale, possono incidere come stimolo sulla correttezza della prestazione dell'impresa affidataria, ma anche produrre l'effetto non desiderato di diminuire il grado di concorrenzialità dei singoli affidamenti.

Riguardo invece l'altro rilevante obiettivo di riforma del settore, ovvero il processo di integrazione orizzontale mediante l'accentramento delle funzioni di programmazione ed i compiti di gestione in enti di area vasta, si è notato come la tendenza del legislatore a differenza del passato - quando si prevedevano forme di collaborazione rimesse alle scelte facoltative degli enti locali - sia invece di imporre obbligatoriamente l'esercizio associato delle funzioni, scelta dettata prevalentemente da ragioni di contenimento della spesa pubblica.

Il processo di riorganizzazione territoriale viene considerato fondamentale per la creazione di condizioni di maggiore efficienza e l'attuale disciplina assegna un ruolo importante alle province nell'assetto istituzionale configurato dalla legge n. 54 del 2014. Tuttavia non pochi dubbi sorgono sul positivo esito della riforma alla luce della drastica riduzione delle risorse assegnate e del riaffermato proposito di soppressione degli enti provinciali.

CAPITOLO 2

La disciplina dell'affidamento della gestione

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Regole di concorrenza e concorrenza per il mercato, la possibilità di ricorrere all'autoproduzione del servizio - 3. Gli incentivi volti a favorire il ricorso alle gare ad evidenza pubblica e l'efficientamento delle gestioni pubbliche - 4. Limiti alla possibilità per gli enti locali di detenere partecipazioni societarie - 5. La pubblicizzazione della disciplina per il recupero di efficienza ed economicità della gestione - 6. Regolazione e gestione pubblica dei servizi locali - 7. Conclusioni.-

1. Introduzione

Individuati i principali ostacoli alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nell'inadeguatezza dell'organizzazione territoriale basata sulle preesistenti circoscrizioni comunali e nei frequenti fallimenti di mercato, determinati in particolar modo dall'incompletezza dei contratti di servizio e dalle asimmetrie informative tra ente affidante e gestore, si tratta di verificare quale sia oggi la disciplina sull'affidamento della gestione: regole eccessivamente rigide e vincolanti potrebbero infatti non essere appropriate in una fase di riconfigurazione degli assetti organizzativi e regolatori.

La scelta in merito al modello gestionale è stata in passato al centro dell'attenzione del legislatore il quale, mediante l'introduzione dell'obbligo della gara ad evidenza pubblica, ha inteso promuovere sistemi concorrenziali anche nei settori di servizio pubblico locale. La finalità di promozione della concorrenza ha

giustificato la compressione dell'autonomia degli enti locali titolari dei servizi in merito alla modalità ritenuta più adatta alle esigenze del singolo affidamento.

La situazione è però mutata radicalmente per effetto del referendum del giugno 2011 e del vincolo di riproposizione della normativa abrogata che ne è scaturito.

In forza dell'art. 34 comma 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con la legge 17 dicembre 2012, n. 221, il rispetto dei vincoli e dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario in merito alla legittimità dell'affidamento del servizio, è oggi espressamente richiamato dal legislatore nazionale.¹³⁹ In particolare, con un'apposita relazione da rendere pubblica sul sito internet dell'ente, questi deve dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta. A differenza delle precedenti normative di carattere generale, viene meno, tra gli obiettivi espressi, il riferimento alla concorrenza come valore in sé,¹⁴⁰ per declinarsi nei due profili della parità tra le imprese ed economicità della gestione, da mettere invece in relazione con la pretesa dell'utente del servizio a godere del miglior servizio possibile alle condizioni più abbordabili. La tutela della

¹³⁹ Si prevede che «per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

¹⁴⁰ Tra i precedenti riferimenti diretti alla concorrenza si veda l'art. 113 comma 1 del D. Lgs 18 agosto 2000, n. 267 «Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore»; l'art. 4 comma 1 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in L. 14 settembre 2011, n. 148 secondo cui: «Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica»; l'art. 23 bis comma 1 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in L. 6 agosto 2008, n. 133 «Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale»; tra le varie norme in vigore, l'art. 27 L. 24 dicembre 2007, n. 244 «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali...».

concorrenza vede chiarita la sua strumentalità alla migliore organizzazione del servizio nell'interesse dell'utente.¹⁴¹

Tale visione strumentale del principio di concorrenza, a prescindere dal rinvio espresso al rispetto della disciplina dell'ordinamento europeo, può considerarsi sovrapponibile a quella comunitaria in materia di servizi di interesse economico generale.¹⁴²

Occorre allora anzitutto verificare quali siano le regole direttamente applicabili del diritto europeo in materia di concorrenza e di servizi di interesse economico generale, e come esse vengano interpretate rispetto all'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali.

In secondo luogo si deve analizzare la normativa nazionale più recente per comprendere se, ed eventualmente con quali modalità, il legislatore continui ad esprimere un generale principio di “preferenza per il mercato”.

Infine, stante la possibilità di continuare ad utilizzare modelli gestionali posti sotto il controllo pubblico, si rende indispensabile la definizione di meccanismi e strumenti mediante i quali favorire, anche in tale contesto, gestioni ispirate a criteri di efficienza ed economicità.

2. Regole di concorrenza e concorrenza per il mercato: la possibilità di ricorrere all'autoproduzione del servizio

Il tema di fondo legato alla portata dell'art. 106 del TFUE, e più in generale al rapporto tra servizi pubblici e concorrenza, consiste nella problematica

¹⁴¹ L. Perfetti, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 681; F. Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011, p. 159 secondo il quale la particolare enfasi sul tema della concorrenza determina il rischio di trascurare che le finalità sociali dovrebbero costituire il presupposto stesso dell'erogazione dei servizi pubblici, mentre il principio della concorrenza non dovrebbe costituire una finalità in sé, ma un interesse strumentale, tutelato in quanto funzionale alla realizzazione delle finalità sociali anzidette.

¹⁴² Tale orientamento è espresso in via generale dalla Commissione con la comunicazione dell'11 settembre 1996, su “*I servizi di interesse generale in Europa*”, ove si precisa che la previsione di obblighi di servizio mira a garantire ovunque prestazioni di qualità accessibili a tutti. Anche nella successiva comunicazione del 25 settembre 2000, § 8, si afferma espressamente che al centro della politica comunitaria in materia di servizi di interesse generale risiedono le esigenze dei cittadini.

necessità di conciliare i profili sociali connessi alla specifica missione affidata, con l'esigenza economica della competitività.¹⁴³

Permane incertezza sulla possibilità che tale equilibrio si raggiunga ed esaurisca con l'applicazione delle norme dei Trattati e la prevalenza della missione di servizio di interesse economico generale. In molti Stati membri si contrappone l'idea che il bilanciamento esorbiterebbe dalla prospettiva comunitaria, come reso evidente dal fatto che alcuna disposizione europea definisca con precisione la linea di confine tra fattori sociali ed economici.¹⁴⁴ Tale bilanciamento, infatti, volutamente informato ad elasticità dagli artt. 14 e 106 TFUE, non sempre risulta chiarito dal diritto derivato, né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Individuati allora i limiti concretamente posti dall'ordinamento europeo, si tratta di determinare dove collocare il livello decisionale in merito alla compatibilità tra concorrenza e tutela dell'interesse generale, tenendo conto della valorizzazione dei servizi pubblici, quali strumenti di coesione sociale e territoriale. Secondo tali presupposti, è anche in merito alla decisione di rigettare o limitare ragionevolmente e proporzionalmente le regole di concorrenza, ovvero di correggerle ai fini coesivi di socialità, che il ruolo delle amministrazioni pubbliche si evolve e si valorizza.¹⁴⁵

¹⁴³ Per un'analisi, tra i tanti, G. Di Gaspare, *Servizi pubblici in trasformazione*, cit., p. 27; A. Travi, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, G. Falcon (a cura di), Padova, 2005, p. 195; G. M. Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), Milano, 1995, p. 296 ss.; F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, cit.; D. Sorace, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, cit., p. 14; F. Merloni, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici locali tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, 2009, in www.astrid-online.it; F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse economico generale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2006, 747 ss.; L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M. Chiti e G. Greco (a cura di), Milano, 2007; R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, VI, 1175; E. Moavero Milanesi, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. Bestagno (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007; L. Perfetti, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 681; M. Capantini, *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, in Massera A. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici fra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, 2004, p. 24 ed in www.astrid-online.it;

¹⁴⁴ A. Travi, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, G. Falcon (a cura di), cit., p. 187.

¹⁴⁵ Così M. Capantini, *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, in Massera A. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici fra*

Nel campo dei servizi pubblici locali gli interventi del legislatore statale con cui sono stati introdotti regimi limitativi alla gestione diretta dei servizi locali (*in house providing*), sono andati nella direzione opposta, orientati ad una promozione della concorrenza - nelle forme della concorrenza “per il mercato” - più ampia di quella imposta dalle stesse norme europee.¹⁴⁶

La Corte costituzionale, già prima della scelta referendaria sulle sorti dell'art. 23 bis del decreto legge n. 112 del 2008, aveva precisato che, in caso di abrogazione, sarebbe derivata l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria.¹⁴⁷ Venuta meno la disciplina nazionale, per definire l'attuale rapporto tra il diritto europeo e le norme interne in materia di servizi pubblici locali, occorre anzitutto chiarire se la disciplina comunitaria riguardante l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali preveda il ricorso ad una procedura competitiva ad evidenza pubblica come modalità ordinaria; in secondo luogo occorre definire se modalità alternative di affidamento della gestione, come ad esempio l'affidamento diretto ad una società *in house*, rientrino nel campo di applicazione del primo comma dell'art. 106 del TFUE, oppure del secondo comma dello stesso articolo; in quest'ultimo caso l'affidamento dei servizi a terzi con gara verrebbe configurato come “regola”, mentre la gestione diretta come “eccezione”, cioè come deroga al rispetto delle regole di concorrenza.

D'altro lato, individuati gli obblighi imposti dall'ordinamento comunitario, si tratta di definire entro quali margini il legislatore nazionale possa ancora stabilire un'autonoma disciplina, dopo il vincolo negativo imposto dal referendum

ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario, Pisa, Plus, 2004, p. 24.

¹⁴⁶ L'art. 23 bis della legge 6 agosto 2008 n. 133, di conversione del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 aveva introdotto una disciplina generale sui servizi pubblici locali ed in particolare nuove modalità di affidamento dei servizi di rilevanza economica, con il fine di “favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell' articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”. Tra gli innumerevoli commenti, si rinvia a R. Villata, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 315 ss.; D. Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.* 2010, 5, 464 ed in www.astrid-online.it; R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1109; M. Dugato, *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008 – i servizi pubblici locali (art. 23 bis)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1219 ss.

¹⁴⁷ Corte cost., sent. 26 gennaio 2011, n. 24

dell'11 e 12 giugno 2011, consistente nel divieto di riprodurre la disciplina abrogata.

La relazione tra disciplina nazionale dei servizi pubblici locali e normativa europea è stata oggetto di indagine da parte della Corte costituzionale¹⁴⁸ quando questa è stata chiamata a verificare la legittimità costituzionale dell'art. 23 bis del decreto legge n. 112/2008, nella parte in cui disciplinava l'affidamento dei servizi pubblici locali, stabilendo vincoli sostanziali e procedurali alle scelte operate a livello territoriale e disponendo altresì la cessazione degli affidamenti assegnati con procedura diversa dall'evidenza pubblica, normativa contestata dalle regioni sotto vari profili, compreso il contrasto con la disciplina comunitaria secondo il parametro dell'art. 117 comma 1 Cost.

La decisione della Corte è importante poiché - oltre ad individuare la sfera di competenza in cui si colloca, secondo la Costituzione, la normativa denunciata - consente di ricostruire il rapporto tra la disciplina dei servizi pubblici locali ricavabile dall'ordinamento dell'Unione europea e quella dettata dalla normativa nazionale.

La Corte dopo aver premesso che le nozioni di servizio pubblico e di servizio di interesse generale «assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica»,¹⁴⁹ rileva che vi sono divergenze riguardo la gestione diretta del servizio pubblico locale da parte dell'autorità pubblica: «La normativa comunitaria la ammette nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la speciale missione dell'ente pubblico. In tale ipotesi l'ordinamento comunitario, rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita in proposito agli Stati membri,

¹⁴⁸ Corte costituzionale, sent. 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. Cost.*, 2010, 4645 con nota di A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*; in *Corr. giur.*, 2011, 770, con nota di C. Aiello, *La consulta "salva" la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo)*; in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 484, con nota di L. Cuocolo, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, e in *Urb. app.*, 2011, 48, con nota di S. Musolino, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*.

¹⁴⁹ Id. § 6.1 secondo capoverso.

si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un “errore manifesto”». ¹⁵⁰

Secondo la Corte, l'affidamento a terzi dei servizi pubblici mediante gara pubblica sarebbe una delle regole di concorrenza imposte dal diritto comunitario, eventualmente derogabili con le modalità stabilite dall'art. 106 par. 2 del TFUE. Tale assunto - da cui poi sviluppano le successive argomentazioni della Corte - in realtà non pare condivisibile, non trovando riscontro nelle norme e negli indirizzi emersi a livello comunitario in materia di servizi di interesse economico generale. ¹⁵¹

Il giudizio di proporzionalità condotto dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 106 par. 2 per consentire regimi derogatori alle regole di concorrenza ha riguardato prevalentemente l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi e/o il riconoscimento di compensazioni finanziarie sotto forma di sovvenzioni pubbliche o sussidi incrociati. ¹⁵²

Quando invece la Corte di giustizia è stata chiamata a valutare la compatibilità con il diritto comunitario degli affidamenti diretti, non ha mai fatto riferimento all'art. 106 par. 2 ed ha ritenuto che fornitura diretta ed affidamento all'esterno con gara siano entrambi strumenti legittimi di fornitura dei servizi di interesse economico generale. La scelta in proposito è interamente rimessa ai poteri pubblici degli Stati membri, confermando il principio della neutralità

¹⁵⁰ Id. § 6.1 terzo capoverso. La medesima ricostruzione viene compiuta dalla Corte costituzionale nella sentenza 20 luglio 2012, n. 199, § 5.2.1 quinto capoverso, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138.

¹⁵¹ In tal senso, tra gli altri, F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 723 ss.; R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Regioni*, 2011, VI, 1175 ss.

¹⁵² Per il giudizio finalizzato alla verifica della proporzionalità dei regimi derogatori, occorre anzitutto che la specifica missione affidata ovvero i compiti assegnati alle imprese, siano precisamente determinati in atti dei pubblici poteri. Corte di giustizia, sentenza 23 ottobre 1997, *Commissione c. Francia*, causa C-159/94, afferma possa trattarsi sia di un atto legislativo o regolamentare, sia di un provvedimento amministrativo quale ad esempio un provvedimento di concessione, ma anche un contratto di servizio, come avviene nel settore dei trasporti, per il quale nel Trattato si parla per l'unica volta di pubblico servizio (art. 93 TFUE). La Corte di giustizia ha indicato le condizioni affinché compensazioni finanziarie riconosciute per lo svolgimento di obblighi di servizio pubblico possano considerarsi legittime e non un aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 107 par. 1 del TFUE, *ex plurimis*, Corte di giustizia, sent. 24 luglio 2003, causa C.280/00, *Altmark*; sentenza del 27 novembre 2003, cause da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse S.p.a.*

dell'ordinamento europeo rispetto alla scelta tra proprietà pubblica o privata espresso dall'art. 345 del TFUE.¹⁵³

La Corte di giustizia ha costantemente affermato che «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi».¹⁵⁴

Ritenere legittima la scelta per l'autoproduzione dei servizi pubblici significa, invece, che il diritto europeo non ammette la possibilità di affidamento diretto di lavori o servizi a soggetti giuridicamente terzi rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici; ciò spiega perché le condizioni di legittimità del ricorso all'*in house*, fissate dalla giurisprudenza comunitaria in senso sempre più restrittivo, riguardano la garanzia di una sostanziale identità tra pubblica amministrazione e soggetto affidatario.¹⁵⁵

In presenza dei requisiti individuati dalla Corte di giustizia, manca quell'alterità tra amministrazione aggiudicatrice ed altro contraente, presupposto indefettibile perché si possa avere un contratto e di conseguenza vi sia l'obbligo di applicare la normativa europea sugli appalti pubblici, finalizzata a garantire trasparenza e *par condicio* nel mercato degli appalti.¹⁵⁶ Al contrario, nei confronti

¹⁵³ Per una puntuale ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, D. Galletta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2007, pp. 22 ss.

¹⁵⁴ *Ex multis*, C. giust. CE, 18 dicembre 2007 (in causa C-532/03), Commissione CE c. Irlanda, in Urb. app., 2008, 293, con nota di R. Caranta, *Attività pubblica, attività no-profit, e disciplina dei contratti pubblici di servizi*; in Foro amm. CdS, 2008, p. 1976, con nota di M. Mattalia, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario?*; A. Albanese, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2008, p. 1453. Tra le più note, Corte giust. CE, 11 gennaio 2005 (causa C-26/03), *Stadt Halle*, in Urb. app., 2005, 288, con nota di R. De Nictolis, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*; in Foro amm. 2005, 665, con nota di E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*; in Foro it, 2005, IV, 136, con nota di R. Ursi, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*; in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2005, p. 1004, con nota di V. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*.

¹⁵⁵ Fin dalla sentenza *Teckal* C-107/98, la legittimità dell'affidamento diretto è stata condizionata alla sussistenza dei requisiti della partecipazione totalitaria dell'amministrazione aggiudicatrice, del rispetto dei requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente dell'attività a favore della stessa amministrazione.

¹⁵⁶ Nella citata sentenza *Teckal*, § 49 e 50, la Corte di giustizia afferma che «relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due

di un soggetto controllato e che svolge la sua prevalente attività per il soggetto controllante, non sarebbero ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto delle regole di concorrenza.¹⁵⁷

Sulla base di queste considerazioni può allora dubitarsi che l'affidamento a terzi dei servizi pubblici mediante gara sia una delle regole di concorrenza imposte dal diritto comunitario ai sensi dell'art. 106 par. 2 del TFUE. L'apertura dei mercati degli appalti pubblici alla concorrenza viene ricondotto sempre alle finalità indicate dagli articoli 18, 49 e 56 del Trattato, ovvero la garanzia di non discriminazione secondo la nazionalità, il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi.¹⁵⁸ Ciò è confermato laddove la Corte di giustizia, rilevando la necessità dell'affidamento dei servizi pubblici mediante una procedura concorrenziale, ha fatto esplicito riferimento all'art. 106 comma 1 del

persone distinte. A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo».

¹⁵⁷ Corte di giustizia, sent. 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*; sent. 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*: quando la Corte analizza la compatibilità dell'*in house providing* con la disciplina che prescrive il ricorso alla gara per l'aggiudicazione degli appalti pubblici fa espresso riferimento ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne discende. Sul tema si veda: A. Graziano, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24.11.2003 n. 326 e alla l. 24.12.2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (Sentenze Stadt Halle del 11.1.2005; Parking Brixen del 25.10.2005 e Modling del 10.11.2005)*, in www.giustizia-amministrativa.it; P. Lotti, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1050; R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., p. 1175 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 723 ss.

¹⁵⁸ Anche in materia di concessioni di servizi, cui non sono applicabili le direttive sull'aggiudicazione degli appalti, la Corte di giustizia ha ricavato in via interpretativa i principi applicabili desunti dalla stessa normativa sugli appalti ed individuati nel rispetto degli allora articoli 12, 43 e 49 del Trattato: *ex multis* v. sent. 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*. In tal senso anche la comunicazione della Commissione COM(2011) 897 def., recante proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in cui al secondo considerando si afferma che «l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del trattato, e in particolare al principio della libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di fornire servizi nonché ai principi che ne derivano come la parità di trattamento, la non discriminazione, il riconoscimento reciproco, la trasparenza e la proporzionalità». Allo stesso modo l'art. 4 comma 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 aveva ricondotto il conferimento della gestione di s.p.l. in favore di imprenditori mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, «al rispetto dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità», senza alcun riferimento alla concorrenza.

TFUE, in base al quale «gli Stati membri non emanano né mantengono in favore delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato,¹⁵⁹ specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi»: la Corte ha precisato quali norme del Trattato devono essere rispettate anche in presenza di imprese che beneficino di diritti esclusivi, affermando che la gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici è strumentale al rispetto dei principi previsti dagli articoli 12, 43 e 49 del Trattato, senza alcun richiamo alla tutela della concorrenza.¹⁶⁰

Per quanto osservato fin qui è evidente che la necessità di garantire il rispetto del principio di non discriminazione e delle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi viene in rilievo soltanto quando i pubblici poteri, intendendo affidare la gestione del servizio ad un soggetto terzo, si trovano a dover scegliere tra una pluralità di imprese. Se, invece, l'amministrazione sceglie di autoprodurre il servizio, gli interessi tutelati dall'ordinamento europeo non hanno alcuna interferenza con la vicenda, a condizione che la gestione *in house* sia effettivamente tale e non rappresenti un modo per eludere la procedura concorrenziale.

Al riguardo si deve ancora sottolineare che il diritto europeo è neutrale rispetto ai modelli organizzativi adottati dagli Stati membri per la gestione dei servizi pubblici, ritenuti più funzionali al perseguimento dei propri obiettivi di politica pubblica.¹⁶¹

¹⁵⁹ Il diritto europeo non prevede discipline direttamente limitative della possibilità per le autorità nazionali di attribuire diritti esclusivi (Conclusioni Avvocato generale Jacobs nella causa C-67/96, *Albany*). I diritti esclusivi non sono contrari al Trattato in quanto tali, anche se possono diventarlo, qualora ad esempio inducano le imprese che ne sono titolari a violare specifiche regole di concorrenza come il divieto di abuso di posizione dominante. Tuttavia anche in questo caso i diritti potrebbero ritenersi legittimi se giustificati alla luce dell'art. 106 par. 2 del TFUE. F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2008, p. 1088.

¹⁶⁰ Corte di giustizia, sent. 15 ottobre 2009, causa C-196/2008, *Acosec* § 50; sent. 6 aprile 2006, causa C-410/2004, *Anav* § 23. Sul punto si veda F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione*, cit. p. 732, secondo cui il diritto europeo «distingue con chiarezza le “procedure concorrenziali”, predisposte ai fini di controllo sull'imparzialità delle autorità amministrative, dalle “regole di concorrenza” che sono dettate per il corretto funzionamento dei mercati».

¹⁶¹ Così la comunicazione della Commissione COM(2011) 897 def., recante proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, terzo considerando, ove precisa che «La presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla

Accertato che il ricorso all'*in house providing* non rappresenta per il diritto europeo una deroga alle regole di concorrenza, occorre anche precisare con quale significato talvolta tale scelta viene definita invece dalla Corte di giustizia come eccezione,¹⁶² il che lascerebbe presupporre che il ricorso alla gara rappresenti invece la regola.

L'utilizzo del termine eccezione deve certamente essere riferito come contrapposto al rispetto di una procedura concorrenziale, ma non in un rapporto in cui viene espressa una regola di preferenza: la Corte si limita a constatare in senso descrittivo che, pur in presenza di un'amministrazione aggiudicatrice che stipula un contratto con un soggetto formalmente distinto, la stipulazione non è preceduta da una gara.¹⁶³

Allo stesso modo l'utilizzo del termine eccezione non consente di ascrivere la questione sotto l'ambito di applicazione dell'art. 106 par. 2, includendo la disciplina sugli appalti pubblici tra le regole di concorrenza alle quali eventualmente derogare per non ostacolare la specifica missione di interesse generale. Le regole di concorrenza per il diritto europeo sono soltanto quelle propriamente tali, così definite nel capo I, titolo VII del Trattato e contenute negli articoli da 101 a 109.

Alla luce di queste conclusioni ci si potrà chiedere per quali ragioni l'ordinamento comunitario non abbia compiuto una scelta apertamente rivolta a promuovere un sistema concorrenziale anche per quei settori economici strutturati come monopoli naturali, in cui non è possibile la coesistenza di una pluralità di operatori.

Dopo l'iniziale disinteresse per l'assetto concorrenziale di mercati che per la ridotta dimensione non erano ritenuti rilevanti per la creazione del mercato interno,¹⁶⁴ in seguito, l'integrazione europea in materia di servizi di interesse

libertà degli Stati membri o delle autorità pubbliche di decidere sulla fornitura diretta di lavori o servizi al pubblico, né sull'esternalizzazione di tale fornitura a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire le caratteristiche del servizio da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, così da poter perseguire i loro obiettivi di politica pubblica».

¹⁶² Corte di giustizia, sent. 6 aprile 2006, causa C-410/2004, *Anav*; Corte di giustizia, sent. 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*.

¹⁶³ F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione*, cit. p. 732.

¹⁶⁴ Corte di giustizia, sent. 9 settembre 1999, C-108/98, in merito ad una controversia inerente il servizio

economico generale - in ragione delle peculiarità socio-culturali e delle diverse tradizioni giuridiche esistenti negli Stati membri - va nella direzione della valorizzazione delle differenze, ove queste siano orientate al conseguimento di obiettivi di coesione sociale, propri anche dell'Unione, come il raggiungimento di un adeguato livello qualitativo dei servizi. Invece interventi di armonizzazione consistenti ad esempio nell'esigere l'esternalizzazione dei servizi, potrebbero produrre un effetto opposto a quello desiderato.¹⁶⁵

D'altro canto il riconoscimento dell'ampia discrezionalità degli Stati nella scelta delle modalità organizzative dei servizi può rappresentare un punto di equilibrio, conforme all'approccio istituzionale multilivello dell'Unione, fondato sui principi di sussidiarietà e proporzionalità, ponendosi quale espressione concreta dell'assetto delineato dall'art. 16 del TFUE.¹⁶⁶

Oltre la necessità che gli Stati organizzino con autonomia l'erogazione dei servizi per meglio rispondere alle specifiche esigenze sociali che intendono tutelare, occorre aggiungere che l'indifferenza del diritto europeo per la proprietà pubblica o privata delle imprese che gestiscono i servizi di interesse generale è conseguenza dell'obbligo rivolto a tutte le imprese, siano esse private o pubbliche, di rispettare le regole di concorrenza.

In tale direzione i requisiti stabiliti affinché possa parlarsi di società *in house* sono orientati a garantire non soltanto che la società sia effettiva promanazione dell'ente partecipante, ma anche che nello svolgimento della sua attività questa non interferisca con il mercato concorrenziale, alterandone i risultati.

Si può a questo punto rispondere anche all'altro interrogativo posto all'inizio del paragrafo ovvero quale sia l'effettiva incidenza dell'esito referendario sulla possibilità di riproporre in futuro una disciplina limitativa della

comunale di raccolta e smaltimento rifiuti ha affermato che le norme del Trattato non si applicano «in una situazione nella quale gli elementi sono tutti confinati all'interno di un solo Stato membro e che, pertanto, non presenta alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi».

¹⁶⁵ F. Giglioni, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, cit., p. 544.

¹⁶⁶ Si ricorda che la materia dei servizi pubblici non rientra tra le materie attribuite all'Unione. Questa tuttavia ha competenza concorrente in materia di ambiente, trasporti ed energia, mentre ha competenza esclusiva per la definizione di delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (art. 3 del TFUE). E. Scotti, *I principi informativi dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura, M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 1.

gestione tramite il modello dell'*in house providing*. Tale limite non sussisterebbe affatto qualora si fosse giunti alla conclusione che l'abolizione dell'art. 23 bis sia in contrasto con la normativa comunitaria. In realtà, come visto, anche il diritto europeo non pone un ordine di preferenza tra gestione pubblica o privata. Ed allora occorre determinare l'estensione del vincolo che grava sul legislatore in forza del divieto di riproposizione derivante dall'abrogazione referendaria. Con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 proprio per violazione dell'art. 75 Cost., dunque per la lesione diretta della volontà popolare e per la lesione indiretta delle prerogative regionali e degli enti locali, riespanse a seguito del venir meno della disciplina nazionale.¹⁶⁷

In particolare la Corte, applicando il divieto di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare ha specificato che questo ha lo scopo di impedire che l'esito della consultazione popolare venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che successivamente all'abrogazione si sia verificato alcun mutamento delle circostanze di fatto o del quadro politico, tale da giustificare un simile effetto.¹⁶⁸

Il mutamento del quadro politico pare segnare con sufficiente certezza il momento della cessazione del vincolo referendario, come avverrebbe ad esempio qualora una nuova maggioranza politica abbia previsto nel proprio programma la liberalizzazione dei servizi pubblici locali.¹⁶⁹ Per altri invece tale effetto si produce già con la ricostituzione del Parlamento da parte del corpo elettorale, cioè con una nuova legislatura, alla quale può farsi corrispondere una situazione politica e giuridica diversa rispetto a quella esistente in precedenza.¹⁷⁰

¹⁶⁷ T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2, 2012; J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, p. 155 ss.

¹⁶⁸ Corte cost. sent. 20 luglio 2012, n. 199, par. 5.2.2.

¹⁶⁹ J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, cit., p. 166

¹⁷⁰ G. Ferri, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *studi e commenti di Consulta online*.

3. Gli incentivi volti a favorire il ricorso alle gare ad evidenza pubblica e l'efficientamento delle gestioni pubbliche

Dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del decreto legge n. 112 del 2008 e la rinnovata possibilità per gli enti locali di ricorrere all'autoproduzione dei servizi pubblici mediante il modulo dell'*in house providing*, il legislatore ha varato alcune norme con l'intento di disincentivare la gestione diretta, ritenuta causa di sprechi e inefficienze, e di promuovere il ricorso alle gare ad evidenza pubblica.

Il condizionamento legislativo è stato rivolto in tre direzioni distinte: sono stati previsti incentivi e disincentivi rispetto alla scelta gestionale effettuata dagli enti locali, confermando il favore per un sistema di concorrenza per il mercato; si è inteso limitare, in determinate circostanze, la possibilità per gli enti locali di detenere partecipazioni societarie; si è tentato di estendere all'impresa partecipata gli stessi vincoli pubblicistici cui viene sottoposto l'ente partecipante.¹⁷¹

Per quanto concerne il sistema degli incentivi si prevede che «l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111».¹⁷² Tale ultima disposizione, nello stabilire i parametri di virtuosità nell'ambito del patto di stabilità interno, prevede che gli enti che risultano collocati nella classe più virtuosa, fermo

¹⁷¹ Sul processo di entificazione delle società pubbliche e sulla disciplina loro applicabile, M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 3, 2012, p. 505 ss.; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss.; F. G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 247 ss. Sui regimi derogatori delle società a partecipazione statale, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2008, p. 221 ss. A prescindere dalle discipline espressamente applicabili per scelta legislativa, a livello interpretativo si è posto il problema della natura delle società pubbliche soprattutto con riferimento alla responsabilità erariale degli amministratori, al possibile fallimento della società partecipata, all'accesso agli atti.

¹⁷² Articolo 25 comma 3 della legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha convertito il decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1. A livello applicativo la norma prevede che a tal fine, la Presidenza del Consiglio dei ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità.

l'obiettivo del comparto, non concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica.

Occorre notare che il sistema premiale connesso al patto di stabilità interno, tra i vari parametri di valutazione della virtuosità riconducibili alla gestione ed organizzazione dei servizi pubblici locali, oltre a considerare ora le modalità di affidamento della gestione, già aveva individuato il «tasso di copertura dei costi dei servizi a domanda individuale», intendendo premiare, sulla base di tale criterio, gli enti che abbiano raggiunto apprezzabili livelli di efficienza, a prescindere dalle modalità gestionali prescelte.¹⁷³

Altro incentivo riguarda i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione, i quali, si stabilisce, «sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa».¹⁷⁴

Entrambe le disposizioni sono state oggetto di censure da parte della Regione Veneto la quale, in base al parametro dell'art. 117, comma primo, Cost., ha lamentato¹⁷⁵ la violazione della disciplina comunitaria da parte del legislatore statale dal momento che questa ammette senza condizioni il ricorso agli affidamenti *in house*. La normativa in esame, infatti «finisce con l'escludere nei fatti la possibilità di affidamenti *in house*, in seguito ad una valutazione negativa

¹⁷³ Articolo 20 comma 2 lett. i) del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98. Si è notato come già tale previsione sia in realtà idonea a consentire una valutazione degli incrementi di efficacia ed economicità nell'esercizio dei servizi pubblici, mentre l'ulteriore valutazione introdotta, riferita alla modalità di affidamento, intendendo premiare gli enti che ricorrono alla gara ad evidenza pubblica, finisce per favorire il mezzo col quale, soltanto in via presuntiva, si ritiene possano ottenersi miglioramenti nei risultati economici della gestione. D. Immondino, *Incentivi agli enti virtuosi, assoggettamento delle società in house al patto di stabilità ed apertura del mercato dei servizi pubblici alle regole concorrenziali*, in *Regioni*, 2013, 4, p. 785 ss.

¹⁷⁴ Incentivo introdotto dal medesimo art. 25 della legge 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁷⁵ Le censure regionali hanno lamentato anche l'introduzione di una forma di controllo sull'operato regionale in violazione del principio autonomistico di cui agli artt. 5 e 114 Cost. ed in violazione dell'autonomia finanziaria della regione, così come regolata dall'art. 119 Cost. e dalla legge n. 42 del 2009 che vi ha dato applicazione, nonché la lesione dell'autonomia organizzativa ex art. 118 Cost. Inoltre si lamenta la violazione dell'art. 117, comma secondo, lettera e), Cost., in relazione al riparto delle competenze tra il legislatore statale e quello regionale, avendo il primo esorbitato dalla sua potestà legislativa esclusiva nell'ambito della «tutela della concorrenza», per manifesta sproporzione rispetto al fine.

operata *ex ante*, mentre è ben possibile, in concreto, che questa tipologia di affidamento di servizi si dimostri in concreto più efficiente e virtuosa».

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 46 del 20 marzo 2013, si è soffermata sulla possibile incidenza delle norme censurate rispetto all'art. 117 commi 1 e 2 Cost., escludendo anzitutto un possibile contrasto con il diritto europeo in quanto la norma si pone obiettivi di tutela della concorrenza, senza limitare al contempo l'attuazione del diritto europeo direttamente da parte delle regioni. Nella necessità poi di coordinare la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza con le competenze concorrenti regionali, secondo la Corte la tecnica premiale «ha il pregio di non privare le Regioni e gli altri enti territoriali delle loro competenze e di limitarsi a valutare il loro esercizio ai fini dell'attribuzione del premio, ovvero della coerenza o meno alle indicazioni del legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza (...) senza che le regioni risultino menomate né tanto meno private delle competenze legislative e amministrative loro spettanti».¹⁷⁶

In particolare pare potersi notare che la disciplina in questione, pur assolvendo una chiara funzione di promozione della concorrenza, presenta il pregio di sostenere una generale “preferenza per il mercato” senza imporre l'adozione di determinati modelli gestionali. Gli ostacoli alla liberalizzazione, individuati nell'esistenza di organizzazioni inadeguate sotto il profilo delle dimensioni territoriali, nonché nella difficoltà di contrastare i tipici fallimenti dei mercati monopolistici, inducono a ritenere che il soddisfacimento degli interessi della collettività, nella variegata realtà delle amministrazioni locali, può essere assicurato rimettendo a queste ultime le adeguate valutazioni che tengano conto delle concrete caratteristiche del singolo affidamento. Il meccanismo premiale dunque, rispettoso del principio di autonomia degli enti locali, non limita la

¹⁷⁶ Riguardo la possibile sproporzione della misura rispetto alla tutela della concorrenza, la Corte osserva che la disposizione si colloca nel solco di un'evoluzione normativa diretta ad attuare «il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale», richiamando sul punto la sentenza n. 200 del 2012. Tale intervento normativo, conformemente ai principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale, «prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri principi costituzionali».

facoltà di scelta in relazione alle modalità gestionali ritenute più opportune per la migliore tutela degli interessi perseguiti e che possono giustificare il ricorso all'autoproduzione del servizio a seconda del contesto organizzativo e regolatorio esistente.

Infine, ulteriore condizionamento indiretto, tramite incentivi, sulla scelta degli enti locali riguardante la modalità di gestione, consiste nella destinazione di una quota del fondo infrastrutture¹⁷⁷ ad investimenti infrastrutturali «effettuati dagli enti territoriali che procedano alla dismissione di partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico».¹⁷⁸

4. Limiti alla possibilità per gli enti locali di detenere partecipazioni societarie

Anche la previsione di limiti alle partecipazioni societarie degli enti locali potrebbe avere l'effetto di indurre le amministrazioni locali all'affidamento della gestione ad imprese private mediante gare ad evidenza pubblica.

Dopo aver spinto il completamento del processo di privatizzazione degli enti di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, soprattutto con la trasformazione obbligatoria delle aziende speciali in società di capitali, si è assistito ad un processo inverso, rivolto a contenere il fenomeno della proliferazione delle partecipazioni societarie degli enti locali. Ciò è avvenuto sia perché il settore pubblico ha finito per estendere il proprio campo di azione ben oltre i casi di attività di interesse generale da dover tutelare in presenza di fallimenti di mercato; sia perché il mantenimento di strutture societarie ha

¹⁷⁷ Il fondo è stato istituito in forza dell'articolo 6-quinquies del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. La destinazione nel caso di dismissione della partecipazione in società esercenti servizi pubblici di rilevanza economica è fissata nei limiti delle disponibilità in base alla legislazione vigente e comunque fino a 250 milioni di euro per l'anno 2013 e 250 milioni di euro per l'anno 2014. L'assegnazione avviene con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e riguarda gli investimenti infrastrutturali effettuati rispettivamente entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013. La quota assegnata a ciascun ente territoriale non può essere superiore ai proventi della dismissione effettuata.

¹⁷⁸ Art. 5 della legge 14 settembre 2011, n. 148 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

implicato costi elevati di gestione non sempre giustificati in presenza di affidamenti di modesta entità, specie nei comuni di dimensioni più piccole.

L'art 3 comma 27 della l. n. 244 del 2007 ha espressamente stabilito, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, che le amministrazioni pubbliche «non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale ...».

Si introduce una limitazione di carattere funzionale basata sul requisito del perseguimento dei compiti istituzionali, in cui l'intervento diretto delle amministrazioni locali viene essenzialmente circoscritto alla produzione di servizi di interesse generale,¹⁷⁹ nonché a quella di servizi strumentali, laddove però strettamente necessari all'assolvimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante.¹⁸⁰

Ristretto in tal modo l'ambito di operatività delle società partecipate dagli enti locali, il legislatore è intervenuto anche da un punto di vista diverso rispetto a quello dei limiti funzionali, mettendo in discussione l'opportunità stessa del mantenimento delle partecipazioni societarie in presenza di determinate circostanze. Alcune disposizioni avevano stabilito l'obbligo di procedere alla liquidazione delle società partecipate, oppure alla cessione della partecipazione pubblica, nelle società che svolgono servizi strumentali,¹⁸¹ in quelle in perdita prolungata e nelle partecipate dei comuni di minori dimensioni.¹⁸²

¹⁷⁹ Viene notato che anche la produzione di servizi di interesse generale è comunque condizionata ai “livelli di competenza” dell'amministrazione, non ritenendosi sufficiente un generico interesse generale. Si sottolinea inoltre che tale norma è ancora in vigore e, tenendo conto di successivi emendamenti, richiede l'alienazione o la chiusura di partecipate non ammesse entro il 31 dicembre 2014. Essa assume quindi tuttora una particolare rilevanza.

¹⁸⁰ Tra l'altro, in tema di società controllate dalle amministrazioni locali che svolgono servizi strumentali, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza, l'art. 13 del d. l. 4 luglio 2006, n. 223, aveva già stabilito che queste «devono operare con gli enti partecipanti o affidanti e non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale».

¹⁸¹ Per le società strumentali l'art. 4 della legge 7 agosto 2012, n. 135 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, ha previsto lo scioglimento o l'alienazione delle partecipazioni entro il 31.12.2013. La norma faceva riferimento alle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di

Tuttavia trascorso il previsto periodo transitorio, proprio quando avrebbero dovuto trovare attuazione, tali previsioni sono state abrogate,¹⁸³ determinando un arretramento rispetto agli obiettivi dichiarati di razionalizzazione dell'organizzazione pubblica e di promozione della concorrenza, nonché alimentando il continuo stato di incertezza sulla disciplina del settore.¹⁸⁴

In seguito il Commissario straordinario per la revisione della spesa, istituito con l'articolo 49-bis del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69,¹⁸⁵ è stato incaricato¹⁸⁶ di predisporre, entro il 31 ottobre 2014, un programma di razionalizzazione delle società pubbliche esistenti individuando in particolare specifiche misure per la loro riduzione, per l'efficientamento delle gestioni o per una riorganizzazione, anche attraverso cessioni di rami d'azienda o trasferimento del personale ad altre società. Il programma, pubblicato il 7 agosto 2014, ha affermato l'opportunità di introdurre misure molto simili a quelle già varate e poi abrogate, prefigurando la possibilità di ottenere rilevanti risparmi per il bilancio pubblico grazie all'introduzione di vincoli diretti alla detenzione di società partecipate non essenziali, quali quelle in perdita prolungata e quelle partecipate da piccoli comuni.¹⁸⁷

pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento.

¹⁸² L'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78 del 2010 ha imposto ai Comuni con meno di 30.000 abitanti di mettere in liquidazione le proprie società partecipate o di cederne le quote ed a quelli con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000, di detenere la partecipazione in una sola società dovendo procedere allo scioglimento, in entrambi i casi, entro il 31.12.2011, termine prorogato varie volte fino al 31.12.2013. La disposizione non si applicava soltanto nella difficile ipotesi in cui nella società partecipata fossero state presenti cumulativamente le seguenti tre circostanze: a) abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

¹⁸³ Articolo 1, commi da 562 a 569 della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014).

¹⁸⁴ Incertezza prodotta da uno stato di riforma permanente. Per una ricostruzione critica sull'andamento caotico delle riforme nazionali del settore, F. Bassan, *I servizi pubblici locali tra diritto dell'Unione europea e riforme nazionali: le ragioni e conseguenze di un equivoco*, in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli: studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, 2010, p. 251 ss.

¹⁸⁵ L'art. 49-bis. del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, recante misure per il rafforzamento della *spending review*, ai fini della razionalizzazione della spesa e del coordinamento della finanza pubblica, dispone che il Presidente del consiglio dei ministri può nominare con proprio decreto un Commissario straordinario, con il compito di formulare indirizzi e proposte, anche di carattere normativo in materia. Questi ha diritto di corrispondere con tutti i soggetti di cui al comma 1, terzo periodo, e di chiedere ad essi, oltre a informazioni e documenti, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni.

¹⁸⁶ Con l'art. 23 del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, avente ad oggetto «il riordino e la riduzione della spesa di aziende, istituzioni e società controllate dalle amministrazioni locali».

¹⁸⁷ Infatti, come visto, una disciplina avente le medesime finalità era già stata adottata e sarebbe entrata a regime all'inizio del 2014, qualora non abrogata dall'art. 1 della legge 27 dicembre 2013, n. 147.

I successivi e più recenti provvedimenti normativi non hanno tuttavia aderito alle proposte avanzate dal Commissario straordinario per la revisione della spesa. L'obiettivo di una riduzione delle partecipazioni societarie è stato invece rimesso ad un'apposita programmazione che ciascuna amministrazione è chiamata a predisporre ed attuare, sulla scorta di criteri determinati ed entro rigide scadenze temporali.¹⁸⁸

In realtà, come verificatosi sotto il vigore delle normative precedenti, la principale criticità della promozione della concorrenza per mezzo di limitazioni alla detenzione di partecipazioni societarie, consiste nel rischio che tali misure finiscano per produrre come risultato il ritorno a moduli gestionali anche formalmente pubblici. Infatti, una volta dismessa la partecipazione societaria, in mancanza dell'obbligo di procedere all'affidamento a privati con gara ad evidenza pubblica, l'ente locale mantiene la facoltà di provvedere direttamente alla gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica facendo ricorso al modello dell'azienda speciale.¹⁸⁹

5. La pubblicizzazione della disciplina per il recupero di efficienza ed economicità della gestione

L'introduzione di misure rivolte al contenimento della spesa pubblica mediante l'estensione alle società partecipate di parte dello statuto pubblicistico applicabile agli enti locali controllanti, può rivestire anche l'importante ruolo di scoraggiare il ricorso alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per mezzo di società *in house*, laddove detta modalità sia prescelta con l'intento elusivo di approfittare dei maggiori spazi di libertà operativa offerti dalla

¹⁸⁸ La legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) si è limitata a stabilire un piano mediante il quale gli enti locali devono provvedere a ridurre il numero delle società partecipate, in applicazione di taluni criteri tra cui l'«aggregazione di società che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica».

¹⁸⁹ Ed infatti sotto il vigore dell'art. 14 comma 32 del D.L. 78/2010 molti enti locali hanno proceduto alla trasformazione di società di capitali *in house* in aziende speciali. Tale figura di trasformazione, non prevista espressamente dalle norme del codice civile in materia societaria è stata ritenuta comunque praticabile ed adottata ad esempio dal Comune di Napoli per la gestione dei servizi idrici, con la trasformazione di Arin S.p.a. in ABC Napoli azienda speciale. G. Nicoletti, *Il rilancio dell'azienda speciale: il "caso" di Arin Napoli*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 5 settembre 2012.

veste privatistica del soggetto gestore, a scapito dell'economicità e dell'efficienza della gestione.

Al riguardo era stato previsto l'assoggettamento al patto di stabilità interno degli affidatari *in house* di servizi pubblici locali¹⁹⁰ e l'estensione alle società pubbliche dei divieti e delle limitazioni all'assunzione di personale, nonché le politiche per il contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria previsti per le amministrazioni controllanti.¹⁹¹

L'applicazione di tali previsioni, soprattutto di quella relativa al patto di stabilità, ha però incontrato rilevanti difficoltà, originando anche un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni sul quale la Corte costituzionale ha dovuto pronunciarsi due volte.

La Consulta aveva dapprima dichiarato l'illegittimità della normativa statale, in quanto la prevista attuazione del patto di stabilità mediante appositi regolamenti governativi, riguardava una materia – il coordinamento della finanza pubblica – di competenza legislativa concorrente, in cui lo Stato è privo di competenza regolamentare.¹⁹²

In seguito, riproposta l'applicazione del patto di stabilità alle società *in house*,¹⁹³ la Corte ha invece rigettato le censure regionali¹⁹⁴ in quanto la nuova

¹⁹⁰ Art. 23 bis comma 10 lett. a) del d. l. n. 112 del 2008.

¹⁹¹ Art. 18 comma 2 bis dello stesso d. l. n. 112 del 2008.

¹⁹² La Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 23 bis comma 10 lett. a) del d. l. n. 112 del 2008 sulla constatazione che l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene al coordinamento della finanza pubblica. Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325, A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 4645.

¹⁹³ Il legislatore statale - intendendo riaffermare la necessità che tutti i soggetti istituzionali concorrano al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica - con l'art. 3 bis, comma 5 del d. l. n. 138 del 2011, ha nuovamente stabilito che le società affidatarie *in house* «sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18 comma 2 bis del d. l. n. 112 del 2008», norma introdotta dall'art. 19, comma 1, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102. Quest'ultima norma prevedeva che «le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità e la modulistica definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009».

¹⁹⁴ L'art. 3 bis, comma 5, del d. l. n. 138 del 2011 è stato oggetto di censure da parte delle regioni sul rilievo che questo avrebbe sostanzialmente riproposto il contenuto dell'art. 23-bis comma 10 del d. l. n. 112 del 2008, nonostante la sua declaratoria di incostituzionalità avesse eliminato il presupposto legislativo per poter disporre nuovamente l'assoggettabilità delle società *in house* al patto di stabilità interno. Il comma 2-bis dell'art. 18, a seguito della dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 23-

disciplina ha demandato a un decreto ministeriale esclusivamente la definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno. Sicché, mentre il precedente rinvio alla fonte regolamentare contemplava la possibilità di dettare regole che disciplinassero nel merito il contenuto e la misura degli obiettivi finanziari di questi soggetti, anche introducendo innovazioni normative, in seguito «alla fonte sublegislativa non è stata affidata la definizione di contenuti normativi e di disciplina delle regole del patto di stabilità, ma soltanto di adempimenti tecnici, strumentali a garantire l'uniformità degli atti contabili sull'intero territorio nazionale».¹⁹⁵

Senonché, venuto meno ogni ostacolo all'adozione dei decreti applicativi e trascorsi ormai cinque anni dalla sua previsione iniziale, il legislatore ha ridimensionato il proprio proposito di coinvolgimento delle società pubbliche al conseguimento degli obiettivi del patto di stabilità, così come anche dei vincoli in materia di personale.

Tali discipline si sono infatti rivelate di difficile applicazione a causa delle diverse norme contabili e basi informative che differenziano l'amministrazione pubblica da soggetti di natura formalmente privata, impegnati nell'esercizio di un'attività economica e sono state infine abrogate. Il legislatore ha così dettato una nuova disciplina ripiegando su una soluzione di compromesso, in grado di conciliare le esigenze di economicità delle gestioni svolte da parte delle società partecipate dagli enti locali con le particolari necessità connesse allo svolgimento di un'attività di impresa. Riguardo il personale delle società che gestiscono servizi pubblici di rilevanza economica, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, deve ora stabilire le modalità e l'applicazione dei vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate mediante provvedimenti dello stesso ente locale.¹⁹⁶ Per quanto concerne i vincoli di bilancio, qualora le aziende speciali, le istituzioni o le società presentino un risultato d'esercizio o un saldo finanziario negativo, gli enti locali soci sono obbligati ad accantonare nell'anno successivo, in apposito fondo vincolato, un

bis comma 10 del d. l. n. 112 del 2008, si sarebbe posto in antinomia con il contenuto della pronuncia in quanto assoggetta le società *in house* al patto di stabilità rinviando ad un «adottando decreto ministeriale», in modo analogo alla disposizione annullata.

¹⁹⁵ Corte cost., sent. 20 marzo 2013, n. 46.

¹⁹⁶ Art. 1 comma 557 della legge 27 dicembre 2013, n. 147.

importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla loro quota di partecipazione.¹⁹⁷ Per le sole società che svolgono servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresa la gestione dei rifiuti, si dovrà invece fare riferimento alla differenza tra valore e costi della produzione, così come definiti dall'art. 2425 del Codice Civile, evitando quindi di prendere in considerazione il solo risultato della gestione finanziaria.¹⁹⁸ Il legislatore riconosce in questo modo le specificità di tali settori, caratterizzati dalla presenza di rilevanti oneri finanziari, dovuti soprattutto al ricorso all'indebitamento per il finanziamento degli investimenti. In altri termini, fuori da rigidi e prestabiliti vincoli di bilancio, i gestori pubblici devono tendere ad una sana gestione finanziaria.¹⁹⁹ La responsabilità del raggiungimento di questo obiettivo viene posta soprattutto sull'ente proprietario attraverso l'obbligo di accantonamento, con l'idea di "internalizzare" i risultati economici delle partecipate ed accentuando il legame di organicità tra società ed ente controllante.²⁰⁰

Seppur improntati ad una maggiore flessibilità rispetto alle intenzioni iniziali, anche tali vincoli sembrano in grado di scoraggiare l'utilizzo strumentale delle società partecipate, incentivando indirettamente il rilascio al mercato della gestione dei servizi pubblici locali.

¹⁹⁷ Gli accantonamenti al fondo vincolato dovranno essere effettuati a decorrere dall'anno 2015, quindi con riferimento al risultato d'esercizio o al saldo finanziario dell'esercizio 2014. Inoltre, è previsto un meccanismo di accantonamento graduale per il triennio 2015- 2017, mentre il sistema andrà a regime a partire dal 2018.

¹⁹⁸ art. 1 commi da 550 a 552 della legge 27 dicembre 2013, n. 147.

¹⁹⁹ L'art. 1 comma 553 della legge 27 dicembre 2013, n. 147 ha previsto che dall'esercizio 2014 le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali devono concorrere alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica attraverso il perseguimento della sana gestione dei servizi, secondo criteri di economicità e di efficienza. Per le società che gestiscono servizi pubblici locali si dovranno a tal fine individuare appositi parametri standard dei costi e dei rendimenti.

²⁰⁰ Cfr. *Commissario straordinario per la revisione della spesa, Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014, p. 16, secondo il quale, tra l'altro, occorrerebbe sottoporre al patto di stabilità gli accantonamenti, il che renderebbe più penalizzante l'emergere di perdite nelle partecipate.

6. Regolazione e gestione pubblica dei servizi locali

Il modello di regolazione delle attività di servizio pubblico locale, fondato sulla gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore privato e la separazione delle funzioni di regolazione e programmazione dai compiti di gestione, viene meno in presenza di gestioni *in house*. Il cumulo di funzioni di regolamentazione del settore con compiti di gestione, in capo agli enti locali titolari del servizio, rischia di far penetrare interessi politico-clientelari nel momento dello svolgimento dell'attività economica,²⁰¹ fase che invece dovrebbe rispondere soltanto a criteri di efficienza ed economicità.²⁰² La posizione di monopolio²⁰³ infatti, unitamente alle garanzie offerte dall'ente proprietario, ha condotto nella pratica ad organici sovradimensionati, gravi deficit di bilancio, management poco innovativo e lottizzato politicamente.²⁰⁴ D'altro canto però, la gestione dei servizi pubblici locali mediante organismi sotto il controllo pubblico evita le criticità tipiche dell'esternalizzazione, quali le asimmetrie informative, l'incompletezza dei contratti, l'insufficiente assetto concorrenziale del mercato, circostanze che possono impedire all'ente locale di svolgere adeguatamente le funzioni di programmazione e regolazione delle attività di servizio pubblico.

Per ovviare ai problemi derivanti dal cumulo di funzioni, soprattutto alla luce dell'attuale generalizzata possibilità di ricorrere all'*in house providing* per la gestione del servizio, vi è chi suggerisce l'introduzione di un riparto di competenze con necessaria attribuzione dei poteri di regolazione dei servizi pubblici locali ad un livello di governo comunque diverso da quello individuato

²⁰¹ Infatti l'affidamento di funzioni di regolazione ad organi od enti di governo mina la loro necessaria indipendenza, soprattutto ove questi abbiano anche la proprietà o il controllo delle imprese operanti nel settore. *Libro verde sui servizi di interesse economico generale*, 21 maggio 2003, § 34

²⁰² Per l'analisi delle ragioni a sostegno della separazione delle funzioni di indirizzo e regolazione e di gestione del servizio, A. Boitani, A. Petretto, *I servizi pubblici locali tra governance locale e regolazione economica*, in L. Robotti (a cura di), *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2002

²⁰³ L'assenza di concorrenza in caso di gestioni *in house* incide poi negativamente sulla propensione al raggiungimento dell'efficienza e la confusione di ruoli dell'ente, sia programmatore che gestore, rischia di far prevalere in modo sproporzionato gli obiettivi sociali -tramutati in opportunità politica - sull'efficienza della gestione.

²⁰⁴ Oltre ad un ruolo esorbitante del sindacato ed una sostanziale inamovibilità dei dipendenti, F. Bassanini, *Gli aspetti innovativi della regolazione e il settore dei servizi pubblici locali*, in G. Tesauero, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 167

per la gestione del servizio stesso.²⁰⁵ Altri, invece, segnalano che molte funzioni di regolazione²⁰⁶ possono essere assegnate ad autorità indipendenti in grado di mettere a frutto specifiche competenze e, soprattutto, di condizionare in modo neutrale le regole cui deve attenersi l'impresa.²⁰⁷

Più in generale, in vista di un rilancio del processo di industrializzazione e liberalizzazione dei servizi, si ritiene che, anche per le gestioni sotto il controllo pubblico, occorra rimuovere i rapporti di organicità tra il ruolo pubblico e quello gestionale, favorendo l'esercizio autonomo delle rispettive funzioni.²⁰⁸

In realtà, dall'osservazione della realtà pratico-applicativa, emerge che anche in presenza di gestori parte organica dell'organizzazione pubblica e sottoposti al controllo dell'ente locale partecipante, si verificano talune disfunzioni teoricamente proprie del modello opposto, fondato sulla separazione delle funzioni. Ad esempio, anche nelle gestioni *in house* si riscontrano quelle asimmetrie conoscitive che rendono difficile l'attività di indirizzo e regolazione da

²⁰⁵ R. Cavallo Perin, *Le regole dell'organizzazione e della gestione*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, H Bonura e M. Cassano (a cura di), p. 139. Si riconosce inoltre che alcune funzioni di regolamentazione debbano essere affidate agli organi di governo e che sia necessario un riparto delle attività con l'autorità indipendente, attribuendo agli organi politici il potere di stabilire gli obblighi di servizio pubblico, le garanzie d'accesso e tutto ciò che definisce la programmazione ed il controllo dell'erogazione del servizio. M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 149, con riferimento alle attività propriamente di pianificazione e programmazione dei servizi, evidenzia che in attuazione del principio di sussidiarietà verticale, l'ente locale dovrebbe essere il soggetto migliore per provvedere alla definizione della domanda di servizio essendo a conoscenza delle caratteristiche sociali e territoriali di riferimento.

²⁰⁶ La funzione regolativa in ambito locale si traduce nella programmazione dell'attività da erogare, nelle determinazioni relative alla fissazione di standard di qualità, nella predisposizione di strumenti di tutela dell'utenza e nelle determinazioni tariffarie. Nella funzione regolativa vanno ricondotte un complesso di attività comprendenti anche l'individuazione delle modalità di affidamento, la scelta del gestore e la predisposizione dei contratti di servizio. Insieme a tali compiti, che vengono definiti di regolazione *ex ante*, si individua solitamente anche una regolazione *ex post*, consistente nel controllo sull'adempimento degli impegni assunti dal gestore e nella vigilanza sulla sostenibilità finanziaria della gestione con interventi destinati ad incidere sulle tariffe e sui contratti. D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 409 in particolare ha osservato che per il soddisfacimento degli interessi della collettività, un corretto svolgimento delle funzioni di programmazione e regolazione è importante al pari dell'attività di gestione, anche se il rapporto tra interesse pubblico e servizio nel momento dell'erogazione dell'attività gode di maggiore visibilità.

²⁰⁷ Le medesime funzioni resterebbero invece in capo agli enti locali per la parte non definita dalle autorità di regolazione indipendenti. F. Bassanini, *Gli aspetti innovativi della regolazione e il settore dei servizi pubblici locali*, in G. Tesaurò, M. D'Alberty (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 156.

²⁰⁸ Cfr. B. Spadoni, *Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi idrici e ambientali*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, p. 229 ss.

parte dell'amministrazione pubblica. La mancanza di specifiche competenze tecniche da parte del personale preposto dell'ente locale, impedisce lo svolgimento di un controllo effettivo sui dati economici e gestionali comunicati dal management della società, costringendo l'ente ad assumere ogni conseguente provvedimento, considerando gli elementi contabili della gestione come un presupposto dato. Così, ad esempio, in presenza di gestioni pubbliche viene raramente sottoposto a revisione il piano economico-finanziario presentato dal gestore per quantificare i costi che dovranno essere coperti mediante le entrate tariffarie o le sovvenzioni pubbliche.

Problema fondamentale delle gestioni facenti capo al settore pubblico riguarda la possibilità di introdurre strumenti utili per stimolare l'efficienza e l'economicità gestionali.

Per assicurare la congruità dei corrispettivi riconosciuti al gestore sarebbe importante utilizzare come parametro massimo un valore commisurato al costo standard, cioè il costo sostenuto da un'azienda media ed efficiente. In tal modo il gestore sotto il controllo pubblico verrebbe indotto ad operare comunque in condizioni di economicità.

Al posto dell'efficientamento che scaturisce dal confronto concorrenziale in occasione della gara ad evidenza pubblica, nel caso di affidamento del servizio direttamente ad un organismo *in house*, un importante ruolo incentivante può essere svolto anche dal contratto di servizio.

Dal momento che la società *in house* non è altro che un braccio operativo dell'ente locale controllante, occorre in primo luogo chiedersi quale natura ha e quale ruolo riveste il contratto di servizio nell'ambito della relazione interorganica, evidenziando come questo possa essere utilizzato per introdurre incentivi rivolti al miglioramento dei risultati economici della gestione.

Anzitutto dall'esercizio da parte dell'ente di un controllo analogo a quello svolto nei confronti dei propri servizi, scaturisce un rapporto tra imprese ed ente locale la cui fonte è unilaterale, configurando una relazione di dipendenza della società dall'ente proprietario.²⁰⁹ Per tale ragione il contratto di servizio nel caso di

²⁰⁹ R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 94 ss., ritiene che la «separata stipulazione, tra l'amministrazione aggiudicatrice e le società a capitale misto o interamente pubblico, di convenzioni, contratti, accordi aventi ad oggetto

affidamento *in house* non ha natura negoziale, ma può ritenersi uno strumento di contrattazione programmata con il quale si rendono evidenti e trasparenti gli impegni assunti sia nel rapporto reciproco tra le parti, sia nei confronti della collettività.²¹⁰ Sussiste tra l'altro, in questo caso, la possibilità per l'ente di ridefinire i contenuti del contratto in via unilaterale in ogni momento del rapporto, adeguando il servizio erogato alle mutevoli esigenze sociali.

In quest'ottica allora il contratto non avrebbe - come nei confronti del gestore privato - la funzione di regolare, sotto forma di impegno contrattuale, l'attività di servizio pubblico, ma avrebbe la natura di atto unilaterale di indirizzo oppure di accordo sostitutivo di provvedimenti con valenza organizzativa dell'attività del gestore, al pari di altri strumenti idonei a consentire il controllo analogo da parte dell'ente locale.

Occorre inoltre sottolineare che, a differenza delle gestioni pubbliche, nel rapporto contrattuale tra ente ed impresa privata incaricata a seguito di gara ad evidenza pubblica, problemi riguardanti l'efficienza e l'economicità interna del gestore risultano del tutto estranei agli obiettivi dell'ente. Questo, oltre ad occuparsi delle funzioni di programmazione e regolazione, svolge compiti di controllo rivolti a verificare il rispetto degli standard di qualità e di quantità della prestazione, ma non anche rivolti ad accertare l'efficienza aziendale del gestore privato.

Al contrario, nel caso di gestione pubblica, l'ente locale è direttamente interessato anche alla *performance* aziendale, vuoi perché essendo proprietario della società l'eventuale deficit di bilancio si riflette immediatamente sulle finanze pubbliche, vuoi perché il conseguimento di risultati positivi può creare le condizioni per una futura gestione imprenditoriale del servizio.²¹¹

l'affidamento delle prestazioni può risultare incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario», risultando preferibile definire il rapporto tra società e soci attraverso previsioni contenute nello statuto o nell'atto costitutivo della compagine controllata.

²¹⁰ Un piano-programma comprendente un contratto di servizio per la disciplina dei rapporti tra ente ed azienda speciale era stato già previsto dall'art. 4 della legge 29 marzo 1995, n. 95. F. Brunetti, F. Scanzano, *L'ente pubblico come regolatore. L'evidenza pubblica, il contratto di servizio, le carte dei servizi*, in L. Perfetti, P. Polidori (a cura di), in *Analisi economica e metodo giuridico*, cit., p. 187. Sulla base di quanto disposto al comma 11 dell'art. 113 t.u.e.l. in cui si prescrive l'allegazione del contratto di servizio al capitolato di gara si è affermato invece che l'*in house providing* sarebbe esente dall'utilizzo del contratto di servizio. M. Capantini, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2004, p. 819 ss.

²¹¹ Cfr. B. Spadoni, *Il contratto di servizio nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in

L'utilizzo del contratto di servizio dovrebbe allora avere la funzione di evitare situazioni di inefficienza e scarsa economicità del servizio e di impedire scelte gestionali influenzate da esigenze diverse dal perseguimento dell'interesse generale.²¹² L'introduzione di stimoli di efficienza anche nelle gestioni sotto il controllo pubblico è obiettivo tanto più essenziale se si considera che il gestore non ha altrimenti interesse al miglioramento dei propri risultati, dal momento che non si avvantaggia di eventuali utili, né è direttamente penalizzato in caso di perdite.

A tal fine è possibile utilizzare il contratto di servizio per stabilire precise modalità di rilevazione della *performance* oltre che in termini di standard delle prestazioni, anche rispetto ad obiettivi predeterminati di miglioramento dell'efficienza e di riduzione dei costi, da definire sulla base dei dati economici e produttivi dell'impresa. Attraverso la previsione di sistemi di monitoraggio sul raggiungimento degli obiettivi preposti, è possibile introdurre un sistema di incentivi e sanzioni nei confronti del management e dei lavoratori della società, parametrato ai risultati ottenuti. In presenza di risultati positivi, parte delle risorse conseguite potrebbero essere utilizzate come incentivi economici.

Tuttavia, affinché un sistema premiale riesca a svolgere bene la sua funzione di stimolo, occorre anche che gli incentivi siano riconosciuti solo a fronte di risultati effettivamente conseguiti e verificati, senza tramutarsi in una parte fissa delle retribuzioni; ed inoltre che questi rivestano una parte significativa e non marginale dell'ammontare complessivo delle retribuzioni.

7. Conclusioni

La disciplina europea - in ossequio al principio dell'indifferenza della natura pubblica o privata del gestore - non impone l'obbligo della gara per

www.dirittodeiservizipubblici.it, 26.10.2012. V. inoltre, M. Capantini, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2004, p. 801 ss.

²¹² B. Spadoni, *Il quadro normativo di riferimento dei servizi pubblici locali e la situazione del settore*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, secondo il quale con questi obiettivi, il contratto di servizio può prevedere la fissazione di regole nel rapporto tra le parti, le condizioni di fornitura, l'individuazione delle risorse necessarie al conseguimento dell'interesse generale, la definizione degli obiettivi della gestione.

l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali. Quando la Corte di giustizia ha dovuto valutare la necessità di procedere all'affidamento dei servizi pubblici mediante una procedura concorrenziale, ha fatto esplicito riferimento all'art. 106 comma 1 del TFUE, sottolineando che, in presenza di imprese cui sono riconosciuti diritti esclusivi, deve essere garantito il rispetto dei principi di non discriminazione secondo la nazionalità, il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, senza alcun richiamo ad esigenze di tutela della concorrenza. Ciò significa che l'ordinamento europeo non esprime un ordine di preferenza per un sistema di concorrenza per il mercato, mentre esigenze di parità di trattamento vengono in rilievo soltanto se l'ente locale decide di procedere all'esternalizzazione del servizio. Per garantire il contemperamento tra concorrenza ed esigenze sociali sottese all'erogazione del servizio, il diritto europeo mira ad un processo graduale di liberalizzazione nelle forme di una concorrenza regolata con specifici interventi settoriali. Nei settori privi di una disciplina di armonizzazione si valorizza, invece, l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali nel «fornire commissionare ed organizzare servizi di interesse economico generale». Tale ampio riconoscimento si giustifica con la necessità di individuare la migliore modalità per assicurare il raggiungimento degli obiettivi sociali, valutazione che può essere validamente compiuta dalle autorità degli Stati membri proprio in relazione al quadro organizzativo e regolatorio esistente nell'ordinamento interno.

In questa prospettiva i servizi di interesse generale sono riconosciuti e valorizzati dall'ordinamento europeo in quanto perseguono valori ritenuti comuni alla stessa Unione, operando come strumenti di coesione sociale e territoriale.

In caso di fallimento del mercato ed in assenza di adeguate forme di regolazione dell'attività, necessarie per assicurare la funzionalizzazione dell'attività privata agli obiettivi del servizio universale, il diritto europeo non impone la liberalizzazione dell'attività, consentendo all'autonomia delle autorità nazionali di decidere di provvedere direttamente alla gestione dei servizi di interesse economico generale.

Anche nell'ordinamento interno, per effetto del referendum abrogativo del giugno 2011 e della successiva sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20

luglio 2012, è fallito il tentativo di limitare il ricorso all'*in house providing*. Il legislatore non ha mancato di manifestare ugualmente il proprio sfavore per modelli di gestione posti sotto il controllo pubblico ed ha ritenuto di incidere comunque sulle scelte gestionali degli enti locali, con l'obiettivo di incentivare il ricorso alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi e con lo scopo di favorire l'efficientamento delle gestioni rimaste in mano pubblica.

Le varie misure di incentivazione, attuate con l'espressa finalità di promuovere la concorrenza, mirano a premiare quelle amministrazioni locali che, pur non essendo obbligate, scelgano comunque di rilasciare al mercato la gestione dei servizi pubblici locali. In questo contesto il legislatore è intervenuto anche sul versante della possibilità per le amministrazioni locali, specie per i comuni più piccoli, di detenere partecipazioni societarie e su quello dell'estensione, alle stesse società partecipate, degli stringenti vincoli imposti agli enti locali in materia di bilancio. Nonostante i recenti ripensamenti e le notevoli difficoltà applicative, dette discipline consentono di promuovere il ricorso alle gare, pur nell'attuale impossibilità di riproporre obblighi specifici in tal senso. Ciò, inoltre, senza eliminare in capo agli enti locali quel margine di apprezzamento necessario per valutare quale sia, nello specifico contesto territoriale, la modalità organizzativa più idonea ad assicurare il soddisfacimento degli interessi della collettività.

Tuttavia la persistente possibilità di ricorrere a modelli sotto il controllo pubblico impone di adottare misure capaci di stimolare l'efficienza ed economicità delle gestioni. In questa prospettiva si segnala l'importanza della preventiva definizione dei costi standard per valutare la congruità dei corrispettivi; il ruolo delle autorità indipendenti per accentuare i profili di separazione tra funzioni di regolazione e compiti di gestione; il possibile utilizzo del contratto di servizio, nell'ambito della relazione organica, per incentivare il miglioramento della performance aziendale attraverso un sistema premiale rivolto al management ed ai lavoratori delle società *in house*.

Parte seconda. Le discipline speciali

Introduzione.

Dopo aver esaminato l'evoluzione organizzativa dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, individuando i principali ostacoli alla liberalizzazione e ricostruito i principi che guidano oggi la scelta sull'affidamento della gestione, ci si sofferma sull'analisi delle caratteristiche economiche e della disciplina di due dei principali settori di servizio pubblico locale: il servizio idrico integrato ed il trasporto pubblico locale. Questi settori sono stati di recente oggetto di importanti riforme dirette a riconfigurare sia l'attribuzione a livello territoriale delle funzioni di governo e dei compiti di gestione, sia l'attribuzione delle competenze di regolazione. Infatti, seppure le rispettive discipline speciali hanno promosso, ancor prima della disciplina di carattere generale, sistemi concorrenziali ed un'organizzazione in chiave industriale, le specifiche difficoltà cui si intendeva porre rimedio possono dirsi pressoché immutate.

Per comprendere in che modo i nuovi assetti potranno contribuire ad un generale miglioramento dell'organizzazione dell'attività occorre allora soffermarsi sulle criticità esistenti, considerando che il legislatore ha proposto soluzioni uniformi pur in presenza di caratteristiche economiche settoriali molto diverse.

Quelli idrici sono servizi ad elevata intensità di capitale e la loro efficienza dipende direttamente dalla possibilità per il gestore di effettuare gli investimenti necessari e dalla capacità delle tariffe di remunerarli tempestivamente, nonostante a livello politico locale vi sia una generale tendenza a contenere gli aumenti tariffari. Inoltre il coinvolgimento di esigenze primarie dei cittadini e di rilevanti interessi fondamentali di natura ambientale viene considerato un ostacolo all'ingresso dei privati nella gestione del servizio. Ciò d'altro lato evidenzia l'importanza dei fini dell'intervento pubblico nel settore a prescindere dalla natura del soggetto chiamato ad occuparsi della gestione.

Al contrario il trasporto pubblico locale è un servizio caratterizzato da elevati costi operativi in cui la principale finalità regolativa, costituita

dall'introduzione di stimoli all'efficienza gestionale, può essere perseguita sia promuovendo la concorrenza in occasione dell'affidamento della gestione, sia attraverso adeguati incentivi nella determinazione delle compensazioni da riconoscere alle aziende esercenti.

Poste in luce le peculiarità economiche ed organizzative si tratta allora di verificare quali siano effettivamente le cause delle inefficienze registrate e come su di esse incida l'inadeguatezza dell'assetto regolatorio.

Le difficoltà che incontrano questi settori devono essere valutate con riferimento ai risultati ottenuti quando si è fatto ricorso alle gare ad evidenza pubblica per l'individuazione del gestore privato, nonché soffermandosi sulle lacune della disciplina normativa e sugli effetti della programmazione svolta a livello locale rispetto alle concrete esigenze settoriali.

L'analisi muove alla ricerca di elementi che avvalorino la tesi secondo cui la concorrenza per il mercato è strumento utile di efficientamento gestionale, anche se la selezione del gestore privato mediante gara ad evidenza pubblica non soddisfa di per sé le molteplici esigenze regolative esistenti. Non viene meno infatti la necessità di un penetrante intervento pubblico, mentre l'adeguatezza di questo condiziona *ex ante* i possibili benefici derivanti dalla gara ed *ex post* la conformità della prestazione del gestore rispetto agli impegni contrattualmente assunti e, più in generale, la garanzia del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Pertanto occorre individuare quali siano le finalità della programmazione e della regolazione che devono essere proprie di ciascun settore, nell'ottica della creazione di sistemi concorrenziali capaci di garantire l'efficienza gestionale ed il perseguimento degli obiettivi sociali.

Si potrà così verificare la funzionalità dei più recenti interventi normativi e mettere in risalto in quale direzione debba essere orientato il processo di riorganizzazione territoriale in atto, nonché l'esercizio delle competenze di regolazione attribuite ad Autorità indipendenti settoriali. D'altronde la possibilità di adattare i nuovi strumenti alle esigenze dei diversi contesti economici pare prerogativa essenziale per il buon esito del percorso avviato verso il riassetto complessivo del sistema.

CAPITOLO 3

Il servizio idrico integrato

SOMMARIO: 1. L'organizzazione in ambiti territoriali ottimali - 2. La risorsa idrica come bene comune. L'abolizione del criterio della remunerazione del capitale investito e la rilevanza economica del servizio - 3. La regolazione del settore. Le determinazioni tariffarie - 4. Infrastrutture e investimenti - 5. Standard di qualità e tutela degli utenti: il caso dell'arsenico.-

1. L'organizzazione in ambiti territoriali ottimali

Ragioni alla base dell'integrazione orizzontale e verticale della gestione del servizio idrico

Lo sviluppo di una rete infrastrutturale mediante la quale provvedere alla distribuzione di acqua direttamente nelle singole unità abitative²¹³ ha prodotto i

²¹³ M. Benvenuti, E. Gennari, *Il servizio idrico in Italia. Stato di attuazione della legge Galli ed efficienza delle gestioni*, in *questioni di economia e finanza* n. 23, Banca d'Italia, 2008, in cui si evidenzia che la disponibilità di risorse idriche ha da sempre condizionato la localizzazione degli insediamenti umani. Fin dall'epoca romana furono creati acquedotti per garantire l'approvvigionamento di acqua nei maggiori centri urbani. Nel corso dell'ottocento - soprattutto per lo sviluppo dell'economia industriale e lo spostamento di masse di popolazione dalle campagne alle città - venne ripresa la costruzione di acquedotti e la distribuzione di acqua grazie all'affermazione di nuove tecnologie di ingegneria idraulica. I servizi idrici possono certamente essere annoverati sia soggettivamente che oggettivamente tra i servizi pubblici locali ed erano già compresi nell'elencazione di attività di servizio pubblico locale contenuta nella legge sulle municipalizzazioni del 1903. Essi costituiscono inoltre un servizio di rilevanza economica: l'art. 15 del D.lgs. 152/2006, in merito all'affidamento della gestione del servizio idrico integrato richiama espressamente l'art. 113 quinto comma del Tuel. In tale direzione vanno anche le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 325 del 2010. Per un'analisi esaustiva della disciplina dei servizi idrici si rinvia a:

vantaggi derivanti da una migliore accessibilità alle risorse idriche ma ha anche configurato il settore come monopolio naturale, a causa degli elevati costi connessi alla costruzione e/o duplicazione delle infrastrutture. Tale monopolio è inoltre di carattere locale dato che l'eventuale approvvigionamento da bacini idrografici diversi, rispetto a quello territoriale di riferimento, sarebbe antieconomico per l'entità dei costi di trasporto, paragonati al valore unitario del bene.²¹⁴

L'assenza di un'infrastruttura nazionale e l'esistenza di tanti acquedotti di carattere locale, tra loro non collegati, impedisce di ipotizzare l'introduzione di forme di concorrenza nel mercato attraverso il metodo del *common carriage*. Questo sistema presuppone dei sistemi di approvvigionamento interconnessi in cui vi è un gestore della rete e la coesistenza di una molteplicità di produttori che accedono alla rete in condizioni non discriminatorie.²¹⁵

Complessivamente il servizio è costituito da una filiera comprendente la captazione, la potabilizzazione, la distribuzione, la raccolta e la depurazione delle acque reflue.²¹⁶ La rilevanza di economie di scopo e la complementarità delle diverse fasi della fornitura hanno condotto a preferire una gestione integrata del servizio da parte di un unico operatore nonostante, in astratto, le varie attività possano essere svolte da operatori diversi.²¹⁷

A. Fioritto, *I servizi idrici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, pag. 2505 ss.; J. Bercelli, *Organizzazione amministrativa e servizio idrico*, Rimini, 2001; più di recente, E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012.

²¹⁴ M. Benvenuti, E. Gennari, *Il servizio idrico in Italia. Stato di attuazione della legge Galli ed efficienza delle gestioni*, cit., p. 5. Ai sensi dell'art. 54 comma 1 lett. r) della d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 per bacino idrografico si intende «il territorio nel quale scorrono tutte le acque superficiali attraverso una serie di torrenti, fiumi ed eventualmente laghi per sfociare al mare in un'unica foce, a estuario o delta».

²¹⁵ Tale modello richiede una regolazione dell'attività per disciplinare ed identificare una tariffa di accesso alla rete che non precluda la possibilità di aprire il mercato ad operatori nuovi entranti assicurando loro un ragionevole margine di profitto ed assicurando la giusta remunerazione al gestore della rete per gli investimenti e la manutenzione delle infrastrutture. M. R. Mazzola, *L'approvvigionamento idrico primario*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le Virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, p. 323 ss.

²¹⁶ La definizione contenuta all'art. 4 comma 1 lett. f) della L. 5 gennaio 1994, n. 36 precisa che «il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue».

²¹⁷ In letteratura si evidenzia invece, con riferimento alle imprese *multiutility*, una scarsa presenza di economie di scopo tra processi produttivi dell'acqua e di altri servizi come quelli del gas, dei trasporti, dell'energia e dello smaltimento rifiuti, M. Bianco, P. Sestito, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010, p. 162.

L'integrazione verticale della gestione del servizio idrico ha avuto dunque l'obiettivo di eliminare la coesistenza di più soggetti preposti allo svolgimento di singole fasi della filiera produttiva, coesistenza che seppur preferita nelle scelte organizzative degli enti locali, nei fatti si era rivelata non economica, oltre che causa di notevoli problemi pratici proprio per la stretta complementarietà delle diverse fasi.

La gestione dei servizi idrici è stata svolta per molti anni direttamente dai comuni mediante gestioni in economia oppure per mezzo di un'azienda pubblica, producendo una rilevante frammentazione gestionale. I limiti di questo assetto sono dipesi dalle modeste dimensioni dei soggetti gestori, inadeguati per garantire appropriati livelli di efficienza e soddisfacenti standard qualitativi.

Per le caratteristiche del settore idrico, i principali fattori che consentono di apprestare una gestione efficiente del servizio sono da mettere in relazione all'entità degli investimenti ed alle capacità tecniche necessarie per effettuare scelte adeguate in relazione alle caratteristiche del territorio di riferimento. In una situazione di estrema frammentazione gestionale ed in assenza di una corretta prospettiva strategica, le risorse pubbliche si sono rivelate insufficienti, mentre le tariffe non hanno permesso di coprire i costi della gestione, originando perdite operative poste a carico della fiscalità generale.

Già con la legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli), si è tentato di porre rimedio a tale situazione attraverso l'applicazione di un regime industriale con cui favorire una gestione efficiente del servizio.

La riforma ha inteso realizzare l'integrazione orizzontale su un'area territoriale sufficientemente vasta da permettere la realizzazione di economie di scala; a tal fine è stata prevista l'istituzione di ambiti territoriali ottimali (ATO) la cui individuazione, in base ai bacini idrografici esistenti, è stata delegata alle regioni. Inoltre è stata stabilita la separazione tra l'attività di indirizzo e di controllo, affidata all'autorità di ambito da costituire tra comuni e province appartenenti allo stesso ATO, e quella gestionale.

L'introduzione delle autorità d'ambito, soggetti a cui sono state attribuite le funzioni di organizzazione, indirizzo e affidamento della gestione, avrebbe dovuto creare un adeguato livello di governo, superando il regime basato sulla

riserva a favore dei comuni, che, come detto, negli anni si erano dimostrati incapaci di provvedere ad un'organizzazione efficiente, accumulando perdite economiche senza garantire soddisfacenti livelli qualitativi del servizio.²¹⁸ Il regime tariffario, invece, doveva assicurare la piena copertura dei costi, sia variabili che fissi.

Il decreto legislativo del 3 aprile 2006, n. 152, ha poi lasciato sostanzialmente invariate le norme relative alla gestione delle risorse idriche.²¹⁹

La disciplina brevemente richiamata non ha tuttavia consentito di raggiungere il più importante obiettivo dichiarato, cioè il superamento della preesistente frammentazione gestionale. Nonostante in sede applicativa le regioni abbiano provveduto ad istituire 91 ATO, ancora di recente è stata stimata la presenza di circa 3.000 operatori,²²⁰ di cui alcuni affidatari in forza di concessioni precedenti la legge Galli,²²¹ altri con gestioni salvaguardate.²²²

²¹⁸ Con l'integrazione orizzontale era inoltre prevedibile una forte riduzione dei costi grazie all'aggregazione di uffici e personale operanti nel medesimo ambito. Si sottolinea poi la possibile sussistenza di economie di scala anche oltre la creazione degli ambiti territoriali ottimali, mediante la gestione unitaria di bacini idrografici contigui, verificabili eventualmente con una ulteriore riduzione dei costi amministrativi o di assistenza tecnica e legate a vantaggi derivanti dalla integrazione delle infrastrutture. L'integrazione delle infrastrutture è utile soprattutto per fronteggiare difficoltà nella fornitura in caso di guasti o scarsità idrica. L'art. 147 comma 2 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente) prevede che le regioni possano modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, «nel rispetto del principio dell'unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati».

²¹⁹ Il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in attuazione della legge delega del 15 dicembre 2004, ha per il resto disciplinato la materia ambientale con ampie modifiche rispetto al regime precedente. Sul piano dell'organizzazione vengono confermati i principi per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali. Le più significative novità introdotte dal codice dell'ambiente sono di natura definitoria e di chiarimento dei contenuti, con la prevista costituzione e disciplina delle "autorità d'ambito territoriale ottimale" e del "piano d'ambito" in forza degli articoli 148 e 149, in sostituzione, rispettivamente, dei pregressi enti di cooperazione tra comuni e province e dei vari atti di programmazione relativi ad interventi, piano finanziario e modello gestionale ed organizzativo che ora confluiscono in un atto unitario quale il piano d'ambito.

²²⁰ Al 31 dicembre 2008, pur in mancanza di dati ufficiali riguardanti l'intero territorio nazionale, l'Istat ha censito 3.351 gestori di servizi idrici operanti in Italia, i due terzi dei quali provvedono ad una gestione in economia, mentre nel 2012 l'Aeeg riferisce che circa 800 comuni non risultano censiti in merito al proprio sistema idrico. Nel 1999 a cinque anni dalla riforma del settore, sempre secondo il censimento dell'ISTAT, il numero delle gestioni era pari addirittura a 7.822, numero prossimo a quello complessivo dei comuni, di cui l'82,6 per cento era rappresentato da gestioni dirette in economia.

²²¹ L'art. 10 comma 3 della l. 5 gennaio 1994, n. 36 regola le gestioni transitorie stabilendo che i concessionari del servizio mantengono la gestione fino alla scadenza della relativa concessione.

²²² L'art. 9 comma 4 della l. 5 gennaio 1994, n. 36 ammette la salvaguardia delle gestioni precedenti prevedendo che «al fine di salvaguardare le forme e le capacità gestionali degli organismi esistenti

Il ritardo nella riorganizzazione del servizio idrico in ambiti territoriali ottimali è dipeso da diverse ragioni: i comuni di minori dimensioni si sono mostrati poco propensi a cedere le proprie prerogative alle autorità d'ambito, anche perché la loro possibilità di incidere sulle principali scelte decisionali dell'ente d'ambito risultava pressoché annullata dalla previsione di deliberazioni assunte sulla base di voti ponderati alle dimensioni o al numero degli abitanti dei singoli comuni partecipanti;²²³ anche i comuni di dimensioni maggiori non hanno visto di buon occhio l'esercizio associato delle funzioni di governo del servizio idrico, in quanto il venir meno del controllo diretto su rilevanti funzioni decisionali rispetto ad un servizio fondamentale per la cittadinanza, è stata avvertita come una riduzione di poteri, con il rischio di possibili ricadute in termini di consenso elettorale.²²⁴

Molti enti comunali hanno così impedito la realizzazione del principio dell'unitarietà della gestione all'interno dell'ambito territoriale ottimale non provvedendo a trasferire gli impianti al gestore individuato dall'autorità d'ambito e mantenendo la gestione diretta del servizio.

Abolizione delle preesistenti autorità d'ambito e principi per la loro ricostituzione

Nella prospettiva della valorizzazione degli ambiti di area vasta, più di recente l'art. 3-bis del d. l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla l. 14 settembre 2011, n. 138, ha previsto che le regioni organizzino lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali

che rispondono a criteri di efficienza, di efficacia e di economicità, i comuni e le province possono provvedere alla gestione integrata del servizio idrico anche con una pluralità di soggetti e di forme tra quelle di cui al comma 2. In tal caso, i comuni e le province individuano il soggetto che svolge il compito di coordinamento del servizio ed adottano ogni altra misura di organizzazione e di integrazione delle funzioni fra la pluralità di soggetti gestori».

²²³ Lo sfavore mostrato dai comuni di minori dimensioni ha inciso molto negativamente sul consolidamento del nuovo assetto organizzativo considerando la prevalenza nel nostro paese di comuni piccolissimi, con meno di 1000 ab. Per questi comuni, con l'art. 148 del D.lgs. n. 152 del 2006, era stata prevista la possibilità di gestire il servizio idrico in economia ma soltanto qualora fossero ricompresi all'interno di una comunità montana. Tale scelta si giustificava evidentemente per le specifiche caratteristiche geografiche dei comuni montani mentre non offriva risposte alle istanze dei comuni non ricadenti in zone non montane né a quelli di dimensioni ridotte ma comunque superiori ai 1.000 abitanti. L'art. 148 del D.lgs. n. 152 del 2006 è stato poi abrogato dall'art. 186 bis della legge n. 191 del 2009.

²²⁴ E. Palli, *La (prorogata) soppressione delle autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici ambientali*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2012, p. 881 ss.

e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimare l'efficienza del servizio.²²⁵

La disciplina speciale del settore idrico in materia è stata invece oggetto di vari interventi legislativi, indirizzati in particolare a riconfigurare le autorità d'ambito già istituite in applicazione della legge Galli.²²⁶ Le regioni sono state chiamate ad attribuire ad altri enti, mediante legge, le funzioni esercitate dalle autorità d'ambito, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza mentre, sino all'entrata in vigore delle leggi regionali dirette alla nuova attribuzione delle funzioni, è stata prorogata l'efficacia dell'art. 148 del d.l.vo 152/06.²²⁷

In merito al problema di quali enti possono essere indicati dalle regioni per sostituire le sopresse autorità d'ambito, l'art. 2 comma 38 della legge finanziaria 2008, ancora in vigore, seppure rimasto inapplicato, aveva già stabilito che le

²²⁵ Si stabilisce inoltre che la dimensione degli ambiti o bacini territoriali deve essere di norma non inferiore almeno a quella del territorio provinciale, ma le regioni possono individuare, sulla base di criteri e principi stabiliti dalla norma in esame, specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale. Inoltre il comma 1-bis della stessa disposizione ha previsto che «le procedure per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono effettuate (...) dagli enti di governo istituiti o designati ai sensi del primo comma». La norma, riferita in generale a tutti i servizi pubblici locali, fa espressamente salve le discipline di settore vigenti che già abbiano costituito ambiti o bacini territoriali ottimali, tra cui, quindi, anche quella del servizio idrico integrato.

²²⁶ L'art. 2, comma 186-bis della l. 23 dicembre 2009, n. 191, introdotto con l'art. 1, comma 1-quinquies del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, conv. dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, ha disposto la soppressione delle autorità d'ambito territoriale di cui all'art. 148 del d.lgs. 152/06, sanzionando con la nullità ogni atto comunque compiuto dalle stesse autorità.

²²⁷ Sulla legittimità costituzionale della soppressione delle autorità d'ambito territoriale si è pronunciata la Corte costituzionale, sentenza 12 aprile 2011, n. 128, che ha dichiarato non fondate le censure sollevate dalla regione Veneto, riguardanti la lesione dell'autonomia finanziaria regionale sancita dall'art. 119 Cost., la violazione della potestà legislativa residuale in materia di servizi pubblici locali ex art. 117 comma 4 Cost. e la violazione del potere regionale di allocazione delle funzioni amministrative nelle materie regionali ai sensi dell'art. 118 Cost. Secondo la Consulta, infatti, la disciplina introdotta dalla l. 26 marzo 2010, n. 42 rientra nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, di competenza legislativa esclusiva statale. Essa attiene alla tutela della concorrenza, perché l'individuazione di un'unica autorità d'ambito consente la razionalizzazione del mercato del settore idrico; al contempo attiene alla tutela dell'ambiente «perché l'allocazione delle competenze sulla gestione all'autorità d'ambito territoriale ottimale serve a razionalizzare l'uso delle risorse e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della biosfera, intesa come sistema, nel suo aspetto dinamico». Lo Stato ha, pertanto, piena facoltà di disporre la soppressione delle autorità d'ambito. Ciò non significa – osserva, tuttavia, la Corte – che alle regioni sia vietato qualsiasi intervento al riguardo. Infatti, lo stesso art. 1, comma 1-quinquies del d.l. n. 2 del 2010, nel prevedere che «le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza», riserva al legislatore regionale un'ampia sfera di discrezionalità, consentendogli di scegliere i moduli organizzativi più adeguati a garantire l'efficienza del servizio idrico, nonché forme di cooperazione fra i diversi enti territoriali interessati.

regioni,²²⁸ nell'attribuire le funzioni già svolte dalle autorità d'ambito, dovessero valutare prioritariamente i territori provinciali quali ambiti territoriali ottimali e, in alternativa, attribuire le funzioni ad una delle forme associative tra comuni di cui agli articoli 30 e seguenti del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267.²²⁹

L'art. 1, comma 1 quinquies, della Legge 42/2010, al contrario, nel rispetto dell'autonomia regionale non fornisce alcuna indicazione alle regioni circa il modello da adottare. Tuttavia, poiché la *ratio* di tale norma risiede nell'obiettivo di un contenimento della spesa degli enti locali, può presumersi che la volontà del legislatore sia anzitutto quello di favorire un maggiore processo di aggregazione, riducendo il numero degli ambiti territoriali, di eliminare enti intermedi tra regioni, province e comuni, semplificando il sistema e riportando tutte le competenze in capo agli enti costituzionali.²³⁰

Da ultimo, in questa direzione, la legge 7 aprile 2014, n. 56, nel configurare le province come enti di area vasta, conferma la valorizzazione del loro ruolo nello svolgimento delle funzioni di organizzazione dei servizi di rilevanza economica.²³¹

La normativa statale ha dunque riconosciuto alle regioni un ampio margine di autonomia nella scelta del nuovo ente cui affidare le funzioni delle sopprese

²²⁸ In sede di delimitazione degli ambiti ai fini dell'attribuzione delle funzioni in materia di rifiuti e di servizio idrico integrato, le regioni provvedono secondo i criteri e i principi di cui agli articoli 147 e 200 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

²²⁹ Si tratta delle convenzioni, consorzi ed unioni di comuni. La norma in esame specifica inoltre che tali soggetti dovranno essere composti da sindaci o loro delegati che vi partecipano senza percepire alcun compenso.

²³⁰ In questa direzione, d'altronde, muove anche l'art. 2 comma 186 lett. e) della l. 23 dicembre 2009, n. 191 in base al quale i comuni, per il contenimento della spesa pubblica, devono procedere alla soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali. Occorre considerare che in materia di servizio idrico l'art. 9 comma 2 della legge Galli, rinviando alle modalità di cooperazione tra enti locali indicate nella legge n. 142 del 1990, aveva di fatto ridotto la scelta all'alternativa tra il consorzio e la stipula di una convenzione tra gli enti locali ricadenti nel territorio dell'ambito ottimale. Tra l'altro la forma consortile era apparsa preferibile avendo potuto garantire una migliore efficienza ed operatività dell'autorità d'ambito grazie alla titolarità della personalità giuridica ed all'autonomia organizzativa dei consorzi. A. Fioritto, *I servizi idrici*, cit., p. 2537-2538. In seguito, a differenza della legge Galli, l'art. 148 comma 1 del D.lgs. 152/2006 ha espressamente previsto che anche «l'autorità d'ambito è una struttura dotata di personalità giuridica». L'autorità d'ambito diviene il centro di imputazione degli interessi concernenti l'organizzazione e gestione del servizio idrico integrato, G. Bottino, *Articolo 148. Autorità d'ambito ottimale*, in AA.VV. *Codice dell'ambiente. Commento al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, aggiornato alla legge 6 giugno 2008, n. 101*, Milano, 2008, p. 1114.

²³¹ In particolare l'art. 1 comma 90 lett. a) stabilisce che ove le leggi di settore, regionali o statali, attribuiscono le funzioni ad enti o agenzie di ambito provinciale o sub-provinciale, queste sono sopprese e le funzioni attribuite alle province nel nuovo assetto istituzionale.

autorità d'ambito. Tra le varie possibilità, si è inteso valorizzare, per ragioni di contenimento della spesa, enti già esistenti come ad esempio le regioni o le province, richiedendo altrimenti una riduzione complessiva degli enti di governo. In particolare ove siano designati ambiti di dimensione non superiore a quella provinciale, le funzioni devono ora essere attribuite alle stesse province.

L'individuazione degli ambiti ottimali deve inoltre tener conto degli altri criteri, non sempre compatibili con quelli rivolti al contenimento della spesa, già indicati dall'art. 147 comma 2 del d.lgs. 152 del 2006, in particolare dei principi di unità del bacino idrografico, di unitarietà della gestione, nonché dell'adequatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici.²³²

Le nuove leggi regionali

Al momento quasi tutte le regioni hanno legiferato ridefinendo gli ambiti territoriali ed indicando il nuovo soggetto chiamato a sostituirsi nei compiti già svolti dalle sopresse autorità d'ambito. Dall'analisi delle normative la scelta è ricaduta su vari modelli organizzativi: in circa la metà delle regioni si è avuta un'effettiva riorganizzazione rispetto alla precedente situazione riguardante l'attribuzione delle funzioni e l'estensione degli ambiti.²³³

In ben dieci regioni è stata istituita un'organizzazione strutturata su un unico ambito territoriale di dimensione regionale. In cinque di queste regioni è stata istituita un'apposita autorità regionale (Emilia Romagna, Toscana, Umbria, Abruzzo e Puglia) che ha assunto le funzioni delle sopresse autorità d'ambito territoriale. In Molise invece le funzioni sono assunte dalla stessa regione, mentre in Valle d'Aosta e Basilicata sono previste forme di cooperazione tra comuni e province rispettivamente mediante consorzio la prima e mediante convenzione la seconda. In Sardegna e Calabria vi è una gestione commissariale in attesa dell'individuazione del nuovo ente d'ambito.

²³² M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012; V. Parisio, *La gestione del servizio idrico integrato: valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, 2013, p. 125 ss.

²³³ Per un'analisi complessiva sui livelli di attuazione della riorganizzazione dei servizi a rete di rilevanza economica in ambiti territoriali ottimali, Invitalia, *Riepilogo su base nazionale degli assetti territoriali ed organizzativi*, maggio 2013.

Nelle restanti nove regioni invece non è stato istituito un ente regionale ed è stata confermata l'organizzazione suddivisa su più ambiti territoriali ottimali, corrispondenti alle circoscrizioni provinciali, o, in alcuni casi, con estensione interprovinciale.

Tra queste regioni, cinque (Veneto, Friuli, Liguria, Marche e Lazio) hanno trasferito le funzioni a nuovi enti d'ambito, variamente denominati; Piemonte e Lombardia hanno attribuito le funzioni direttamente alle province, mentre in Campania e Sicilia gli ATO risultano attualmente sotto una guida commissariale.

REGIONE	LEGGE	ATO	GOVERNO
Piemonte	L.r. n. 7 del 24 maggio 2012	6	Province
Valle d'Aosta	L.r. n. 27 del 8 settembre 1999	unico	Consorzio di comuni
Lombardia	L.r. n. 21 del 27 dicembre 2010	per ogni provincia	Province
Veneto	L.r. n. 17 del 27 aprile 2012	8	Consigli di bacino
Friuli	L.r. n. 22 del 29 dicembre 2010	4	Consulte d'ambito
Liguria	L.r. n. 1 del 24 febbraio 2014	5	Enti d'ambito
Emilia Romagna	L.r. n. 23 del 23 dicembre 2011	unico	Agenzia territoriale per i servizi idrici e rifiuti
Toscana	L.r. n. 69 del 28 dicembre 2011	unico	Autorità idrica toscana
Umbria	L.r. n. 11 del 17 maggio 2013	unico	Autorità umbra per rifiuti e risorse idriche
Marche	L.r. n. 30 del 28 dicembre 2011	5	Assemblee d'ambito
Lazio	L.r. n. 5 del 4 aprile 2014	da definire	da definire (autorità amministrative di bacino)
Abruzzo	L.r. n. 9 del 12 aprile 2011	unico	Ente regionale per il servizio idrico integrato
Molise	L.r. n. 8 del 3 marzo 2009	unico	Regione
Campania	DGR 813 del 27 dicembre 2012	5	Commissari straordinari
Puglia	L.r. n. 9 del 30 maggio 2011	unico	Autorità idrica pugliese
Basilicata	L.r. n. 33 del 30 dicembre 2010	unico	Conferenza interistituzionale idrica
Calabria	L.r. n. 34 del 29 dicembre 2010	unico	Regione (da ridefinire, intanto commissario straordinario)
Sicilia	L.r. n. 2 del 9 gennaio 2013	9 (poi da definire)	Commissari straordinari (poi comuni in forma singola o associata)
Sardegna	L.r. n. 1 del 14 maggio 2009	unico	Commissario straordinario

La riorganizzazione degli ambiti territoriali ha dovuto assolvere a diverse e non convergenti finalità: se, come detto, l'obiettivo dell'art. 1, comma 1-quinquies del d.l. n. 2 del 2010 può essere visto nell'opportunità di una razionalizzazione organizzativa in funzione anche di un contenimento della spesa pubblica, così inducendo a favorire circoscrizioni amministrative preesistenti, tale criterio è inconciliabile con i principi indicati dall'art. 147 comma 2 del d.lgs. 152 del 2006 i quali si riferiscono a caratteristiche tecniche e geografiche, come l'unità del bacino idrografico, ed a parametri fisici e demografici, non necessariamente soddisfatti da ambiti coincidenti con i territori provinciali o regionali.²³⁴

Anche il rispetto delle competenze attribuite agli enti locali dall'art. 142 comma 3 del d.lgs. 152 del 2006, secondo cui questi svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato attraverso l'autorità d'ambito, è reso difficoltoso da organizzazioni strutturate su scala regionale, in cui è più problematico assicurare un diretto coinvolgimento degli enti locali nelle scelte decisionali dei nuovi enti.²³⁵

²³⁴ Infatti le norme regionali, nel prevedere con ampia discrezionalità le nuove forme di organizzazione del servizio idrico integrato, devono muovere comunque entro la cornice della disciplina di settore stabilita dallo Stato con il d.lgs. 152/2006.

²³⁵ La sentenza della Corte cost. 28 marzo 2013, n. 50 ha risolto un conflitto tra le attribuzioni riconosciute agli enti locali da una legge regionale e le prerogative che per legge devono essere necessariamente attribuite all'ente di governo dell'ambito territoriale. In particolare la legge della regione Abruzzo n. 9 del 12 aprile 2011 ha previsto l'istituzione di un'unica autorità d'ambito regionale, l'ente regionale per il servizio idrico integrato (ERSI) il quale nello svolgimento delle proprie funzioni viene coadiuvato da assemblee di sindaci (ASSI) istituite in ciascuna provincia. Le ASSI esprimono in via ordinaria pareri «obbligatori e vincolanti» all'ERSI anche per quanto concerne gli atti fondamentali di pianificazione e di programmazione del Servizio di competenza della stessa ERSI. Ad avviso della Corte le competenze attribuite alle ASSI ben si inseriscono nell'organizzazione dell'ente regionale unitario, consentendo di mantenere un costante rapporto tra programmazione e gestione del servizio su scala regionale, nella considerazione delle esigenze dei singoli territori compresi nell'ambito complessivo regionale. Tuttavia la presenza attiva dei Comuni nell'organizzazione e nell'esercizio delle funzioni dell'ente regionale non può privare quest'ultimo della potestà di decidere in via definitiva, operando una sintesi delle diverse istanze e dei concorrenti, e in ipotesi divergenti, interessi delle singole comunità territoriali sub-regionali. In particolare la necessaria unitarietà del piano d'ambito secondo l'art. 149, comma 3, secondo periodo, del d.lgs. n. 152 del 2006 si pone in contrasto con l'effetto vincolante attribuito dalle norme regionali impugnate ai pareri espressi dall'assemblea dei sindaci, portatori di istanze potenzialmente frammentarie, di cui si deve tener conto nella redazione del piano regionale, ma che non possono condizionare in modo insuperabile l'attività programmatica e pianificatoria dell'ente regionale cui è attribuito il servizio. Per tali ragioni la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 commi 9 e 14 legge della regione Abruzzo n. 9 del 12 aprile 2011, per contrasto con l'art. 149 del d.lgs. n. 152 del 2006, quale norma interposta, rispetto all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., limitatamente alle parti in cui si prevede il carattere vincolante dei pareri espressi dalle ASSI. Con questa pronuncia sono state sottolineate le ragioni alla base dell'integrazione orizzontale dell'organizzazione del servizio idrico, la redazione del piano d'ambito rappresenta un momento di sintesi delle diverse esigenze presenti all'interno dell'ambito territoriale. Attraverso la previsione di pareri obbligatori delle assemblee sub-

Al riguardo si noti che l'art. 7 comma 1 lett. b) del d.l. 133 del 2014 ha reintrodotto quanto già veniva disposto dall'art. 148 del d.lgs. 152 del 2006.²³⁶

L'attuale formulazione dell'art. 147 comma 1 del d.lgs. 152 del 2006, al pari del precedente art. 148, dopo aver affermato la partecipazione obbligatoria degli enti locali all'ente di governo dell'ambito, stabilisce espressamente che a quest'ultimo viene trasferito l'esercizio delle competenze spettanti ai comuni in materia di gestione delle risorse idriche.

Pertanto l'attuale disciplina, pur prevedendo all'art. 142, comma 3, del d.lgs. 152 del 2006, l'esercizio diretto ed in forma associata delle funzioni attribuite agli enti locali, dispone poi il trasferimento delle relative competenze in capo all'ente di governo dell'ambito come individuato dalle leggi regionali.²³⁷

Nelle discipline regionali che hanno istituito un ente di governo unico per tutto il territorio regionale si osserva un deciso arretramento della possibilità dei comuni di incidere sulle scelte di indirizzo e programmazione.²³⁸

L'organizzazione prevalente si fonda su un doppio livello di governo in cui i compiti decisionali vengono attribuiti ad un organismo di dimensioni regionali all'interno del quale non sono presenti tutti i comuni ma soltanto quelli individuati con apposita elezione nell'ambito di ulteriori articolazioni organizzative di livello locale.²³⁹ A tale livello, in cui vi è invece la presenza diretta di tutte le amministrazioni comunali del territorio di riferimento, sono invece attribuiti poteri solitamente consultivi, propositivi e di controllo, rimettendo all'organo regionale di governo gli atti decisionali di programmazione e regolazione, dopo una

territoriali si sarebbe invece vanificata la riorganizzazione del servizio su scala regionale.

²³⁶ L'art. 148 del d.lgs. 152 del 2006 è stato abrogato dall'art. 186-bis della legge n. 191 del 2009 per sancire l'abolizione delle autorità d'ambito.

²³⁷ L'esercizio autonomo delle funzioni da parte degli enti d'ambito trova conferma nel disegno di legge di stabilità 2015 ove, all'art. 43 comma 1, si prevede che gli enti di governo «devono effettuare la relazione prescritta dall'art. 34 comma 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e le loro deliberazioni sono validamente assunte senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali».

²³⁸ Forse realizzando quanto si auspicava già in occasione del primo tentativo di liberalizzazione quando si imputava al legislatore di non aver tentato la creazione di mercati rilevanti di dimensioni sovra comunali e quindi di tagliare il cordone ombelicale che lega gestori del servizio e amministrazioni comunali, F.Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2001, Milano, 2002, p. 78 ss.

²³⁹ In alcuni casi sono previsti sistemi particolari di designazione. Ad esempio, ai sensi dell'art. 1 comma 9 della l.r. Abruzzo 12 aprile 2011, n. 9, «sono organi dell'ente regionale, il presidente, il consiglio di amministrazione, il direttore generale, il revisore dei conti (...) il consiglio di amministrazione è composto dal presidente dell'ente regionale, dai presidenti delle province o da loro delegati e da quattro sindaci indicati dall'ANCI, sentite per ogni provincia le assemblee dei sindaci competenti...».

valutazione strategica delle istanze provenienti dai vari organi territoriali e l'individuazione delle priorità nell'interesse generale dell'ambito ottimale regionale.²⁴⁰

Così ad esempio ciascun organismo locale, rappresentativo delle diverse realtà territoriali della regione, in vista della redazione ed approvazione del piano d'ambito, pianifica e propone gli investimenti che ritiene opportuni e necessari nel proprio territorio. L'organo regionale con funzioni decisionali è chiamato invece ad individuare tra tutti gli investimenti proposti quelli prioritari e sostenibili in base alle risorse disponibili.

La creazione di organismi locali all'interno di ambiti territoriali strutturati su un unico ente regionale può considerarsi una soluzione in grado di conciliare le diverse esigenze organizzative consentendo una maggiore rispondenza del nuovo assetto oltre che agli obiettivi di contenimento della spesa anche ai criteri indicati dal codice dell'ambiente che impongono di tenere conto delle caratteristiche tecniche e geografiche del territorio.

Il superamento della frammentazione gestionale

Le vicende normative riguardanti la riassegnazione delle funzioni già svolte dalle autorità d'ambito e la ridefinizione degli ambiti territoriali ottimali, finalizzate ad avviare un processo di razionalizzazione organizzativa, non sono però riuscite ad incidere sulla principale criticità esistente, ovvero l'ostilità dei comuni a cedere la gestione del servizio idrico in seno all'ATO.²⁴¹ Per limitare la frammentazione ed attuare il principio di unitarietà occorre predisporre meccanismi cogenti in grado di favorire l'accentramento a livello d'ambito territoriale anche dei compiti di gestione.

²⁴⁰ Legge regionale Toscana, 28 dicembre 2011, n. 69 «Istituzione dell'autorità idrica toscana e delle autorità per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani», all'art. 14 prevede e disciplina le funzioni delle "conferenze territoriali". Legge regionale Emilia Romagna, 23 dicembre 2011, n. 23 «Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente», all'art. 8 istituisce i "consigli locali".

²⁴¹ Come visto, tale aspetto è tanto più importante ove si pensi che i problemi fondamentali del settore possono essere ricollegati alla persistente situazione di frammentazione gestionale, ciò in particolare per quanto riguarda la capacità di porre in essere appropriate scelte tecnico-gestionali, attrarre i necessari finanziamenti per gli investimenti infrastrutturali, migliorare l'efficienza mediante economie di scala, favorire l'effettivo ed utile svolgimento della regolazione indipendente, garantire una qualità adeguata dei servizi forniti.

Al contrario la ridefinizione degli ambiti territoriali ottimali, dettata da ragioni di contenimento della spesa, ha prodotto un'ulteriore aggregazione degli ambiti esistenti, passando dai precedenti 90 agli attuali circa 60 ambiti, senza incidere sull'effettività del processo di integrazione orizzontale delle gestioni. D'altronde come già notato, dalla maggiore estensione degli ambiti ottimali, in molti casi di livello unico regionale, i comuni sono destinati a perdere ulteriore potere a causa della loro minore possibilità di incidere sulle scelte decisionali dell'ente di governo, in virtù della loro partecipazione indiretta e meramente rappresentativa negli organismi deliberativi.²⁴²

Per contrastare la probabile resistenza dei comuni che ancora non hanno provveduto a cedere la gestione del servizio, può essere importante quanto da ultimo disposto dagli articoli 153 comma 1 e 172 comma 4 del d.lgs. 152 del 2006, come modificati dal d.l. n. 133 del 12 settembre 2014.

Come osservato, la causa principale della persistente frammentazione gestionale è dovuta all'inottemperanza delle amministrazioni comunali al trasferimento della gestione, *in primis* attraverso la mancata concessione delle infrastrutture. L'art. 153 comma 1 dispone ora che gli enti locali devono provvedere a cedere in concessione d'uso le infrastrutture al gestore del servizio idrico integrato entro il termine perentorio di sei mesi. Per il caso di inottemperanza viene fatto rinvio all'art. 172 comma 4 che prevede un doppio intervento di poteri sostitutivi, dapprima da parte del Presidente della Regione, ed in caso di sua inerzia, da parte del Presidente del consiglio dei ministri su segnalazione dell'Aeegsi.

L'aspetto che potrebbe favorire l'effettiva esecuzione di quanto stabilito sia in merito all'obbligo di cessione delle infrastrutture che in merito all'esercizio dei poteri sostitutivi è la espressa previsione, in entrambi i casi, che eventuali violazioni comportano responsabilità erariale. Attraverso il rafforzamento del sistema sanzionatorio si auspica di offrire un giusto deterrente contro ulteriori inottemperanze.

²⁴² Come segnalato sopra, nelle regioni in cui si prevede un unico ambito regionale, l'ente di governo è composto solo da alcuni sindaci, designati in seno ad organismi territoriali. In questi ultimi organismi sono presenti tutte le amministrazioni comunali ma ad essi sono riconosciute funzioni meramente consultive e di controllo.

Sempre nell'ottica del definitivo superamento della frammentazione gestionale, l'art. 7 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, ha inoltre introdotto il principio della «unicità» della gestione, al posto della previgente «unitarietà», riaffermando così che il soggetto affidatario è chiamato a gestire il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale. Per garantire il conseguimento dell'obiettivo dell'unicità gestionale gli enti di governo dell'ambito devono disporre l'affidamento entro un anno dall'entrata in vigore del decreto, con la conseguente decadenza degli affidamenti non conformi. Il gestore del servizio idrico integrato individuato subentra agli ulteriori soggetti operanti all'interno del medesimo ambito territoriale. Qualora, però, detti soggetti gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente, il gestore unico subentra soltanto alla data di scadenza prevista nel contratto di servizio.

Per ovviare ai possibili problemi di allineamento delle diverse scadenze degli affidamenti in essere all'interno dell'ambito territoriale ottimale, si prevede che, in sede di prima applicazione, l'ente di governo procede all'affidamento del servizio al gestore unico d'ambito alla scadenza di una o più gestioni il cui bacino complessivo sia almeno pari al 25 per cento della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento.²⁴³

2. La risorsa idrica come bene comune. L'abolizione del criterio della remunerazione del capitale investito e la rilevanza economica del servizio

Natura demaniale delle risorse idriche ed acqua come bene comune

Per quanto riguarda la natura giuridica pubblica delle risorse idriche - aspetto che si ritiene ostacoli l'instaurazione di un regime concorrenziale, la piena

²⁴³ Inoltre, nelle more del raggiungimento della percentuale del 25%, l'ente competente, nel rispetto della normativa vigente, alla scadenza delle gestioni esistenti nell'ambito territoriale i cui bacini affidati siano complessivamente inferiori al 25 per cento della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento, dispone l'affidamento del relativo servizio per una durata in ogni caso non superiore a quella necessaria al raggiungimento di detta soglia, ovvero per una durata non superiore alla durata residua delle menzionate gestioni esistenti, la cui scadenza sia cronologicamente antecedente alle altre, ed il cui bacino affidato, sommato a quello delle gestioni oggetto di affidamento, sia almeno pari al 25 per cento della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento.

liberalizzazione e l'industrializzazione del settore²⁴⁴ - la gestione del servizio idrico si realizza in un ambito demaniale caratterizzato dall'indisponibilità del bene, ossia dalla sua necessaria appartenenza ad un ente territoriale e da un vincolo di destinazione all'uso pubblico. Già l'art. 1 del r.d. 1775/1933 (c.d. Testo unico sulle acque) aveva stabilito la proprietà pubblica di tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, le quali sia se considerate isolatamente, sia in relazione al sistema idrografico, avessero l'attitudine ad un uso di interesse pubblico generale. Anche l'art. 822 del codice civile ricomprende le acque nel demanio necessario, considerandole beni che, per loro intrinseca natura, non possono che appartenere allo Stato o ad altro ente territoriale ed il cui regime è finalizzato ad assicurare l'utilizzo collettivo della risorsa.²⁴⁵

Occorre però segnalare il recente orientamento²⁴⁶ che prospetta una riconduzione delle risorse idriche tra i cc.dd. beni comuni, categoria tratta dalle *res communes omnium* del diritto romano e riferibile a beni che presentano l'attitudine di soddisfare bisogni collegati all'esercizio di diritti fondamentali, oggetto non di titolarità dello Stato o di altro ente pubblico bensì di una titolarità diffusa.²⁴⁷ Rispetto ai beni comuni la funzione delle autorità pubbliche si

²⁴⁴ Sul tema, R. Caselli, P. Peruzzi, *Servizi idrici tra regolazione e mercato*, CSR-Proacqua, 1998, Paper n. 19. M. Bianco, P. Sestito, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione regolazione e sviluppo industriale*, cit., p. 145, ove si evidenzia che nell'atto del suo utilizzo, l'acqua presenta le caratteristiche di un bene privato come ad esempio la rivalità e l'escludibilità. Tuttavia, essendo un bene destinato a soddisfare bisogni primari, caratterizzato da rilevanti esternalità, risulterebbe preclusa la piena liberalizzazione del settore.

²⁴⁵ In base all'art. 823 cod. civ. tali beni sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano e sono sottoposti ad una vigilanza pubblica per assicurarne un uso corretto. In seguito anche l'art. 1 comma 1° della legge 5 gennaio 1994, n. 36 ha stabilito che tutte le acque superficiali e sotterranee sono pubbliche e costituiscono una risorsa da salvaguardare ed utilizzare secondo criteri di solidarietà. Tale definizione è stata poi ripresa anche dall'art. 144 del D. lgs. 152/2006. A differenza delle previsioni precedenti, ciò ha comportato l'affermazione *ex lege* della natura pubblica dell'acqua senza necessità di una dimostrazione caso per caso in base alle caratteristiche fisiche ed al contesto della risorsa. Sul punto, M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012; V. Parisio, *La gestione del servizio idrico integrato: valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, 2013, p. 125 ss.

²⁴⁶ Fatto proprio dai vari movimenti e comitati contrari ad ogni forma di privatizzazione ed industrializzazione del settore e che, in particolare in occasione della promozione dei referendum del 2011, si sono aggregati sotto la sigla del *Forum dei movimenti per l'acqua pubblica*.

²⁴⁷ Lo Stato e gli altri enti territoriali non sarebbero proprietari dei beni comuni ma soltanto meri custodi. Si veda sull'argomento, P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi moderni*, in *www.federalismi.it*, 11 luglio 2012.

esaurirebbe nella vigilanza sul loro corretto utilizzo affinché sia assicurata la loro trasmissione alle generazioni future.²⁴⁸

Dalla considerazione dell'acqua come bene comune e dall'esistenza di interessi diffusi collegati al suo utilizzo tutelabili in forza del tentativo di universalizzare la loro soggettivazione,²⁴⁹ come nelle azioni popolari, anziché accentrando la soggettivazione mediante l'imputazione di tutti gli interessi in capo ad un ente specifico, deriverebbero i seguenti corollari incidenti sia sul versante delle tutele che su quello ideologico relativo al governo ed alla gestione delle risorse idriche:

a) sul piano delle tutele, l'estensione generalizzata della legittimazione ad agire contro gli atti della pubblica amministrazione concernenti l'utilizzo della risorsa, anche in assenza di un interesse diretto e differenziato;

b) la necessaria predisposizione di meccanismi di governo democratici e partecipativi, in ragione dell'asserita esistenza di interessi diffusi tutelabili facenti capo direttamente ed indistintamente su tutta la collettività;

²⁴⁸ Sul tema, S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; A. Di Porto, *Res in usu pubblico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013. M. Esposito, *I beni pubblici*, in M. Bessone (diretto da) *Trattato di diritto privato*, VII, Torino, 2008, p. 1 ss.; R. Petrella, *Res publica e beni comuni: pensare le rivoluzioni del XXI secolo*, Verona, 2010; *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Roma, 2010; M. Fiorentini, *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, I, 2010, p.39 ss.; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011. Si veda inoltre, E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, cit., p. 227 ss.

²⁴⁹ A livello teorico si afferma che gli interessi diffusi sarebbero costituiti da interessi «adespoti», non riferibili ad un soggetto determinato e dunque privi di un proprio portatore. Invece gli interessi collettivi sarebbero costituiti da interessi pur sempre di carattere sovraindividuale, ma distinguibili da quelli diffusi in forza di un criterio soggettivo. Il realizzarsi di un fenomeno di aggregazione organizzatoria degli interessi condurrebbe alla nascita dell'interesse collettivo. Il momento organizzatorio dando luogo a strutture associative preposte alla tutela degli interessi del gruppo e capaci di porsi all'esterno come enti rappresentativi di tali interessi, condurrebbe alla coagulazione degli interessi attorno all'ente portatore. In ragione di tale processo di soggettivazione, tali interessi acquisterebbero la rilevanza giuridica negata in ragione del loro preteso carattere adesposto. Secondo un criterio oggettivo invece la differenza tra interessi diffusi e collettivi si apprezzerrebbe in ragione delle caratteristiche del soggetto cui viene attribuita la titolarità. Interessi collettivi farebbero capo a gruppi non occasionali, ma stabili, facilmente determinati o comunque determinabili, propri di una collettività più ristretta e ben delimitabile all'interno dell'indifferenziata collettività generale. M.S. Giannini, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi, Atti del convegno di studio*, Pavia 11-12 giugno 1974, Padova, 1976, p. 23 ss.; M. Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 192 ss.

c) la necessaria gestione pubblica del servizio, dovuta sia all'asserita impossibilità di ricavare un utile dalla gestione, sia alla necessità di favorire l'effettività dei meccanismi di partecipazione civica.

Tutela processuale e governo partecipativo

In realtà alcuni di questi principi hanno già fatto ingresso nel nostro ordinamento, in particolare con l'adesione dell'Italia²⁵⁰ alla «Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale», nota come Convenzione di Aarhus, rivolta a garantire ai cittadini il diritto alla trasparenza e alla partecipazione ai processi decisionali di governo locale, nazionale e transfrontaliero concernenti l'ambiente.

La Convenzione prevede che il pubblico interessato abbia diritto a partecipare ai processi decisionali relativi all'autorizzazione di specifiche attività elencate o di attività che possono avere effetti significativi sull'ambiente (art. 6), all'elaborazione di piani, programmi e politiche ambientali (art. 7), all'adozione di regolamenti e altri atti normativi (art. 8).

Affinché le modalità di partecipazione possano consentire un miglioramento dei processi decisionali ed un effettivo coinvolgimento, occorre che il pubblico sia anzitutto informato in modo adeguato, tempestivo ed efficace, già nella fase iniziale del processo decisionale in materia ambientale. Oltre alla diffusione delle informazioni, anche la partecipazione del pubblico deve avvenire in una fase iniziale, quando ancora tutte le alternative sono possibili e la partecipazione può influenzare effettivamente la decisione. Inoltre al momento dell'adozione della decisione, deve darsi atto dei risultati della partecipazione ed il pubblico deve essere prontamente informato della decisione.

²⁵⁰ La Convenzione è stata ratificata in Italia con la legge n. 108 del 16 marzo 2001. Oggi vi ha aderito anche l'Unione europea che già con la direttiva 2003/4/CE «sull'accesso all'informazione ambientale» aveva attuato quanto previsto dalla Convenzione di Aarhus in materia di informazione ambientale, estendendo l'applicazione sia sotto il profilo soggettivo - ampliando la definizione di autorità pubbliche - che sotto il profilo oggettivo, con riferimento alla nozione di informazione ambientale da rendere accessibile o diffondere. Cfr. E. Croci, *La Convenzione di Aarhus: verso il cittadino consapevole*, in *Arpa Rivista*, 2, 2004, p. 23 ss. Per quanto riguarda la partecipazione pubblica, l'adeguamento ai requisiti della Convenzione di Aarhus è stato realizzato con la Direttiva 2003/35/CE relativa alla «partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale».

Riguardo l'accesso alla giustizia, la Convenzione intende primariamente garantire che i cittadini possano ricorrere a procedure di revisione amministrativa e giurisdizionale qualora ritengano violati i propri diritti in materia di accesso all'informazione o partecipazione. Inoltre in base a quanto disposto dall'art. 9 par. 3, il pubblico deve poter promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale.

In riferimento a quest'ultimo punto, cioè alla necessità di apprestare mezzi che consentano a qualunque persona di agire contro atti o omissioni della pubblica autorità, il sistema di tutele esistente nel nostro ordinamento non è stato modificato in attuazione della Convenzione. Oltre chi lamenta la lesione diretta di un proprio diritto o interesse legittimo e le associazioni di protezione ambientale, altri non hanno la possibilità di ricorrere contro gli atti della pubblica amministrazione.²⁵¹

Secondo alcuni il superamento dell'ordinario criterio di individuazione della legittimazione ad agire, rappresentato dalla titolarità della posizione soggettiva che si assume lesa e che viene dedotta in giudizio, potrebbe aversi con l'introduzione dell'azione popolare di origine romanistica, garantendo con essa la possibilità per i singoli di ottenere tutela per la lesione di diritti o interessi meta-individuali, collegati all'utilizzazione di un bene comune.²⁵²

Al medesimo risultato intende giungere quella giurisprudenza che, muovendo dalla prevista partecipazione dei cittadini ai procedimenti

²⁵¹ Si sostiene invece che in presenza di atti ricadenti su beni ambientali si dovrebbe ammettere l'estensione della legittimazione ad agire per la tutela di interessi diffusi, anche oltre il solo riconoscimento alle sole associazioni ambientaliste, già affermata in giurisprudenza in presenza dell'accertamento della loro effettiva rappresentatività. Ex multis, Tar Lombardia, 22 ottobre 2013, n. 2336, in cui l'attribuzione della legittimazione processuale in sede amministrativa alle associazioni ambientaliste viene ricondotta anche alla capacità delle associazioni di cogliere, in misura maggiore del singolo, la dimensione superindividuale degli interessi tutelati e delle relative lesioni ascrivibili ad atti amministrativi illegittimi.

²⁵² A. Saccoccio, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in www.dirittoestoria.it, 2013, il quale, a tal fine, sostiene la necessità di superare la contrapposizione tra interessi privati ed interessi pubblici, retaggio dell'individualismo sotteso al concetto di diritto soggettivo di matrice liberale. Infatti quelli connessi alla tutela di beni comuni non sono né interessi privati, tutelabili con *vindicationes* o *condictiones* o altro, né interessi pubblici, che riguardano la collettività come tale. «Non sono pubblici, perché la reazione è affidata comunque ai singoli; non sono privati, perché in ogni caso il privato non viene in considerazione *uti singulus*, ma come parte del popolo o di una più limitata o diversa collettività, come dimostra anche il fatto che l'azione popolare non entra nel patrimonio del potenziale attore».

amministrativi concernenti la destinazione dei beni pubblici, secondo le previsioni del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, ha riconosciuto la legittimazione ad agire per interessi non strettamente individuali relativi all'uso di beni demaniali.²⁵³

Il d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85 recante «Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio in attuazione dell'art. 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42» ha trasferito dallo Stato agli enti territoriali, a titolo non oneroso, vari beni demaniali, tra cui il demanio idrico. Al contempo ha previsto norme in materia di partecipazione dei cittadini ai procedimenti amministrativi riguardanti la destinazione dei beni pubblici.²⁵⁴ In particolare, l'art. 2 comma 4 prescrive che l'ente territoriale debba disporre del bene «nell'interesse della collettività rappresentata ed è tenuto a favorire la massima valorizzazione funzionale del bene attribuito, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata».²⁵⁵

Ampliando l'analisi al tema dell'istituzione di meccanismi di governo partecipativo dei beni ambientali, ci si potrebbe domandare quanto la disciplina sul federalismo demaniale possa incidere direttamente sulle scelte in merito alla gestione ed organizzazione dei servizi idrici.

La portata effettivamente precettiva di tale norma, sia circa la legittimità delle scelte in merito all'utilizzazione dei beni demaniali in funzione dell'interesse della collettività, sia riguardo l'attribuzione della legittimazione ad agire è tuttavia controversa. Il Consiglio di Stato ha ritenuto al riguardo che «essa non contiene veri e propri precetti giuridici bensì la semplice raccomandazione ad attenersi a

²⁵³ Cfr. Tar Liguria, 31 ottobre 2012, n. 1348.

²⁵⁴ Nella stessa direzione, intendendo istituire il governo partecipativo del servizio idrico integrato, l'art. 8 comma 1 della legge regione Lazio 4 aprile 2014, n. 5 prevede che: «al fine di assicurare un governo democratico della gestione del servizio idrico integrato, anche in attuazione dei principi di cui alla convenzione di Aarhus, gli enti locali adottano forme di democrazia partecipativa che conferiscano strumenti di partecipazione attiva alle decisioni sugli atti fondamentali di pianificazione, programmazione, gestione e controllo ai lavoratori del servizio idrico integrato e agli abitanti del territorio. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, la Regione definisce, attraverso una normativa di indirizzo, le forme e le modalità più idonee ad assicurare l'esercizio di questo diritto».

²⁵⁵ Sul tema del federalismo demaniale, A. Police, *Federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali?* in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, p. 1233 secondo cui le disposizioni del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85 conterrebbero principi contraddittori: la vera finalità del trasferimento dei beni agli enti territoriali consisterebbe più che nella loro valorizzazione funzionale, nella prevista facoltà della loro alienazione per consentire un risanamento finanziario degli enti territoriali. Nello stesso senso, P. Zerman, *Il federalismo demaniale, tra interesse della comunità e risanamento del debito*, in www.giustizia-amministrativa.it.

generici e ben noti canoni di buona amministrazione».²⁵⁶ Riguardo lo scarso ricorso a sistemi partecipativi è significativo quanto evidenziato nel «Rapporto nazionale sull'attuazione della Convenzione di Aarhus», redatto dalla Direzione Ricerca ambientale e sviluppo del Ministero dell'Ambiente.²⁵⁷

Con riferimento all'attuazione dell'art. 7 della Convenzione riguardante la partecipazione civica a piani, programmi e politiche, viene osservato come a livello locale siano previsti meccanismi di partecipazione del pubblico, in base a disposizioni normative e/o statutarie a livello di regione, provincia o comune. «Il D. Lgs. 267/2000²⁵⁸ sancisce l'obbligo per comuni e province di disciplinare nei propri statuti la promozione della partecipazione del pubblico e l'accesso alle informazioni. Esempi sporadici di coinvolgimento del pubblico in processi decisionali a livello locale in materia ambientale possono essere nominati in tema di piani su gestione di acque reflue (...). Uno degli strumenti utilizzati è la creazione di forum con i cittadini. In alcuni casi sono attivate consultazioni pubbliche o procedure simili, in particolar modo a livello comunale, in merito a pianificazione urbana, interventi strutturali, piani territoriali, ATO (ambiti territoriali ottimali) e in generale sviluppo locale».

Allo stato attuale può dirsi che si è ancora ben lontani da un'estensione della legittimazione ad agire per la tutela dei beni ambientali e dalla creazione di sistemi di governo fondati su un'effettiva partecipazione del pubblico. Le istanze di partecipazione democratica alle decisioni riguardanti l'utilizzo delle risorse idriche, la tutela di interessi meta individuali e la proposta riconduzione dell'acqua tra i cc.dd. beni comuni, dimostrano comunque la fondamentale rilevanza sociale del settore idrico e l'eterogeneità degli interessi sottesi alla sua gestione. Gli obiettivi da raggiungere con la gestione del servizio idrico riguardano infatti sia la qualità che l'efficienza del servizio, legate ai forti tratti di universalità che lo caratterizzano, nonché a rilevanti esternalità che accentuano l'importanza degli

²⁵⁶ Cons. Stato, sent. 8 settembre 2011, n. 5063.

²⁵⁷ Il rapporto italiano, così come quello degli altri Stati firmatari della Convenzione è stato presentato alla Conferenza tenutasi in Kazakhstan nel maggio 2005.

²⁵⁸ Cfr. Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. In riferimento al contenuto degli statuti v. l'art. 6 comma 2.

interessi pubblici perseguiti con le politiche di programmazione e regolazione del settore.²⁵⁹

L'abrogazione del criterio tariffario della remunerazione del capitale investito e la rilevanza economica del servizio

Oltre alle istanze partecipative ed all'estensione soggettiva delle tutele processuali, i promotori dei comitati per l'acqua pubblica sostengono anche la necessaria gestione pubblica dei servizi idrici quale conseguenza dell'esclusione di ogni forma di profitto dalla gestione di beni pubblici, ancor più dopo l'esito del referendum del giugno 2011.

Dopo l'abrogazione referendaria dell'art 154 comma 1 del d.lgs. 152 del 2006²⁶⁰ nella parte in cui prevedeva che la tariffa del servizio idrico fosse determinata anche sulla base del criterio dell'adeguata remunerazione del capitale investito, l'AEEGSI è intervenuta disponendo la restituzione all'utenza delle somme già percepite dai gestori in applicazione del suddetto criterio, per il periodo 21 luglio 2011-31 dicembre 2011, successivo alla consultazione referendaria che ha abrogato questa voce della composizione tariffaria.²⁶¹

Con la deliberazione 273/2013/R/IDR, l'autorità ha definito la procedura per assicurarne la restituzione agli utenti finali e con le deliberazioni 561/2013/R/IDR e 163/2014/R/IDR, sono stati puntualmente approvati, con riferimento a ciascun ambito territoriale, gli importi da restituire e le correlate tempistiche e modalità.

Circa le conseguenze dell'abrogazione referendaria, secondo la Corte costituzionale il venir meno del criterio dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito ha avuto «la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto

²⁵⁹ Sulla molteplicità degli interessi sottesi alla gestione dei servizi idrici, M. Bianco, P. Sestito, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione regolazione e sviluppo industriale*, cit., p. 144 ss. Per un'analisi dei principali strumenti di programmazione dei servizi idrici e la complessità dell'organizzazione, E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, cit.; A. Fioritto, *I servizi idrici*, cit., p. 2525.

²⁶⁰ Articolo parzialmente abrogato dal d.P.R. n. 116 del 2011, a seguito del referendum popolare del 12-13 giugno 2011.

²⁶¹ In ciò l'autorità è stata confortata dal parere del Consiglio di stato n. 267 del 2013 il quale ha affermato che «il criterio dell'adeguatezza della remunerazione dell'investimento, ha avuto applicazione nel periodo compreso tra il 21 luglio e il 31 dicembre 2011 in contrasto con gli effetti del referendum del 12 e 13 giugno del 2011».

il governo e la gestione dell'acqua»,²⁶² ciò tuttavia non muterebbe la natura economica del servizio idrico integrato. Infatti il carattere remunerativo della tariffa non sarebbe da considerare elemento caratterizzante la nozione di rilevanza economica che invece deve porsi in relazione all'esercizio dell'attività con metodo economico, «nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)».²⁶³ Di conseguenza non è venuta meno neppure la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio di chi inquina paga.²⁶⁴

La compatibilità del carattere economico del servizio con il venir meno del fine di lucro non è in realtà così sicura, ove si pensi che la Commissione europea²⁶⁵ ha avuto modo di affermare che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo la precisazione che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare *a priori* un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo.²⁶⁶

Posto che il problema della distinzione tra servizi pubblici economici e non, è una questione tuttora aperta,²⁶⁷ può tuttavia notarsi che se al riconoscimento della rilevanza economica consegue l'applicazione delle regole di

²⁶² Corte cost., sent. 26 gennaio 2011, n. 26.

²⁶³ Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

²⁶⁴ Per un'analisi del metodo tariffario rispetto alle modifiche normative risultanti dal referendum, S. Vaccari, *Il sistema tariffario del servizio idrico alla luce del primo contenzioso*, in *Munus*, 2, 2014, p. 289 ss.

²⁶⁵ Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003.

²⁶⁶ Oltre che della mancata assunzione dei rischi connessi all'attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione. Nella stessa direzione Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001.

²⁶⁷ Il Disegno di legge del 3 settembre 2014 (*Atto Senato n. 1577*) recante «*Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*», all'art. 15 lett. b), tra gli obiettivi posti in materia di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali, afferma la necessità di definire criteri legislativi per l'individuazione dei servizi di rilevanza economica.

tutela della concorrenza, il servizio deve necessariamente collocarsi in un mercato concorrenziale (realmente o anche solo potenzialmente tale).

In questa prospettiva la stessa Consulta aveva individuato le due seguenti fondamentali caratteristiche della nozione di «rilevanza» economica: a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, cioè svolta in vista quantomeno della copertura dei costi mediante i ricavi.²⁶⁸

In realtà il requisito del metodo economico, che la Corte ha richiamato nella sentenza n. 26 del 2011 – sulla cui base ha sostenuto la conservazione della natura economica del servizio idrico anche qualora la proposta referendaria fosse stata accolta - deve coesistere cumulativamente con il requisito della possibile esistenza di un mercato concorrenziale. In mancanza di riconoscimento al gestore di un qualunque margine di utile, è difficile immaginare l'esistenza di imprenditori disposti a concorrere per lo svolgimento di un servizio con la sola prospettiva della mera copertura dei costi.

Sottolineare l'importanza del fine di lucro per poter configurare un mercato concorrenziale e, quindi, affermare la rilevanza economica del servizio, non significa aderire a posizioni soggettiviste o relativiste, secondo cui la rilevanza economica di un'attività dipenderebbe dalle scelte dell'autorità pubblica sulle concrete modalità organizzative e gestionali del servizio e da considerazioni d'opportunità favorevoli ad optare per sistemi di remunerazione del servizio idonei a garantire le entrate necessarie almeno per coprire i costi di produzione; mentre, al contrario, non vi sarebbe rilevanza economica in quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalità generale, applicando prezzi politici.

Non pare si debba confondere il normale lucro che è lecito attendersi da un'attività d'impresa con il fine di lucro riferito all'organizzazione del servizio rispetto alla sua modalità di remunerazione. In quest'ottica infatti non vi è dubbio

²⁶⁸ Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325, par. 9.1.

che la rilevanza economica possa sussistere anche qualora la remunerazione del servizio non provenga interamente dall'utenza ma vi sia il ricorso a compensazioni pubbliche.

Se l'attesa di un profitto è connaturata allo svolgimento di qualunque attività di impresa svolta in regime di concorrenza, allora in riferimento alla gestione del servizio idrico, possono darsi due differenti possibilità: o con l'abolizione del criterio della remunerazione del capitale investito è venuto meno anche il carattere economico del servizio, oppure il servizio idrico integrato ha mantenuto il carattere dell'economicità poiché in realtà non è venuta meno la possibilità per il gestore di ricavare un utile dallo svolgimento dell'attività.

Quest'ultima possibilità deve essere verificata alla luce delle regole introdotte successivamente allo svolgimento del referendum, in particolare con le caratteristiche del nuovo metodo tariffario approvato dall'AEEGSI con la delibera 643/2013/R/IDR.

Pur non essendo oggi più prevista la remunerazione del capitale investito come componente tariffaria, in applicazione del principio dell'integrale copertura dei costi, è stata introdotta una voce tariffaria prima assente, relativa alla remunerazione degli oneri finanziari e fiscali. Il riconoscimento di un guadagno al gestore dovrebbe però essere connaturato ad un sistema tariffario di tipo *price cap*, quale è quello definito dall'AEEGSI. Se, infatti, la tariffa viene stabilita sulla base di parametri fissi in modo da incentivare l'efficientamento dei costi operativi, l'eventuale differenziale positivo ottenuto grazie ad incrementi di efficienza rispetto ai costi inclusi nella tariffa, dovrebbe essere riconosciuto, almeno parzialmente, a favore del gestore, secondo tipici meccanismi di *profit sharing*. In realtà il nuovo metodo tariffario idrico non contempla alcuna forma di *profit sharing*, cosicché oggi oltre a non essere più ammesso un lucro sul capitale finanziario investito, sostituito dalla componente tariffaria riguardante gli oneri finanziari, non sembra ammesso un utile nemmeno sulla base dei risultati della gestione operativa.²⁶⁹

²⁶⁹ L'assenza di meccanismi di *profit sharing* denotano la scarsa funzione incentivante del metodo tariffario predisposto dall'AEEGSI. Come si noterà ampiamente oltre (cap. 5), il metodo tariffario di cui alla delibera n. 643 del 2013 si preoccupa soprattutto di creare le migliori condizioni per la realizzazione degli investimenti infrastrutturali.

3. La regolazione del settore. Le determinazioni tariffarie

La programmazione e regolazione del servizio idrico integrato: il piano d'ambito ed i compiti attribuiti all'AEEGSI

Per quanto concerne la programmazione del servizio idrico integrato, gli enti di governo dell'ambito territoriale provvedono alla predisposizione del piano d'ambito, tenendo conto anzitutto delle esigenze di tutela della risorsa idrica. Pertanto con esso si provvede a programmare la realizzazione degli interventi necessari per garantire il rispetto dei vincoli ambientali, secondo le priorità stabilite con le pianificazioni sovraordinate, in particolare il piano di gestione di distretto ed i piani di tutela regionali.

Il piano d'ambito costituisce poi lo strumento fondamentale di programmazione tecnica, economica e finanziaria del servizio idrico integrato ed è composto da quattro atti fondamentali: a) la ricognizione delle infrastrutture, con cui si individua lo stato di consistenza delle infrastrutture da affidare al gestore del servizio idrico integrato, precisandone lo stato di funzionamento; b) il programma degli interventi che individua le opere di manutenzione straordinaria e le nuove opere da realizzare, compresi gli interventi di adeguamento di infrastrutture già esistenti, necessarie al raggiungimento almeno dei livelli minimi di servizio; c) la scelta del modello gestionale ed organizzativo che definisce la struttura operativa mediante la quale il gestore assicura il servizio all'utenza e la realizzazione del programma degli interventi; d) il piano economico finanziario che prevede, con cadenza annuale, l'andamento dei costi di gestione e di investimento al netto di eventuali finanziamenti pubblici a fondo perduto. Esso è integrato dalla previsione annuale dei proventi da tariffa, estesa a tutto il periodo di affidamento.

Il piano, così come redatto, deve garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario e, in ogni caso, il rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità della gestione, anche in relazione agli investimenti programmati.

Sul versante dei rapporti con il gestore del servizio, i compiti attribuiti all'ente di governo dell'ambito devono ora essere coordinati ed integrati con le

norme che hanno assegnato all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas specifici poteri di regolazione.

L'art. 3 del DPCM 20 luglio 2012 ha, infatti, assegnato all'AEEGSI funzioni di regolazione e controllo riguardanti in particolare la determinazione delle tariffe;²⁷⁰ i livelli minimi e gli obiettivi di qualità;²⁷¹ la tutela dei diritti degli utenti, prevedendo ove possibile obblighi di indennizzo automatico; l'adozione di direttive per la trasparenza e la separazione contabile e amministrativa dei gestori; altre competenze che incidono direttamente sulle funzioni degli enti di governo dell'ambito territoriale, quali la predisposizione delle convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti con i gestori del servizio²⁷² e, soprattutto, la verifica della correttezza dei piani d'ambito, con il potere di impartire prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici a pena di inefficacia.²⁷³

Le scelte degli enti di governo dell'ambito territoriale, in particolare nel rapporto con i soggetti gestori, sono oggi influenzate in modo considerevole dai

²⁷⁰ Definisce le componenti di costo e predispone periodicamente il metodo tariffario per la determinazione della tariffa ed approva le tariffe proposte dall'ente d'ambito.

²⁷¹ Vigila inoltre sulle modalità di erogazione del servizio prevedendo premialità e penalità ed irrogando sanzioni amministrative in caso di violazioni.

²⁷² L'art. 151 comma 2 del d.lgs. 152 del 2006 assegnava invece alle regioni il compito di adottare convenzioni tipo con i relativi disciplinari. Lo stesso art. 151 richiede poi che le convenzioni tipo prevedano in particolare i seguenti elementi: «a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio; b) la durata dell'affidamento, non superiore a trenta anni, e la possibilità di subaffidamento solo previa approvazione espressa da parte dell'ente di governo dell'ambito; c) l'obbligo del raggiungimento e gli strumenti per assicurare il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione; d) il livello di efficienza e di affidabilità del servizio da assicurare all'utenza, anche con riferimento alla manutenzione degli impianti; e) i criteri e le modalità di applicazione delle tariffe determinate dall'Autorità d'ambito e del loro aggiornamento annuale, anche con riferimento alle diverse categorie di utenze; f) l'obbligo di adottare la carta di servizio sulla base degli atti d'indirizzo vigenti; g) l'obbligo di provvedere alla realizzazione del Programma degli interventi; h) le modalità di controllo del corretto esercizio del servizio e l'obbligo di predisporre un sistema tecnico adeguato a tal fine, come previsto dall'articolo 165; i) il dovere di prestare ogni collaborazione per l'organizzazione e l'attivazione dei sistemi di controllo integrativi che l'Autorità d'ambito ha facoltà di disporre durante tutto il periodo di affidamento; l) l'obbligo di dare tempestiva comunicazione all'Autorità d'ambito del verificarsi di eventi che comportino o che facciano prevedere irregolarità nell'erogazione del servizio, nonché l'obbligo di assumere ogni iniziativa per l'eliminazione delle irregolarità, in conformità con le prescrizioni dell'Autorità medesima; m) l'obbligo di restituzione, alla scadenza dell'affidamento, delle opere, degli impianti e delle canalizzazioni del servizio idrico integrato in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione, nonché la disciplina delle conseguenze derivanti dalla eventuale cessazione anticipata dell'affidamento, anche tenendo conto delle previsioni di cui agli art. 143 e 158 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ed i criteri e le modalità per la valutazione del valore residuo degli investimenti realizzati dal gestore uscente; n) l'obbligo di prestare idonee garanzie finanziarie e assicurative; o) le penali, le sanzioni in caso di inadempimento e le condizioni di risoluzione secondo i principi del codice civile; p) le modalità di rendicontazione delle attività del gestore».

²⁷³ Infine formula pareri, proposte per la revisione della disciplina, presenta una relazione al Parlamento ed al Governo, raccoglie ed elabora dati statistici.

compiti attribuiti all'AEEGSI,²⁷⁴ circostanza importante per accentuare la separazione delle funzioni di regolazione da quelle di gestione, orientando queste ultime verso primari obiettivi di efficienza ed economicità, soprattutto alla luce della prevalenza di gestioni ancora poste sotto il controllo pubblico.

L'AEEGSI dunque incide sulle scelte effettuate a livello locale dall'ente d'ambito territoriale sia mediante la predisposizione delle convenzioni tipo, sia con l'attività di controllo sulla correttezza dei piani d'ambito, tema che rimanda direttamente alla centralità delle scelte in materia tariffaria nella regolazione dei servizi idrici.²⁷⁵

Il servizio idrico integrato, in ragione dei rilevanti investimenti a cui viene chiamato il gestore, presenta in genere una durata degli affidamenti molto lunga. Di conseguenza il contratto di servizio ed il relativo disciplinare dovrebbero avere un contenuto complesso ed articolato, utile per far fronte ai possibili eventi imprevisti che si verificano nel corso della gestione e che impongono un suo adeguamento per assicurare il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario.²⁷⁶ Per risolvere i problemi derivanti da convenzioni spesso incomplete e dalle conseguenti difficoltà nell'amministrazione del contratto, possono giocare un ruolo importante le convenzioni tipo che verranno predisposte dall'AEEGSI all'esito della consultazione rivolta all'individuazione delle principali criticità nei rapporti tra enti di governo e gestori.²⁷⁷

Con la deliberazione 412/2013/R/IDR del 26 settembre 2013, l'autorità ha avviato il procedimento per la predisposizione di una o più convenzioni tipo per la

²⁷⁴ Si osserva che le loro residue funzioni sono in molti casi oggetto di un pervasivo controllo oppure mera attuazione delle scelte compiute dall'Aeeg. *La regolazione dei servizi idrici. Primo rapporto*, Astrid, Aprile 2013.

²⁷⁵ La regolazione tariffaria riveste un ruolo fondamentale in particolare quale mezzo per incentivare l'efficienza gestionale, come messo in luce dalla letteratura economica sulla teoria degli incentivi. M. Degni, *Aspetti economici del finanziamento dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 165 ss.

²⁷⁶ Sul problema dell'allocazione dei rischi nel rapporto tra ente e gestore, G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, in G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di) *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, Milano, 2007, p. 85 ss.

²⁷⁷ Sottolinea l'importanza del ruolo delle autorità indipendenti anche nella regolazione dei monopoli, A. Petretto, *Teoria dei contratti e regolamentazione dei servizi pubblici locali*, in G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di) *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, cit., p. 73 ss.

regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio idrico integrato, con lo scopo di disciplinare in particolare:

a-i rapporti tra ente affidante, soggetto gestore ed utenza finale, anche in funzione della forma di gestione prescelta;

b- le modalità tecnico-economiche di svolgimento del servizio;

c- i criteri per la determinazione del valore residuo degli investimenti realizzati dal gestore uscente alla scadenza dell'affidamento.

Il raggiungimento di tali obiettivi oltre ad assicurare una maggiore certezza e chiarezza all'interno del rapporto tra ente affidante e gestore, consentirebbe anche di migliorare la percezione che si ha all'esterno dell'affidabilità e credibilità complessiva del settore, in funzione di un maggiore coinvolgimento di imprese e finanziatori privati.²⁷⁸

La regolazione del punto sub a) ha infatti l'obiettivo di garantire maggiore uniformità a livello nazionale in merito alle modalità con le quali deve essere affidato e gestito il servizio idrico integrato. Ciò può migliorare le condizioni per la creazione di un mercato della gestione dei servizi idrici in cui le imprese sono in grado di prevedere gli elementi fondamentali della concessione del servizio, senza dover sopportare costi legati alla conoscenza ed all'adattamento ai diversi assetti organizzativi stabiliti nelle singole realtà territoriali.

Con il punto sub b) invece si intende disciplinare la ripartizione di responsabilità e rischi tra ente affidante e soggetto gestore, anche al fine di rendere chiaro, trasparente e certo il quadro di regole di riferimento, promuovendo il necessario miglioramento delle performance gestionali e la bancabilità degli investimenti nel settore.²⁷⁹

Anche la risoluzione del problema di cui al punto c), già sollevato dall'autorità nel corso delle consultazioni aventi ad oggetto la determinazione del metodo tariffario,²⁸⁰ contribuisce a favorire la certezza delle situazioni giuridiche,

²⁷⁸ AEEGSI, delibera 412/2013/R/IDR.

²⁷⁹ In altri termini, soltanto se la regolazione riuscirà ad assicurare adeguati flussi di cassa al gestore si potranno avere gestioni efficienti capaci di garantire performance adeguate e di reperire le risorse necessarie per finanziare gli investimenti.

²⁸⁰ Come chiarito nel documento per la consultazione 356/2013/R/IDR, l'autorità ritiene che «la disciplina del valore residuo in caso di subentro costituisca, a tutti gli effetti, un elemento di necessario completamento della regolazione tariffaria, al fine di evitare effetti indesiderati sulla qualità del servizio fornito».

specie nella fase del subentro del nuovo gestore, assicurando la qualità del servizio e facilitando le dinamiche concorrenziali.

Riguardo il potere attribuito all'AEEGSI di «impartire prescrizioni a pena d'inefficacia sugli elementi tecnico-economici dei piani d'ambito», si deve escludere una possibile interferenza dell'autorità sulle scelte relative al modello gestionale. La disposizione pare riferirsi piuttosto alle parti del piano d'ambito relative sia al programma degli interventi che al piano economico-finanziario.

Gli interventi dell'AEEGSI non potranno essere diretti a sostituirsi alle scelte di competenza degli enti d'ambito, quanto invece a rendere coerenti i due atti programmatori, garantendo che le opere da realizzare e gli investimenti da effettuare individuati nel piano d'ambito, siano stabiliti secondo termini e modalità compatibili con l'andamento dei costi e con le previsioni dei proventi da tariffa. In tal modo si ritiene che l'AEEGSI potrà contribuire ad assicurare il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario delle gestioni, consentendo la realizzazione degli investimenti programmati.²⁸¹ Riguardo il programma degli interventi, il controllo dell'AEEGSI potrà invece estendersi anche alla verifica del contenuto del piano soprattutto per accertare che in esso siano previsti gli investimenti indispensabili per assicurare il rispetto di specifici obblighi relativi alle percentuali di copertura del territorio con i servizi di fognatura e depurazione oppure per assicurare i requisiti di qualità delle acque destinate al consumo umano, stabiliti dalle discipline dello Stato e dell'Unione europea.

La regolazione tariffaria

Nel settore idrico gli investimenti realizzati non sono stati sufficienti a garantire l'efficienza delle reti e del servizio e ciò a causa essenzialmente dell'inadeguatezza del sistema tariffario, incapace di garantire il finanziamento di tutti gli interventi necessari per colmare il deficit infrastrutturale del settore.

La tariffa, infatti, pur dovendo assicurare la copertura integrale dei costi operativi e di investimento,²⁸² deve anche essere equa ed economicamente

²⁸¹ Lo strumento principale per rendere coerente la programmazione con il servizio effettivamente svolto, garantendo l'equilibrio economico delle gestioni, è rappresentato dalla regolazione tariffaria.

²⁸² La direttiva 2000/60/CE, considerando 38, ricollega il principio della copertura integrale dei costi all'applicazione del principio "chi inquina paga", la cui applicazione persegue la finalità di garantire la sostenibilità ambientale dell'uso della risorsa.

sostenibile. Questi obiettivi difficilmente convergono in presenza di ingenti investimenti da dover remunerare.

L'AEEGSI esercita i propri poteri nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni stabiliti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, il cui articolo 1, comma 1, stabilisce che «il sistema tariffario deve armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse». Nella prospettiva del contemperamento delle diverse finalità connesse al sistema tariffario, sono importanti anche le scelte effettuate dagli enti di governo dell'ambito in sede di articolazione tariffaria. Questi infatti, utilizzando la flessibilità consentita, si prefiggono sia obiettivi di politica sociale, in genere prevedendo un primo scaglione di consumo a tariffa agevolata, molto inferiore alla tariffa media, che obiettivi di politica ambientale, prevedendo scaglioni di massima eccedenza con tariffe molto superiori alla tariffa media, col fine di scoraggiare consumi eccessivi.²⁸³

In ogni caso le tariffe applicate in Italia restano le più basse tra quelle applicate nei diversi sistemi idrici europei e ciò può spiegarsi prevalentemente con il basso livello degli investimenti; ciò però crea un circolo vizioso in quanto, a loro volta, gli investimenti sono scoraggiati dalle incertezze generate dalla necessità di dover essere recuperati attraverso impopolari aumenti tariffari.

Il metodo tariffario assume anche la rilevante funzione di incentivo per le imprese ad un miglioramento dell'efficienza gestionale. Pur infatti dovendo garantire la copertura integrale dei costi, il metodo tariffario oltre che al tipo *full cost recovery*, si avvicina ad un meccanismo di tipo *price cap* in cui si calcolano costi operativi, ammortamenti e remunerazione del capitale per un fattore che costituisce il cosiddetto limite di prezzo.²⁸⁴ I costi operativi però sono calcolati secondo formule applicate ad un coefficiente di miglioramento dell'efficienza, stabilito nel piano economico e finanziario all'interno dei piani d'ambito, che

²⁸³ Per i dati relativi alle articolazioni tariffarie, Conviri, 2011, p. 117 ss.

²⁸⁴ Con il nuovo metodo tariffario approvato dall'Aeeg l'incremento tariffario massimo, nella formula il valore ϑ (teta), a differenza del precedente valore K, che aveva come limite massimo il 5% + inflazione, può arrivare al 6,5% + inflazione. L'aumento del possibile incremento tariffario dovrebbe favorire gli investimenti riducendo i tempi di ammortamento.

consente di modulare la tariffa in funzione del rispetto della prestabilita riduzione della componente tariffaria relativa ai costi operativi.²⁸⁵

L'AEEGSI si è subito attivata proprio nell'esercizio delle competenze relative alla definizione del metodo tariffario ed all'approvazione delle tariffe, pur non senza incontrare ostacoli derivanti dall'ancora forte frammentazione delle autorità competenti a definire le tariffe e da una certa loro riluttanza a sottoporsi ai poteri dell'autorità di regolazione. Dopo le prime delibere con cui è stato avviato il procedimento per l'adozione di provvedimenti tariffari e l'avvio delle attività di raccolta dati e informazioni in materia di servizi idrici,²⁸⁶ è stata sottoposta a consultazione una più dettagliata proposta di metodologia tariffaria provvisoria.²⁸⁷

Così è stata dapprima approvata la deliberazione 585/2012/R/IDR, che ha dettagliato il metodo tariffario transitorio MTT per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013 ed in seguito con la deliberazione 643/2013/R/IDR,²⁸⁸ è stato introdotto il metodo tariffario idrico (MTI) per gli anni 2014 e 2015, superando la logica transitoria e portando a compimento il primo periodo regolatorio quadriennale 2012-2015.

Le prime difficoltà sono però insorte nell'anno 2013 ed all'inizio del 2014 quando, dopo l'approvazione del metodo tariffario transitorio, l'Aeeg ha avviato le istruttorie per l'approvazione delle tariffe predisposte dalle autorità competenti in attuazione del metodo predisposto.

Per numerose gestioni l'autorità non ha potuto procedere all'approvazione delle tariffe poiché gli enti d'ambito hanno adottato delibere che prevedono incrementi dei costi superiori alla soglia massima consentita dalla regolazione; in altri casi sono state presentate determinazioni tariffarie rispettose del previsto limite alla variazione del moltiplicatore tariffario, ma per le quali sono stati rilevati problemi specifici e di conseguenza avviate verifiche ed approfondimenti;

²⁸⁵ Mentre il metodo normalizzato prevedeva che i costi operativi fossero efficientati (ridotti) di una percentuale annua dello 0,5%, 1% o 2% a seconda della distanza dei costi operativi da quelli di riferimento. Il Metodo Aeeg definisce i costi operativi distinguendo tra costi efficientabili e non efficientabili. I primi sono i costi sui quali è imposta al gestore una riduzione annuale secondo alcune regole. Gli altri non sono soggetti ad efficientamento, o perché il loro ammontare è indipendente dalle capacità gestionali del gestore (es. canoni di derivazione, consorzi di bonifica), o perché sono definiti in modo standard. v. *Il nuovo quadro di regolazione*, Autorità idrica toscana, febbraio 2013.

²⁸⁶ Delibera n. 74/2012/IDR.

²⁸⁷ Si tratta dei documenti per la consultazione 204/2012/R/IDR del 22 maggio 2012 e 290/2012/R/IDR del 12 luglio 2012.

²⁸⁸ Preceduta dai documenti per la consultazione 356/2013/R/IDR e 550/2013/R/IDR.

altri enti ancora, pur avendo fornito informazioni, non hanno adottato alcun atto formale idoneo ad avviare il processo di determinazione delle tariffe per il biennio transitorio e per i quali sono state disposte verifiche; infine vi sono casi in cui ad una carenza di atti deliberativi e di indirizzo si aggiungono rilevanti carenze riguardanti i dati e le informazioni trasmesse.²⁸⁹

In ogni caso l'autorità ha stabilito²⁹⁰ di procedere contro i casi di inosservanza inviando apposite diffide²⁹¹ ed applicando la determinazione d'ufficio del moltiplicatore tariffario nei confronti degli enti che non hanno fornito le informazioni necessarie per determinare la tariffa.²⁹² Il braccio di ferro avviato dimostra la difficoltà della regolazione indipendente di incidere sul fronte fondamentale del controllo sulla regolazione tariffaria a causa dell'ancora elevato numero di interlocutori nella persistente situazione di frammentazione gestionale.

4. Infrastrutture ed investimenti

Caratteristiche economiche del servizio e deficit infrastrutturale

Si ritiene che le imprese operanti nel settore idrico sopportino un certo grado di rischio dovuto all'elevata intensità di capitale, unitamente ai tempi lunghi di recupero degli investimenti. Il rischio economico legato all'incertezza sui tempi di recupero degli investimenti, oltre a disincentivare le imprese private, viene avvertito anche nei mercati finanziari, con la conseguenza che gli operatori del settore riescono con difficoltà ad ottenere credito se non a condizioni poco favorevoli.

La costruzione e la manutenzione dell'infrastruttura rappresenta il maggiore costo di gestione del servizio idrico. L'entità dei costi è inoltre soggetta

²⁸⁹ La diffusa inottemperanza ai provvedimenti regolativi dell'autorità in materia tariffaria può trovare spiegazione anche con il parziale annullamento da parte del Tar Lombardia di alcune disposizioni relative al metodo tariffario transitorio, che ha generato una diffusa incertezza sull'obbligatorietà della sua attuazione. Tar Lombardia, sent. nn. 883, 890, 974, 982, 1010, 1118 e 1165, del 4 aprile 2014, 16 aprile 2014, 23 aprile 2014, 30 aprile 2014 e 6 maggio 2014.

²⁹⁰ Deliberazione 204/2014/R/IDR dell'8 maggio 2014.

²⁹¹ Secondo i termini di cui al punto 5.6 della deliberazione 643/2013/IDR, decorsi 30 giorni dalla diffida la tariffa si intende adottata conformemente alle informazioni acquisite dall'autorità.

²⁹² In tal caso in base al punto 5.7 della delibera 643/2013/IDR dell'Aeeg, la tariffa viene approvata dall'Aeeg ponendo il moltiplicatore tariffario t_0 pari a 0,9.

a diverse variabili connesse con le caratteristiche delle reti e dei bacini di riferimento. Ad esempio in presenza di infrastrutture logore aumentano i costi di manutenzione ed i costi operativi a causa dell'aumento dei tassi di dispersione di acqua. La densità abitativa e le caratteristiche orografiche incidono sulla lunghezza della rete e di conseguenza sui connessi costi di gestione, tra cui l'energia necessaria per muovere la massa idrica. La captazione di acqua di falda richiede generalmente costi di potabilizzazione minori rispetto all'acqua di superficie.²⁹³

La principale fonte di finanziamento del servizio è costituita dai ricavi provenienti dalle tariffe applicate all'utenza,²⁹⁴ mentre finanziamenti pubblici sono diretti soprattutto a partecipare alle spese di costruzione e manutenzione della rete.²⁹⁵

Le infrastrutture, quali gli acquedotti, le fognature e gli impianti di depurazione, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio accidentale ai sensi degli art. 822 ss. e sono alienabili solo nei modi stabiliti dalla legge.²⁹⁶

Occorre ricordare che l'art. 113, c. 13 del t.u. 267/2000, consentiva agli enti locali di «conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico», proprietà che veniva

²⁹³ M. Benvenuti, E. Gennari, *Il servizio idrico in Italia. Stato di attuazione della legge Galli ed efficienza delle gestioni*, cit. p. 5 ss.

²⁹⁴ Già l'art. 13 comma 2 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 aveva previsto la piena copertura dei costi del servizio, sia dei costi di investimento che di esercizio, per mezzo del regime tariffario. La caratteristica di essenzialità della risorsa idrica determina una domanda anelastica su cui incide prevalentemente l'andamento demografico. Variazioni della domanda sono legate fondamentalmente oltre all'andamento demografico, a prevedibili picchi stagionali.

²⁹⁵ Osservando la programmazione dei contributi pubblici nelle previsioni dei piani d'ambito, in base ai dati Conviri del 2011, la quota di contributi pubblici destinata alla costruzione di nuove opere è pari all'88,2% mentre il restante 11,8% è destinato alle manutenzioni straordinarie. Sul totale degli investimenti programmati l'incidenza dei contributi pubblici a fondo perduto è del 19,4% sulle nuove opere e del 4% sulle manutenzioni straordinarie. Vedi *L'industria dei servizi idrici*, Servizio studi e ricerche Intesa San Paolo e S.R.M., febbraio 2013, p. 43.

²⁹⁶ Il carattere demaniale delle infrastrutture idriche è stato confermato con l'art. 143 d.lgs. 152/2006. In merito alla proprietà pubblica delle infrastrutture, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge regione Lombardia 27 dicembre 2010, n. 21, nella parte in cui prevedeva che gli enti locali potessero costituire una società patrimoniale d'ambito, mediante conferimento della proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato. Con la sentenza n. 320 del 25 novembre 2011, la Corte ha ritenuto che attraverso il conferimento ad una società patrimoniale, i beni appartenenti al demanio comunale avrebbero perso la fondamentale caratteristica costituita dall'inalienabilità, in quanto, «la sola partecipazione pubblica, ancorché totalitaria, in società di capitali non vale a mutare la disciplina della circolazione giuridica dei beni che formano il patrimonio sociale e la loro qualificazione» (§ 2.1.3 considerato in diritto).

inoltre dichiarata incedibile. Secondo la Consulta, l'art. 113 c. 13, abrogato dal comma 5 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, non ha riacquisito efficacia dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis in quanto, come la stessa Corte aveva già avuto modo di osservare,²⁹⁷ tale abrogazione non comporta la reviviscenza delle norme precedentemente vigenti.

Ed allora, confermata la proprietà pubblica delle reti, le infrastrutture idriche devono essere - ai sensi dell'art. 153, comma 1, del d.l.vo 152/2006 - «affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato che ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare».

Tale *status* delle infrastrutture esclude la possibilità di prevedere il disaccoppiamento della gestione del servizio e della rete, che potrebbe determinare taluni effetti positivi sul subentro dei gestori entranti in un sistema di concorrenza per il mercato e sul problema del frequente non allineamento della scadenza degli ammortamenti con la scadenza dell'affidamento. L'esistenza di un soggetto distinto dal gestore del servizio, chiamato ad occuparsi dello sviluppo e manutenzione della rete - titolare degli investimenti e responsabile della estinzione dei debiti mediante i canoni pagati dal soggetto gestore - consentirebbe di superare il problema del riscatto degli ammortamenti residui al termine dell'affidamento della gestione, fattore che può rappresentare una barriera all'ingresso nel mercato e determinare la percezione di un rischio elevato del credito.²⁹⁸

In tema di infrastrutture, soprattutto nel campo dei servizi pubblici, ove è in gioco l'esercizio di diritti fondamentali della collettività, si può prescindere dal dato formale dell'appartenenza dei beni, in quanto ciò che rileva è l'uso efficiente delle risorse che quei beni possono garantire.²⁹⁹ A tal proposito il cattivo stato

²⁹⁷ § 4.2.2, Corte cost., sentenza n. 24 del 26 gennaio 2011, riguardante il giudizio di ammissibilità sui referendum.

²⁹⁸ M. R. Mazzola, *Le infrastrutture idriche: finanziamento, regolazione e mercato*, in P. M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti, infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze, 2010, p. 241 e ss., sottolinea inoltre il vantaggio di superare la tendenza alla riduzione degli investimenti al di sotto del livello ottimale da parte del gestore nel periodo finale dell'affidamento.

²⁹⁹ G. Della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 1, 2013, p. 11, secondo il quale sia nell'ordinamento europeo che in quello italiano, il momento della fruizione assume un rilievo sempre crescente. Nello stesso senso, M. Dugato, *Il regime dei beni pubblici dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police,

delle infrastrutture ed in alcuni casi la loro mancanza, rappresenta la maggiore criticità del settore. Per farvi fronte le autorità d'ambito hanno programmato rilevanti investimenti³⁰⁰ da destinare sia all'ammodernamento delle reti esistenti - per intervenire sul problema delle perdite idriche - sia alla costruzione di nuove infrastrutture, al fine di incrementare il livello di copertura del territorio soprattutto riguardo il servizio di fognatura e di depurazione. La copertura del servizio fognario si attesta all'84,7%, mentre solo il 70,4% del territorio nazionale è servito da impianti di depurazione.³⁰¹

In particolare, sulla necessità di assicurare una completa depurazione delle acque reflue, la direttiva 91/271/CEE aveva previsto la graduale copertura del territorio con reti fognarie nonché trattamenti adeguati delle acque reflue urbane, entro termini già ampiamente scaduti, fissati in relazione al numero di abitanti degli agglomerati urbani.³⁰²

In base ai dati contenuti nel documento della Commissione europea SEC (2011) 1561 final, del 7.12.2011, *6th Commission Summary on the Implementation of the Urban Waste Water Treatment Directive*, risulta che l'Italia ha una conformità alle previsioni dell'art. 3 (rete fognaria) pari all'84%,³⁰³ mentre in riferimento agli obiettivi di cui all'art. 4 (depurazione), la conformità scende addirittura al 58%.³⁰⁴

Il 19 luglio 2012 la Corte di giustizia ha emesso sentenza di condanna, nel procedimento C-565/10 (procedura d'infrazione 2004/2034), per il mancato adempimento agli obblighi dalla direttiva 91/271/CEE in materia di fognatura, collettamento e depurazione. La sentenza riguarda 109 agglomerati in otto diverse regioni, con carico generato maggiore di 15.000 abitanti.

Milano, 2008, 17 ss.

³⁰⁰ Dal rapporto Conviri del 2011 risulta che la spesa programmata per infrastrutture idriche nei piani d'ambito esaminati è di circa 29.000 milioni di euro. Di questi poco meno dell'88% (25.674 milioni di euro circa) sono investimenti finanziati da tariffa, la restante parte (3.525 milioni di euro circa) sono investimenti il cui finanziamento è previsto con contributi pubblici a fondo perduto.

³⁰¹ Confronto dei dati elaborati da Utilitatis, Blue Book e rapporto Conviri.

³⁰² Gli articoli 3 e 4 della direttiva 91/271/CEE, riferiti rispettivamente alla rete fognaria il primo, ed alla depurazione il secondo, avevano stabilito la scadenza del 31 dicembre 2000 per tutti gli scarichi provenienti da agglomerati con oltre 15000 abitanti, ed il 31 dicembre 2005 per tutti gli scarichi provenienti da agglomerati con un numero di abitanti compreso tra 10 000 e 15 000.

³⁰³ Si noti che, eccetto la Polonia (66%) e la Slovenia (43%), gli altri paesi hanno tutti risultati migliori.

³⁰⁴ Peggio dell'Italia soltanto Irlanda (21%), Repubblica Ceca (11%), Portogallo (36%) e Slovenia (23%).

Per quanto concerne invece il cattivo stato della rete ed il problema delle scarse e poco tempestive manutenzioni, può farsi riferimento al dato riguardante le perdite idriche, ricavabile dalla differenza tra l'acqua immessa nella rete e l'acqua fatturata: sulla base dei dati disponibili risulta che mediamente si verificano perdite pari a circa il 30%. Questa situazione rappresenta un chiaro indice di inefficienza gestionale dal momento che la perdita si realizza dopo aver interamente sostenuto i principali costi operativi per la potabilizzazione e la spinta della massa idrica.³⁰⁵

Misure per favorire il finanziamento degli investimenti

Alla luce di quanto fin qui osservato è possibile provare a riassumere le principali criticità che oggi rappresentano un ostacolo alla partecipazione del capitale privato agli investimenti nel servizio idrico integrato:

- a) frammentazione gestionale alla quale consegue l'esistenza di operatori di dimensioni al di sotto della soglia dell'economicità, incapaci oltre che di prestare servizi tecnicamente adeguati, anche di disporre di sufficienti capitali;
- b) incertezza del quadro legislativo e regolatorio, oggetto di continue modifiche ed inadeguato per assicurare la piena e tempestiva remunerabilità dei costi operativi e degli investimenti;
- c) ciò, anche a causa del contenimento delle dinamiche tariffarie, dovuto alla prevalenza di interessi di natura politico-elettorale oltre che alla necessaria sostenibilità sociale delle tariffe;
- d) nonché per l'inaffidabilità dei dati economici contenuti nei piani d'ambito in cui gli investimenti programmati non trovano effettiva copertura finanziaria;³⁰⁶
- e) difficoltà nel rapporto tra ente di governo e gestore, dovute ad

³⁰⁵ Dati riportati da Blue Book 2008 e rapporto Conviri 2011.

³⁰⁶ A causa delle scelte tariffarie, ma anche della sopravvalutazione della stima dei volumi idrici fatturati e della sottovalutazione invece degli oneri gestionali. Il moltiplicatore tariffario, cioè l'indice di aumento che applicato alla tariffa precedente determina la misura delle nuove tariffe, viene definito in base al rapporto tra i costi riconosciuti (ovvero i costi operativi e di capitale) e le tariffe dell'anno (a-2), tenendo conto degli eventuali effetti delle altre attività idriche. Le tariffe dell'anno di riferimento vengono però ora valorizzate alla luce dei volumi effettivamente fatturati proprio allo scopo di superare le problematiche verificatesi in passato per lo scostamento dei volumi effettivi fatturati rispetto a quelli programmati nel piano d'ambito. *Il sistema tariffario per il servizio idrico integrato*, Agenia, Marzo 2014.

asimmetrie informative ed incompletezza contrattuale.

Anzitutto per reperire le risorse necessarie a sostenere gli investimenti, in mancanza di finanziamenti pubblici, è possibile fare ricorso alla c.d. finanza da tariffa, cioè mutui bancari o *bonds* emessi da società affidatarie del servizio idrico che vengono ripagati principalmente con i proventi tariffari senza fare ricorso a trasferimenti a fondo perduto in conto capitale.³⁰⁷

Queste forme di finanziamento sono però attuabili soltanto in presenza di caratteristiche dimensionali e di credibilità finanziaria del gestore, scontando altrimenti una bassa valutazione creditizia e, di conseguenza, tassi molto elevati.³⁰⁸

Si è visto come il legislatore stia tentando di risolvere il problema della frammentazione con l'affermazione del principio dell'«unicità» gestionale ed il rafforzamento del sistema sanzionatorio per i casi di inottemperanza all'obbligo di cessione delle infrastrutture idriche al gestore d'ambito. L'AEEGSI invece ha avviato la propria attività con l'obiettivo principale di contribuire ad incrementare la certezza delle situazioni giuridiche e la coerenza economica del settore.

Se la difficoltà principale risiede nelle tariffe molto basse, incapaci di generare adeguati flussi di cassa, l'autorità attraverso la verifica dell'adeguatezza delle scelte tariffarie compiute dall'ente di governo dell'ambito territoriale rispetto all'entità degli investimenti da finanziare, può contribuire ad assicurare maggiore coerenza tra le due parti della programmazione locale, il programma degli interventi ed il piano economico finanziario. Sotto altri aspetti, però, la bancabilità degli investimenti potrebbe essere resa più difficoltosa da alcuni caratteri del nuovo metodo approvato dall'AEEGSI. Questo, infatti, per i costi in conto capitale ha ridotto le aliquote di ammortamento della componente principale degli investimenti, ha introdotto la rivalutazione del valore degli investimenti e previsto

³⁰⁷ Si distinguono due diversi modelli, quello *corporate finance* nel quale i finanziatori accordano credito al promotore del progetto sulla base della sua solidità finanziaria intrinseca e capacità di ripagare il debito tramite i suoi durevoli flussi di cassa; ed il modello *project finance*, nel quale il progetto è realizzato e finanziato attraverso una società di progetto appositamente costituita e la valutazione di bancabilità dipende in particolare dall'analisi della capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti per ripagare il debito. v. *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza. Le infrastrutture idriche*, Astrid, giugno 2008; G. Canitano, L. Danesi, S. Gatti, M. Passarelli, P. Peruzzi, *Il project finance e l'investimento nei servizi idrici*, Anea, working paper 01/2012.

³⁰⁸ Sul tema si rinvia a Blue Book, 2007; *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza. Le infrastrutture idriche*, Astrid, giugno 2008.

gli ammortamenti anche sugli investimenti finanziati con contributi a fondo perduto.³⁰⁹ Seppure l'allungamento dei periodi di ammortamento dovrebbe consentire di finanziare un maggior numero di investimenti mediante le entrate tariffarie, vi è anche il rischio che gran parte degli investimenti dovranno ancora essere ammortizzati alla fine dell'affidamento della gestione, ed allora il rimborso del debito dipenderà dal riscatto del valore residuo di tali investimenti da parte del gestore subentrante.³¹⁰ Ciò rischia di determinare una condizione di incertezza che non agevola il ricorso al debito in quanto i finanziatori potrebbero dubitare della tempestività del riscatto.³¹¹ Per favorire gli investimenti, specie quando il gestore deve ricorrere a capitale di debito, l'Autorità ha allora nuovamente consentito periodi di ammortamento più brevi sulla base del criterio finanziario.³¹²

Più in generale il sistema tariffario ed il relativo metodo di calcolo determinato dalle decisioni dell'autorità di regolazione possono incidere in modo diretto sul problema del finanziamento degli investimenti. Sistemi tariffari incentivanti di tipo *price cap*, introdotti per contrastare le asimmetrie informative e stimolare l'efficienza gestionale, rischiano di aumentare la situazione di incertezza del gestore e ridurre la sua propensione agli investimenti ed all'adempimento degli obblighi contrattuali.³¹³ Al contrario sistemi meno incentivanti, addossando sul gestore minori rischi, incoraggiano la corretta esecuzione della prestazione programmata.

Per rimediare nel breve termine al grave deficit infrastrutturale del settore, l'intervento del legislatore è stato rivolto in più direzioni, compreso il rilancio dei

³⁰⁹ G. Canitano, L. Danesi, S. Gatti, M. Passarelli, P. Peruzzi, *Il project finance e l'investimento nei servizi idrici*, Anea, working paper 01/2012.

³¹⁰ P. Peruzzi, *Gli investimenti nei servizi idrici, un contributo alla crescita della domanda e dell'occupazione*, Anea, working paper 03/2013.

³¹¹ In altri termini se il tempo di recupero degli investimenti mediante la tariffa è proporzionale alla durata della vita degli impianti ed al loro periodo di ammortamento, con l'allungamento del periodo di ammortamento l'AEEGSI ha ritenuto di favorire nell'immediato l'aumento degli investimenti finanziabili con le entrate tariffarie. Però il mancato ammortamento integrale degli investimenti entro la scadenza degli affidamenti determina che anche il debito che ha finanziato gli investimenti non sia integralmente rimborsato entro la scadenza.

³¹² La programmazione del recupero degli investimenti in tempi più ridotti deve comunque risultare compatibile con il *cap*, il tetto massimo di variazione tariffaria in aumento stabilito dal metodo tariffario. Gli schemi regolatori definiti dall'AEEGSI consentono nelle ipotesi in cui siano necessari maggiori investimenti un incremento tariffario fino al 9% anziché fino al tetto massimo del 6,5%.

³¹³ Vedi *infra*, cap. 5 par. 8.

finanziamenti pubblici e la semplificazione degli adempimenti burocratici di natura tecnico-urbanistica.

Al fine di garantire l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla normativa europea in materia di gestione dei servizi idrici, l'art. 7 comma 6 del decreto legge 133 del 12 settembre 2014, ha istituito presso il Ministero dell'ambiente un apposito Fondo destinato al finanziamento degli interventi relativi alle risorse idriche. Il Fondo è finanziato mediante la revoca delle risorse già stanziata dalla Delibera CIPE n. 60/2012,³¹⁴ destinate ad interventi nel settore della depurazione delle acque per i quali, alla data del 30 settembre 2014, non risultino essere stati ancora assunti atti giuridicamente vincolanti e per i quali, a seguito di specifiche verifiche tecniche effettuate dall'ISPRA, risultino accertati obiettivi impedimenti di carattere tecnico-progettuale o urbanistico.

Tale provvedimento mostra da un lato l'intenzione di accelerare l'utilizzo di somme già disponibili, evitando che restino a lungo impegnate per investimenti di difficile realizzazione. D'altro lato dimostra che la realizzazione di investimenti in infrastrutture può essere ostacolata anche da difficoltà tecniche ed urbanistiche la cui soluzione può richiedere tempi molto lunghi.

Anche sotto questo punto di vista il legislatore è intervenuto per disciplinare gli effetti dell'approvazione del programma degli interventi contenuto nel piano d'ambito, stabilendo che «l'approvazione dei progetti definitivi di opere ed interventi da parte dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale comporta dichiarazione di pubblica utilità e costituisce titolo abilitativo e, ove occorra, variante agli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale, esclusi i piani paesaggistici». Inoltre l'ente d'ambito viene espressamente designato come autorità espropriante.³¹⁵

³¹⁴ La delibera CIPE n. 60 del 30 aprile 2012 ha assegnato 1.686 milioni di euro, a valere sulle risorse regionali del Fondo per lo sviluppo e la coesione e sulle risorse derivanti dalla programmazione comunitaria 2000-2006, a 223 interventi prioritari nel settore ambientale della depurazione delle acque reflue urbane e della bonifica di discariche in Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sardegna e Sicilia. Infatti ben 96 agglomerati dei 109 oggetto della sentenza della Corte di giustizia 19 luglio 2012, C-565/10, appartengono alle regioni del mezzogiorno. Per 72 di questi ultimi la delibera prevede specifica copertura finanziaria per un totale di 121 interventi valutati dai competenti uffici regionali come necessari e risolutivi del contenzioso. Gli interventi saranno attuati mediante la sottoscrizione di specifici accordi di programma nell'ambito dei quali sono, fra l'altro, individuati i soggetti attuatori, gli indicatori di risultato e i crono-programmi di attuazione.

³¹⁵ Art. 158 bis, comma 2, introdotto dall'art. 7, comma 1, lettera h), del decreto-legge n. 133 del 2014.

5. Standard di qualità e tutela degli utenti. Il caso dell'arsenico

La competenza a definire standard minimi di qualità nell'erogazione dei servizi idrici è distribuita su più livelli istituzionali.

Lo Stato adotta gli indirizzi e fissa gli standard di qualità della risorsa ai sensi della Parte III del d.lgs. n. 152/06 e delle direttive dell'Unione europea.³¹⁶

Tra le varie funzioni di regolazione e controllo assegnate invece all'AEEGSI, l'art. 3 lett. a) del DPCM 20 luglio 2012 ha previsto che essa «definisce i livelli minimi e gli obiettivi di qualità del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono (...) e vigila sulle modalità di erogazione del servizio stesso».

La stessa disposizione mantiene poi ferma «la facoltà in capo agli enti affidanti (cioè gli enti di governo dell'ambito territoriale ottimale) di prevedere nei contratti di servizio livelli minimi ed obiettivi migliorativi rispetto a quelli previsti dall'Autorità che ne tiene conto ai fini della definizione della tariffa».

Già quest'ultima norma mette chiaramente in relazione la fissazione di standard minimi di qualità con le determinazioni tariffarie. Relazione - come si vedrà nel prosieguo - consistente nella possibilità per l'utenza di ottenere tutela in caso di non conformità agli standard soltanto ove i mezzi tecnici ed economici necessari per il raggiungimento del livello di qualità indicato sia stato previsto ed inserito tra le componenti di costo e dunque ne sia stata prevista la remunerazione mediante tariffa.

La qualità dei servizi idrici può essere collegata a svariati fattori che i soggetti preposti alla regolazione stabiliscono ed il cui mancato rispetto determina

³¹⁶ Il decreto Legislativo 2 febbraio 2001, n. 31, di attuazione della direttiva 98/83/CE relativa alla qualità delle acque destinate al consumo umano, all'art. 11 prevede in particolare la competenza statale per: a) le modifiche degli allegati I, II e III, in relazione all'evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche o in esecuzione di disposizioni adottate in materia in sede comunitaria; b) la fissazione di valori per parametri aggiuntivi non riportati nell'allegato I qualora ciò sia necessario per tutelare la salute umana in una parte od in tutto il territorio nazionale; i valori fissati devono, al minimo, soddisfare i requisiti di cui all'articolo 4, comma 2, lettera a); c) l'adozione di metodi analitici diversi da quelli indicati nell'allegato III, punto 1, previa verifica, da parte dell'Istituto superiore di sanità, che i risultati ottenuti siano affidabili almeno quanto quelli ottenuti con i metodi specificati; di tale riconoscimento deve esserne data completa informazione alla Commissione europea; d) l'adozione, previa predisposizione da parte dell'Istituto superiore di sanità, dei metodi analitici di riferimento da utilizzare per i parametri elencati nell'allegato III, punti 2 e 3, nel rispetto dei requisiti di cui allo stesso allegato; e) l'individuazione di acque utilizzate in imprese alimentari la cui qualità non può avere conseguenze sulla salubrità del prodotto alimentare finale.

indennizzi automatici - quando previsto - a favore dell'utenza. Ciò ad esempio può valere per il caso di periodi prolungati di interruzione del servizio, per il mancato rispetto dei tempi massimi entro cui il gestore deve garantire gli allacci alla rete o l'attivazione delle nuove utenze.

Norma fondamentale per definire le caratteristiche minime di qualità che la risorsa idrica deve possedere è il decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 31,³¹⁷ con cui sono stabiliti i valori massimi di concentrazione nell'acqua di sostanze, microrganismi e parassiti, oltre i quali si ritiene che questi rappresentino un pericolo per la salute umana. Standard minimi in questo caso sono fissati a protezione della salute dei cittadini e pongono precisi obiettivi alle azioni poste in essere da regolatori e gestori del servizio idrico integrato.

Nella prospettiva di un servizio effettivamente di qualità e di una corretta fruibilità della risorsa idrica, ci si deve domandare se gli obiettivi minimi stabiliti a tutela della salute siano idonei a determinare le caratteristiche della prestazione attesa dall'utenza, rappresentando correlativamente un'obbligazione del gestore; ed in caso di mancata conformità ai valori di parametro stabiliti, quali forme di tutela siano riconosciute all'utenza dall'ente di governo dell'ambito o dall'AEEGSI, considerando che la eventuale non potabilità dell'acqua riduce notevolmente l'interesse dell'utenza alla sua fornitura.

Il problema si è verificato in molte regioni italiane a causa dello sfioramento di alcuni valori massimi consentiti, riguardanti in particolare il fluoruro e l'arsenico, problema originato dalle caratteristiche geologiche del sottosuolo in varie zone del Paese.

Si noti che la direttiva 98/83/CE per il caso di non conformità ai valori di parametro, al fine di consentire la programmazione e la realizzazione delle opere e delle infrastrutture necessarie per assicurare il rispetto della normativa, aveva espressamente previsto la possibilità per le autorità nazionali di disporre fino ad un massimo di due deroghe triennali, mentre un'eventuale terza deroga avrebbe dovuto ottenere l'approvazione della Commissione europea.

Le autorità italiane hanno in effetti richiesto alla Commissione la concessione del terzo ed ultimo periodo di deroga, in particolare per la presenza di

³¹⁷ Il decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 31 ha attuato la direttiva 98/83/CE relativa alla qualità delle acque destinate al consumo umano.

arsenico nell'acqua, fino al limite massimo consentito dalla previgente disciplina nazionale, cioè da 10 µg/l fino a 50 µg/l, in relazione alle varie realtà territoriali.

Il 28 ottobre del 2010 la Commissione, in applicazione del principio di precauzione, evidenziando il pur solo potenziale rischio sanitario in relazione alla gravità delle conseguenze ed alla entità e tipologia dei soggetti esposti,³¹⁸ ha impedito ogni ulteriore possibile deroga oltre la soglia di 20 µg/l, escludendola del tutto per i minori di tre anni, ed ha imposto un'attività sia di informazione, sia di progressivo adeguamento e monitoraggio con relazioni periodiche sui progressi compiuti.

A seguito della decisione della Commissione, i gestori del servizio idrico integrato dei comuni interessati si sono trovati improvvisamente a fornire acqua che, secondo i valori di legge risultanti dal tenore della nuova deroga (richiesta fino a 50 µg/l e concessa invece non oltre la soglia di 20 µg/l), non era più considerata salubre, cosicché i sindaci hanno provveduto mediante l'utilizzo dei poteri d'urgenza ex art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833 con apposite ordinanze di non potabilità. Gli utenti, invece, pur avendo pagato per intero la tariffa del servizio idrico non hanno potuto utilizzare l'acqua fornita per molti degli usi a cui essa è normalmente destinata.

Alcune associazioni di consumatori ed utenti hanno impugnato dinanzi al giudice amministrativo le ordinanze sindacali emesse, in particolare nella misura in cui, unitamente al divieto di potabilità, non avevano anche provveduto a disporre la riduzione della tariffa del servizio ai sensi dell'art. 154 del decreto legislativo 152 del 2006. Tale norma dispone infatti che la tariffa del servizio idrico deve essere determinata tenendo conto anche della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito.

Il Tar del Lazio,³¹⁹ nel rigettare sul punto la richiesta avanzata dai ricorrenti, ha ritenuto che i sindaci avessero correttamente operato, anzitutto perché l'ordinanza contingibile e urgente non poteva considerarsi il mezzo

³¹⁸ La Commissione sulla base degli studi più recenti riguardanti i rischi legati all'esposizione all'arsenico ha evidenziato il legame con talune forme di tumore, soprattutto per i neonati ed i bambini fino all'età di tre anni. In Italia il rischio sanitario ha coinvolto circa un milione di consumatori.

³¹⁹ Tar Lazio, sez. II bis, sentenza 20 gennaio 2012, n. 664. Cons. stato, sez. VI, sentenza 21 giugno 2013, n. 3388, ha confermato, sotto il profilo in esame, le argomentazioni del Tribunale.

opportuno per disporre eventuali determinazioni tariffarie del servizio idrico integrato. Il Tar nota che le determinazioni tariffarie in materia di servizi idrici non sono più di competenza dei comuni, competenza ormai trasferita agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali che, muniti di autonoma personalità giuridica, sono soggettivamente distinti dalle amministrazioni comunali che vi aderiscono.

In ultima analisi il giudice amministrativo evidenzia che, anche qualora il soggetto incaricato della regolazione tariffaria avesse voluto intervenire a tutela dell'utenza, non avrebbe comunque potuto stabilire delle riduzioni tariffarie, in quanto il metodo tariffario allora in vigore, il metodo normalizzato stabilito dal D.M. n. 243 del 1° agosto 1996, non include la qualità della risorsa idrica tra i criteri per definire la tariffa. Nel sottolineare tale aspetto il Tar del Lazio con un *obiter dicta* evidenzia il possibile contrasto tra il decreto ministeriale recante il metodo tariffario e l'art. 154 del codice dell'ambiente il quale, come detto, prescrive che la tariffa del servizio idrico sia definita anche tenendo conto della qualità della risorsa idrica.³²⁰

Se dunque alla luce del metodo tariffario allora in vigore³²¹ non era possibile tener conto della qualità dell'acqua fornita per riconoscere eventuali restituzioni o diminuzioni tariffarie, occorre verificare se l'AEEGSI in casi simili ritiene di dover disporre indennizzi parametrati al minor uso della risorsa o ai costi aggiuntivi a carico dell'utenza per sopperire alla non potabilità dell'acqua.

Sulla vicenda dell'arsenico l'Autorità ha avviato un'apposita indagine³²² per acquisire elementi utili a valutare le ricadute in termini tariffari delle ordinanze di non potabilità sugli utenti finali coinvolti e per individuare eventuali misure di compensazione, legate alla distribuzione di acqua non idonea agli usi potabili.³²³

³²⁰ Al riguardo si deve aggiungere che anche il nuovo metodo tariffario approvato dall'AEEGSI con deliberazione 643/2013/R/IDR non ha incluso la qualità dell'acqua tra i criteri per le determinazioni tariffarie, pertanto sotto questo aspetto la situazione non è mutata.

³²¹ Il metodo normalizzato di cui al D.M. n. 243 del 1° agosto 1996.

³²² Con deliberazione 28 marzo 2013, 135/2013/E/IDR, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha avviato un'istruttoria conoscitiva in merito all'erogazione del servizio di acquedotto nei comuni interessati da limitazioni all'uso di acque destinate al consumo umano ai sensi del d.lgs. n. 31/2001. L'istruttoria compiuta ha riguardato l'acquisizione di informazioni esclusivamente dagli ATO 1 e 2 del Lazio comprendenti rispettivamente il territorio del comune di Viterbo e provincia e del comune di Roma e provincia, uniche zone in cui alla scadenza della terza deroga concessa dalla Commissione europea i problemi non sono stati ancora del tutto risolti.

³²³ Oltre che per verificare l'adozione, da parte dei gestori, di tutte le misure e gli interventi di loro

Tra le varie conclusioni cui è giunta, merita di essere sottolineato un primo dato riguardante il rilievo attribuito al mancato superamento della frammentazione gestionale, riconosciuto come la causa principale che non ha consentito di far fronte ai problemi di non potabilità. In riferimento all'ATO 1 Viterbo, rileva l'AEEGSI, la situazione gestionale è estremamente frammentata: il gestore Talete Spa, affidatario dal 2006, non è stato in grado, nel corso degli anni, di acquisire il servizio nell'intero ambito, risultando ad oggi operante in appena 28 comuni su 61. L'assetto gestionale è rimasto pressoché inalterato nonostante il susseguirsi di dichiarazioni programmatiche da parte della Conferenza dei sindaci, che auspicavano il superamento di tale situazione e nonostante l'impegno della regione Lazio di esercitare in tal senso i propri poteri sostitutivi nei confronti dei comuni che non conferivano gli impianti e la gestione del servizio. Il gestore si è quindi trovato ad operare al di sotto della soglia di economicità e nell'impossibilità di reperire dagli istituti di credito le risorse necessarie a fronteggiare la situazione emergenziale.

L'Autorità non ritiene poi di poter disporre riduzioni tariffarie o indennizzi a favore dell'utenza sulla scorta di tre motivi fondamentali attinenti: a) alla regolazione tariffaria; b) alla necessità di evitare incentivi distorti; c) alla necessità di promuovere la realizzazione delle opere necessarie al superamento delle criticità riscontrate.

a) Riguardo la regolazione tariffaria, l'Autorità sottolinea che i dati comunicati dalle gestioni operanti nelle aree in esame circa gli investimenti programmati per superare le problematiche di potabilità sono finalizzati alla definizione dei costi da ammettere al riconoscimento in tariffa. Ma proprio il mancato riconoscimento in tariffa di tali investimenti impedisce di stabilire indennizzi a favore degli utenti, i quali di fatto nulla hanno versato per la dearsenificazione dell'acqua. Infatti, specifica l'AEEGSI, sarebbe diverso il caso in cui, a fronte di costi che includono le attività di dearsenificazione o potabilizzazione, il risultato fosse comunque la fornitura di acqua priva dei

competenza volti a garantire un adeguato servizio sostitutivo della fornitura di acqua potabile, nel rispetto delle prescrizioni delle rispettive Regioni e a ricondurre le concentrazioni di arsenico e/o fluoro entro i valori previsti dalla normativa vigente.

necessari standard qualitativi: in tal caso, si tratterebbe di una evidente violazione che rientra nella sfera di competenza dell'Autorità.

b) Inoltre, al fine di evitare comportamenti opportunistici o distorsivi, si rileva che essendo la potabilità dell'acqua un requisito obbligatorio, definito e regolato da specifiche norme di legge a tutela della salute della cittadinanza, tale requisito non può essere valorizzato o monetizzato sul piano economico-tariffario dalla regolazione, senza correre il rischio che la fornitura di acqua potabile divenga il corollario di una valutazione di opportunità economica degli obiettivi industriali della gestione del servizio idrico.

c) Infine secondo l'AEEGSI la realizzazione degli interventi necessari a superare le criticità e a soddisfare le imprescindibili esigenze di tutela della salute dell'utenza potrebbe essere resa difficoltosa dall'eventuale riduzione del gettito tariffario, in assenza di adeguati contributi pubblici.

Le motivazioni sub a) e c) sono strettamente correlate in quanto concernono entrambe la modalità di applicazione del principio tariffario costituito dall'integrale copertura dei costi di esercizio ed investimento. Si tratta infatti di stabilire da un lato se un certo standard di qualità sia esigibile dall'utenza soltanto dopo il riconoscimento dei relativi costi in tariffa (punto a) e, sotto altro profilo, se possano essere inclusi in tariffa i corrispettivi per investimenti non ancora realizzati. Quanto sostenuto dall'Autorità in merito all'impossibilità di riconoscere indennizzi all'utenza poiché gli investimenti per la dearsenificazione non erano stati inclusi in tariffa mentre l'eventuale disposizione di indennizzi limiterebbe ulteriormente la disponibilità finanziaria per i necessari investimenti, appare in contrasto con la natura di corrispettivo della tariffa del servizio idrico integrato, affermata dalla Corte costituzionale³²⁴ in riferimento alla voce tariffaria riguardante il servizio di depurazione. Al riguardo la legge³²⁵ disponeva che nelle aree in cui non esistevano ancora gli impianti di depurazione, gli utenti fossero comunque obbligati al pagamento dell'intera tariffa nonostante la mancata prestazione dell'attività. La quota così corrisposta per il servizio di depurazione doveva essere versata in un apposito fondo costituito proprio per finanziare la realizzazione delle infrastrutture mancanti, necessarie alla depurazione delle acque

³²⁴ Corte cost., sent. 10 ottobre 2008, n. 335.

³²⁵ Art. 14 comma 1 della legge n. 36 del 1994, come modificato dall'art. 28 della legge n. 179 del 2002.

reflue. Sulla legittimità di questo sistema è stata chiamata a giudicare la Corte costituzionale la quale ha sottolineato che la disciplina vigente configura la tariffa come corrispettivo civilistico per la prestazione delle varie attività che compongono il servizio idrico integrato. Ciò si evince in particolare dalla necessità che la tariffa copra integralmente i costi del servizio. Non a caso poi, si afferma, la tariffa pagata dagli utenti è normalmente assoggettata ad IVA.

La tariffa pertanto è la controprestazione di quanto fornito dal gestore del servizio mentre le norme che ne impongono la corresponsione indipendentemente dall'effettiva disponibilità del servizio sono da considerarsi illegittime.

Al contrario, nella vicenda riguardante l'arsenico, pur partendo dal medesimo assunto, ovvero il principio dell'integrale copertura dei costi su cui si fonda il sistema tariffario, a fronte di un servizio non reso o non reso con la qualità attesa, il regolatore non ritiene di dover tutelare la posizione dell'utenza.

Riportando la questione all'interno del rapporto contrattuale di somministrazione di acqua potabile occorre stabilire se la prestazione a cui è tenuto il gestore trova una fonte esterna direttamente nella previsione legislativa che stabilisce i valori di parametro che devono essere rispettati, oppure l'obbligazione viene integrata soltanto dall'atto regolativo che include quello specifico connotato della prestazione (nel caso la dearsenificazione) tra i costi inclusi nella tariffa.

Le numerose sentenze del giudice ordinario che in caso di non potabilità dell'acqua hanno riconosciuto il diritto degli utenti al risarcimento del danno per inadempimento ed alla riduzione della tariffa, considerano il requisito della potabilità alla base dell'interesse degli utenti per la prestazione in quanto rivolta a «soddisfare esigenze alimentari primarie ed inerenti la vita quotidiana», mentre di fronte al superamento dei limiti delle concentrazioni d'arsenico il gestore «pur conoscendo l'inadeguatezza del servizio» non è stato in grado di dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno né che il medesimo sia derivato da causa ad esso non imputabile.³²⁶ Tali pronunce hanno riguardato ovviamente un numero limitato di utenti, mentre una tutela più estesa avrebbe richiesto l'intervento in via amministrativa dell'Autorità di regolazione.

³²⁶ *Ex multis* Giudice di pace di Viterbo, sent. n. 827 del 16.09.2014; Giudice di pace di Civita Castellana, sent. n. 353 del 06.06.2014.

Non vi è dubbio che la tutela prioritaria dell'utenza di fronte all'erogazione di acqua non potabile non si fonda su riconoscimenti di natura patrimoniale nei confronti del gestore, bensì trova risposta principalmente nell'individuazione dei rischi per la salute e nella programmazione e controllo dell'attività indirizzati al monitoraggio ed al superamento delle problematiche mediante gli appositi investimenti infrastrutturali.

L'approccio regolatorio pone gli obiettivi di qualità come obiettivi indiretti, considerati quale riflesso del perseguimento di altre finalità - in questa fase prioritarie - riguardanti il reperimento delle risorse finanziarie attraverso la leva tariffaria.

D'altronde la posizione dell'AEEGSI era già stata resa esplicita nelle considerazioni che hanno preceduto la deliberazione 585/2012/R/IDR. L'Autorità, svolgendo le proprie valutazioni circa le osservazioni pervenute a seguito della consultazione pubblica svolta in vista dell'approvazione del nuovo metodo tariffario, ha affermato che «pur condividendo le preoccupazioni inerenti all'opportunità di sviluppare una regolazione organica che, accanto alla regolazione tariffaria, affronti anche i temi relativi alla qualità del servizio fornito, tuttavia l'urgenza di fornire segnali positivi per favorire gli investimenti nel settore, superando le incertezze insite nelle procedure di definizione dei flussi di cassa, ha indotto a privilegiare un intervento urgente in termini tariffari, mantenendo in questa prima fase le vigenti regolamentazioni in tema di qualità del servizio».

CAPITOLO 4

Il trasporto pubblico locale

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dell'assetto della *governance*. L'organizzazione in ambiti territoriali ottimali e l'Autorità di regolazione dei trasporti - 2. Liberalizzazione e caratteristiche economiche del settore - 3. Efficienza e concorrenza per il mercato - 4. Il sistema di finanziamento del trasporto pubblico locale - 5. Finanziamento e federalismo fiscale - 6. Compensazioni ed obblighi di servizio pubblico.-

1. L'evoluzione dell'assetto della *governance*. L'organizzazione in ambiti territoriali ottimali e l'Autorità di regolazione dei trasporti

La regolamentazione del settore secondo il D.lgs. n. 422/1997

Il d.lgs. 18 novembre 1997, n. 422 ha attribuito alle regioni un ruolo centrale nell'organizzazione del trasporto pubblico locale, assegnando loro compiti di programmazione, coordinamento, finanziamento e controllo del settore. Per quanto concerne la programmazione, queste sono chiamate a definire gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali operata a livello provinciale con i piani di bacino ed a provvedere alla redazione del piano regionale dei trasporti.³²⁷ Tale piano viene redatto tenendo conto della programmazione degli enti locali,

³²⁷ L'art. 14 comma 1 prevede invece che sia la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano a promuovere il coordinamento delle programmazioni regionali con la programmazione dello Stato definita dal CIPE.

con lo scopo di favorire le integrazioni modali, in particolare quelle a minore impatto ambientale.³²⁸

Nell'ambito dell'attività di regolamentazione dei servizi di trasporto pubblico locale, approvano i programmi triennali dei servizi con cui si individuano la rete e l'organizzazione dei servizi, l'integrazione modale e tariffaria, le risorse da destinare agli investimenti e all'esercizio, le modalità di determinazione delle tariffe, le modalità di attuazione e revisione dei contratti di servizio pubblico, il sistema di monitoraggio dei servizi e i criteri per la riduzione della congestione e dell'inquinamento. Il contenuto dei programmi triennali dei servizi viene definito, sentite le organizzazioni sindacali confederali e le associazioni dei consumatori, con lo scopo di garantire i servizi minimi, i quali sono poi individuati d'intesa con gli enti locali ed i cui costi sono a carico del bilancio regionale.³²⁹

Per quanto concerne la programmazione degli investimenti, l'art. 15 del d.l. 422 del 1997, individua nell'accordo di programma, con il coinvolgimento dei vari livelli istituzionali interessati, lo strumento con cui individuare le opere da realizzare e i mezzi di trasporto da acquisire, i tempi di realizzazione in funzione dei piani di sviluppo dei servizi e le fonti di finanziamento. Si prevede inoltre che l'attuazione degli accordi di programma sia verificata annualmente dai soggetti che hanno sottoscritto l'accordo in sede di conferenza dei servizi.³³⁰ La pianificazione ed il finanziamento degli investimenti sono temi fondamentali nell'attuale momento caratterizzato dalla riduzione delle compensazioni pubbliche per i costi di esercizio, situazione in cui le imprese generalmente destinano minori stanziamenti alle spese in conto capitale per far fronte alle necessità operative.³³¹ L'inadeguatezza delle vetture e del materiale rotabile mette a rischio gli obiettivi di qualità del servizio e di sostenibilità ambientale, posti alla base della

³²⁸ Sul riparto di competenze in tema di trasporto pubblico locale, G. D'Alessio, *La "governance" del trasporto pubblico locale in relazione alle competenze di Stato, Regioni ed enti locali*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 171-172/2011, p. 189 ss.

³²⁹ Ai sensi dell'art. 16 i servizi minimi sono stabiliti tenendo conto: a) dell'integrazione tra le reti di trasporto; b) del pendolarismo scolastico e lavorativo; c) della fruibilità dei servizi da parte degli utenti per l'accesso ai vari servizi amministrativi, sociosanitari e culturali; d) delle esigenze di riduzione della congestione e dell'inquinamento.

³³⁰ Per la realizzazione degli accordi di programma, le parti possono concordare di costituire gestioni finanziarie cui conferire le proprie risorse.

³³¹ *Mobilità urbana. Il trasporto pubblico locale: il momento di ripartire*, Cassa depositi e prestiti, Studio di settore n. 04, Novembre 2013.

regolamentazione pubblica. Tra l'altro, affinché le imprese possano partecipare alle spese di investimento, occorre che la relativa pianificazione sia attuata prevedendo il suo allineamento sia con la durata, sia con il valore dei corrispettivi e dei ricavi da traffico dei contratti di servizio.³³²

Le regioni conferiscono agli enti locali tutte le funzioni e i compiti regionali che non richiedono l'esercizio unitario a livello regionale,³³³ nel rispetto dei principi di sussidiarietà, economicità, efficienza, responsabilità, unicità e omogeneità dell'amministrazione.³³⁴ Invero l'attribuzione delle funzioni a livello locale comporta un'accentuata variabilità dei modelli e dei contenuti contrattuali. Ciò da un lato consente maggiore flessibilità e adattabilità alla realtà locale, ma dall'altro implica un'eccessiva frammentazione a discapito della omogeneità dei livelli essenziali delle prestazioni, aspetto che rende il sistema incerto, scoraggiando in molti casi l'ingresso di privati nel settore. In tale prospettiva due recenti riforme legislative appaiono in grado di migliorare il quadro complessivo della regolamentazione.

L'organizzazione in ambiti territoriali ottimali

In primo luogo l'art. 3 bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 ha previsto l'organizzazione del servizio in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

La bassa incidenza nel trasporto pubblico locale delle economie di scala³³⁵ fa ritenere che la riorganizzazione del settore in ambiti territoriali di area vasta non rappresenti, diversamente da altri settori di servizio pubblico locale come il servizio idrico integrato, un passaggio altrettanto essenziale sulla strada del risanamento e dell'efficientamento delle gestioni. Ciononostante un nuovo assetto territoriale della *governance* può favorire una programmazione più efficace ed integrata a prescindere dal numero dei lotti di gara individuati in ciascun ambito.

³³² C. Bentivogli, R. Cullino, D.M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, cit.; A. Boitani, C. Cambini, *Il trasporto pubblico locale in Italia - Dopo la riforma i difficili albori di un mercato in Mercato concorrenza regole*, IV, 1, 2002, pp. 45 ss.

³³³ G. Saputelli, *Le funzioni amministrative delle province in materia di trasporto pubblico locale*, in ISSIRFA, novembre 2012.

³³⁴ Art. 7 comma 1.

³³⁵ V. *infra*, par. 3.

L'estensione degli ambiti territoriali per lo svolgimento delle funzioni di governo può infatti non corrispondere all'estensione dei bacini di gara o di affidamento della gestione, dal momento che i rispettivi processi di aggregazione perseguono obiettivi diversi: la delimitazione degli ATO risponde alla necessità di realizzare opportune strategie di carattere ambientale, sociale, di sviluppo territoriale ed alla necessità di attuare efficaci strumenti di *governance*; la delimitazione dei bacini di gara dipende da esigenze propriamente economico-gestionali legate allo sfruttamento possibile delle economie di dimensione e da esigenze connesse alla promozione della concorrenza.³³⁶

Seppure la riorganizzazione in ambiti di area vasta sta avendo attuazioni molto diversificate nel contesto delle varie normative regionali, emerge nel complesso una forte razionalizzazione degli ambiti territoriali che consentirà, una volta a regime, cioè allineate le scadenze dei contratti di servizio in essere, di superare la frammentazione gestionale esistente e di favorire la creazione di mercati maggiormente concorrenziali.

L'organizzazione regionale più ricorrente, in conformità ai principi del d.lgs. 422 del 1997 che attribuisce al livello provinciale la competenza a definire il piano di bacino, si articolava in bacini corrispondenti alle province. A queste venivano attribuite le funzioni di governo del trasporto pubblico extra-urbano, mentre ai comuni erano assegnate le funzioni riguardanti i servizi urbani.³³⁷

Molte regioni hanno proceduto a ridisegnare l'organizzazione precedente con l'obiettivo prioritario di razionalizzare ed evolvere verso sistemi maggiormente efficienti ed integrati, per continuare ad offrire servizi minimi adeguati a fronte delle minori risorse finanziarie disponibili.

Alcune regioni hanno previsto l'istituzione di un unico bacino regionale con accentramento delle funzioni di programmazione dei servizi con quelle di gestione delle gare per l'assegnazione dei servizi per l'intero bacino regionale.³³⁸

³³⁶ Sul tema si rinvia a *Linee guida per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali nel settore del trasporto pubblico locale e regionale, Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli Enti Pubblici delle Regioni "Obiettivo Convergenza" per l'implementazione della riforma del mercato dei Servizi Pubblici Locali a rilevanza economica*, Invitalia, Aprile 2013, p. 7.

³³⁷ A. Candido, *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, p. 351 ss.

³³⁸ La regione Toscana con la *L.R. 29 dicembre 2010, n. 65*, ha previsto il passaggio da 14 bacini ad uno unico individuato su livello regionale, cui corrisponde un unico lotto di gara. Tuttavia si consente agli

In altre regioni, individuati i bacini su scala provinciale o interprovinciale, all'organo di governo del bacino, costituito dall'aggregazione degli enti locali del territorio, sono assegnati anche i compiti di attuazione delle decisioni degli enti locali nei rapporti con le società di gestione, inclusa la gestione delle procedure concorsuali per l'affidamento dei servizi ed il controllo sull'attuazione dei contratti di servizi.³³⁹

Non tutte le regioni hanno proceduto ad una riorganizzazione secondo le indicazioni poste dal legislatore statale. La regione Lazio ha mantenuto l'assetto preesistente ritenendo la propria normativa già conforme alle disposizioni di cui all'art. 3-bis del decreto legge n. 138 del 2011 in quanto il combinato disposto della l.r. n. 30 del 1998 con l'art. 38 della l.r. n. 31 del 2008 individua già i bacini previsti e prescritti dalla normativa vigente, nei singoli comuni oltre i 10.000 abitanti per il trasporto urbano e nelle province per il trasporto extraurbano.³⁴⁰

In realtà la mancata previsione di ulteriori forme di aggregazione per il servizio urbano deve far escludere che tale assetto possa considerarsi attuazione dell'art. 3-bis, il cui obiettivo è il superamento della frammentazione nell'esercizio delle funzioni di indirizzo e controllo e nei compiti di gestione dei servizi pubblici locali, attraverso la promozione di processi di concentrazione orizzontale a dimensione almeno provinciale, mediante la delimitazione degli ambiti territoriali in funzione di «economie di scala e di differenziazione tali da massimizzare l'efficienza del servizio».

enti locali di prevedere ulteriori lotti per i servizi individuati con convenzione, nonché per la realizzazione di singoli servizi in aree a domanda debole tramite l'integrazione con servizi sociali e scolastici. Anche la regione Liguria con il *disegno di legge n. 64* approvato dalla giunta regionale il 22 marzo 2012, intende istituire il Bacino Unico Regionale dei Trasporti (BURT), coincidente con il territorio regionale. In tale ambito la regione attua le procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio e gestisce tutti gli atti conseguenti i contratti di servizio. Gli enti locali invece provvedono a stipulare accordi di programma con la regione per la pianificazione dei servizi. L'art. 1 della *L.R. Basilicata, 30 aprile 2014, n. 7*, prevede che l'organizzazione del trasporto pubblico locale avviene per lotti territoriali omogenei, ma attribuendo alla regione, designata quale ente di governo, le funzioni di programmazione, indirizzo, coordinamento e, soprattutto di ente affidante per tutti i servizi di trasporto pubblico regionale e locale interessanti l'ambito territoriale regionale.

³³⁹ Si veda ad esempio la *L.R. Emilia Romagna, n. 20 del 13 dicembre 2011*.

³⁴⁰ Nota della Direzione Regionale Trasporti n. 566894 del 28.12.2012.

L'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti

L'altra rilevante novità consiste nell'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti³⁴¹ i cui compiti possono contribuire alla standardizzazione dei contratti e degli elementi fondamentali della regolazione del trasporto pubblico locale, quali gli schemi dei bandi di gara, le convenzioni e in certa misura anche le tariffe.³⁴²

L'autorità è dotata d'importanti funzioni e poteri che incidono direttamente o indirettamente sull'assetto istituzionale e sulla *governance* del trasporto pubblico regionale e locale.³⁴³

L'introduzione di una regolazione indipendente si ritiene potrà favorire la coerenza del settore, incentivare l'efficienza e consentire il superamento della sovrapposizione di ruoli in capo agli enti locali, separando l'attività di regolazione economica dalla programmazione politica e dai compiti di gestione, ancora diffusamente svolti da soggetti pubblici. Tra le competenze più rilevanti che hanno un impatto sul settore del trasporto locale, l'autorità provvede anzitutto a garantire condizioni di accesso eque e non discriminatorie alla mobilità urbana collegata a stazioni, aeroporti e porti, secondo metodologie che incentivano la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e consumatori.³⁴⁴

Essa inoltre definisce i criteri per la fissazione delle tariffe da parte dei soggetti competenti, dopo aver individuato la specifica estensione degli obblighi di servizio pubblico, delle modalità di finanziamento dei relativi oneri, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, anche alla luce delle eventuali sovvenzioni pubbliche concesse.

³⁴¹ art. 37 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, come modificato dall'art. 36 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1.

³⁴² Alcune leggi regionali hanno inoltre istituito delle Agenzie per la mobilità: queste svolgono generalmente funzioni connesse all'espletamento delle gare e al monitoraggio sui contratti di servizio, oltre che di supporto alle strutture amministrative per la programmazione e pianificazione; alcune invece, oltre queste funzioni, hanno anche le dotazioni infrastrutturali e i mezzi finalizzati al servizio di trasporto pubblico, in proprietà o ad altro titolo. v. *Mobilità urbana. Il trasporto pubblico locale: il momento di ripartire*, cit., p. 80.

³⁴³ A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2012, p. 589 ss.

³⁴⁴ A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2, 2014, p. 41 ss.

A tutela dell'utenza stabilisce le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto locali connotati da oneri di servizio pubblico ed il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi.

Definisce gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare, nonché i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.

Nell'esercizio delle competenze regolatorie l'autorità può inoltre sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante l'adozione di pareri che può rendere pubblici; determina i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e può imporre, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate.

Svolge funzioni di controllo proponendo all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico, dei contratti di programma e di ogni altro atto assimilabile comunque denominato, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento.

L'Autorità, ormai pienamente operativa dopo l'approvazione del regolamento che disciplina i procedimenti per la formazione delle decisioni e per la partecipazione ad esse dei soggetti portatori d'interesse,³⁴⁵ con la delibera n. 6 del 16 gennaio 2014 ha avviato un'indagine conoscitiva sui servizi di trasporto passeggeri, il cui termine di conclusione è fissato in dodici mesi, rivolta ad identificare le azioni prioritarie da intraprendere.

A tal fine sono state avviate le consultazioni con le parti interessate per acquisire dati, informazioni e documenti utili per le finalità dell'indagine, con l'obiettivo di analizzare le condizioni economiche, la qualità dei servizi nonché i diritti degli utenti, ivi compresa la definizione degli ambiti di servizio pubblico e degli schemi dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto.

³⁴⁵ *Regolamento per lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'autorità e per la partecipazione dei portatori d'interesse* del 16 gennaio 2014.

2. Liberalizzazione e caratteristiche economiche del settore

Nel trasporto pubblico locale, le difficoltà nell'avviare il processo di liberalizzazione e la scarsa efficienza gestionale, rappresentano temi di fondamentale importanza alla luce del coinvolgimento di cospicui trasferimenti pubblici, ancora indispensabili per garantire l'erogazione del servizio. I finanziamenti pubblici rappresentano la seconda voce di spesa delle regioni dopo la sanità e, con gli attuali meccanismi di allocazione delle risorse, le inefficienze delle aziende pubbliche ricadono sui bilanci degli enti territoriali di riferimento.³⁴⁶

Le caratteristiche economiche e tecnologiche del mercato evidenziano per metropolitane e trasporto ferroviario l'esistenza di una rete la cui duplicazione risulta molto costosa, mentre la coesistenza di una pluralità di operatori sulla medesima rete richiederebbe una complessa attività di regolamentazione.³⁴⁷

La mancata liberalizzazione del mercato del trasporto urbano su gomma viene invece ricondotta alla necessità di riservare al gestore incaricato di obblighi di servizio pubblico quella parte di mercato più redditizia ed eventualmente appetibile per i nuovi entranti, realizzando mediante il riconoscimento di diritti esclusivi un sussidio incrociato che consenta di finanziare con tali ricavi parte del servizio erogato in perdita.

Per favorire un processo di liberalizzazione nell'attuale sistema compensativo occorrerebbe poter accertare se nell'ambito di un contratto di servizio siano svolti anche servizi effettivamente redditizi, in quanto se tutti i servizi affidati sono erogati in perdita, l'eventuale impresa entrante, piuttosto che sottrarre degli utili destinati al sussidio incrociato, si troverebbe di fatto a sottrarre delle perdite e non vi sarebbe ragione di limitare l'ingresso di nuovi operatori sul

³⁴⁶ *Mobilità urbana. Il trasporto pubblico locale: il momento di ripartire*, Cassa depositi e prestiti, Studio di settore n. 04, Novembre 2013, p. 8 ove si calcola inoltre che il maggiore utilizzo dell'auto per gli spostamenti all'interno delle città italiane di medie-grandi dimensioni connesso all'inadeguatezza della rete di TPL e alla bassa qualità del servizio offerto, rappresenta per le famiglie italiane un extra-costo rispetto alla media europea stimato in circa € 6 mld/anno, una sorta di spread della mobilità inefficiente.

³⁴⁷ Mentre la struttura di tali mercati presenta aspetti di monopolio naturale, nel caso del trasporto su gomma si può con maggiore facilità prospettare la presenza di più operatori, anche se ciò rischia di ingenerare dei costi di congestione che dovrebbero comunque essere gestiti attraverso sistemi di regolazione e tariffazione dell'uso della rete. C. Bentivogli, R. Cullino, D.M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *questioni di economia e finanza* n. 20, Banca d'Italia, 2008, p. 5 ss.

mercato.³⁴⁸ A questo scopo si dovrebbero prevedere sistemi di contabilità riferiti alle singole linee oltre che all'esercizio complessivo riferito all'intero servizio affidato.³⁴⁹

Gli studi condotti³⁵⁰ sulla base dei dati disponibili, riguardanti la possibilità di ottenere rendimenti crescenti, hanno evidenziato la rilevanza di economie di dimensione e di scopo soltanto di breve periodo;³⁵¹ mentre economie di densità - consistenti nella diminuzione dei costi unitari all'aumentare della produzione nell'ambito della stessa rete (es. aumento delle frequenze) – sono presenti sia nel breve che nel lungo periodo, sono più intense per i servizi urbani mentre l'intensità decresce con l'aumentare delle dimensioni dell'impresa.³⁵²

In pratica una concentrazione di imprese risulterebbe vantaggiosa fino a certe soglie dimensionali, superate le quali non sarebbe dimostrata alcuna maggiore produttività.³⁵³ Riguardo le economie di scopo i vantaggi più rilevanti

³⁴⁸ Così M. Sebastiani, *I servizi pubblici locali: una sfida per lo sviluppo. Contesto normativo ed istituzionale, assetti organizzativi e regolazione dei settori*, Atti del Convegno, Roma 2 luglio 2013, in www.spl.initalia.it, p. 20 ss., il quale tra l'altro evidenzia che, con un meccanismo che potrebbe essere esteso al trasporto pubblico locale, l'art. 24 comma 3 del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 (c.d. decreto del fare), al fine di semplificare le procedure di accesso al mercato nei segmenti di trasporto ferroviario nazionale a media e lunga percorrenza nonché al fine di integrare il recepimento della direttiva 2007/58/CE, introducendo il comma 4 bis alla legge 23 luglio 2009, n. 99, consente alle imprese ferroviarie che svolgono un servizio transfrontaliero di far salire e scendere passeggeri anche all'interno del territorio nazionale versando dei diritti di compensazione all'impresa affidataria qualora venga accertata la compromissione dell'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico.

³⁴⁹ *I servizi pubblici locali: una sfida per lo sviluppo. Contesto normativo ed istituzionale, assetti organizzativi e regolazione dei settori*, Atti del Convegno, Roma 2 luglio 2013, in www.spl.initalia.it, p. 22.

³⁵⁰ C. Conti, P. Malgieri, *Riforma del trasporto pubblico locale. Modelli di liberalizzazione del settore: tendenze europee e prospettive per la situazione italiana*, Osservatorio dei mercati dei servizi pubblici locali, a cura di Confservizi Cispel, Roma, 2000; G. Fraquelli, M. Piacenza, G. Abrate, *Il trasporto pubblico locale in Italia, un modello per il monitoraggio della qualità del servizio*, in *economia e politica industriale*, 2001, p. 51 ss.; M. Filippini, M. Kuenzle, *Analisi dell'efficienza di scala e di costo delle compagnie di bus italiane e svizzere*. In *Economia pubblica*, 2003, 6, p. 25 ss.

³⁵¹ Con le economie di dimensione si ha una riduzione dei costi unitari con l'aumentare della produzione in seguito all'estensione della rete servita. Con le economie di scopo si ha invece una riduzione dei costi unitari con l'aumentare della produzione a seguito della gestione congiunta di più servizi (es. gomma-ferro, urbano-extraurbano).

³⁵² A. Boitani, *Il trasporto locale e la legge del pendolo*, in www.ferpress.it, p. 4, osserva che tuttavia anche per le economie di densità potrebbe esserci un'inversione della pendenza nella curva dei rendimenti, in presenza di una densità ottima massima.

³⁵³ A. Boitani, *Il trasporto locale e la legge del pendolo*, in www.ferpress.it, p. 6 mette in evidenza come in altri paesi europei dove le dimensioni delle imprese è significativamente maggiore rispetto alle imprese italiane di trasporto pubblico, la concentrazione è stata la conseguenza naturale di dinamiche di mercato. In questa direzione vantaggi derivanti da economie di scala potrebbero essere facilmente verificati mediante gare articolate, cioè mediante aste combinatoriali: per esempio, "si immagini due lotti di servizio, uno (A) da 100 km e l'altro (B) da 50 km. Supponiamo che l'ente locale metta a gara

derivano dall'integrazione dell'offerta, consentendo la riduzione del surplus di servizio su alcune linee, originato dalla sovrapposizione non coordinata dell'offerta con diversi mezzi di trasporto pubblico.

Nell'attuale sistema di concorrenza per il mercato la definizione dei bacini di gara deve essere effettuato con lo scopo di massimizzare le economie di scala, ma cercando altresì di promuovere le occasioni di confronto concorrenziale. Dal momento che i due obiettivi non convergono, vi è la necessità di individuare un punto di equilibrio ampliando i bacini di gara soltanto laddove sia giustificato per fondate ragioni economiche e produttive. Considerando poi che il regolamento (CE) n. 1370/2007 non prescrive l'obbligo della gara per gli affidamenti che abbiano ad oggetto somme o distanze di modesta entità, occorre che l'aggregazione gestionale non avvenga al di sotto della dimensione ottimale al solo scopo di evitare le procedure di appalto.³⁵⁴

3. Efficienza e concorrenza per il mercato

L'andamento di costi e ricavi

La struttura dei costi del servizio di trasporto pubblico locale presenta una certa rigidità. I principali input sono rappresentati dalle spese per il parco veicoli, il carburante, la manutenzione e le spese di personale sia per gli autisti che per il personale amministrativo e tecnico. L'output è misurato normalmente in posti-km ovvero i posti disponibili in base alla capienza media delle vetture per i chilometri percorsi. I costi variano pertanto in relazione ai chilometri compiuti mentre rimangono fissi a fronte di un eventuale aumento del livello della domanda cioè del numero di passeggeri trasportati.³⁵⁵

sia i due lotti separati che un lotto combinato, comprendente entrambi. Supponiamo che la migliore offerta per A sia la richiesta di un sussidio di 250, ovvero 2,5 a km e la migliore offerta per B sia 0, ovvero non si richieda alcun sussidio. Se la miglior offerta per il lotto combinato è di un sussidio minore di 250, è evidente che il lotto combinato consente economie di scala o di scopo e, quindi potenziali risparmi per l'ente appaltante in termini di sussidi".

³⁵⁴ Regolamento (CE) n. 1370/2007, considerando 23.

³⁵⁵ Sulle caratteristiche economiche del settore, *Il trasporto pubblico di linea*, pubblicazione dell'Autorità per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma capitale, in www.agenzia.roma.it; C. Bentivogli, R. Cullino, D.M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, cit.; A. Boitani, C. Cambini, *Il trasporto pubblico locale*

Ciò dimostra l'importanza di un aumento del numero dei passeggeri trasportati, in grado di incrementare i ricavi a parità di costi e di determinare externalità positive di carattere ambientale, come la riduzione dell'inquinamento e della congestione del traffico, ma anche di tipo economico come la riduzione delle maggiori spese per il trasporto privato.

La teoria economica fa ricadere il trasporto pubblico fra i c.d. beni inferiori, vale a dire quei beni la cui domanda diminuisce all'aumentare del reddito disponibile dell'utenza, in quanto caratterizzati da un prezzo ed una qualità molto bassi, per cui all'aumentare del reddito le scelte si indirizzano verso prodotti di migliore qualità. Tuttavia si tende ad una riclassificazione del trasporto pubblico locale tra i beni c.d. meritori, la cui domanda non è in relazione al reddito ma risponde ad esigenze diverse come ad esempio la maggiore sostenibilità ambientale. Tale passaggio dovrebbe avere implicazioni di *policy*, in particolare con riferimento all'adeguamento dell'offerta e alla programmazione dei servizi.³⁵⁶

Infatti, l'andamento di costi e ricavi ed il maggior ricorso all'utilizzo del trasporto pubblico, dipendono in massima parte dalla qualità del servizio erogato, condizionata in modo rilevante dalle scelte di indirizzo e regolazione del settore compiute dalle amministrazioni locali.³⁵⁷ Così, politiche di incentivazione all'utilizzo del trasporto pubblico come la creazione di corsie preferenziali o la previsione di misure restrittive al traffico privato, possono rivelarsi essenziali per un aumento della qualità del servizio ed ingenerare un aumento della domanda e di conseguenza anche dei ricavi provenienti dall'utenza.³⁵⁸ Criticità al riguardo derivano dalla scarsa qualità della programmazione sviluppata a livello regionale e locale, incapace di prevedere un servizio realmente rispondente alle necessità

in Italia - Dopo la riforma i difficili albori di un mercato in Mercato concorrenza regole, IV, 1, 2002, pp. 45 ss.

³⁵⁶ *Il trasporto pubblico locale, il momento di ripartire*. Cassa depositi e prestiti, studio di settore n. 04, novembre 2013.

³⁵⁷ La qualità del servizio dipende infatti da fattori come la velocità e frequenza delle corse a loro volta condizionati dalla programmazione compiuta dalle amministrazioni locali.

³⁵⁸ *I servizi pubblici locali: una sfida per lo sviluppo. Contesto normativo ed istituzionale, assetti organizzativi e regolazione dei settori*, cit., p. 22 in cui si sottolinea che l'efficienza di un'impresa di trasporto locale dipende dalla velocità commerciale che è strettamente collegata alle politiche di mobilità; per questo sarebbe opportuno che i parametri di accesso ai fondi predisposti per il finanziamento del servizio riguardassero obiettivi di efficienza non solo dell'impresa ma anche delle amministrazioni locali.

dell'utenza. Una rimodulazione dell'offerta che tenda al rafforzamento del servizio nelle tratte a maggiore richiesta e la contestuale riduzione del servizio a richiesta debole, dovrebbe essere il risultato di un attento e costante monitoraggio dell'andamento dell'attività.³⁵⁹ Da questo punto di vista la previsione di obblighi di contabilizzazione e rendicontazione per singole linee è presupposto essenziale anche per una più efficiente programmazione dell'offerta. In tal modo si potrebbe ottenere una riduzione dei costi attraverso la diminuzione complessiva dei chilometri prodotti pur mantenendo inalterato, o addirittura incrementando, il livello di soddisfazione dell'utenza.³⁶⁰ Lo stesso risultato potrebbe essere ottenuto con un'attenta politica di programmazione finalizzata all'integrazione modale dei servizi ferro-gomma, eliminando le sovrapposizioni e favorendo il coordinamento dell'offerta.

Le difficoltà delle imprese di trasporto pubblico locale non dipendono però soltanto dai bassi ricavi determinati da una domanda insufficiente³⁶¹ o, in molti casi, dalla diffusa evasione tariffaria.³⁶² Come dimostrato da un recente studio, l'inefficienza del settore deriva soprattutto da costi di gestione molto elevati dovuti alla presenza di un numero di addetti ben superiore alle effettive necessità. Ciò è il riflesso di politiche clientelari connesse alle gestioni pubbliche del

³⁵⁹ In questa direzione muovono l'art. 1, comma 301 della legge 24 dicembre 2012, n. 228 ed il DPCM 11 marzo 2013 nello stabilire i criteri di ripartizione del Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale.

³⁶⁰ *Indagine conoscitiva sul trasporto pubblico locale*, IX Commissione parlamentare, seduta n. 25 del 19 dicembre 2013, audizione del Ministro Maurizio Lupi, intervento dell'Onorevole Vincenzo Garofano secondo il quale uno strumento per incentivare immediatamente l'efficienza del settore potrebbe consistere nel mutamento del criterio utilizzato per erogare le compensazioni economiche alle imprese, calcolate in base ai chilometri percorsi. Se infatti «le vetture sono vuote, nonostante i chilometri percorsi, il servizio praticamente non è reso. Invece il servizio va remunerato se è reso, se ha un grado di soddisfazione, se garantisce i risultati che deve».

³⁶¹ *Indagine conoscitiva sul trasporto pubblico locale*, IX Commissione parlamentare, seduta n. 25 del 19 dicembre 2013, audizione del Ministro Maurizio Lupi, in cui si sottolinea la controtendenza in atto: «Dal 2008 a oggi, siamo di fronte a una recessione drammatica, che ha spostato, in modo volontario o meno, l'attenzione dei cittadini verso la domanda di trasporto pubblico. Le risorse sono diminuite e si guarda all'offerta pubblica. Quanto più l'offerta pubblica è efficiente, tanto più può diventare un aiuto a intercettare la domanda. Al contrario, l'esplosione della domanda mette in evidenza l'inefficienza del trasporto».

³⁶² Per migliorare il meccanismo tariffario si stanno adottando in molte regioni sistemi di bigliettazione elettronica che consentono di introdurre un criterio di tariffazione "a consumo", basato sui livelli effettivi di utilizzo dei servizi. Ciò consente inoltre di acquisire sistematicamente i dati relativi alla domanda di mobilità, permettendo il miglioramento dei processi di pianificazione dei trasporti e del territorio.

servizio e dell'insostenibile ricorso a politiche di costante copertura dei disavanzi di bilancio con fondi pubblici.³⁶³

Gli effetti della concorrenza per il mercato e l'efficienza del settore

Lo svolgimento di gare per l'affidamento della gestione a privati si è dimostrato molto limitato ed influenzato da svariati fattori che ne disincentivano il ricorso, mentre anche quando sono state esperite procedure competitive non vi sono stati significativi miglioramenti dovuti alla pressione concorrenziale.³⁶⁴

Un primo rilevante limite è costituito dalla normativa generale e di settore che consente l'affidamento della gestione senza il ricorso all'evidenza pubblica. La tendenza a prevedere la gara pubblica come sistema ordinario per l'affidamento della gestione del servizio è stata tutt'altro che univoca. In ambito europeo il regolamento n. 1370 del 2007 prevede che le autorità pubbliche degli Stati membri possano affidare i servizi mediante procedure di evidenza pubblica, provvedere all'erogazione del servizio direttamente o tramite un organismo *in house*, oppure scegliere per l'affidamento diretto senza gara anche a favore di un soggetto terzo, entro determinate soglie massime. In ogni caso si prevede che il gestore, pubblico o privato, non possa partecipare a gare al di fuori del territorio di competenza dell'autorità concedente, quando sia affidatario diretto del servizio.³⁶⁵

Nel periodo che va dal 2002 al 2004, sotto la vigenza della riforma approvata con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 che prevedeva il ricorso alla gara come unica forma di affidamento, vi è stato un sensibile incremento del confronto competitivo.³⁶⁶

³⁶³ A Giuricin, U. Arrigo, Come fare viaggiare gratis i romani e ridurre le tasse di 550 milioni, in IBL focus n. 230, Istituto Bruno Leoni, 5 Marzo 2014, in www.brunoleoni.it.

³⁶⁴ G. Sparacino, M. Alderighi, Le gare e i contratti di servizio nel trasporto pubblico locale, in *Economia dei servizi*, 1, 2008, p. 99 ss.

³⁶⁵ La disciplina nazionale consente oggi il ricorso all'*in house providing* senza limitazioni mentre ai sensi dell'art. 5 comma 4 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico – anche a soggetti terzi - il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR oppure che riguardano la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno.

³⁶⁶ Si è passati nei comuni capoluogo di provincia da una media del 18,6% di affidamenti mediante gara nel triennio 1998-2001, al 69,8% nel successivo periodo 2002-2004. In seguito il ricorso alle gare è di nuovo sceso a percentuali molto basse (11,6%). Il ricorso alla gara avviene maggiormente nelle zone del centro Italia ed è inversamente proporzionale alle dimensioni del bacino di utenza, scendendo ad appena l'11% nei bacini di oltre 1 milione di abitanti. Analizzando la gestione del servizio nei comuni capoluogo di provincia, in meno della metà dei casi il servizio è svolto da un'impresa selezionata in

In secondo luogo anche quando sono state esperite, le gare non hanno prodotto i risultati sperati. La scarsa incidenza della pressione concorrenziale è dimostrata dalla modesta entità dei ribassi che, in circa due gare su tre, è risultata minore dell'1% del corrispettivo a base d'asta.³⁶⁷ Il numero dei partecipanti alla gara è stato sempre molto limitato: nel 40 % dei casi non vi è stato alcun confronto competitivo a causa della presenza di un unico partecipante.³⁶⁸ Gli insoddisfacenti risultati ottenuti con le gare esperite sono stati ricondotti anche alla prevalenza dell'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio per la selezione dei concorrenti,³⁶⁹ adottato nel 96% dei casi, e l'attribuzione di pesi relativamente bassi alla componente economica dell'offerta.³⁷⁰

Un importante indicatore di efficienza delle imprese presenti nel settore³⁷¹ consiste nel confronto tra la provenienza dei ricavi e il grado di copertura dei costi con gli incassi del servizio, in rapporto all'offerta di servizio misurata in posti-km,³⁷² tenendo conto che è imposto per legge il livello minimo del 35% nel rapporto tra ricavi tariffari e costi.³⁷³

base a una gara. Rilevazione Banca d'Italia, 2007.

³⁶⁷ Rilevazione Banca d'Italia, 2007.

³⁶⁸ In circa il 70% delle gare si sono registrati meno di tre partecipanti. Nel 68% dei casi l'aggiudicatario del servizio è risultato il gestore precedente, da solo o associato con altri soggetti. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sanzionato intese restrittive tra società di gestione concluse con lo scopo di conservare l'affidamento a favore del gestore uscente nel bacino di riferimento, riducendo il confronto competitivo tra operatori potenzialmente concorrenti nel caso di partecipazione a gare fuori bacino. Con il provvedimento n. 78 dell'8 novembre 2007 l'Autorità ha evidenziato come il comportamento delle imprese sanzionate abbia contribuito ad eludere la piena realizzazione del processo di liberalizzazione del settore, in vista dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale tramite gara, avendo inteso costituire delle aggregazioni a livello nazionale, «per partecipare in modo coordinato alle gare che si sarebbero dovute svolgere per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, con l'esplicita finalità di limitare la concorrenza e proteggere il bacino storico di riferimento dell'operatore dominante già attivo in una certa area territoriale».

³⁶⁹ Nei pochi casi in cui il ribasso ha raggiunto valori significativi le gare sono state contraddistinte da un numero relativamente alto di partecipanti, da un peso più elevato attribuito alla componente economica dell'offerta, dalla minore incidenza delle clausole sociali.

³⁷⁰ Dati di C. Cambini, F. Galleano, *Le gare per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico in Italia, II Rapporto*, Osservatorio gare TPL, 2005.

³⁷¹ Altri indicatori che mettono in relazione i costi e i ricavi del servizio con la sua dimensione sono stati individuati al fine di fornire informazioni sull'efficienza economica delle aziende, mentre la relazione tra volumi di offerta e fattori produttivi impiegati (la forza lavoro e il capitale investito) è stata utilizzata come indicatore della produttività delle risorse utilizzate.

³⁷² L'output dei servizi di TPL è misurato dai passeggeri-km (ovverosia dal numero dei passeggeri per il percorso medio in km). I produttori però forniscono la disponibilità di un servizio misurato in termini di posti-km (a loro volta pari al numero di vetture-km per una data capienza media dei mezzi adoperati) a partire da input quali il parco veicoli, gli autisti e il carburante. I costi sono perciò legati più ai km complessivamente percorsi (posti-km) che al numero dei viaggiatori trasportati (per dati km

valori %	2009	2010	2011	2012	2013
Ricavi da traffico	25,6	26,2	27,5	28,7	29,5
Altri ricavi	16,7	16,3	16,6	17,1	16,9
Compensazioni pubbliche	57,7	57,5	55,9	54,2	53,6

fonte isoform asstra 2013

A livello nazionale, nel periodo 2009-2013, le percentuali di copertura si assestano su livelli medi inferiori al 50%, anche se in misura superiore al limite del 35%. La voce altri ricavi, ancora non molto rilevante, può rappresentare in futuro uno dei mezzi con cui ridurre la dipendenza del settore dai finanziamenti pubblici, ad esempio con gli introiti per i servizi complementari (servizi pubblicitari) o commerciali (turismo, parcheggi).

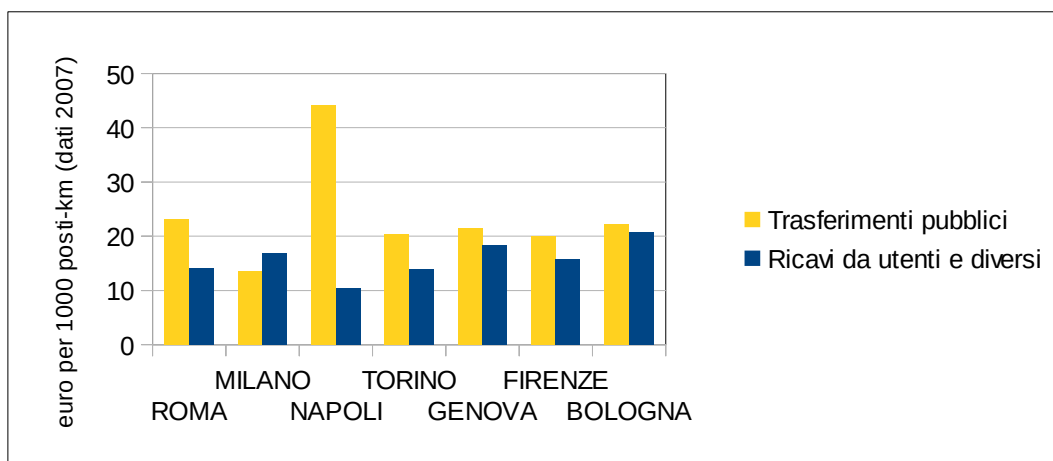
(euro per 1000 posti-km)

CITTA'	Costo del lavoro (1)	Altri costi operativi (2)	Totale costi (3=1+2)	Ricavi da utenti e diversi (4)	% copertura dei costi (5=4/3)	Trasferimenti pubblici (6)	% incidenza trasferimenti pubblici (6/4+6)
ROMA	23,9	10,8	34,7	14,1	40,6	23,2	62,2
MILANO	17,0	10,3	27,3	16,8	61,5	13,5	44,6
NAPOLI	42,5	20,4	62,9	10,3	16,4	44,2	81,1
TORINO	23,8	1,4	25,2	13,9	55,2	20,3	59,4
GENOVA	29,9	7,2	37,1	18,4	49,6	21,4	53,8
BOLOGNA	21,8	14,2	36,0	20,8	57,8	22,2	51,6
FIRENZE	25,5	7,7	33,2	15,7	47,3	20,0	56,0
MEDIA	26,3	10,3	36,6	15,7	46,9	23,5	58,4

Fonte: Fondazione Civicum – Ufficio studi Mediobanca: Le società controllate dai maggiori Comuni italiani: costi, qualità ed efficienza, edizione 2009, pag. 155-159.

percorsi). Una maggiore capienza del veicolo ed un suo maggior utilizzo in termini di passeggeri impattano perciò sui ricavi ma ben poco sui costi.

³⁷³ Art. 19 comma 5 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422.



Fonte: Fondazione Civicum – Ufficio studi Mediobanca: *Le società controllate dai maggiori Comuni italiani: costi, qualità ed efficienza*, edizione 2009, pag. 155-159.

Nei principali comuni l'obiettivo minimo di copertura dei costi non è raggiunto soltanto a Napoli, gestione che oltre a sostenere costi operativi pari a circa il doppio rispetto alle altre città, presenta anche i minori introiti dall'utenza e da ricavi diversi.

Negli altri comuni si notano risultati simili, evidenziando che anche quando il servizio è stato affidato con gara ad un soggetto privato non sono stati conseguiti incrementi di efficienza rispetto alle gestioni pubbliche.³⁷⁴

Tali dati risultano però contraddetti da una recente indagine condotta su un panel di aziende europee di trasporto pubblico locale che operano in città di almeno 300.000 abitanti o in aree metropolitane di almeno un milione di abitanti, in cui si evidenzia che le imprese che hanno ricevuto l'affidamento tramite meccanismi competitivi hanno un livello di efficienza, misurata dalla produttività totale dei fattori, superiore a quello delle imprese che godono di affidamenti diretti.³⁷⁵

³⁷⁴ Nelle principali città italiane, fatta eccezione per i comuni di Firenze e Genova, il servizio è affidato direttamente ad una società pubblica. Fondazione Civicum–Ufficio studi Mediobanca: *Le società controllate dai maggiori Comuni italiani: costi, qualità ed efficienza*, rapporto 2009, p. 137 ss.

³⁷⁵ A. Boitani A., M. Nicolini, C. Scarpa, *Do Competition and Ownership Matter? Evidence from Local Public Transport in Europe*, *Applied Economics*, 2013, n. 45, p. 1419 ss.

Le differenze di efficienza tra imprese private italiane ed europee possono essere ricondotte alle criticità nello svolgimento delle gare del settore già evidenziate e soprattutto all'alta incidenza del costo del personale nelle aziende domestiche, pari a circa i 2/3 dei costi operativi totali. Uno degli elementi che ha inciso negativamente sulla possibilità di ottenere risultati apprezzabili in sede di gara è rappresentato dalla prosecuzione del rapporto di lavoro con i lavoratori già impiegati nelle precedenti gestioni. In tal modo si limita sensibilmente la possibilità di riorganizzazione e risanamento dell'attività, nonché si impedisce il raggiungimento di più elevati indici di produttività, ottenibili anche mediante la riduzione dei costi per il personale.

Le normative regionali si sono spesso interessate del regime del trasferimento del personale dipendente dal precedente gestore all'impresa affidataria subentrante, introducendo appositi vincoli³⁷⁶ o richiamando la disciplina nazionale di settore, in particolare l'art. 26 del R.D. 148/1931, norma che impone il mantenimento, per quanto possibile, del trattamento precedentemente goduto dai dipendenti ed il riconoscimento dei diritti acquisiti. In realtà la legge stabilisce pure che nei casi di «mutamento nei sistemi di esercizio» ed in quelli di riduzione di posti per «limitazione, semplificazione o soppressione di servizi, debitamente autorizzata dall'autorità governativa», l'azienda «può procedere ai necessari esoneri di agenti nelle qualifiche in cui risultino le eccedenze, salvo ad assegnarli nei limiti del possibile ad altre qualifiche immediatamente inferiori». Nei fatti però il possibile snellimento degli organici e la gestione delle eccedenze si scontra con esigenze politico-sociali difficili da superare e con la mancanza di adeguati ammortizzatori sociali.

La centralità del problema occupazionale rispetto alle inefficienze del trasporto pubblico è stata ben evidenziata in un'altra recente indagine³⁷⁷

³⁷⁶ Alcune normative regionali hanno stabilito obblighi di definizione preventiva con le organizzazioni sindacali degli aspetti relativi ai diritti dei dipendenti. Si introduce espressamente l'obbligo del mantenimento del trattamento economico e normativo dei contratti collettivi aziendali preesistenti; prima dell'espletamento delle gare sono previste in alcuni casi forme di concertazione preventiva con le organizzazioni sindacali riguardo ai diritti dei dipendenti. Sull'argomento, C. Bentivogli, R. Cullino, D.M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *questioni di economia e finanza* n. 20, Banca d'Italia, 2008, p. 14 ss.

³⁷⁷ A Giuricin, U. Arrigo, *Come fare viaggiare gratis i romani e ridurre le tasse di 550 milioni*, in *IBL focus* n. 230, Istituto Bruno Leoni, 5 Marzo 2014, in www.brunoleoni.it.

riguardante le cause di inefficienza ed il pesante indebitamento dell'azienda di trasporti del Comune di Roma.³⁷⁸

Dai bilanci aziendali si è calcolato che il costo per vetture-chilometro sostenuto è pari ad euro 7,33 ed oltre ad un parco veicoli molto vecchio dal quale derivano costi elevati per il carburante e la manutenzione,³⁷⁹ gli alti costi di produzione dipendono soprattutto dall'elevata incidenza del costo del personale e dalla sua scarsa produttività.³⁸⁰

La possibilità di migliorare l'efficienza del servizio ricorrendo alla concorrenza per il mercato, senza dover sostenere i costi del sovradimensionamento degli organici, viene dimostrato analizzando i dati relativi ad alcuni servizi periferici e notturni della città di Roma affidati con gara al consorzio "Roma TPL", il quale effettua circa 29 milioni di vetture chilometro (contro i 161 milioni di Atac).

Si evidenzia la differente presenza nelle due aziende di personale poco produttivo, quali dirigenti, quadri e personale amministrativo: gli operai e gli autisti in Atac sono solo l'84,4 per cento, mentre in Roma TPL rappresentano oltre il 98 per cento dell'organico. Ne consegue che il costo medio per dipendente di Atac è superiore del 24% rispetto a quello di Roma TPL.

Tali differenze producono un rilevante scostamento nei risultati di efficienza delle due imprese: il costo di una vettura-chilometro di Atac è pari a 7,33 euro mentre quello di Roma TPL è di soli 4,54 euro, inferiore di circa il 40%.³⁸¹

³⁷⁸ ATAC, la società che gestisce gran parte del servizio pubblico locale a Roma, ha accumulato nell'ultimo quadriennio perdite per 746 milioni di euro. Oltre queste perdite, tutte computate al comune di Roma, la società ha beneficiato negli ultimi quattro esercizi di contributi complessivi per circa 3 miliardi di euro.

³⁷⁹ I costi per la manutenzione sono di circa 1 euro per vettura chilometro, circa il 70 per cento più elevato rispetto alla media europea.

³⁸⁰ Il valore degli stipendi medi è di oltre 4 mila euro superiore a quello dell'azienda di Parigi che gestisce gran parte del trasporto della area metropolitana francese.

³⁸¹ Si sottolinea come nelle grandi aree metropolitane inglesi, eccetto Londra, dove è stato avviato un processo di liberalizzazione del trasporto locale, il costo vettura-chilometro è di 2,40 euro, cioè un terzo di quello di Roma.

4. Il sistema di finanziamento del trasporto pubblico locale

Già la legge 10 aprile 1981, n. 151 aveva istituito un fondo nazionale per il finanziamento del trasporto pubblico locale per erogare contributi di esercizio alle aziende, secondo modalità basate sulla nozione di costo standardizzato del servizio.³⁸² I finanziamenti venivano trasferiti alle regioni per poi essere destinati esclusivamente alle aziende di trasporto, con l'obiettivo di conseguire l'equilibrio economico dei servizi. In sede applicativa il meccanismo si era però rivelato inefficace a causa dell'assenza di criteri chiari con cui individuare i costi standard. In assenza di un sistema di calcolo dell'ammontare del finanziamento, il sostegno finanziario pubblico era chiamato sempre a garantire la copertura dei disavanzi di esercizio.³⁸³

Una ripartizione dei finanziamenti basata sul calcolo preventivo dei costi standard non è quindi mai avvenuta ed il cattivo andamento delle aziende di trasporto pubblico locale è stata considerata anche una conseguenza dei criteri di ripartizione basati in realtà sulla spesa storica. Questi infatti si sono rivelati un premio per le imprese meno efficienti piuttosto che uno stimolo per le imprese che avevano operato limitando il disavanzo di bilancio.³⁸⁴

³⁸² Le Regioni avrebbero dovuto ripartire i contributi di parte corrente sulla base del costo standard definito come "il costo economico standardizzato del servizio con riferimento a parametri di rigorosa ed efficiente gestione distinto per categorie e modi di trasporto e tenuto conto, attraverso analisi comparate della qualità del servizio offerto e delle condizioni ambientali in cui esso è svolto". In base a tale meccanismo i gestori avevano diritto ad un contributo pari alla differenza tra i costi standard (e non quelli effettivi) ed i ricavi accertati, che comunque dovevano coprire il costo effettivo del servizio in una misura non inferiore a quella stabilita annualmente per zone ambientali omogenee e per i diversi tipi di trasporto.

³⁸³ A. Boitani, C. Cambini, *Il trasporto pubblico locale in Italia - Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2002, p.45 ss., evidenzia che in assenza di un reale vincolo di bilancio, negli ultimi trenta anni, fino al 1996, le aziende del settore hanno avuto una riduzione della copertura dei costi con ricavi da traffico dal 70 al 30 per cento. D'altro lato, i consumatori avevano manifestato una crescente insoddisfazione per la qualità del servizio offerto, nonostante le tariffe del TPL si fossero mantenute particolarmente basse rispetto ai principali paesi europei. Tra le disfunzioni conseguenti all'automatica copertura dei disavanzi di esercizio ed alla mancata adozione dei costi standard, si è creata anche un'elevata disomogeneità del livello delle prestazioni nelle diverse regioni, E. Meko, E. Proia (a cura di), *Le differenze e le analogie tra il sistema di finanziamento del trasporto pubblico in Europa e il sistema di finanziamento negli Stati Uniti*, ASSTRA 2007, p. 112.

³⁸⁴ E. Meko, E. Proia (a cura di), *Le differenze e le analogie tra il sistema di finanziamento del trasporto pubblico in Europa e il sistema di finanziamento negli Stati Uniti*, cit., p. 113 ss. in cui si sottolinea che la critica maggiore rivolta al metodo dei costi standard è quella di aver applicato il sistema senza definire dei livelli ottimali di costo, mentre si sono considerati come valori standard i costi medi del servizio desumibili dai dati storici di contabilità e di bilancio.

Preso atto della grave situazione finanziaria delle aziende di gestione e di una dinamica dei costi assai più sostenuta di quella dei ricavi, la legge 28 dicembre 1995, n. 549 aveva abolito il fondo nazionale trasporti, destinando direttamente alle regioni gli introiti derivanti da una quota dell'accisa sulla benzina per autotrazione ed assegnando alle regioni stesse la responsabilità finanziaria sul trasporto pubblico locale.³⁸⁵ La legge, nello specifico settore del trasporto pubblico locale, ha anticipato il riconoscimento alle regioni dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa, ribadito nel 2001 con la riforma del titolo V della Costituzione.

La nuova regolamentazione, introdotta con il D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422,³⁸⁶ ha tentato di procedere ad una modernizzazione del settore ed all'introduzione di stimoli di efficienza attraverso meccanismi concorrenziali nella selezione del gestore³⁸⁷ e con il decentramento di funzioni e compiti a livello regionale ed il passaggio da una finanza derivata ad una responsabilità diretta in materia di gestione delle risorse finanziarie. Ciò doveva attuarsi mediante la costituzione da parte di ciascuna regione di un fondo destinato ai trasporti, alimentato sia con risorse proprie sia con risorse trasferite,³⁸⁸ favorendo una pianificazione organica e complessiva della spesa regionale per i trasporti ed una chiara esposizione contabile.³⁸⁹

³⁸⁵ Oltre a rendere più stringente il vincolo di bilancio, per assicurare un livello di finanziamento pari a quello dei finanziamenti soppressi, veniva istituito un Fondo perequativo con lo scopo di riequilibrare le disuguaglianze regionali conseguenti alla fiscalizzazione dei trasferimenti e prevedendo la corresponsione per l'anno 1997 di un importo equivalente alla differenza tra il gettito realizzato nel 1996 e l'ammontare dei trasferimenti destinati in precedenza alle singole Regioni.

³⁸⁶ Si tratta del cosiddetto Decreto Burlando, parzialmente integrato dal successivo D.lgs. 400/1999. I principi della riforma erano: il decentramento alle Regioni e da queste agli enti locali, in base al principio di sussidiarietà, delle funzioni di programmazione, finanziamento e controllo; l'introduzione di un principio di graduale copertura dei costi del servizio tramite tariffa; la separazione tra il soggetto pubblico che programma e controlla e quello, avente natura privatistica, che eroga il servizio secondo principi di economicità ed efficienza; la selezione del gestore privato tramite procedure di gara; la regolazione dei rapporti con il soggetto incaricato della gestione rimessa a contratti di servizio di durata non superiore a nove anni.

³⁸⁷ Sul punto, D. Sabbatini, *I servizi pubblici locali tra mercato e regolazione*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, Roma, 2008.

³⁸⁸ Art 20, comma 1, decreto legislativo n. 422 del 1997

³⁸⁹ In realtà si nota che in molte Regioni è stata compiuta una mera operazione di ridenominazione dei vecchi finanziamenti provenienti dal fondo nazionale in quanto non si è provveduto ad istituire uno specifico fondo regionale trasporti capace di assumere una valenza programmatica e di definizione ex-ante delle scelte politiche dei trasporti, limitandosi ad inscrivere le fonti dirette di finanziamento all'interno del proprio bilancio in capitoli di spesa per il trasporto locale, E. Meko, E. Proia (a cura di), *Le differenze e le analogie tra il sistema di finanziamento del trasporto pubblico in Europa e il sistema di finanziamento negli Stati Uniti*, cit., p. 115.

Anche il sistema di finanziamento basato sull'autonomia finanziaria delle regioni non ha prodotto un miglioramento della situazione economica del settore. Ciò è stato imputato anzitutto alla mancata opera di riorganizzazione del servizio che doveva essere la conseguenza dell'accentramento delle funzioni. D'altro lato le incertezze sull'entità dei finanziamenti ed i frequenti ritardi nella ripartizione della compartecipazione regionale alle entrate fiscali da parte dello Stato, non ha facilitato la riprogrammazione del settore.³⁹⁰

Con lo scopo di stimolare una migliore pianificazione e di introdurre meccanismi in grado di favorire l'efficienza organizzativa e gestionale, da ultimo è stato reintrodotta un sistema centralizzato di finanziamento la cui ripartizione tra le regioni è subordinata all'adozione di specifiche misure orientate al raggiungimento di obiettivi di efficienza predeterminati a livello statale.

L'articolo 21 comma 3 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 ha istituito il Fondo nazionale per i servizi di trasporto pubblico locale ed in seguito, l'art. 16 bis del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95³⁹¹ ha definito gli obiettivi che le regioni devono perseguire per avere accesso alla ripartizione delle risorse del fondo. La ripartizione è basata su criteri finalizzati ad incentivare le regioni e gli enti locali a razionalizzare e rendere più efficiente la programmazione e la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale. L'individuazione dei criteri esatti di ripartizione sono stati demandati ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, emanato l'11 marzo 2013.

Il decreto ha individuato un primo obiettivo nella necessità di assicurare un'offerta di servizio più idonea, efficiente ed economica per il soddisfacimento della domanda di trasporto pubblico e la «progressiva riduzione dei servizi offerti in eccesso in relazione alla domanda con un corrispondente incremento qualitativo e quantitativo dei servizi a domanda elevata». A tal fine il decreto impone un incremento annuale del *load factor*,³⁹² che per il primo triennio di applicazione è

³⁹⁰ A. Boitani, C. Cambini, *Il trasporto pubblico locale in Italia - Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, cit.

³⁹¹ Sostituito dall'art. 1, comma 301 della Legge n. 228 del 24 dicembre 2012.

³⁹² Il *load factor* è il coefficiente di occupazione dei mezzi di trasporto pubblico locale che, sebbene in crescita (tra il 2007 e il 2012 il *load factor* totale segna un aumento dell'1%), assume ancora un valore estremamente basso: nel 2012 il *load factor* del TPL italiano non raggiunge il 25%, evidenziando come meno di un quarto dell'offerta di trasporto pubblico locale venga realmente utilizzata. *Mobilità urbana. Il trasporto pubblico locale: il momento di ripartire*, Studio di settore

stato fissato nell'incremento del 2,5% del numero dei passeggeri trasportati su base regionale, determinato anche attraverso la valutazione del numero dei titoli di viaggio.

Altro obiettivo consiste nel progressivo «incremento del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi» per il cui raggiungimento il decreto richiede che nelle regioni in cui i ricavi dall'utenza rispetto alle entrate complessive sono inferiori al 35%, limite già fissato dal decreto legge 422 del 1997, vi sia un incremento dei ricavi da traffico di almeno il 2% o il 3% annuo.³⁹³

L'ulteriore obiettivo, consistente nel «definire livelli occupazionali appropriati», è verificato attraverso il mantenimento o l'incremento dei livelli occupazionali di settore, ovvero, se necessario, mediante la riduzione degli stessi attuata con il blocco del *turn over* per le figure professionali non necessarie per garantire l'erogazione del servizio, oppure con processi di mobilità del personale verso aziende dello stesso o di altri settori, ovvero di altre misure equivalenti che potranno essere successivamente definite.

Infine, la previsione di «idonei strumenti di monitoraggio e di verifica» è attuata mediante la trasmissione da parte delle regioni all'Osservatorio per il trasporto pubblico locale dei dati richiesti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.³⁹⁴

Pur essendo gli obiettivi individuati, e gli strumenti per conseguirli, tutti ampiamente condivisibili, per l'anno 2013 soltanto il 10% delle risorse da ripartire a favore delle regioni a statuto ordinario è stato subordinato all'effettiva attuazione delle misure individuate nel D.p.c.m. 11 marzo 2013.

condotto dalla Cassa depositi e prestiti, Novembre 2013, p. 9 ss.

³⁹³ Nello specifico il D.p.c.m. 11 marzo 2013 impone un «incremento su base annua, rispetto all'anno precedente, del rapporto calcolato su base regionale tra ricavi da traffico e la somma dei ricavi da traffico e dei corrispettivi di servizio al netto della quota relativa all'infrastruttura di almeno lo 0,03 per rapporti di partenza inferiori o uguali allo 0,20 ovvero 0,02 per rapporti di partenza superiori allo 0,20 fino alla concorrenza del rapporto dello 0,35, ovvero attraverso il mantenimento o l'incremento del medesimo rapporto per rapporti superiori».

³⁹⁴ L'art. 5 del DPCM dell'11 marzo 2013 riserva una quota dello 0,025% dei fondi ripartiti tra le regioni all'Osservatorio, istituito già dalla Legge n. 244 del 2007, ma che ancora non aveva potuto operare per mancanza di risorse.

5. Finanziamento e federalismo fiscale

La legge delega sul federalismo fiscale,³⁹⁵ nel solco dell'apertura ad una maggiore responsabilità ed autonomia finanziaria degli enti territoriali - con l'obiettivo di giungere al contenimento e ad una maggiore efficienza della spesa pubblica - ha introdotto importanti novità anche nel sistema di finanziamento del trasporto pubblico locale.

La nuova disciplina ha previsto che nella determinazione dell'ammontare del finanziamento si tenga conto della fornitura di un livello adeguato del servizio su tutto il territorio nazionale nonché dei costi standard.³⁹⁶

In attuazione dell'art. 119 comma 3 Cost. si stabilisce che le quote del fondo perequativo per le spese per il trasporto pubblico locale siano assegnate in modo da ridurre adeguatamente le differenze tra i territori con diverse capacità fiscali per abitante e, per le spese in conto capitale, tenendo conto del fabbisogno standard di cui è assicurata l'integrale copertura.³⁹⁷ Invece, in vista di quanto disposto dall'art. 119 comma 5 Cost. - secondo il quale «lo Stato destina risorse aggiuntive per promuovere lo sviluppo economico sociale, la coesione e la solidarietà sociale e per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona» - si prevede che nella fase quinquennale transitoria di passaggio dal criterio della spesa storica a quello del fabbisogno standard e delle capacità fiscali, gli interventi statali siano individuati in base a finalità rivolte al recupero del deficit infrastrutturale, incluso quello riguardante il trasporto pubblico locale, e siano determinati sulla base della virtuosità degli enti nell'adeguamento al processo di convergenza verso i costi o i fabbisogni standard.³⁹⁸

Subordinare il finanziamento del servizio al preventivo calcolo dei costi standard permette anche di rispettare le condizioni poste dal diritto europeo in

³⁹⁵ La legge 5 maggio 2009, n. 42.

³⁹⁶ Art. 8 comma 1 lett. c), legge 5 maggio 2009, n. 42.

³⁹⁷ Art. 9 comma 1, lettera f), legge 5 maggio 2009, n. 42. Inoltre l'art. 12, comma 1, lettera d) prevede che i decreti legislativi del Governo tengano in considerazione la disciplina di uno o più tributi propri comunali che, valorizzando l'autonomia tributaria, attribuiscano all'Ente la facoltà della sua istituzione in riferimento a particolari scopi quali la realizzazione di opere pubbliche ovvero a finanziare oneri derivanti da eventi particolari quali flussi turistici e mobilità urbana.

³⁹⁸ Art. 21, comma 2, legge 5 maggio 2009, n. 42.

materia di aiuti di Stato:³⁹⁹ nei casi in cui la scelta dell'impresa da incaricare dell'esecuzione di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata mediante una procedura di appalto pubblico - sistema che consente di selezionare il candidato in grado di fornire il servizio al minor costo per la collettività - il livello della compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e dotata di mezzi adeguati, deve sopportare.⁴⁰⁰

Per dare attuazione alla delega sul federalismo fiscale si dovranno anzitutto definire i livelli adeguati di servizio sul territorio nazionale,⁴⁰¹ quindi i costi standard associati a tali livelli in funzione del livello minimo di spesa sufficiente a garantirne l'effettiva erogazione; inoltre occorrerà garantire la copertura di tale fabbisogno mediante adeguati canali di finanziamento⁴⁰² e l'attribuzione di quote del fondo perequativo. Ad oggi, però, non è ancora stato emanato alcun decreto di attuazione nel settore del trasporto pubblico locale.⁴⁰³

³⁹⁹ Corte di giustizia, sent. 24 luglio 2003, causa C.280/00, *Altmark*; decisione della Commissione 2012/21/UE riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

⁴⁰⁰ Occorre notare che, pur essendo questo l'indirizzo generale espresso in ambito europeo per ritenere una compensazione effettivamente tale e non invece un aiuto di Stato, tuttavia il già citato regolamento (CE) n. 1370/2007 in materia di trasporto pubblico, all'art. 4 comma 1 lett. b), prevede che la compensazione pubblica sia calcolata in base ai costi effettivamente sostenuti dall'impresa, senza alcun riferimento ai costi standard. La norma afferma che la compensazione corrisposta «non può superare l'importo necessario per coprire l'effetto finanziario netto sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi ricavi trattenuti dall'operatore del servizio pubblico, nonché di un profitto ragionevole».

⁴⁰¹ La forte connotazione territoriale delle esigenze di mobilità rendono però estremamente complessa una definizione di livelli adeguati riferibili a tutto il territorio nazionale. Sul tema si rinvia a, *Un modello di calcolo del costo standard per il trasporto pubblico regionale e locale automobilistico*, ASSTRA, 2013.

⁴⁰² Prevalentemente il finanziamento avverrà con tributi regionali derivati, addizionale regionale IRPEF e compartecipazione regionale IVA, determinate al livello minimo sufficiente per assicurare il pieno finanziamento del fabbisogno corrispondente ai livelli essenziali delle prestazioni.

⁴⁰³ In attuazione del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68 recante «disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario», sono già stati calcolati i costi standard del servizio sanitario. Riguardo gli enti locali invece il decreto legislativo 26 novembre 2010, n. 216 stabilisce che i fabbisogni standard costituiscono i nuovi parametri cui ancorare il finanziamento delle spese fondamentali di comuni, città metropolitane e province, al fine di assicurare un graduale e definitivo superamento del criterio della spesa storica. Nel 2011 è iniziata la fase di raccolta dei dati finalizzati alla determinazione dei fabbisogni standard, relativamente a due delle funzioni fondamentali di comuni e province. In particolare, è stato predisposto un sistema telematico di raccolta delle informazioni relativamente alla funzione di polizia locale per i comuni e alle funzioni nel campo dello sviluppo economico e dei servizi del mercato del lavoro per le province.

Nelle more dell'entrata a regime del nuovo sistema basato su costi e fabbisogni standard, la reintroduzione di un fondo nazionale per il finanziamento del trasporto pubblico locale, attuata dall'art. 16 bis del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, ha il pregio di permettere la destinazione al trasporto pubblico locale di una quota certa di finanziamenti, superando le eccessive disparità sorte nelle diverse realtà regionali e garantendo standard uniformi su tutto il territorio nazionale.⁴⁰⁴

Avverso il nuovo sistema centralizzato di finanziamento, alcune regioni hanno però sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 117 e 119 della Costituzione, nonché dell'art. 7, comma 1, lettera e), della legge 5 maggio 2009, n. 42.

Secondo le regioni le disposizioni impugnate disciplinerebbero un fondo a destinazione vincolata nella materia «trasporto pubblico locale», riconducibile alla potestà legislativa regionale residuale, violando conseguentemente sia l'art. 117 Cost., sul riparto delle competenze legislative tra Stato e Regione, sia l'art. 119 Cost., in materia di autonomia finanziaria regionale.

In concreto esse lamentano che le norme impugnate avrebbero determinato la soppressione dei trasferimenti statali alle regioni, aventi carattere di generalità e permanenza, relativi al trasporto pubblico locale, venendo meno anche la conseguente fiscalizzazione degli stessi trasferimenti. La principale fonte di finanziamento, ovvero la compartecipazione al gettito derivante dalle accise sul gasolio per autotrazione e sulla benzina, in precedenza attribuita direttamente alle regioni, confluisce ora nel fondo nazionale per poi essere ripartita con destinazione vincolata, soltanto dopo la verifica dell'attuazione, da parte delle regioni, delle misure previste dalla legge per il risanamento del settore.⁴⁰⁵

La decisione della Consulta, nel rigettare le censure avanzate dalle regioni, consente di chiarire la portata del complesso quadro normativo risultante dalla sovrapposizione di diversi regimi, corrispondenti al sistema attuale ed a quello che

⁴⁰⁴ La necessità del superamento della disomogeneità del servizio nelle diverse regioni italiane è emerso da più parti nel corso dell'*Indagine conoscitiva sul trasporto pubblico locale*, condotta nel 2013 dalla IX° Commissione parlamentare della Camera.

⁴⁰⁵ v. *supra*, D.p.c.m. 11 marzo 2013.

scaturirà dalla piena attuazione della delega al Governo in materia di federalismo fiscale.

La Corte osserva anzitutto che l'art. 20 del decreto legislativo n. 422 del 1997, tuttora vigente, ha previsto per il finanziamento del trasporto pubblico locale il concorso di diverse fonti: risorse proprie delle regioni, compartecipazioni al gettito di tributi erariali e risorse trasferite mediante fondi istituiti a vario titolo, anche nella fase successiva alla riforma del titolo V della Costituzione.⁴⁰⁶

La legge 5 maggio 2009, n. 42 – dichiaratamente rivolta all'attuazione dell'art. 119 Cost. – non ha ancora trovato compiuta attuazione, con particolare riferimento alle rinnovate modalità di trasferimento alla fiscalità regionale del finanziamento del trasporto pubblico locale. In particolare, non è stato ancora emanato il decreto del Presidente del consiglio dei ministri cui l'art. 13, comma 4, del decreto legislativo n. 68 del 2011 demanda la ricognizione dei livelli adeguati del servizio, previsti all'articolo 8, comma 1, lettera c), della citata legge n. 42 del 2009.⁴⁰⁷ A causa della mancata transizione ai costi e fabbisogni standard non è ancora possibile l'applicazione degli strumenti di finanziamento delle funzioni regionali previsti dall'art. 119 Cost.

Per assicurare gli obiettivi di servizio ed un sistema di perequazione si rende invece necessario il concorso del legislatore statale, il quale è da considerare ammissibile quando risponda all'esigenza di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti tutelati dalla Costituzione.⁴⁰⁸

Il finanziamento centralizzato, pur non lesivo delle competenze e dell'autonomia regionale, ha comunque sollevato varie perplessità. Con esso si introducono incentivi finanziari per una razionalizzazione dell'offerta ed un

⁴⁰⁶ Corte Cost., sent. n. 273 del 14 novembre 2013, punto 4.2.

⁴⁰⁷ Al riguardo si sottolinea che il processo di individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia e dei relativi costi, nonché degli obiettivi di servizio, sulla base della determinazione dei costi e fabbisogni standard, è rimesso, dall'art. 13 comma 6 del d.lgs. n. 68 del 2011, alla Società per gli studi di settore – SOSE s.p.a., in collaborazione con l'ISTAT e avvalendosi della struttura tecnica di supporto alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome presso il Centro interregionale di studi e documentazione (CINSEDO) delle Regioni.

⁴⁰⁸ «Siffatti interventi si configurano, appunto, come portato temporaneo della perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. e di imperiose necessità sociali, indotte anche dall'attuale grave crisi economica nazionale e internazionale che ben possono tutt'oggi essere ritenute giustificazioni sufficienti per legittimare l'intervento del legislatore statale limitativo della competenza legislativa residuale delle Regioni nella materia del trasporto pubblico locale». Corte Cost., sent. n. 273 del 14 novembre 2013, punto 4.3 in cui si richiamano le analoghe conclusioni delle sentenze n. 121 del 2010 e n. 232 del 2011.

aumento della quota di ricavi, per lo più auspicando il taglio di servizi a domanda debole, ma non si affronta la questione della scarsa produttività del settore, cioè del necessario contenimento dei costi di tutti i servizi prodotti. Inoltre ci si domanda cosa accadrebbe qualora le regioni ottenessero dal fondo nazionale finanziamenti insufficienti, ad esempio perché non hanno raggiunto gli obiettivi prestabiliti di efficientamento, oppure a causa di tagli delle risorse statali. A fronte di riduzioni dell'ammontare dei corrispettivi pubblici ed in caso di rischio di interruzione dei servizi, probabilmente lo Stato non potrebbe esimersi da interventi di emergenza volti a garantire livelli essenziali di servizio.⁴⁰⁹

In attesa della determinazione dei costi e fabbisogni standard per l'assegnazione diretta alle regioni delle risorse necessarie per il finanziamento del servizio, il criterio del costo standard assume immediato rilievo per la definizione dei corrispettivi da destinare alle aziende di trasporto nell'ambito dei contratti di servizio. Infatti si prevede oggi che le regioni, le province e i comuni definiscono

⁴⁰⁹ Ed infatti contributi speciali sono stati assegnati di recente dall'articolo 41 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, che ha introdotto disposizioni urgenti in materia di trasporto pubblico locale nella regione Calabria e Regione Campania. Si prevede che, al fine di consentire la rimozione dello squilibrio finanziario derivante dagli oneri relativi all'esercizio 2013 posti a carico del bilancio della regione e concernenti i servizi di trasporto pubblico regionale e locale, nonché di assicurare per il biennio 2014-2015 un contributo straordinario per la copertura dei costi del sistema di mobilità regionale di trasporto pubblico locale, la regione Calabria è autorizzata ad utilizzare, nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica, le risorse ad essa assegnate a valere sul Fondo per lo sviluppo e la coesione per il periodo di programmazione 2007-2013 nel limite massimo di 40 milioni di euro per il 2014, di cui 20 milioni a copertura degli oneri relativi all'esercizio 2013, e di 20 milioni di euro per il 2015, a condizione che vengano implementate le misure che la regione deve attuare ai sensi dell'articolo 16-bis del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, per un più rapido raggiungimento degli obiettivi di riduzione dei costi rispetto ai ricavi effettivi, in linea con quanto stabilito con il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422. A tal fine la regione Calabria integra, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il piano di riprogrammazione di cui al comma 4 del medesimo articolo 16-bis, da approvare con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Inoltre il piano di cui al comma 1 deve prevedere il contenimento dei corrispettivi a treno/km prodotti, attuato tramite iniziative di razionalizzazione dell'offerta e riqualificazione dei servizi, misure di efficientamento coerenti, per il servizio ferroviario, con i corrispettivi medi a treno/km registrati nelle regioni, e, per il servizio su gomma, un corrispettivo medio a bus/km che rispecchi la media rilevata nelle principali regioni italiane. Il piano deve altresì prevedere la fissazione di tariffe che tengano conto della tariffa media applicata a livello nazionale per passeggero/km, ed inoltre un rapporto tra ricavi da traffico e corrispettivo da regione non inferiore al 20 per cento. Il piano deve dimostrare che, stanti le misure di efficientamento adottate e tenuti fermi gli standard di qualità, la prosecuzione nell'erogazione del servizio di trasporto pubblico locale dall'anno 2016 avvenga senza ulteriori contributi straordinari. Per l'erogazione del contributo straordinario di cui al comma 1 relativo alle annualità 2014 e 2015, la regione Calabria deve dimostrare l'effettiva attuazione delle misure previste in termini di diminuzione del corrispettivo necessario a garantire l'erogazione del servizio per le rispettive annualità. Sul punto si veda anche, A. Boitani, *Il trasporto locale e la legge del pendolo*, cit., p. 10.

gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo nei contratti di servizio le corrispondenti compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi.⁴¹⁰ Nel dettaglio si impone che le compensazioni economiche siano determinate secondo il criterio dei costi standard che dovrà essere osservato dagli enti affidanti nella quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità.⁴¹¹

6. Compensazioni ed obblighi di servizio pubblico

La disciplina recata dal diritto europeo e da quello nazionale

Proprio la definizione della misura delle compensazioni cui hanno diritto le imprese esercenti rappresenta uno dei punti maggiormente dolenti, fonte di vari contenziosi, anche a causa della incerta convergenza della disciplina europea e di quella nazionale in materia.

Nella prospettiva europea, ispirata alla tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, si richiede che il finanziamento pubblico costituisca una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere determinati obblighi di servizio pubblico, in modo che tali imprese non conseguano in realtà alcun vantaggio finanziario che le collochi in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto alle altre imprese del settore, configurandosi altrimenti un aiuto di Stato.

Come sopra anticipato però, il Regolamento n. 1191 del 26 giugno 1969 come modificato dal Regolamento (CEE) 1893/91 del 20 giugno 1991, istituisce un regime derogatorio sia rispetto alla disciplina generale sugli aiuti di Stato, sia rispetto alla disciplina specifica recata dal Regolamento (CEE) 1107/70 del 4 giugno 1970, relativa agli aiuti accordati nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile.

⁴¹⁰ Art. 23 comma 12-undecies della legge 7 agosto 2012, n. 135 che ha integrato l'articolo 17, comma 1, del d.lgs n. 422/1997, al fine di armonizzare la normativa di settore del trasporto pubblico regionale e locale con i principi della legge delega sul federalismo fiscale.

⁴¹¹ Sul punto, *Un modello di calcolo del costo standard per il trasporto pubblico regionale e locale automobilistico*, ASSTRA, 2013, p. 13.

L'articolo 2 del Regolamento n. 1191/1969 specifica che nel settore del trasporto pubblico gli obblighi di servizio comprendono obblighi di esercizio, obblighi di trasporto e obblighi tariffari,⁴¹² mentre l'art. 12 stabilisce che per la determinazione dei costi degli obblighi di servizio pubblico si tenga conto di un'efficiente gestione dell'impresa e di una fornitura di servizi di qualità adeguata.

Al fine di evitare sussidi incrociati tra attività di trasporto pubblico locale che beneficino di contribuzioni pubbliche ed altri servizi di trasporto svolti in regime di concorrenza, il Regolamento n. 1893 del 1991 ha poi introdotto l'obbligo della separazione contabile tra attività oggetto di contribuzione pubblica e le altre attività eventualmente prestate dall'impresa.

Da ultimo l'art. 4 par. 1 del Regolamento 1370 del 2007 ha ridefinito le modalità di compensazione degli obblighi di servizio pubblico stabilendo *in primis* che gli obblighi che l'operatore deve assolvere siano definiti con chiarezza. L'autorità pubblica deve determinare in anticipo, al fine di impedire compensazioni eccessive, e con modalità obiettive e trasparenti: i) i parametri in base ai quali deve essere calcolata l'eventuale compensazione; ii) la natura e la portata degli eventuali diritti di esclusiva concessi. In particolare detti parametri sono determinati in modo tale che la compensazione corrisposta non possa superare l'importo necessario per coprire l'effetto finanziario netto sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi ricavi trattenuti dall'operatore del servizio pubblico, nonché di un profitto ragionevole.

In sintesi può ritenersi che per il diritto europeo la proporzionalità della compensazione ha lo scopo di assicurare che l'assolvimento di obblighi di servizio pubblico non rappresenti per l'impresa né un indebito vantaggio, né uno

⁴¹² Regolamento n. 1191 del 26 giugno 1969, art. 2 commi 3, 4 e 5. L'obbligo di esercizio è inteso come l'obbligo, gravante sulle imprese concessionarie del servizio di trasporto pubblico, di assicurare che l'erogatore del servizio adotti tutte le misure in grado di garantire un servizio conforme a determinate norme di continuità, regolarità e capacità. Gli obblighi di trasporto sono gli oneri gravanti sulle imprese di accettare ed effettuare qualsiasi trasporto di persone o merci a prezzi e condizioni generali predeterminati. Infine l'obbligo tariffario è rivolto ad imporre alle imprese l'accettazione di prezzi determinati dalla pubblica autorità in contrasto con il proprio interesse commerciale. Per quanto riguarda gli obblighi di esercizio e di trasporto, l'art. 10 del regolamento indica il metodo di compensazione, mentre l'art. 11 stabilisce il metodo di calcolo delle compensazioni per obblighi tariffari.

svantaggio, finendo di fatto per promuovere un calcolo basato sulla copertura dei costi effettivi sostenuti dalle imprese.

Per quanto concerne la disciplina nazionale, invece, l'art. 6 della legge 10 aprile 1981, n. 151 prevedeva i criteri secondo i quali le regioni dovevano determinare i contributi d'esercizio. Con lo scopo di assicurare il «conseguimento dell'equilibrio economico dei servizi di trasporto», la norma disponeva che il calcolo tenesse conto: 1) del costo economico standardizzato del servizio, con riferimento a criteri e parametri di rigorosa ed efficiente gestione, tenuto conto della qualità del servizio offerto e delle condizioni ambientali in cui esso viene svolto; 2) dei ricavi del traffico presunti, derivanti dall'applicazione di tariffe minime stabilite dalla regione, con il concorso degli enti locali interessati.; la compensazione poi andava definita con l'utilizzo di parametri obiettivi per coprire la differenza tra costi e ricavi come sopra stabiliti.

In seguito il criterio dei costi standard è stato sostituito e l'art. 17 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, ha prescritto che le regioni, le province e i comuni, allo scopo di assicurare la mobilità degli utenti, definiscono, ai sensi dell'articolo 2 del Regolamento 1191/69/CEE, modificato dal Regolamento 1893/91/CEE, obblighi di servizio pubblico, prevedendo nei contratti di servizio le corrispondenti compensazioni economiche alle aziende esercenti, tenendo conto, ai sensi della citata disposizione comunitaria, dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità. Si rinvia ai principi affermati dalla normativa europea sul carattere “neutro” delle compensazioni rimettendo alle leggi regionali l'individuazione dei criteri concreti per la loro determinazione.

Gli orientamenti della giurisprudenza tra costi standard e criterio della spesa storica

Dall'analisi della giurisprudenza emerge l'affermazione di una diversità teleologica tra la normativa interna e quella comunitaria in materia di finanziamento del trasporto pubblico locale. Il sistema delineato dalla legge 151/1981, e dalla legislazione regionale d'attuazione, viene descritto come un regime di contribuzione pubblica finalizzato al conseguimento da parte delle

imprese del trasporto pubblico dell'equilibrio economico dei bilanci, tenendo conto del costo economico del servizio, valutato secondo il criterio della standardizzazione dei costi. Le norme comunitarie avrebbero invece una funzione diversa, ossia quella di procedere al ristoro effettivo dei costi sostenuti per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, con lo scopo di non alterare il regime concorrenziale nel settore del trasporto passeggeri anche a livello locale.⁴¹³ Per la prevalenza della normativa comunitaria su quella interna,⁴¹⁴ si riconosce allora il diritto soggettivo dell'impresa a vedersi riconosciuta una somma a titolo di compensazione per gli obblighi di servizio pubblico espletati, quantificata nella misura pari al disavanzo di esercizio avuto.⁴¹⁵

Altra parte della giurisprudenza amministrativa ritiene, invece, che i due sistemi di calcolo delle compensazioni, quello nazionale e quello europeo, non siano in realtà contrastanti. Le previsioni del regolamento 1191/1969 rimettono alla discrezionalità degli Stati membri, seppure nel rispetto dei limiti di cui agli artt. 10-13 del Regolamento, la concreta fissazione del contributo. In particolare, l'art. 12 del Regolamento impone di tenere conto sia di un'efficiente gestione dell'impresa, sia di un'adeguata qualità dei servizi di trasporto forniti. Il legislatore,⁴¹⁶ «nell'ambito della discrezionalità ad esso necessariamente riconosciuta, non ha travalicato i limiti imposti dal diritto comunitario». Così a fronte della richiesta di un'impresa di ottenere la copertura delle perdite di bilancio avute, si afferma che «l'adeguamento dei contributi ai costi sostenuti dall'impresa, come vorrebbe la ricorrente, finirebbero per dare luogo ad un totale ripianamento dei costi sostenuti, in contrasto con il sistema legislativo. Si tratta di parametri⁴¹⁷

⁴¹³ Cons. stato, sent. 29 agosto 2006, n. 5043.

⁴¹⁴ Cons. stato, sent. 9 marzo 2010, n. 1405, sottolinea in particolare l'effetto diretto della disciplina europea. Dal momento che la Corte di giustizia ha chiarito l'ampiezza e la portata delle norme in materia di fruizione di compensazioni per obblighi di servizio, le relative norme sono direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali nell'interpretazione offertane dalla Corte.

⁴¹⁵ Invece Cons. stato, sent. 27 gennaio 2003, n. 426 ha affermato che i costi di esercizio vengono determinati con criteri forfetari, ossia i costi economici standardizzati e ricavi presunti, e che il loro aggiornamento annuale è anche ancorato alle risorse disponibili stanziare nel bilancio regionale per i trasporti locali. Tali risorse, a loro volta, vanno quantificate di anno in anno tenendo conto di criteri complessi e non automatici. Pertanto si è escluso che l'adeguamento annuale di tariffe e contributi di esercizio sia oggetto di un atto dovuto della regione, mentre ha qualificato la posizione soggettiva dell'impresa ricorrente come interesse legittimo.

⁴¹⁶ Nella specie si trattava della legge regionale della Lombardia n. 13 del 1995.

⁴¹⁷ Ad esempio l'aumento del costo del carburante, l'aumento delle retribuzioni stabilite dalla contrattazione collettiva.

che, se applicati, garantirebbero di fatto una quasi integrale copertura dei costi di gestione alla stregua di un rimborso a piè di lista».⁴¹⁸

In altre pronunce si è invece ritenuto che un metodo basato sui costi effettivi, finalizzato a coprire i disavanzi di esercizio,⁴¹⁹ è meccanismo di calcolo dei contributi, «che non appare né irragionevole né in contrasto con i principi costituzionali, ma bensì aderente alle indicazioni del legislatore statale».⁴²⁰

In questi casi, infatti, l'amministrazione regionale mantiene «un potere di rideterminazione e riclassificazione dei bilanci, non essendo certo tenuta ad accettare e prendere atto delle risultanze formali dei bilanci delle imprese, ma potendo e dovendo verificarli, all'uopo decurtando il disavanzo da costi ritenuti non pertinenti, eccessivi, o inerenti ad altre contabilità che avrebbero dovuto tenersi separate».⁴²¹

Tuttavia l'aumento del finanziamento ad un'impresa determinato *ex post*, in base ai costi effettivamente sostenuti, può penalizzare le altre imprese operanti sul territorio regionale che rischiano di vedersi proporzionalmente ridotte le quote di finanziamento già assegnate loro.⁴²² Ma soprattutto tale interpretazione non pare convincente poiché, in mancanza di un calcolo preventivo dei costi standard, l'autorità competente non ha a disposizione alcun parametro sulla cui base procedere alla verifica dei bilanci per individuare le spese eccessive, potendosi limitare soltanto ad un controllo formale sulla pertinenza delle voci di spesa.

Quando la richiesta delle imprese di gestione di ottenere la copertura dei disavanzi di esercizio è stata accolta, è stato comunque affermato che la misura della compensazione dovesse essere stabilita «sulla base di dati certi, ricavabili dalla contabilità dell'interessata, dai quali emerga la differenza tra costi imputabili

⁴¹⁸ Tar Lombardia, sent. 18 gennaio 2006, n. 86.

⁴¹⁹ Si trattava della legge regionale Calabria, 17 ottobre 1997, n. 12.

⁴²⁰ Cons. stato 12 febbraio 2013, n. 1932. Inoltre, Cons. stato, sent. 4 febbraio 2010, n. 511. La legge regionale attuava le previsioni del d.l. 1/4/1995 conv. in l. 30/5/1995 n. 204, con cui è stato previsto che lo Stato, al fine di contribuire al risanamento ed allo sviluppo dei trasporti pubblici locali di competenza regionale, per il periodo 1/1/1987 - 31/12/1993, coprisse con proprio contributo i disavanzi di esercizio dei servizi pubblici in base a conti consuntivi debitamente approvati o in base ai bilanci delle società private.

⁴²¹ Cons. stato, sent. 23 giugno 2006, n. 3977.

⁴²² Cons. stato, sent. 18 ottobre 2012, n. 5350 ha però ritenuto inammissibile il ricorso ritenendo un simile pregiudizio soltanto ipotetico e futuro.

alla parte dell'attività dell'impresa interessata dall'obbligo di servizio pubblico e gli introiti corrispondenti».⁴²³

Occorre infine dare atto di un altro orientamento secondo cui il diritto alla compensazione per lo svolgimento di obblighi di servizi pubblico comportanti per l'impresa svantaggi economici, può essere riconosciuto soltanto qualora l'impresa abbia presentato preventivamente alla competente autorità un'istanza per la soppressione totale o parziale dell'obbligo di servizio imposto, ai sensi degli articoli 4 e 6 regolamento n. 1191/69/CEE.⁴²⁴

In realtà nei termini del regolamento, la domanda di soppressione poteva essere proposta entro un anno dall'entrata in vigore del regolamento, dunque entro il 1° gennaio 1970, essendo perciò riferibile soltanto agli obblighi preesistenti a tale data.

Tuttavia l'onere della domanda di soppressione per poter esigere la compensazione sarebbe stato espressamente richiamato dal successivo regolamento n. 1893/91/CE che, introducendo il nuovo art. 1 par. 5, ha stabilito che il mantenimento o l'imposizione di obblighi di servizio pubblico si compiono conformemente alle condizioni ed alle modalità previste alle sezioni da II a IV del regolamento n. 1191/69/CEE, così estendendo l'obbligo della domanda di soppressione da parte dell'impresa anche oltre i termini originariamente fissati.

Sulla questione è da ultimo intervenuta la Corte di giustizia⁴²⁵ la quale ha ritenuto che dal rinvio presente nel regolamento n. 1893/91/CE non può dedursi che ciascuna disposizione delle sezioni da II a IV si applichi sia al mantenimento sia all'imposizione di obblighi di servizio pubblico, così come nessun elemento induce a ritenere che il detto regolamento abbia modificato il regime degli obblighi di servizio pubblico sorti successivamente al 1969 e per i quali non è necessaria alcuna domanda di soppressione. Pertanto la Corte conclude che per gli obblighi di servizio pubblico sorti dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 1191/69/CEE, il diritto alla compensazione non è subordinato alla domanda di

⁴²³ Cons. stato, sent. 9 marzo 2010, n. 1405.

⁴²⁴ Tar Lombardia, 17 febbraio 2003, n. 157.

⁴²⁵ Corte giust., sent. 3 aprile 2014, causa C-516/12.

soppressione dell'obbligo ed alla decisione del suo mantenimento da parte dell'autorità competente.⁴²⁶

Anche ammettendo che per il carattere compensativo dei corrispettivi le imprese abbiano diritto ad un loro incremento correlato alle perdite di esercizio, la predeterminazione dei costi standard comporta indubbi benefici.

Il legislatore, con il fine di stimolare l'efficienza gestionale ed ottenere risparmi per il bilancio pubblico, attraverso la determinazione dei costi standard mira a stabilire importi congrui da porre a base delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di trasporto.⁴²⁷ Tale aspetto è importante soprattutto quando le gare registrano una bassa pressione concorrenziale, col rischio che il servizio sia aggiudicato a condizioni economiche lontane da quelle di massima efficienza.

Inoltre il criterio dei costi standard può essere utilizzato anche come strumento di verifica della congruità delle compensazioni già riconosciute ai gestori destinatari di affidamenti diretti, nonché per orientare l'eventuale adeguamento economico dei contratti.⁴²⁸

Tuttavia assegnando a ciascun ente locale il compito di calcolare la misura dei costi efficienti si rischia di incorrere in problemi pratici ed applicativi difficilmente superabili. Infatti la singola amministrazione ha a disposizione esclusivamente i dati riferiti alla gestione relativa al proprio territorio di riferimento, con la conseguenza che le sue determinazioni non potrebbero che basarsi su quei dati, quindi di fatto sulla spesa storica.

Pertanto, da ultimo, il Ministero dei trasporti è stato incaricato di predisporre un decreto⁴²⁹ con cui definire, sulla base di criteri uniformi a livello

⁴²⁶ La questione rimessa alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato con ordinanza 8 novembre 2012, n. 5688, riguardava una vertenza insorta tra la CTP S.p.a da un lato e la regione Campania e la provincia di Napoli, dall'altro.

⁴²⁷ Art. 23 comma 12-undecies della legge 7 agosto 2012, n. 135.

⁴²⁸ In questa direzione, si osserva, potrebbero essere rivolti i poteri di controllo affidati all'Autorità di Regolazione dei Trasporti cui è riconosciuto il potere «di proporre all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca dei contratti di servizio pubblico, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento». Cfr. *Commissario straordinario per la revisione della spesa, Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014, p. 28.

⁴²⁹ L'art. 1 comma 84 della legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità 2014) ha previsto che «con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti, con criteri di uniformità a livello nazionale, i costi standard dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale nonché i criteri per l'aggiornamento e l'applicazione degli stessi. Nella determinazione del costo standard per unità di

nazionale, i costi standard dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale nonché i criteri di aggiornamento degli stessi.⁴³⁰

Considerazioni conclusive sull'indagine settoriale

Analizzando le difficoltà incontrate nel tentativo di introdurre anche per i servizi pubblici locali forme di liberalizzazione economica entro un quadro regolatorio coerente e credibile, i servizi idrici rappresentano un caso paradigmatico, sia perché la prima riforma del settore - attuata con la legge n. 36 del 1994 - ha preceduto temporalmente quella della disciplina generale dei servizi pubblici locali, sia perché le principali criticità organizzative e gestionali a cui la riforma doveva porre rimedio non sono state risolte a causa di un processo di attuazione troppo lento ed incerto.

A livello organizzativo l'obiettivo fondamentale dell'integrazione orizzontale può dirsi non ancora raggiunto dal momento che, a fronte dei 91 ambiti territoriali ottimali istituiti, si contano ancora circa 3000 diversi soggetti gestori.

Ciononostante il legislatore, a partire dal 2008, è intervenuto per stimolare un'ulteriore aggregazione territoriale, senza affrontare direttamente il problema della frammentazione gestionale, ostacolo principale all'avvio di un solido processo di liberalizzazione ed all'industrializzazione del settore. Gli ultimi interventi normativi dettano invece regole vincolanti per l'attuazione del principio dell'unicità gestionale, prevedendo scadenze temporali rigide, l'esercizio di poteri sostitutivi ed un apposito sistema sanzionatorio, strumenti con i quali si ritiene di poter ottenere il risultato ricercato ormai da oltre venti anni.

servizio prodotta, espressa in chilometri, per ciascuna modalità di trasporto, si tiene conto dei fattori di contesto, con particolare riferimento alle aree metropolitane e alle aree a domanda debole, della velocità commerciale, delle economie di scala, delle tecnologie di produzione, dell'ammodernamento del materiale rotabile e di un ragionevole margine di utile».

⁴³⁰ Dovendo il calcolo essere effettuato da soggetti in possesso delle informazioni corrispondenti alla situazione complessiva del settore, oltre che delle dovute competenze tecnico-economiche, tale funzione poteva essere demandata all'Autorità di regolazione dei trasporti, in attuazione delle specifiche competenze che le sono attribuite in materia di fissazione dei criteri per la determinazione dei corrispettivi e delle tariffe.

L'obiettivo della liberalizzazione viene invece negato dai vari movimenti a favore dell'acqua pubblica che, avendo ottenuto un chiaro riconoscimento in occasione dei referendum del 2011, insistono sull'importanza della tutela dei diritti fondamentali connessi all'utilizzo delle risorse idriche. Dalla considerazione della risorsa idrica alla stregua di un c.d. bene comune discenderebbero come corollari l'inammissibilità di profitti derivanti dalla gestione e la necessaria partecipazione civica nell'attività di indirizzo e controllo del servizio. In realtà alcuni di questi principi hanno già fatto ingresso nel nostro ordinamento a seguito del recepimento della Convenzione di Aarhus. Seppure la loro attuazione è ancora piuttosto ridotta, proprio il settore idrico fornisce significativi spazi di applicazione, anche alla luce di nuove normative, come quella adottata dalla regione Lazio, formulata dichiaratamente in attuazione dei principi sostenuti dai promotori dell'acqua pubblica. Ove però la disciplina dovesse escludere il riconoscimento di qualsiasi forma di profitto a favore del gestore, si dovrebbe per forza di cose escludere anche la contendibilità del relativo affidamento e, dunque, il possibile coinvolgimento di soggetti privati nell'attività di gestione. In realtà anche venuto meno il criterio della remunerazione del capitale investito, il metodo tariffario può consentire utili a favore del gestore sulla base dei risultati della gestione operativa.

Nonostante le trasformazioni avvenute negli ultimi anni, il settore idrico italiano mostra ancora prestazioni inadeguate, carenze infrastrutturali e situazioni di inefficienza. La tematica fondamentale concerne soprattutto l'incertezza del quadro regolatorio e gestionale, incapace di fornire garanzie sulla salvaguardia degli interessi collettivi connessi allo sfruttamento delle risorse idriche e di favorire l'attrazione di capitali privati, malgrado l'arretratezza delle infrastrutture determini la costante necessità di risorse finanziarie per investimenti. Tali questioni pur con caratteristiche diverse nelle varie zone del paese, possono dirsi comuni all'intero territorio nazionale, con importanti conseguenze in termini di qualità e copertura dei servizi.

In tale contesto è certamente importante l'ingresso nel settore della regolazione indipendente, le cui funzioni sono state affidate all'AEEGSI.

Il quadro della regolazione si presenta estremamente complesso e vede l'interazione di numerosi soggetti chiamati a realizzare oltre obiettivi di coerenza economica, anche finalità sociali ed ambientali. Se l'attribuzione delle funzioni di programmazione alle autorità d'ambito non ha consentito di porre rimedio all'arretratezza infrastrutturale, in quanto i flussi finanziari provenienti dalle entrate tariffarie sono continuati ad essere insufficienti per sostenere i necessari investimenti, gli interventi dell'AEEGSI dovrebbero incidere soprattutto in questa direzione, in particolare mediante la predisposizione del metodo tariffario e l'approvazione delle tariffe predisposte dagli enti d'ambito attraverso il controllo finalizzato a verificare la coerenza tra il programma degli investimenti ed il piano economico-finanziario.

Anche gli aspetti relativi alla qualità del servizio, cui sono connessi rilevanti interessi di tutela della salute dei cittadini, sono considerati dall'Autorità strettamente dipendenti dalla coerenza del sistema tariffario. La predisposizione di adeguati strumenti di tutela dell'utenza in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi di qualità, in questa fase ancora ritenuta transitoria, viene di fatto disattesa e subordinata ai principi vigenti in materia tariffaria, con l'intento dichiarato di dare prevalenza ad interventi prioritari riguardanti il reperimento delle risorse finanziarie attraverso la leva tariffaria. Soltanto per questa via, dopo aver garantito le condizioni per la realizzazione degli investimenti, si ritiene possibile centrare anche gli obiettivi di qualità del servizio e di tutela degli utenti.

I tentativi di liberalizzazione del trasporto pubblico locale invece non hanno prodotto un miglioramento della situazione economica del settore, ancora in larga misura dipendente dai finanziamenti pubblici.

L'avvenuta riduzione dei finanziamenti, in un periodo di generale contenimento della spesa pubblica, ha imposto ed accelerato l'avvio del processo di riforma del settore, da un lato coinvolgendo l'assetto della *governance* e dei bacini di gara, dall'altro stimolando una riprogrammazione dei servizi più sostenibile sotto il profilo finanziario nonché meglio rispondente alle esigenze dell'utenza.

Con l'introduzione di un'autorità indipendente di regolazione e con la riorganizzazione territoriale in ambiti ottimali si auspica di incrementare l'efficienza gestionale e migliorare la qualità e l'uniformità della regolazione.

I costi operativi molto elevati e la loro bassa copertura mediante i ricavi da traffico, l'eccesso di offerta rispetto alla domanda, la scarsa produttività misurata sul numero di addetti utilizzati, sono le cause delle costanti perdite economiche registrate dai gestori del trasporto pubblico locale.

Per porre rimedio a tali criticità si ritengono necessari interventi diretti ad una pianificazione dei servizi minimi in grado di ridurre gli eccessi di offerta, mentre l'efficientamento delle gestioni, soprattutto in vista di un aumento del grado di concorrenzialità, impone di operare sugli organici sovradimensionati delle aziende pubbliche ed eventualmente anche di incidere sulle condizioni contrattuali integrative estremamente favorevoli concesse ai dipendenti. Attraverso l'appropriata definizione dei bacini di gara è possibile favorire lo sfruttamento di economie dimensionali oltre che individuare il livello di aggregazione più opportuno per stimolare il confronto concorrenziale.

La leva principale per incentivare l'efficienza del settore viene individuata nel sistema di finanziamento. La ripartizione tra le regioni del fondo nazionale è subordinata espressamente all'attuazione di specifiche misure di efficientamento e riprogrammazione. L'assegnazione delle compensazioni economiche ai gestori viene commisurata alla preventiva definizione dei costi standard in modo da assicurare la giusta determinazione del prezzo da porre a base di gara, per verificare la congruità delle compensazioni già stabilite per gli affidamenti diretti e per parametrare le variazioni dei corrispettivi.

Se, dunque, gli obiettivi principali di riforma del settore riguardano la predisposizione di azioni volte al miglioramento dell'efficienza delle gestioni e delle programmazioni pubbliche, l'effettiva possibilità di rilancio del trasporto pubblico locale dipende prevalentemente dall'idoneità degli strumenti prescelti, la ristrutturazione della *governance* e le incentivazioni derivanti dal sistema di finanziamento.

Considerata la diversità strutturale dei due settori, nel prossimo capitolo si tenterà di appurare con quali modalità la riorganizzazione in ambiti territoriali

ottimali può influire sulle differenti esigenze organizzative e come la sua attuazione modifichi i precedenti assetti di governo in vista di nuovi equilibri più funzionali al perseguimento degli scopi pubblici.

Anche il concreto esercizio dei compiti di regolazione da parte delle autorità indipendenti e l'attitudine ad incidere sulle preesistenti criticità richiede una valutazione che tenga conto delle indicazioni della letteratura economica sulla regolazione delle tipiche situazioni di fallimento dei mercati monopolistici, calate nel contesto specifico delle realtà settoriali analizzate.

CAPITOLO 5

La transizione al mercato dei servizi pubblici locali

SOMMARIO: 1. L'organizzazione dei servizi pubblici locali organizzati in ambiti di area vasta: l'accentramento delle funzioni in capo alle province - 2. La tutela dell'autonomia locale in caso di esercizio associato delle funzioni - 3. L'esercizio delle funzioni di regolazione dei servizi pubblici locali alla luce dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti di regolazione - 4. I servizi pubblici locali nell'attuazione delle norme a tutela della concorrenza - 5. Gli obiettivi della regolazione finalizzata a limitare gli inconvenienti dovuti all'incompletezza dei contratti di servizio - 6. I possibili rimedi alla luce del nuovo quadro della regolazione - 7. Le asimmetrie informative e la regolazione tariffaria - 8. L'incentivazione all'efficienza negli schemi di regolazione tariffaria proposti dalle autorità indipendenti - 9. Considerazioni generali sull'attuale assetto della regolazione - 10. Flessibilità ed autonomia nella disciplina dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali.-

1. L'organizzazione dei servizi pubblici locali in ambiti di area vasta: l'accentramento delle funzioni di governo in capo alle province

Nel processo di definizione degli ambiti territoriali ottimali il legislatore regionale deve tenere in considerazione diverse, e spesso contrapposte, esigenze da soddisfare. Se ambiti di dimensione molto estesa possono favorire una programmazione strategica dei servizi, allo stesso tempo un'eccessiva razionalizzazione può avere effetti negativi sulla concorrenza, precludendo la partecipazione alle gare a molte imprese private, specie quelle di dimensioni ridotte. Resta salva l'eventualità che gli operatori del settore provvedano anch'essi

ad una riorganizzazione efficiente dell'offerta con aggregazioni stabili o facendo ricorso ad associazioni temporanee.⁴³¹

Come si è rilevato,⁴³² l'adeguamento al nuovo regime non è stato però realizzato tempestivamente in tutte le regioni, con ritardi particolarmente elevati nel mezzogiorno. Le informazioni raccolte dall'Osservatorio per i servizi pubblici locali⁴³³ mostrano una geografia degli ambiti ottimali difforme tra le varie aree del Paese e segnalano una significativa presenza di ambiti di dimensione ridotta: in molti casi accanto ad ambiti territoriali di dimensione regionale, validi soprattutto ai fini della programmazione, sono stati istituiti diversi sub-ambiti, di dimensioni molto più contenute, per l'effettiva organizzazione e la gestione dei servizi.

La creazione di sub-ambiti di gestione però, diversamente da quanto viene evidenziato, non deve essere vista come una criticità del processo di riorganizzazione dei servizi pubblici locali, bensì si giustifica per esigenze economiche di efficienza gestionale e di promozione della concorrenza.⁴³⁴

La giusta dimensione degli ambiti è soprattutto quella in grado di configurare assetti gestionali efficienti sotto il profilo economico, così come disposto dallo stesso art. 3 bis del d.l. n. 138 del 2011, tenuto conto che la rilevanza dei rendimenti di scala e la dimensione media delle imprese risulta sensibilmente diversa tra settori e tale differenziazione rende appropriate strategie specifiche per i diversi comparti.

Ad esempio la bassa incidenza nel trasporto pubblico locale delle economie di scala⁴³⁵ fa ritenere che la riorganizzazione del settore in bacini di gestione di area vasta non rappresenti, diversamente da altri settori come il

⁴³¹ Con riferimento alle società di gestione partecipate dagli enti locali, secondo una stima recentemente effettuata, l'attivazione del processo di aggregazione tra imprese potrebbe nel tempo portare a una riduzione del numero di operatori di circa l'80-90%. *Riordino delle società controllate dalla pubblica amministrazione nei servizi di interesse economico generale*, Utilitatis, giugno 2014. Si vedano inoltre le conclusioni del Commissario straordinario per la revisione della spesa, in *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014.

⁴³² Dossier n. 162 del servizio studi del Senato sul disegno di legge presentato in data 23 luglio 2014, A.S. n. 1577 recante «Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», in particolare la scheda di lettura dell'art. 15 relativo al «riordino della disciplina dei servizi pubblici locali».

⁴³³ Invitalia, *Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli enti pubblici delle Regioni Obiettivo Convergenza per l'implementazione della riforma del mercato dei SPL a rilevanza economica*, giugno 2014.

⁴³⁴ Per una dettagliata analisi sul processo di delimitazione degli ambiti territoriali con particolare riferimento al trasporto pubblico locale, *Linee guida per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali nel settore trasporto pubblico regionale e locale*, Invitalia, Aprile 2013.

⁴³⁵ A. Boitani, *Il trasporto locale e la legge del pendolo*, in www.ferpress.it, p. 4.

servizio idrico integrato, un passaggio altrettanto essenziale sulla strada del risanamento e dell'efficientamento delle gestioni. Ciononostante un nuovo assetto territoriale della *governance* può favorire una programmazione più efficace ed integrata a prescindere dal numero dei lotti di gara individuati in ciascun ambito. Infatti le inefficienze registrate nel trasporto pubblico locale sono state addebitate in particolar modo alla cattiva programmazione dei servizi minimi, caratterizzati da un eccesso di offerta rispetto alla domanda soprattutto nei segmenti di servizio c.d. a domanda debole, mentre la qualità complessiva dell'offerta è rimasta bassa, in particolare per i servizi a domanda elevata, quali ad esempio quelli rivolti ai pendolari.⁴³⁶ L'organizzazione in ambiti territoriali potrebbe consentire una riprogrammazione locale più efficiente, finalizzata alla riduzione dell'eccesso di offerta, in cui si favoriscono le integrazioni modali e si individuano le priorità in relazione alle ridotte risorse finanziarie disponibili.

Per questo è possibile, ed anzi deve ritenersi naturale, la costituzione all'interno degli ambiti territoriali ottimali di sub-ambiti per la sola gestione del servizio,⁴³⁷ cosicché, in linea generale, gli ambiti di governo e di gestione non devono necessariamente coincidere.

Oltre la ridefinizione degli ambiti finalizzata a determinare assetti gestionali più efficienti e concorrenziali ed a favorire una programmazione dei servizi maggiormente integrata, altra rilevante novità consiste nella generalizzazione dell'attribuzione delle funzioni di governo dei servizi a rete di rilevanza economica ad amministrazioni di area vasta, i cui organi sono designati all'esito di un'elezione di secondo grado.

Da un lato l'art. 1 comma 90 della legge n. 56 del 2014 afferma che qualora nel processo di riorganizzazione dei servizi pubblici locali in ambiti territoriali ottimali siano state istituite agenzie o enti di governo di dimensione provinciale o sub-provinciale, questi devono essere necessariamente sostituiti dai

⁴³⁶ L'obiettivo di assicurare un'offerta di servizio più idonea, efficiente ed economica per il soddisfacimento della domanda di trasporto pubblico e la «progressiva riduzione dei servizi offerti in eccesso in relazione alla domanda con un corrispondente incremento qualitativo e quantitativo dei servizi a domanda elevata» viene indicato anche nel d.p.c.m. 11 marzo 2013 il quale stabilisce i criteri per la ripartizione tra le regioni di parte del Fondo nazionale per i servizi di trasporto pubblico locale.

⁴³⁷ *Linee guida per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali nel settore trasporto pubblico locale e regionale*, Invitalia, aprile 2013, p. 11.

nuovi enti provinciali. Le province, in base alla medesima legge n. 56 del 2014, sono ormai strutturate come enti di area vasta, non più direttamente rappresentative dei cittadini, ma configurate come enti di secondo livello,⁴³⁸ espressione delle amministrazioni comunali.⁴³⁹

Quando invece l'organizzazione in ambiti ottimali è avvenuta su estensioni territoriali sovra-provinciali o coincidenti con l'intero territorio regionale, gli enti di governo d'ambito sono stati ugualmente configurati dalle leggi regionali come enti di secondo livello, in modo analogo alla struttura delle nuove province. L'organizzazione prevalente si fonda su un doppio livello di governo in cui i compiti decisionali vengono attribuiti ad un organismo di dimensioni regionali all'interno del quale non sono presenti tutti i comuni ma soltanto quelli individuati con apposita elezione nell'ambito di ulteriori articolazioni organizzative di livello locale.⁴⁴⁰ A tale livello, in cui vi è invece la presenza diretta di tutte le amministrazioni comunali del territorio di riferimento, vengono invece attribuiti poteri solitamente consultivi, propositivi e di controllo,⁴⁴¹ rimettendo all'organo regionale di governo gli atti decisionali di programmazione e regolazione, dopo una valutazione strategica delle istanze provenienti dai vari organi territoriali e

⁴³⁸ Ai sensi dell'art. 1 commi 54 e ss. della legge 7 aprile 2014, n. 56, il Presidente della provincia è eletto dai sindaci e dai consiglieri dei comuni della provincia. Sono eleggibili i sindaci il cui mandato scada non prima di diciotto mesi dalla data delle elezioni. Il consiglio provinciale ha competenze di indirizzo e controllo, anch'esso è organo elettivo di secondo grado in quanto hanno diritto di elettorato attivo e passivo i sindaci e i consiglieri dei comuni della provincia. Approva regolamenti, piani, programmi e approva o adotta ogni altro atto ad esso sottoposto dal presidente della provincia; ha altresì potere di proposta dello statuto e poteri decisori finali per l'approvazione del bilancio. L'Assemblea dei sindaci, organo che rappresenta direttamente le amministrazioni locali comprese nel territorio provinciale, ha poteri propositivi, consultivi e di controllo secondo quanto disposto dallo statuto. Inoltre adotta o respinge lo statuto proposto dal consiglio e le sue successive modificazioni.

⁴³⁹ Si noti però che mentre inizialmente alle province erano stati assegnati soli compiti di coordinamento delle funzioni attribuite ai comuni, con la legge n. 56 del 2014 esse hanno riacquisito molte delle funzioni tradizionali, quali ad esempio quelle in materie di pianificazione del territorio, destinate ad essere esercitate in un rapporto duale con le stesse amministrazioni comunali. Ciò può generare confusione sull'effettivo ruolo di area vasta piuttosto che sul mantenimento di una configurazione delle province come enti dotati di funzioni proprie.

⁴⁴⁰ In alcuni casi sono previsti sistemi particolari di designazione. Ad esempio, ai sensi dell'art. 1 comma 9 della Legge regionale Abruzzo 12 aprile 2011, n. 9, «sono organi dell'ente regionale, il presidente, il consiglio di amministrazione, il direttore generale, il revisore dei conti (...) il consiglio di amministrazione è composto dal presidente dell'ente regionale, dai presidenti delle province o da loro delegati e da quattro sindaci indicati dall'ANCI, sentite per ogni provincia le assemblee dei sindaci competenti...».

⁴⁴¹ Legge regionale Toscana, 28 dicembre 2011, n. 69 «Istituzione dell'autorità idrica toscana e delle autorità per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani», all'art. 14 prevede e disciplina le funzioni delle "conferenze territoriali". Legge regionale Emilia Romagna, 23 dicembre 2011, n. 23 «Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente», all'art. 8 istituisce i "consigli locali".

l'individuazione delle priorità nell'interesse generale dell'ambito ottimale regionale.

Nell'attuale processo di accrescimento dimensionale dei governi locali, l'obiettivo generale del legislatore consiste nel valorizzare le forme di esercizio associato di funzioni da parte di più enti locali, nonché le autonomie funzionali, eventualmente anche mediante l'utilizzo di intese o convenzioni tra gli stessi enti locali.⁴⁴² Per il fine perseguito si richiede l'individuazione dell'ambito territoriale ottimale di esercizio per ciascuna funzione,⁴⁴³ alla luce dei possibili incrementi di efficacia nello svolgimento delle funzioni fondamentali da parte dei comuni e delle unioni di comuni e dell'eventuale sussistenza di riconosciute esigenze unitarie.⁴⁴⁴

⁴⁴² Anche per l'acquisto di beni, forniture e servizi sono state introdotte rilevanti novità con l'imposizione del ricorso alle centrali uniche di committenza (CUC). Il d.l. n. 201 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 214 del 2011, aveva già previsto tale obbligo per i comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna provincia, modificando l'art. 33 del d.lgs. n. 163 del 2006 con l'aggiunta del comma 3 bis. Con le ulteriori modifiche apportate dal d.l. n. 66 del 2014, convertito dalla l. n. 89 del 2014 e dalla l. n. 114 del 2014, di conversione del d.l. n. 90 del 2014, l'obbligo si estende a tutti i comuni non capoluogo di Provincia. L'attuale art. 33 comma 3-bis del d.lgs. n. 163 del 2006 recita: «*I comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni ... ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56.* In alternativa, gli stessi Comuni possono acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici d'acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento. Per i Comuni istituiti a seguito di fusione l'obbligo di cui al primo periodo decorre dal terzo anno successivo a quello di istituzione». L'ambito intercomunale funzionale all'istituzione della centrale di committenza sono, quindi, le unioni di comuni ed appositi accordi consortili tra comuni, e quindi, secondo condivisa interpretazione, convenzioni istitutive di una centrale di committenza. L. Catania, *Centrali uniche di committenza: obbligatorie per i servizi dal primo gennaio 2015*, in www.leggioggi.it/appalti-pubblici, 15 gennaio 2015.

⁴⁴³ Il rilievo economico dell'inesistenza di una dimensione ottima per lo svolgimento di tutte le diverse funzioni degli enti locali quale impedimento alla revisione ed aggregazione dei governi locali viene obiettato sottolineando che «pur non esistendo un'unica dimensione ottima per tutti i servizi e le funzioni di competenza degli enti locali, esiste una dimensione che consente di minimizzare i costi di funzionamento degli enti stessi, sotto la quale diventa diseconomico esercitare qualsiasi tipo di attività». S. Iommi, *Governo locale e benessere dei cittadini: i costi evitabili della frammentazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2013, p. 638.

⁴⁴⁴ L'art. 1 comma 89 del d.l. n. 56 del 2014 prevede che lo Stato e le regioni, secondo le rispettive competenze, attribuiscono le funzioni provinciali diverse da quelle già previste dal comma 85. Quelle già attribuite sono « a) pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, nonché tutela e valorizzazione dell'ambiente, per gli aspetti di competenza; b) pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale, nonché costruzione e gestione delle strade provinciali e regolazione della circolazione stradale ad esse inerente; c) programmazione provinciale della rete scolastica, nel rispetto della programmazione regionale; d) raccolta ed elaborazione di dati, assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali; e) gestione dell'edilizia scolastica; f) controllo dei fenomeni discriminatori in ambito occupazionale e promozione delle pari opportunità sul territorio provinciale».

Riguardo l'attività di programmazione e regolazione dei servizi pubblici locali, l'attribuzione delle funzioni ad un livello sovra-locale può generare importanti effetti positivi. Anzitutto dall'aggregazione delle strutture deriva una riduzione dei costi amministrativi e dei costi di funzionamento, con conseguenti risparmi per la spesa pubblica. La dimensione adeguata però serve non solo a ridurre gli sprechi, ma anche ad accrescere la capacità di esercitare un'azione incisiva a fronte delle difficoltà evidenziate dagli enti locali nel provvedere all'indirizzo dell'attività del gestore privato in funzione del soddisfacimento degli interessi della collettività. La complessità della regolazione della concorrenza per il mercato - che si è rivelata un freno alla liberalizzazione del settore - è conseguenza anche della posizione di asimmetria informativa in cui versa il regolatore locale, tanto nei confronti del gestore privato che di quello pubblico, situazione che risulta certamente accentuata in presenza di strutture amministrative comunali inadeguate dal punto di vista tecnico.⁴⁴⁵ Per far fronte a questi inconvenienti l'accentramento delle funzioni consente indubbi vantaggi per gli operatori pubblici connessi alla maggiore possibilità di specializzazione del lavoro insito in strutture di dimensioni medie maggiori.⁴⁴⁶

Tuttavia deve notarsi che se il processo di riordino viene incentrato soprattutto sul ruolo delle province quali enti di base di area vasta, l'effettiva capacità di queste di attrarre nuove funzioni per lo svolgimento dell'importante ruolo che viene loro affidato potrebbe risultare notevolmente ridotta a causa del carattere transitorio dell'attuale disciplina, espressamente varata «in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione».⁴⁴⁷

Inoltre, l'incremento delle capacità regolative degli enti di area vasta in forza di un processo di specializzazione conseguente all'accentramento delle funzioni rappresenta più che altro un auspicio, una mera eventualità non

⁴⁴⁵ Sul punto si rimanda a quanto osservato al capitolo 1 par. 10, in particolare ove si sottolineano i rischi connessi ad una situazione di asimmetria informativa, soprattutto consistenti nell'incapacità di sottoporre a revisione i piani economici e finanziari predisposti dai gestori, col rischio che l'approvazione delle tariffe finisca per ripagare l'impresa anche di costi inefficienti o comunque più di quanto sarebbe dovuto per la copertura integrale dei costi ed il riconoscimento di un adeguato margine di profitto.

⁴⁴⁶ S. Iommi, *Governo locale e benessere dei cittadini*, cit., p. 639.

⁴⁴⁷ Art.1 comma 5 e comma 51 del d.l. n. 56 del 2014. Sul tema già P. Giangaspero, *La riforma dell'amministrazione di area vasta fuori dalla logica dell'emergenza*, in *Le Regioni*, 2, 2013, p. 273 ss.

controllabile su cui pertanto non si dovrebbero riporre troppe aspettative. Viceversa, in questa direzione, deve essere attentamente valutato l'apporto che può provenire dall'ingresso di autorità indipendenti, specie con la possibile predisposizione di adeguati strumenti di regolazione rivolti a suggerire alle amministrazioni locali soluzioni più appropriate ed incisive per contrastare le diverse situazioni di *market failures*.

2. La tutela dell'autonomia locale in caso di esercizio associato delle funzioni

Il processo di accentramento delle funzioni pone un problema di compatibilità con le discipline generali e settoriali che assegnano le funzioni di governo dei servizi pubblici locali direttamente alle singole amministrazioni comunali, anche se si prevede il loro esercizio in forma necessariamente associata.⁴⁴⁸

Riguardo la necessità di assicurare il rispetto delle prerogative degli enti locali titolari delle funzioni e, più in generale, il principio di autonomia locale costituzionalmente garantito, occorre domandarsi se il legislatore abbia il potere di imporre forme associative obbligatorie o, al contrario, se queste debbano essere necessariamente rimesse alla scelta facoltativa degli enti locali. Una volta optato per l'esercizio associato delle funzioni come scelta organizzativa, bisogna chiarire se sussista la necessità di conservare alle singole amministrazioni il potere di incidere con effettività sull'esercizio delle funzioni all'interno dell'ente associativo.

E' stato infatti evidenziato il pericolo che, attraverso un'indiscriminata imposizione dell'obbligo di esercitare le funzioni mediante organismi associativi, i comuni risultino lesi nel nucleo centrale della loro consistenza funzionale e strutturale.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Corte cost., sent. 28 marzo 2013, n. 50 in materia di servizi idrici ha risolto un conflitto tra le attribuzioni riconosciute agli enti locali da una legge regionale e le prerogative che per legge devono essere necessariamente attribuite all'ente di governo dell'ambito territoriale.

⁴⁴⁹ Ricorso della regione Emilia-Romagna avverso l'art. 16 del decreto-legge n. 138 del 2011 che aveva previsto l'obbligo per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti di esercitare in forma associata «tutte le funzioni amministrative e tutti i servizi pubblici loro spettanti sulla base della legislazione

La Corte costituzionale, con riferimento al potere di imporre la gestione del servizio idrico integrato mediante autorità d'ambito, ha affermato che la scelta del legislatore non contrasta con il principio della salvaguardia delle competenze dei comuni in materia,⁴⁵⁰ in quanto «non menoma la preesistente autonomia amministrativa degli enti locali, perché si limita a razionalizzare le modalità di esercizio, attraverso l'imputazione delle loro originarie competenze in materia di gestione delle risorse idriche all'autorità d'ambito alla quale essi obbligatoriamente partecipano».⁴⁵¹

Attraverso la scissione tra titolarità ed esercizio delle funzioni, la Corte sostiene che la garanzia dell'autonomia degli enti locali sia egualmente soddisfatta, allorché l'esercizio di determinate funzioni già assegnate ai comuni venga attribuito direttamente agli stessi comuni oppure ad appositi organismi espressione di più comuni insieme.

Conseguenza di tale impostazione - che tende a sottolineare la valenza autonomistica delle forme associative basata sulla scissione tra titolarità comunale ed esercizio sovra-locale della funzione - è la considerazione degli enti associativi come stabile proiezione organizzativa e funzionale degli enti locali necessari e come strumento essenziale per garantire l'effettività dell'autonomia riconosciuta agli enti locali stessi.⁴⁵²

Estendendo in tal modo il concetto di ente locale ad autonomia costituzionalmente garantita anche agli enti associativi, intesi quale mera proiezione degli enti locali partecipanti, si deve concludere che il legislatore possa imporre ai comuni la loro costituzione e la partecipazione obbligatoria, dal momento che, in tal modo, non esorbita dal novero degli enti territoriali autonomi fissato dall'art. 114 Cost.

Seguendo questo orientamento, alcuni ritengono che forme associative obbligatorie sono ammissibili a condizione che si tratti di organismi privi di

vigente mediante un'unione di comuni». M. Massa, *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali. Profili costituzionali*, in *Amministrare*, 2, 2013, p. 263.

⁴⁵⁰ Principio che era stato espresso nella legge delega 15 dicembre 2004, n. 308. Delega poi esercitata con il d.lgs. n. 152 del 2006.

⁴⁵¹ Corte cost., sent. n. 246 del 24 luglio 2009, cons. in diritto 12.1.

⁴⁵² In tal senso, con riferimento alle unioni di comuni, V. Tondi della Mura, *La riforma delle unioni di comuni fra «ingegneria» e «approssimazione» istituzionali*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Milano, 2011, p. 1911 ss.; con riferimento alle comunità montane, S. Mangiameli, *Titolo V, ordinamento degli enti locali e comunità montane*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2123.

funzioni proprie - dovendo essere titolari solo delle funzioni già svolte dagli enti associati - e che sia comunque garantita la loro autonomia al pari di quella riconosciuta agli enti locali che esercitano le funzioni in modo congiunto.⁴⁵³

In presenza di dette condizioni gli enti associativi rappresenterebbero il possibile rimedio ai problemi strutturali di efficienza, consentendo di individuare le giuste dimensioni organizzative per lo svolgimento delle funzioni. Devono, anzi, considerarsi strumento imprescindibile per l'attuazione dei principi di adeguatezza e differenziazione, il più possibile coerente con l'inquadramento della sussidiarietà in termini di decisione di preferenza per i livelli di governo più vicini ai cittadini, cioè senza dover necessariamente provvedere al trasferimento delle funzioni ad un livello territoriale superiore, provinciale o regionale.⁴⁵⁴

Di diverso avviso è chi afferma invece il carattere tassativo dell'elenco degli enti autonomi territoriali fissato dall'art. 114 Cost. In tal caso, infatti, il legislatore non potrebbe procedere alla creazione di altri enti che incidono sui livelli di governo definiti dalla Costituzione, con la conseguenza che le norme che prevedono forme associative obbligatorie sarebbero da considerare illegittime.⁴⁵⁵

Se, in quest'ultima prospettiva, gli enti associativi possono nascere solo dalla libera iniziativa degli enti costituzionalmente garantiti, per l'altra opinione sopra descritta l'obbligatorietà o libertà della costituzione non rappresenta un fattore dirimente, mentre risulta decisiva la configurazione degli enti intermedi quale effettiva proiezione dei comuni partecipanti.

Rilevato che la Corte costituzionale si è assestata su quest'ultima posizione, caratteristica fondamentale degli enti intermedi costituiti per obbligo imposto dal legislatore, deve considerarsi la presenza di uno stretto legame strutturale e funzionale con gli enti associati.

A favore della tesi che considera gli enti intermedi quale mera proiezione degli enti locali partecipanti e non quali enti locali diversi - consentendo così al legislatore di imporre la costituzione senza contrastare con l'art. 114 Cost. -

⁴⁵³ V Tondi della Mura, *La riforma delle unioni di comuni*, cit., p. 1934.

⁴⁵⁴ M. Massa, *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali. Profili costituzionali*, in *Amministrare*, 2, 2013, p. 261.

⁴⁵⁵ S. Mangiameli, *Titolo V, ordinamento degli enti locali*, cit. p. 2124; M. Massa, *L'esercizio associato delle funzioni*, cit. p. 262.

muovono anche le norme che configurano gli enti d'ambito e le province quali enti di secondo livello, privi della diretta rappresentatività delle comunità locali.

Infatti gli enti locali autonomi sono identificati dalla giurisprudenza costituzionale sulla base di specifiche coordinate istituzionali quali la territorialità e la rappresentatività diretta o indiretta degli interessi che perseguono.⁴⁵⁶ Il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo degli enti territoriali costituisce lo strumento essenziale dell'autonomia cui hanno riguardo gli artt. 5 e 128 Cost.⁴⁵⁷

In mancanza di rappresentatività, gli enti intermedi non possono essere ricompresi tra gli enti locali dotati di autonomia costituzionalmente garantita,⁴⁵⁸ potendo al più fondare i propri poteri sull'autonomia riflessa appartenente agli enti

⁴⁵⁶ Corte cost., sent. n.96 del 1968, par. 3 cons. in diritto. La Corte era stata chiamata a valutare la legittimità della legge siciliana che prevedeva l'elezione indiretta dei consigli provinciali. Essa ha ritenuto che i principi di libertà e segretezza del voto garantiti dall'art. 48 della Costituzione dovessero essere assicurati anche nelle elezioni di secondo grado.

⁴⁵⁷ Il legame tra autonomia e rappresentatività è stato confermato in due distinte occasioni dalla Corte costituzionale, quando la stessa è stata chiamata a valutare la legittimità di leggi che introducevano organismi territoriali, infra o sovra comunali, governati da organi eletti direttamente dalle popolazioni del territorio di riferimento. La Corte nel dichiarare l'illegittimità delle norme censurate - riguardanti in un caso la creazione dei consigli di quartiere (Corte cost., sent. n. 107 del 1976, riguardante il giudizio di legittimità costituzionale della legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana in data 21 maggio 1975, recante «Istituzione dei consigli di quartiere nei comuni della Regione siciliana») e, nell'altro, dei comprensori (Corte cost., sent. n. 876 del 1988, riguardante il giudizio di legittimità costituzionale della legge provinciale di Trento, 26 aprile 1982, n. 8, recante «Disciplina per l'elezione dell'assemblea comprensoriale») ha sottolineato che le funzioni conferite ai nuovi enti, consistenti nell'esercizio di poteri di amministrazione attiva, finivano per realizzare una sottrazione di competenze agli enti territoriali di base, in quanto con esse non si aveva l'istituzione di «mere strutture operative dei comuni, (...) bensì l'istituzione di un nuovo ente dotato di autonomia politica, in contrasto con l'art. 114 Cost. che prevede, invece, la ripartizione della Repubblica in regioni, province e comuni» (Corte cost., sent. n. 876 del 1988, par. 2 cons. in diritto). Laddove invece si è avuto un riassetto non di tipo strutturale, ma soltanto funzionale, come nel caso delle aree metropolitane istituite con la legge della regione siciliana 6 marzo 1986, n. 9, recante «Istituzione della provincia regionale» che aveva determinato esclusivamente un trasferimento di funzioni dai comuni alle province, la Corte ha affermato che è ben possibile una differenziazione delle funzioni attribuite agli enti locali, qualora per specifiche necessità legate alle caratteristiche territoriali, è preferibile un'articolazione differenziata, non dovendo trarsi dagli articoli 5 e 128 Cost. il principio della necessaria uniformità dell'allocazione delle funzioni in tutto il territorio, Corte cost., sent. n. 286 del 1997, par. 8 cons. in diritto. Inoltre sottolineando che il riassetto riguardava soltanto l'attribuzione di funzioni, senza alcuna modifica strutturale, ha negato in radice che la legge fosse istitutiva di nuovi enti di area vasta.

⁴⁵⁸ Sul rapporto tra enti di secondo livello e principio democratico-rappresentativo, *ex multis*, C. Padula, *Quale futuro per le province? Riflessioni sui vincoli costituzionali in materia di province*, in *Le Regioni*, 2, 2013, p. 361 ss.; V. Onida, *Parere sui profili di legittimità costituzionale dell'art. 17 del d.l. n. 95 del 2012 convertito in legge n. 135 del 2012, in tema di riordino delle province e delle loro funzioni*, in *www.federalismi.it*, settembre 2012; S. Civitarese Matteucci, *La garanzia costituzionale della provincia in Italia e le prospettive della sua trasformazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2011, p. 467 ss.

locali associati, di cui pertanto devono considerarsi mera articolazione strutturale e funzionale.⁴⁵⁹

Per ricollocare la responsabilità politica per l'esercizio delle funzioni in capo ai comuni, i concreti meccanismi di governo dovrebbero assicurare che l'indirizzo espresso dall'ente intermedio emerga come conseguenza dell'accordo tra i comuni stessi.⁴⁶⁰

In questa prospettiva, si nota,⁴⁶¹ non dovrebbero essere affidate funzioni da gestire in rapporto di dualità con i comuni, come ad esempio funzioni di vigilanza o di programmazione dell'attività dei comuni, mentre sarebbe ben compatibile lo svolgimento di funzioni di supporto tecnico dell'attività comunale.

Inoltre possono venire in rilievo caratteristiche di tipo istituzionale connesse ad esempio alla composizione degli organi ed ai meccanismi decisionali.

L'accentuazione dei profili di diretta responsabilità politica delle amministrazioni comunali associate, può derivare dall'intensità della corrispondenza delle cariche, ad esempio con la previsione che gli organi dell'ente di area vasta non possano restare in carica nel caso in cui decadano dal loro ufficio in seno al comune di appartenenza.⁴⁶² Oppure prevedendo meccanismi di nomina degli organi di governo che consentano di garantire un certo grado di rappresentatività di tutte le classi di comuni comprese nell'ambito territoriale, assicurando adeguata rappresentanza anche agli interessi dei comuni di minori dimensioni. Ancora, il medesimo risultato si potrebbe avere assegnando i poteri decisionali ad organi collegiali in cui vi sia la rappresentanza totalitaria dei comuni associati, piuttosto che assegnando prevalenza ad organi elettivi di secondo grado che presentano maggiore attitudine ad esprimere un indirizzo

⁴⁵⁹ F. Pizzetti, *Le nuove province e le nuove forme di articolazione della democrazia locale*, in www.astrid-online.eu C. Napoli, *Il livello provinciale nella legislazione anticrisi del governo Monti*, in www.federalismi.it; L. Castelli, *Sulla diretta elettività degli organi rappresentativi della provincia*, in www.astrdi-online.eu.

⁴⁶⁰ F. Pizzetti, *Le nuove province e le nuove forme di articolazione della democrazia locale*, in www.astrid-online.eu, p. 23 ss., ritiene compatibile l'elezione di secondo grado proprio sottolineando che agli enti di area vasta compete il ruolo di coordinamento delle attività degli enti di base e, dunque, una quota dell'autonomia in principio spettante ai comuni stessi. Ritengono invece il modello incompatibile con la titolarità di autonomia politica e l'attribuzione di funzioni proprie, C. Napoli, *Il livello provinciale nella legislazione anticrisi del governo Monti*, in www.federalismi.it; L. Castelli, *Sulla diretta elettività degli organi rappresentativi della provincia*, in www.astrdi-online.eu.

⁴⁶¹ R. Bin, *Il nodo delle province*, cit., p. 907.

⁴⁶² R. Bin, *Il nodo delle province*, cit., p. 906.

politico amministrativo proprio anziché limitarsi al mero coordinamento in vista del raggiungimento di un accordo tra i comuni.

Sotto quest'ultimo profilo la Corte costituzionale ha però sottolineato come la presenza attiva dei Comuni nell'organizzazione e nell'esercizio delle funzioni dell'ente d'ambito non può privare quest'ultimo della potestà di decidere in via definitiva, operando una sintesi delle diverse istanze e dei concorrenti, e in ipotesi divergenti, interessi delle singole comunità territoriali.⁴⁶³ Pertanto, la necessità del contemperamento di interessi potenzialmente contrastanti, in cui di fatto si sostanzia l'attività di coordinamento, impone l'individuazione di meccanismi decisionali che devono per forza di cose sacrificare le istanze di alcuni, non risultando ammissibili sistemi che contemplino veti, pareri obbligatori o atti che in genere impediscano la formazione di un indirizzo unitario. Tale indirizzo sembrerebbe accentuare i profili di autonomia delle scelte degli enti di area vasta dal momento che l'assegnazione di competenze a soggetti rappresentativi di una comunità più estesa non consente di esaurire l'attività nel mero coordinamento delle scelte dei comuni ma impone, all'esito del bilanciamento tra le diverse istanze locali, l'individuazione dell'interesse pubblico prevalente facente capo al più ampio territorio rappresentato.⁴⁶⁴

3. L'esercizio delle funzioni di regolazione dei servizi pubblici locali alla luce dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti

Nella complessa attività di regolazione della concorrenza per il mercato gli enti affidanti devono prendere decisioni importanti con cui promuovere la concorrenza tra gli operatori in occasione della gara per l'affidamento della gestione, quali sono ad esempio quelle riguardanti la durata della concessione, il numero e la dimensione dei lotti, le condizioni del subentro nel possesso dei beni

⁴⁶³ Corte cost. 28 marzo 2013, n. 50.

⁴⁶⁴ D'altronde, volendo ricondurre la responsabilità politica degli atti posti in essere dall'ente intermedio direttamente in capo ai singoli amministratori locali che lo compongono, risulta difficile ammettere che un sindaco debba rispondere politicamente verso i propri elettori per scelte che egli ha contribuito a determinare soltanto per mezzo dell'espressione del voto con cui ha partecipato alla designazione degli organi di governo dell'ente di area vasta.

strumentali, l'eventuale trasferimento del personale impiegato dal precedente gestore.⁴⁶⁵

Si è altresì sottolineato gli enti locali hanno spesso preferito provvedere direttamente all'erogazione dei servizi a causa della difficoltà di indirizzare l'attività del gestore privato al soddisfacimento degli interessi collettivi tramite il contratto di servizio, soprattutto in presenza di affidamenti maggiormente complessi in cui vi è la necessità di provvedere alla realizzazione di investimenti specifici o alla prestazione di obblighi di servizio pubblico per i quali si deve determinare la giusta compensazione. La non agevole regolazione negoziale dell'attività privata è resa evidente da quelle situazioni di fallimento di mercato come l'incompletezza dei contratti e le asimmetrie informative esistenti nel rapporto tra ente affidante e gestore che incidono sul rischio che le parti negoziali assumano comportamenti opportunistici, generando una perdita di efficienza allocativa e l'esecuzione sub-ottimale della prestazione.⁴⁶⁶

D'altronde anche in caso di autoproduzione dei servizi sussistono notevoli criticità: l'amministrazione pubblica viene chiamata a svolgere numerosi e contrastanti compiti come la tutela dell'utenza, la difesa degli interessi dell'azienda pubblica, la salvaguardia dell'occupazione, la protezione dell'ambiente. Di fronte alle molteplici spinte cui è sottoposta, l'amministrazione - tra i vari interessi in gioco - tende a favorire quello rappresentato dal gruppo di potere più influente, il quale generalmente non corrisponde all'interesse dell'utenza.

Nella situazione descritta, l'assegnazione di funzioni di regolazione ad autorità indipendenti può in astratto giocare un ruolo importante anche nei settori di servizio pubblico locale che ancora prevedono l'attribuzione di diritti esclusivi ed una struttura di mercato monopolistica. Anzitutto esse possono accentuare i profili di separazione tra attività di indirizzo e compiti di gestione, anche in presenza di affidamenti *in house*, limitando lo spazio per comportamenti collusivi

⁴⁶⁵ L. Perfetti, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, cit., p. 51; G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., p. 51 ss.

⁴⁶⁶ G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, in G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di) *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, Milano, 2007, p. 85 ss.

degli enti titolari. Inoltre le autorità di regolamentazione di settore svolgono di norma funzioni di promozione della concorrenza mediante indirizzi e controlli attuati *ex ante*, mentre compiti di tutela della concorrenza, attuati *ex post*, sono svolti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. A livello regolativo invece le autorità sono in grado di sfruttare specifiche competenze tecniche mediante le quali contrastare il potere e limitare le rendite del monopolista. Grazie alla capacità di acquisire informazioni possono ridimensionare gli effetti dell'asimmetria informativa e favorire l'affidamento ottimale della gestione, stabilendo adeguati incentivi.⁴⁶⁷

Il modello di regolazione dell'attività svolta dalle imprese che gestiscono servizi pubblici locali si incentra sui vincoli che scaturiscano dal contratto di servizio stipulato con l'ente titolare del servizio dopo lo svolgimento della gara ad evidenza pubblica con cui avviene la selezione del gestore.

Conseguentemente, la maggior parte dei poteri regolativi affidati alle autorità indipendenti non sono direttamente rivolti a condizionare i comportamenti delle imprese esercenti la gestione, bensì sono indirizzati agli enti locali affinché questi li recepiscono, attuandoli all'interno del rapporto negoziale con il gestore. Da questo punto di vista i poteri attribuiti alle autorità indipendenti operanti nel campo dei servizi pubblici locali non hanno modificato sensibilmente il modello regolativo preesistente, basato sulla convenzione stipulata tra gestore ed ente titolare del servizio.⁴⁶⁸

Viene invece a configurarsi una relazione diretta tra autorità ed ente titolare del servizio che si sostanzia nell'obbligo di quest'ultimo di conformare i propri atti agli indirizzi regolativi dell'autorità.

⁴⁶⁷ A. Petretto, *Teoria dei contratti e regolamentazione dei servizi pubblici locali*, in G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di) *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, cit., p. 73 ss.

⁴⁶⁸ Non mancano, in realtà, anche poteri che si esplicano direttamente nei confronti del gestore: ad esempio la competenza ad adottare direttive per la trasparenza della contabilità e per la separazione contabile ed amministrativa. Tuttavia tale competenza è funzionale al corretto svolgimento delle competenze in materia tariffaria e di finanziamento che devono poi essere recepite dall'ente affidante. Del tutto indipendenti sono invece i poteri di vigilanza sulle imprese, i poteri sanzionatori e la possibilità di disporre indennizzi automatici a favore dell'utenza. Sottolinea invece il passaggio da una regolazione negoziale pressoché immutabile ad una nuova regolazione contrattuale *in progress*, periodicamente modificabile, soprattutto in ordine agli aspetti tariffari. *La regolazione dei servizi idrici. Primo rapporto*, Astrid, Aprile 2013, p. 32.

Si pensi anzitutto alla competenza in materia tariffaria che, esercitata con l'obiettivo di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva ed il contenimento dei costi per l'utenza, fornisce metodi e criteri rivolti alla fissazione delle tariffe da parte degli enti locali competenti.⁴⁶⁹

Chiaramente rivolte agli enti affidanti sono anche le competenze in materia di definizione dei livelli minimi e degli obiettivi di qualità dei servizi;⁴⁷⁰ la definizione degli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi in esclusiva⁴⁷¹ e le convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra ente affidante e gestore;⁴⁷² la competenza a proporre al soggetto affidante - in caso di violazione da parte del gestore - la sospensione, la decadenza o la revoca dell'affidamento.⁴⁷³

Le competenze delle autorità si estendono fino ad incidere sulla programmazione dell'attività svolta dagli enti di governo, funzione che più di quelle sopra elencate dovrebbe rivestire un carattere prevalente di discrezionalità politica.

L'Autorità dei trasporti può «sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico», mentre l'AEEGSI, in materia di servizi idrici, è addirittura chiamata a verificare la correttezza dei piani d'ambito, «esprimendo osservazioni, rilievi e impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra autorità competenti e gestori».

Tuttavia non è possibile definire in astratto lo spazio di autonomia e l'incisività del ruolo che gli enti affidanti continueranno a svolgere. Ciò dipende principalmente dalla concreta modalità di esercizio da parte delle autorità indipendenti delle proprie prerogative che può tradursi in una regolamentazione rigida e strettamente vincolante, oppure nella predisposizione di strumenti e

⁴⁶⁹ Con riferimento all'Autorità dei trasporti, si veda l'art. 37 comma 2 lett. b) del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201; riguardo l'AEEGSI, l'art. 3 comma 1 lettere c) e d) del d.p.c.m. 20 luglio 2012.

⁴⁷⁰ Art. 37 comma 2 lett. d) del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 ed art. 3 comma 1 lettera a) del d.p.c.m. 20 luglio 2012.

⁴⁷¹ Art. 37 comma 2 lett. f) del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201.

⁴⁷² Art. 3 comma 1 lettera b) del d.p.c.m. 20 luglio 2012.

⁴⁷³ Art. 37 comma 3 lett. c) del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 ed art. 3 comma 1 lettera a) del d.p.c.m. 20 luglio 2012.

soluzioni i cui effetti concreti sono rimessi alle scelte attuative compiute a livello locale.⁴⁷⁴

Se è vero che per molti aspetti le amministrazioni locali si trovano a dover semplicemente eseguire le decisioni assunte dal regolatore centrale,⁴⁷⁵ l'analisi dei principali orientamenti delle autorità indipendenti mostrano un quadro improntato prevalentemente alla flessibilità, approccio indispensabile per adeguare le scelte regolatorie alle notevoli differenze economiche e territoriali e dunque alle diverse esigenze di ciascun affidamento.

Nella prospettiva di adeguare le scelte di regolazione alle diverse necessità che contraddistinguono le rispettive gestioni, gli enti affidanti mantengono rilevanti spazi di autonomia, specie nel dare forma concreta agli obiettivi da perseguire, ad esempio incidendo sui livelli di incentivazione nei confronti del gestore, accordando priorità ad obiettivi di efficientamento o di investimento, così come nell'adozione di misure di promozione della concorrenza.

Queste ultime vengono a determinarsi come riflesso delle principali opzioni di regolazione,⁴⁷⁶ nonché direttamente con la predisposizione degli atti di gara mediante i quali si definiscono le regole oggettive e soggettive del confronto competitivo.⁴⁷⁷

Nei prossimi paragrafi si tenterà pertanto di analizzare le principali problematiche della regolazione dei servizi pubblici locali ed il modo in cui su di esse incidono i poteri finora in concreto esercitati dalle autorità indipendenti

⁴⁷⁴ Si osserva come non sia nitida la definizione del ruolo degli enti di governo dell'ambito rispetto ai poteri dell'AEEGSI. Il nuovo modello di regolazione dipende da come l'AEEGSI interpreterà il proprio ruolo, se definendo principi quadro o norme di dettaglio, tenuto conto della natura imperativa della sua regolazione in tema di convenzioni tipo, stabilita dall'attuale formulazione dell'art. 151 comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2006 dopo la riforma operata con il d.l. n. 133 del 2014. *Memoria per l'audizione presso l'VIII° Commissione permanente ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei deputati*, Anea - Associazione nazionale autorità ed enti d'ambito, Roma 25 settembre 2014.

⁴⁷⁵ Si osserva che i poteri spettanti agli enti di governo dei servizi pubblici in esame hanno perso buona parte della loro rilevanza dal momento che molte delle funzioni attribuite sono divenute mera esecuzione degli indirizzi posti dalle autorità indipendenti, specie in riferimento agli aspetti tariffari e di regolazione del rapporto con i soggetti gestori, mentre la funzione dove l'amministrazione pubblica continuerà ad esercitare maggiore autonomia è la scelta della forma di gestione. *La regolazione dei servizi idrici. Primo rapporto*, Astrid, Aprile 2013, p. 32.

⁴⁷⁶ I profili di autonomia e le connessioni tra disciplina dei contratti e promozione della concorrenza sono analizzati in A. Petretto, *Tutela della concorrenza e disciplina dei contratti. Un'analisi economica del diritto*, in G. Vettori, (a cura di), *Concorrenza e mercato, le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, p. 585 ss.

⁴⁷⁷ A. Pezzoli, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, cit. 385 ss.

nonché, di converso, quale ruolo sono chiamati a svolgere gli enti locali titolari dei servizi. Ciò, in particolare, può consentire di stabilire se l'approccio prospettato dalle autorità favorisce un generale incremento dell'adeguatezza dell'intervento pubblico, anche locale, nel governo delle complesse dinamiche della concorrenza per il mercato.

4. I servizi pubblici locali nell'attuazione delle norme a tutela concorrenza

Occorre anzitutto soffermarsi sulle principali criticità riguardanti il rapporto tra servizi pubblici locali e norme a tutela della concorrenza, dopo aver chiarito entro quali limiti tale disciplina sia applicabile anche nell'ambito dello svolgimento delle gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali. Nonostante tali settori abbiano mantenuto una struttura monopolistica con l'assegnazione di diritti esclusivi, l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza non incontra limiti specifici visto che con lo svolgimento della gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione si realizza comunque una concorrenza a monte, in cui le imprese si contendono la concessione dei servizi. Evidenziato in che modo la dimensione locale dei servizi può incidere sull'applicazione della disciplina antitrust, si cerca di mettere in luce il ruolo che gli enti affidanti svolgono nella valutazione della portata anticoncorrenziale dei comportamenti delle imprese, in relazione alle specifiche esigenze del singolo affidamento.

La Corte di giustizia ha sostenuto che non è affatto escluso che una sovvenzione pubblica, concessa a un'impresa attiva solo nella gestione di servizi locali o regionali possa incidere nondimeno sugli scambi tra Stati membri ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.⁴⁷⁸ Infatti, «quando uno Stato membro concede una

⁴⁷⁸ Anche la Commissione, nell'esercizio dei poteri attribuiti dal Trattato in materia di controllo degli aiuti di Stato, aveva avviato nei confronti dell'Italia la procedura di cui all'art. 88 par. 2 TCE, per violazione dell'art. 87 TCE. Essa ha in particolare ritenuto illegittimo l'art. 3, commi 69 e 70, della legge 549/95, con i quali venivano previste delle misure incentivanti a favore delle imprese pubbliche locali risultanti dalla trasformazione delle aziende municipalizzate in società per azioni, consistenti nell'esenzione triennale dall'imposta sui redditi, la possibilità di ottenere mutui a tassi agevolati dalla Cassa depositi e prestiti e l'esenzione fiscale dei trasferimenti effettuati al momento della costituzione. La sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 giugno 2009, causa C-222/04, che ha confermato la

sovvenzione pubblica a un'impresa, la fornitura di servizi di trasporto da parte della suddetta impresa può risultarne invariata o incrementata, con la conseguenza che le opportunità delle imprese aventi sede in altri Stati membri di fornire i loro servizi di trasporto sul mercato di tale Stato membro ne risultano diminuite».⁴⁷⁹

L'assunto dal quale trae origine la decisione è che nei settori di attività delle società ex lege n. 142/90, le imprese concorrono per aggiudicarsi le concessioni di servizi pubblici locali nei diversi comuni e tale mercato deve considerarsi aperto alla concorrenza.⁴⁸⁰

Per quanto concerne la condizione relativa all'incidenza sugli scambi interstatali, la circostanza che le società operino soltanto sul loro mercato nazionale o sul loro territorio di origine non è determinante. Infatti, gli scambi interstatali sono alterati dal provvedimento in questione quando le opportunità delle imprese con sede in altri Stati membri, di fornire i loro servizi sul mercato italiano, si trovano ridotte.⁴⁸¹ Sul presupposto dell'esistenza di un mercato per le concessioni di servizi pubblici aperto alla concorrenza comunitaria, la normativa *antitrust* è pienamente riferibile anche al settore dei servizi pubblici locali.⁴⁸²

In altri casi, quando si è trattato di individuare la rilevanza di alcuni mercati di servizio pubblico in riferimento a condotte anticoncorrenziali poste in essere direttamente dalle imprese, la giurisprudenza amministrativa non ha

decisione della Commissione 2003/193/CE, in risposta alle eccezioni sollevate dall'Italia, ha osservato che non esiste un livello o una percentuale al di sotto dei quali si possa ritenere che gli scambi tra Stati membri non possano essere alterati. Infatti, l'entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria non escludono a priori un'eventuale alterazione degli scambi tra Stati membri. § 44. Vedi inoltre Corte di giustizia, sent. 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione (punto 43); sent. 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, Spagna/Commissione (punto 42), e sent. 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark* (punto 81).

⁴⁷⁹ Corte di giustizia, sent. 24 luglio 2003, causa C.280/00, *Altmark*, (punti 76 e 77).

⁴⁸⁰ Il Tribunale sottolineando l'esistenza di un mercato concorrenziale per l'aggiudicazione delle concessioni, afferma come non possa escludersi che l'esistenza stessa dell'aiuto in favore delle società ex lege n. 142/90 abbia creato un incentivo per i comuni ad affidare direttamente i servizi, anziché rilasciare concessioni mediante gare d'appalto (punto 51).

⁴⁸¹ Infatti osserva il Tribunale § 51, da un lato, le misure in esame danneggiano le imprese straniere partecipanti a gare per concessioni locali di servizi pubblici in Italia, dato che le imprese pubbliche beneficiarie del regime in oggetto possono concorrere a prezzi più competitivi rispetto ai loro concorrenti nazionali o comunitari che non ne beneficiano. D'altra parte si evidenzia che i provvedimenti in questione possono facilitare l'espansione delle società ex lege n. 142/90 su altri mercati aperti alla concorrenza, producendo così effetti distorsivi pure in settori diversi da quelli dei servizi pubblici locali.

⁴⁸² G. Di Gaspare, *Servizi pubblici in trasformazione*, cit., p. 44 e 45, in tal senso sottolinea la fondamentale importanza che può avere un ragionevole esercizio del potere di controllo da parte della Commissione, ai fini della realizzazione del mercato comune.

utilizzato un criterio ampio come quello utilizzato in sede europea per la verifica di compatibilità delle compensazioni finanziarie con la disciplina sugli aiuti di Stato.

Elemento fondamentale alla base della configurazione dell'illecito *antitrust* è rappresentato dalla dimensione dello specifico mercato di servizio pubblico e dal riconoscimento della sua rilevanza comunitaria, nazionale oppure territoriale.⁴⁸³ La determinazione circa la rilevanza del mercato è essenziale per valutare l'effettiva portata lesiva dell'operazione sull'assetto del corrispondente mercato e consente eventualmente di rinvenire una delle ipotesi di illecito contemplate dalle norme comunitarie o nazionali.⁴⁸⁴ Di fronte ad un'intesa restrittiva conseguente alla costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese in sede di gara per l'aggiudicazione dell'affidamento del servizio idrico integrato,⁴⁸⁵ il Consiglio di stato - pur ammettendo che non si possa escludere che alle singole gare indette in Italia possano partecipare anche imprese stabilite in altri Stati membri - ha ritenuto che «in ragione delle diverse normative applicabili tanto a livello nazionale che a livello locale nei diversi Stati membri, avuto riguardo alle distinte regole di organizzazione delle gare e delle diverse responsabilità che devono assumersi le imprese aggiudicatrici, oltre che alle difficoltà obiettive delle imprese di entrare in contatto con le autorità locali, è da escludersi che il mercato dei servizi idrici integrati possa assumere una dimensione comunitaria».⁴⁸⁶

Riconoscendo rilevanza nazionale al mercato di riferimento, il raggruppamento temporaneo in questione è stato considerato un'intesa restrittiva in grado di falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza in una parte

⁴⁸³ Sul tema ed in particolare sugli orientamenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si veda L. Vasques, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999 p. 5 ss.

⁴⁸⁴ L'art. 101 del TFUE vieta infatti gli accordi fra le imprese che possano pregiudicare il commercio fra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza «all'interno del mercato interno», mentre l'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287 vieta le intese che abbiano effetti sulla concorrenza «all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante».

⁴⁸⁵ La vicenda riguarda la gara indetta nel 2002 dal Comune di Firenze per la cessione del 40% del capitale della società Publiacqua S.p.a., affidataria della gestione del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale ottimale n. 3 Medio Valdarno della Regione Toscana, cui hanno partecipato in r.t.i. le società Suez Environment s.a. ed Acea S.p.a.

⁴⁸⁶ Cons. Stato, sezione VI, sent. 24 settembre 2012, n. 5067; inoltre sulla definizione del mercato rilevante nel caso di gare per appalti pubblici, Cons. Stato, sez. VI, sent. 2 marzo 2004, n. 926; Cons. Stato, sez. VI, sent. 10 febbraio 2006, n. 548; Cons. Stato, sez. VI, sent. 11 gennaio 2010, n. 10.

rilevante del mercato nazionale, mentre la stessa condotta non avrebbe avuto la medesima portata lesiva se riferita al mercato interno europeo.⁴⁸⁷

Sanzionare i raggruppamenti temporanei di impresa da parte dell'Autorità antitrust per violazione del divieto di intese restrittive ex art. 2 l.n. 287/1990, presenta inoltre un evidente punto di frizione con la tendenza alla riorganizzazione della gestione dei servizi pubblici locali in ambiti di area vasta.⁴⁸⁸ Tale tendenza presuppone infatti un adeguamento anche dal lato dell'offerta mediante l'aggregazione di imprese, poiché l'ampliamento dei bacini di gara ha l'effetto di limitare l'accesso alle gare, innalzando le barriere finanziarie legate alla necessità di disporre di risorse sufficienti per affrontare i costi per la concessione del servizio e per sostenerne la gestione durante tutto il periodo dell'affidamento.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto che un'associazione temporanea tra imprese, messa in atto per partecipare ad una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale⁴⁸⁹ costituisce un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287,⁴⁹⁰ quando l'ATI si presenta sovradimensionata in quanto i

⁴⁸⁷ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto invece di dimensione geografica meramente locale, pari all'area di attribuzione di ciascuna concessione esclusiva, un servizio pubblico caratterizzato da condizioni di monopolio naturale e svolto in monopolio legale (Provvedimento del 2 agosto 2012, n. 23794). La comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997 ha indicato i principali criteri per valutare le dinamiche concorrenziali che consentono di determinare la rilevanza del mercato tra cui, la sostituibilità dal lato della domanda, consistente nel valutare la possibilità per i clienti, a fronte di un aumento dei prezzi, di rivolgersi ad imprese situate in altre zone, a breve termine e con costi ragionevoli, non è di fatto applicabile a servizi svolti in regime di esclusiva; la sostituibilità dal lato dell'offerta, valuta invece la capacità delle altre imprese di reagire ad aumenti di prezzo modificando il processo produttivo ed immettendo sul mercato prodotti analoghi, senza significativi costi aggiuntivi o rischi eccessivi. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia si veda, sent. 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo c. Commissione*; sent. 1 luglio 2008, C-49/07, *Motoe*.

⁴⁸⁸ Il comma 1 bis dell'art. 3 bis del D.L. 138/2011, introdotto con il d.l. 179 del 18 ottobre 2012 stabilisce la modalità di esercizio delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica individuando il soggetto legittimato ad esercitarle nell'ente di governo d'ambito o bacino territoriale ottimale e omogeneo, istituito o designato dalla regione.

⁴⁸⁹ Il settore del gas naturale è stato interessato da una recente riforma che, allo scopo di migliorare l'organizzazione del servizio e ridurre la frammentazione dell'offerta di distribuzione, ha diviso il territorio nazionale in 177 ATEM (ambiti territoriali minimi), ciascuno costituito da una pluralità di comuni, cui spetta il compito di affidare il servizio mediante un'unica gara. Il d.m. 19 gennaio 2011 del Ministero dello sviluppo economico di concerto con il Ministero per i rapporti con le Regioni e la coesione territoriale, recante la determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale ed il d.m. 12 novembre 2011 n. 226 recante il Regolamento sui criteri di gara e la valutazione delle offerte per l'affidamento del servizio, sono intervenuti sulla configurazione della domanda, riducendo il numero dei distributori. Si è inoltre confermato il principio dell'affidamento in esclusiva mediante gara da parte degli enti locali ed è stata prevista una disciplina uniforme sullo svolgimento delle gare per ottenerne la concessione.

⁴⁹⁰ Il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 2 agosto 2012, n. 23794,

partecipanti possiedono ciascuno autonomamente i requisiti di partecipazione. Si è ritenuto che il raggruppamento, formato dagli *incumbent* uscenti avesse «finalità anticoncorrenziali e più specificamente meramente ripartitorie, miranti a replicare lo *status quo* precedente alla gara. Ciò ha consentito di eliminare l'unica verosimile concorrenza attendibile in sede di gara, ossia quella tra i due soli gestori *incumbent*, e di ottenere il servizio alle condizioni economiche e tecniche minime previste dal bando».⁴⁹¹ In tal modo l'Autorità mira a salvaguardare una verosimile concorrenza di gara e preservare il più possibile la “concorrenza per il mercato” sul presupposto che le gare per l'affidamento del servizio hanno un'importanza cruciale, poiché sono l'unica occasione per l'esplicitarsi della concorrenza nella distribuzione del gas naturale.⁴⁹²

Tale orientamento può certamente essere riferito ai gestori uscenti che già detengono significative quote di mercato; al contrario, nel contesto dell'attuale ampliamento dei bacini di gara, bisogna tenere in considerazione che limitazioni alla possibilità di ricorrere a raggruppamenti temporanei di imprese rischia di penalizzare le imprese più piccole che non possiedono autonomamente i requisiti di partecipazione, diminuendo ulteriormente il confronto in sede di gara.⁴⁹³

Per evitare che l'applicazione di norme a tutela della concorrenza si risolva in una riduzione ingiustificata del confronto competitivo in sede di gara, è essenziale procedere alla verifica in concreto che il comportamento contestato sia rivolto a finalità anticoncorrenziali, attraverso l'individuazione dell'effettiva causa dell'accordo concluso tra le parti, quale essa è desumibile dal concreto atteggiarsi

ha riguardato l'associazione temporanea di imprese costituita da Linea Distribuzione S.r.l. e da E. On Rete S.r.l., per partecipare alla gara per l'affidamento della distribuzione del gas naturale bandita nel 2010 dal Comune di Casalmaggiore, quale capofila di altri sette comuni del cremasco.

⁴⁹¹ § 214, AGCM, 2 agosto 2012, n. 23794

⁴⁹² Configurando la gara come sede della concorrenza tra imprese per la concessione del servizio di distribuzione del gas, l'AGCM ha sanzionato gli accordi che avessero come effetto di ridurre il numero dei potenziali concorrenti in gara; oppure incrementare i vantaggi in sede di gara per gli operatori già presenti negli ATEM interessati (*incumbent*); o ancora, attuare un coordinamento tra imprese di distribuzione concorrenti nella partecipazione ad una pluralità di gare. Si vedano inoltre i provvedimenti, 17 aprile 2013, n. 24320, Italgas/Isontina rete gas; 23 gennaio 2013, n. 21184, E.S.T.R.A. /Grosseto energia ambiente.

⁴⁹³ L. De Sanctis, *Accordi tra distributori di gas per partecipare alle gare*, 2013, in www.dirittodeiservizipubblici.it, osserva che l'approccio dell'Autorità potrebbe impedire accordi in cui sono presenti gli *incumbent* ma che non hanno in realtà effetti negativi sulla concorrenza: ad esempio tra operatori che posseggono i requisiti per poter partecipare individualmente e che si associano per presentare il migliore piano di investimenti e di sviluppo della rete. Oppure accordi al fine di ridurre il rischio finanziario legato ad una singola gara, risparmiando risorse da impegnare nella partecipazione ad altre gare.

degli interessi.⁴⁹⁴ In mancanza di questo presupposto si finirebbe per sanzionare un soggetto per il solo fatto di aver partecipato alla gara. Il rapporto tra tutela della concorrenza e procedure concorrenziali ad evidenza pubblica, impone che l'intento anticoncorrenziale della condotta venga rigorosamente accertato, ammettendo l'esclusione di imprese dalla gara soltanto quando ciò sia funzionale al miglior risultato concorrenziale.

In questa direzione si assestano le posizioni della giurisprudenza amministrativa.⁴⁹⁵ Nella vicenda richiamata, l'Autorità aveva ritenuto che la costituzione del raggruppamento sovradimensionato fosse di per sé una condotta rientrante nel divieto dell'art. 2 della l. n. 287/1990, a meno che le imprese non avessero dimostrato che il raggruppamento consentisse dei guadagni in termini di efficienza. Il Tar del Lazio⁴⁹⁶ ha annullato il provvedimento dell'Autorità non ritenendo provato che le parti avessero concordato di restringere in misura significativa la concorrenza nel mercato rilevante ed ha precisato invece che «le associazioni temporanee di imprese hanno sempre e comunque la facoltà di presentare offerte senza necessità di dimostrare incrementi di efficienza nella gestione». I confini tra evidenza pubblica e tutela della concorrenza devono pertanto essere definiti escludendo limitazioni alla partecipazione delle gare per ragioni *antitrust* che non rispondano ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, soprattutto se meramente astratta e non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto. In questo modo l'esclusione di imprese dalle gare resta soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia in sé, sia con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alla utilità economica sperata dalla stazione appaltante, cosicché la tutela della concorrenza nell'evidenza pubblica va governata all'interno della gara, salvo comportamenti contrari al confronto concorrenziale, in presenza di motivate ragioni direttamente incidenti sulle esigenze della stessa gara.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ In tal senso, Cons. Stato, sent. 15 gennaio 2002 n. 150; Cons. Stato, sent. 18 dicembre 2002, n. 7028.

⁴⁹⁵ Il Consiglio di Stato ritiene illeciti per contrasto con il diritto della concorrenza soltanto i raggruppamenti espressione di accordi più ampi finalizzati alla ripartizione dei mercati: sent. 24 settembre 2012, n. 5067; sent. 11 giugno 2012, n. 3402; sent. 9 aprile 2009, n. 2203; sent. 10 febbraio 2006, n. 548.

⁴⁹⁶ Tar Lazio, sez. I, sent. 7 maggio 2013, n. 4478.

⁴⁹⁷ Vedi Cons. Stato, sent. 11 giugno 2012, n. 3402, richiamato da Tar Lazio, sez. I, sent. 7 maggio 2013, n. 4478.

La giusta considerazione dei possibili effetti dei comportamenti delle imprese rispetto ai risultati attesi dal confronto competitivo, tenendo conto della specifica situazione settoriale, deve essere compiuta anzitutto dagli stessi enti affidanti. Questi potranno infatti condizionare i comportamenti delle imprese stabilendo già nel bando di gara gli specifici requisiti di partecipazione e le cause di esclusione, bilanciando i molteplici interessi in gioco. Regole che comportano la riduzione del numero di imprese che partecipano alle gare si giustificano ad esempio con la necessità di ammettere soltanto operatori economici di particolare affidabilità sotto il profilo tecnico e finanziario, oppure per consentire alle imprese una riorganizzazione aziendale efficiente, decidendo di non limitare l'ammissione alla gara dei raggruppamenti temporanei. Quest'ultima scelta però andrà compiuta anche avendo presente che, in relazione alle caratteristiche dell'affidamento, talune aggregazioni, come quelle sovrabbondanti, potrebbero presentare delle finalità anticoncorrenziali e sortire effetti negativi sull'esito della gara.

Al riguardo l'art. 4 comma 11 lett. d) del d.l. 138 del 2011⁴⁹⁸ sanciva espressamente che il bando di gara, al fine di tutelare la concorrenza, «può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento». La struttura del mercato concorrenziale che prende forma con la gara per l'affidamento della gestione è dunque anche conseguenza delle scelte operate dagli enti titolari dei servizi, scelte che hanno l'effetto di ampliare o restringere la possibile partecipazione delle imprese alle gare.

⁴⁹⁸ Norma abrogata per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012.

5. Gli obiettivi della regolazione finalizzata a limitare gli inconvenienti dovuti all'incompletezza dei contratti di servizio

Un contratto può definirsi incompleto quando non prevede obblighi e diritti specifici per tutte le circostanze che possono verificarsi e che sarebbe invece opportuno considerare.⁴⁹⁹ Tale condizione viene ritenuta inevitabile nei contratti di lunga durata come i contratti di servizio e viene fatta dipendere da cause legate alla limitata razionalità delle parti, quali l'intrinseca ambiguità e vaghezza dei termini dell'accordo, errori che possono essere commessi al momento della negoziazione, i costi di transazione che occorre sostenere per cercare di prevedere e regolare tutte le possibili evenienze già nel momento della redazione materiale del contratto.

L'incompletezza può anche derivare da situazioni di asimmetria informativa tra le parti, che si verificano quando diritti ed obblighi reciproci dovrebbero dipendere da fattori non verificabili da soggetti terzi o non osservabili dall'altra parte contraente, risultando pertanto impossibile farne discendere conseguenze giuridiche in quanto la parte in posizione di asimmetria non può verificare direttamente, oppure dimostrare in giudizio, un eventuale inadempimento.⁵⁰⁰

La teoria economica ha sostenuto che quando un contratto incompleto presuppone la realizzazione di investimenti specifici, il loro livello è generalmente inferiore a quello ottimale, cioè non si avrà un livello efficiente di investimenti. Ciò dal momento che un soggetto è razionalmente incentivato a tenere comportamenti efficienti quando le conseguenze delle sue azioni sono destinate a ripercuotersi positivamente a suo vantaggio. In mancanza di tale garanzia, dovuta all'incompletezza contrattuale, le parti tendono a porre in essere livelli di investimento sub-ottimali.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Si nota che la concorrenza per il mercato è in grado di promuovere l'efficienza e l'efficacia delle gestioni non soltanto qualora si svolga un effettivo confronto competitivo, ma anche quando siano correttamente definiti quegli elementi su cui il confronto deve svolgersi e che costituiscono il contenuto degli impegni che vincoleranno ente affidante e impresa per il periodo di tempo stabilito nel contratto di servizio. F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, pp. 9-10.

⁵⁰⁰ A. Petretto, *Teoria dei contratti e regolamentazione dei servizi pubblici*, cit., p. 66.

⁵⁰¹ O. Hart, J. Moore, *Property rights and the nature of the firm*, LSE (Stirced), *Discussion paper*

Nel caso del servizio idrico il basso tasso di realizzazione degli investimenti programmati nei piani d'ambito può certamente essere addebitato ad una incompletezza non dovuta a situazioni di asimmetria informativa, dato che l'effettiva realizzazione degli interventi programmati può essere ben verificabile dall'ente affidante.⁵⁰² Se gli scarsi investimenti realizzati trovano spiegazione anzitutto nella difficoltà di recuperare in tempi ragionevoli il capitale investito a causa di tariffe in genere molto contenute, ciò è piuttosto addebitabile all'inadeguatezza del sistema tariffario e, in secondo luogo, alla scarsa funzione incentivante delle eventuali penali previste nel contratto per il caso di inadempimento.⁵⁰³

L'incompletezza dovuta ad asimmetrie informative può invece determinare investimenti sub-ottimali qualora gli eventuali investimenti da parte del gestore possano produrre una riduzione dei costi o un aumento della qualità non effettivamente verificabili dalla controparte, pertanto non in grado di produrre un'utilità diretta per il gestore stesso. Ciò è quanto può accadere per una riduzione dei costi o un incremento della qualità del servizio oltre gli standard minimi fissati dal regolatore. Ad esempio nella realizzazione di una nuova opera, migliore è la qualità dell'opera compiuta, minori saranno i costi per la sua manutenzione; oppure con l'introduzione di una nuova tecnologia è possibile raggiungere standard più elevati o garantire gli standard minimi a costi inferiori rispetto a quelli prestabiliti.

Nella regolazione della qualità se è possibile stabilire degli standard minimi e controllare che il gestore non vada al di sotto di essi, è difficile invece osservare in modo oggettivo ogni variazione in positivo e far sì che la sua introduzione produca un ritorno per il gestore e dunque lo incentivi a propendere per azioni efficienti.⁵⁰⁴

88/174, 1988.

⁵⁰² G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, p. 105.

⁵⁰³ Come sottolineato al cap. 3 par. 4, nei piani d'ambito già approvati sono stati previsti rilevanti investimenti da destinare sia all'ammodernamento delle reti esistenti, per intervenire sul problema delle perdite idriche, sia alla costruzione di nuove infrastrutture, al fine di incrementare il livello di copertura del territorio soprattutto per quanto riguarda le fognature e gli impianti di depurazione. La copertura del servizio fognario si attesta all'84,7%, mentre solo il 70,4% del territorio nazionale è servito da impianti di depurazione. Dati elaborati da *Utilitatis*, *Blue Book* e rapporto *Conviri*.

⁵⁰⁴ G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una*

Quanto osservato può spiegare, insieme all'impossibilità per gli enti affidanti di aggiornare con frequenza gli standard minimi di qualità a causa della lunga durata dei contratti, la bassa propensione all'innovazione ed agli incrementi di qualità registrata nei settori analizzati. Scarsa qualità che, ad esempio, nel trasporto pubblico locale è all'origine della bassa domanda proveniente dall'utenza e di conseguenza degli scarsi ricavi da traffico rispetto ai finanziamenti pubblici.⁵⁰⁵

Il problema di consentire al gestore di fare propri i benefici conseguenti ad investimenti sulla qualità potrebbe essere superato con specifiche regolamentazioni che, ad esempio, consentano di realizzare gli investimenti senza ricorrere a capitale di rischio. In tal caso il gestore sarebbe incentivato dal poter utilizzare a proprio vantaggio gli incrementi di efficienza dovuti all'investimento senza affrontare i rischi dell'operazione. Oppure consentendo al gestore di vedere remunerati gli incrementi di efficienza realizzati mediante l'indennità di riscatto degli impianti al termine dell'affidamento. In questo caso criteri corretti di determinazione dell'indennità potrebbero incentivare l'efficienza degli investimenti del gestore.⁵⁰⁶ In alternativa è possibile limitare la situazione di asimmetria informativa affidando ad autorità indipendenti di regolazione la fissazione nel tempo di standard minimi di qualità tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e rendendo possibile la loro revisione anche nel corso del rapporto contrattuale di lunga durata.

L'incompletezza dei contratti può dare luogo anche alla frequente necessità di rinegoziazione del contenuto dei contratti, in particolare laddove si verificano situazioni non previste e regolate dal contratto incompleto e le parti intendano raggiungere un nuovo accordo con il quale mantenere la funzionalità del rapporto e prevenire eventuali contenziosi in sede giudiziaria.⁵⁰⁷ Il rischio di una rinegoziazione genera però incertezza sulle conseguenze degli eventi futuri e ciò

analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti, p. 105.

⁵⁰⁵ La copertura dei costi con i ricavi da traffico a livello nazionale ancora nel 2013 non arrivava al 30% (29,6%). Dati *Isofort Asstra*.

⁵⁰⁶ G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, p. 107.

⁵⁰⁷ P. Aghion, M. Dewatripont, P. Rey, *Renegotiation design with unverifiable information*, lead article in *Econometrica*, 1994, 62(2), p. 257 ss.

induce le parti a comportamenti inefficienti ed opportunistici ancor prima che si apra l'eventuale fase di rinegoziazione del contratto.

Per prevenire tale situazione ed incrementare il livello di efficienza dei comportamenti delle parti⁵⁰⁸ si dovrebbe indicare, nel modo il più possibile esaustivo, come addivenire ad una rideterminazione dei diritti e degli obblighi contrattuali,⁵⁰⁹ anche tenendo conto delle diverse prassi settoriali e specificando i casi in cui è possibile la revisione del contratto, ad esempio a seguito della variazione dei livelli di domanda o di costo, per il sopravvenire di nuove tecnologie, per le mutate esigenze sociali ecc.⁵¹⁰ Altrettanto importante è dare spazio alla definizione di una rinegoziazione di tipo procedurale, individuando le modalità con cui addivenire alla variazione, ad esempio prevedendo l'intervento dell'autorità di regolazione o stabilendo l'obbligo di appositi negoziati; oppure, se possibile per le caratteristiche settoriali, prevedere già i termini di una rinegoziazione sostanziale, ad esempio fissando i limiti massimi di variazione di prezzi o quantità ammessi in sede di revisione.⁵¹¹

Ricapitolando, può sostenersi che l'incompletezza incide su alcuni aspetti specifici del rapporto tra gestore ed ente affidante: anzitutto fa emergere i costi di transazione che in particolare gli enti affidanti devono sopportare nella fase di redazione materiale della convenzione proprio allo scopo di regolamentare nel modo più efficace i possibili accadimenti futuri; inoltre l'incompletezza produce in

⁵⁰⁸ A questo riguardo le autorità indipendenti, predisponendo convenzioni tipo, possono ridurre notevolmente i costi di transazione che si verificano in caso di incompletezza dei contratti, anche mediante l'inserimento di clausole che prevedano presupposti e modalità di rinegoziazione di alcuni contenuti del contratto. In tal senso si vedano le osservazioni contenute nell'allegato A alla Delibera n. 46 del 2014 dell'Autorità di regolazione dei trasporti, contenente il «*Documento di consultazione sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale*».

⁵⁰⁹ J. L. Guasch, *Affidamenti e rinegoziazioni nel settore infrastrutturale: una visione d'insieme*, in *La convenzione di affidamento e la regolazione*, cit., p. 38, sottolinea però che la rinegoziazione dovrebbe avvenire soltanto quando giustificata da contingenze specificate nel contratto iniziale o da imprevisti di grossa portata. Al contrario una rinegoziazione opportunistica mina l'integrità della concessione e riduce l'efficienza dato che non è soggetta alle pressioni di tipo concorrenziale insite nella gara ad evidenza pubblica.

⁵¹⁰ La previsione di sistemi tariffari con cui vengono predeterminati i criteri di calcolo della remunerazione del gestore, consentono di ridurre gli inconvenienti della rinegoziazione ed aumentare la stabilità della relazione contrattuale. Questa funzione viene certamente svolta dal nuovo metodo tariffario idrico approvato dall'AEEGSI con la delibera n. 643/2013/R/IDR. In generale può affermarsi che gli strumenti di regolazione messi a disposizione dall'ordinamento giuridico per affrontare i costi di contrattazione, disciplinando i processi di variazione e rinegoziazione degli elementi del contratto, sono le convenzioni tipo ed i sistemi tariffari.

⁵¹¹ A. Schwartz, *Legal contract theories and incomplete contracts*, in L. Werin, H. Wijkander (eds.), *Contract economics*, 1992, Blackwell publishers.

generare un livello inefficiente di investimenti ed una scarsa propensione all'innovazione con ripercussioni sulla qualità dei servizi; infine, l'inevitabile incompletezza dei contratti di lunga durata, impone di trovare già nel contratto di servizio giusti sistemi di rinegoziazione di alcune sue parti, mediante i quali mantenere l'equilibrio della relazione negoziale ed evitare che le parti adottino comportamenti opportunistici ancor prima che si presenti la necessità di rinegoziazione.

6. I possibili rimedi alla luce del nuovo quadro della regolazione

Le criticità segnalate sono state osservate nelle realtà settoriali analizzate. Sia nel trasporto pubblico che nei servizi idrici si è avuto fino ad oggi un basso livello di investimenti, scarsa qualità nei servizi erogati, incertezza dei rapporti giuridici.

Si tratta ora, in particolare, di verificare se il nuovo ruolo ed i poteri attribuiti alla regolazione indipendente nel campo dei servizi pubblici locali possa contribuire a limitare gli inconvenienti dovuti all'incompletezza dei contratti, in particolare mediante l'esercizio delle funzioni di regolazione in materia tariffaria, di predisposizione delle convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra ente affidante e gestori e le competenze concernenti la fissazione di standard minimi di qualità.

Per quanto concerne il rischio di un livello inefficiente degli investimenti specifici, cioè di quelli programmati ed inclusi nel contratto di servizio,⁵¹² si è detto che ciò, anzitutto, può dipendere dall'inadeguatezza del sistema tariffario, incapace di garantire ricavi sufficienti per assicurare il raggiungimento degli obiettivi prestabiliti.⁵¹³

⁵¹² Invece, abbiamo visto, secondo le teorie economiche sui contratti incompleti, il problema degli scarsi investimenti rivolti ad un generale miglioramento della qualità ed efficienza della gestione, anche oltre gli standard minimi prefissati, può dipendere dall'assenza di adeguati incentivi alla loro realizzazione.

⁵¹³ La difficoltà principale del settore idrico è consistita nelle tariffe molto basse. Garantire l'adeguatezza delle scelte tariffarie compiute dall'ente di governo dell'ambito territoriale può favorire l'ingresso di finanziatori privati nella misura in cui viene effettivamente assicurato il

L'intero procedimento di approvazione delle tariffe dei servizi idrici predisposto dall'AEEGSI è rivolto proprio ad assicurare la coerenza tra il piano degli interventi ed il piano economico-finanziario predisposti dall'ente d'ambito, contenenti le decisioni sugli investimenti e sull'aumento dei livelli tariffari.⁵¹⁴

L'art. 5 della delibera n. 643/2013/R/IDR dispone infatti che l'ente d'ambito definisce gli obiettivi da perseguire e, acquisita la proposta del gestore riguardo agli interventi necessari al relativo conseguimento, redige il programma degli interventi; inoltre predispone la tariffa e redige coerentemente - adottando con proprio atto deliberativo di approvazione - il piano economico-finanziario (fino al termine dell'affidamento) che garantisca il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario.⁵¹⁵

Il programma degli interventi ed il piano economico-finanziario sono sottoposti a procedimento di verifica da parte dell'Autorità, nell'ambito dell'istruttoria finalizzata all'approvazione delle predisposizioni tariffarie, allo scopo di valutare la coerenza degli elaborati con gli obiettivi di servizio e con le predisposizioni tariffarie elaborate sulla base del metodo tariffario vigente, nonché il rispetto dell'equilibrio economico-finanziario della gestione del servizio idrico integrato.⁵¹⁶

recupero degli investimenti attraverso le entrate tariffarie in tempi certi e ragionevoli. V. *supra*, cap. 3 par. 4.

⁵¹⁴ Il metodo tariffario idrico adotta un nuovo approccio di regolazione, che prevede preliminarmente la individuazione degli obiettivi prioritari fissati per il territorio da parte degli enti d'ambito, individuando quindi la relazione tra tali obiettivi, gli interventi conseguentemente necessari per raggiungerli, il fabbisogno di risorse coerente con gli obiettivi selezionati e l'entità dei corrispettivi applicati all'utenza, attraverso la possibilità di adottare uno degli schemi regolatori in funzione del fabbisogno di investimenti per i quattro anni successivi (in rapporto al valore delle infrastrutture esistenti) e i costi operativi necessari al raggiungimento degli obiettivi specifici. Si vedano in proposito i commenti di, *Il nuovo metodo tariffario per il servizio idrico integrato*, Agenia, Marzo 2014.

⁵¹⁵ Conseguentemente deve trasmettere all'autorità, ai fini della loro approvazione, il programma degli interventi; il piano economico-finanziario, che esplicita il vincolo ai ricavi del gestore e il moltiplicatore tariffario θ ; una relazione di accompagnamento che ripercorra la metodologia applicata; l'atto o gli atti deliberativi di predisposizione tariffaria ovvero di approvazione dell'aggiornamento del piano economico-finanziario; l'aggiornamento dei dati necessari richiesti secondo le modalità indicate alla determina n° 2/2014.

⁵¹⁶ Si osserva che il costante aggiornamento del piano economico finanziario, praticamente con cadenza annuale, imposto dal metodo tariffario, rende ormai superata la disciplina recata dal d.lgs. n. 152 del 2006. Pertanto occorrerebbe adeguare le previsioni dell'art. 149 in materia di revisione dei piani d'ambito, ad esempio espungendo da esso proprio il piano economico finanziario. *Memoria per l'audizione presso l'VIII° Commissione permanente ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei deputati*, Anea - Associazione nazionale autorità ed enti d'ambito, Roma 25 settembre 2014.

Nonostante il controllo dell'AEEGSI sia diretto a creare le condizioni per la realizzazione degli investimenti programmati, un freno sarebbe potuto derivare dalla previsione del periodo di ammortamento degli investimenti stabilito nel nuovo metodo tariffario sulla base del criterio della vita utile degli impianti.⁵¹⁷ L'allungamento del periodo di ammortamento che ne consegue e, dunque, anche l'allungamento del recupero dell'investimento da parte del gestore, può rappresentare un disincentivo alla realizzazione di nuove infrastrutture. Allo scopo di favorire gli investimenti, specie se il gestore deve ricorrere a capitale di debito, l'Autorità ha da ultimo nuovamente consentito la possibilità di prevedere l'ammortamento con il criterio finanziario. La programmazione del recupero degli investimenti in tempi più ridotti deve comunque risultare compatibile con il tetto massimo di variazione tariffaria in aumento stabilito dal metodo tariffario. Gli schemi regolatori definiti dall'AEEGSI, per facilitare tale eventualità, sono suddivisi in quattro quadranti, consentendo nelle ipotesi in cui siano necessari maggiori investimenti (terzo e quarto quadrante), un incremento tariffario fino al 9% anziché fino al 6,5% (limite previsto per gli schemi regolatori del primo e secondo quadrante).

Sotto un diverso profilo la mancata realizzazione degli investimenti programmati può dipendere anche dalla mancanza di adeguati sistemi incentivanti come la previsione e l'effettiva applicazione di penali in caso di inadempimento.

Sul tema degli incentivi all'osservanza da parte del gestore degli impegni assunti in via contrattuale, l'attuale quadro regolatorio prefigura un contributo delle autorità indipendenti sia mediante una diretta attività di vigilanza, unitamente alla predisposizione di specifiche premialità e penalità,⁵¹⁸ sia la possibilità che appropriati schemi di incentivazione vengano introdotti tramite il recepimento delle convenzioni tipo definite dalle autorità stesse.

⁵¹⁷ Peraltro l'AEEGSI ha previsto un aumento generale della vita utile degli impianti rispetto a quanto era indicato nel precedente metodo tariffario normalizzato, passando ad esempio per le costruzioni leggere da 10 a 40 anni, per i serbatoi da 25 a 50 anni, per le condutture da 20 a 40 anni.

⁵¹⁸ L'art. 3 comma 1 lettera a) del d.p.c.m. 20 luglio 2012 prevede che l'AEEGSI vigila sulle modalità di erogazione del servizio di ogni singolo gestore ed a tal fine prevede premialità e penalità. L'art. 37 comma 3 lett. f) del d.l. 201 del 2011 stabilisce che l'Autorità dei trasporti «ordina la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti sottoposti a regolazione, disponendo le misure opportune di ripristino».

In particolare l'Autorità dei trasporti ha sottolineato⁵¹⁹ che un adeguato equilibrio di premi e sanzioni applicati nei confronti dell'affidatario all'esito di un'attività di monitoraggio può giovare al recupero di efficienza e di economicità e contribuire a migliorare le prestazioni a vantaggio degli utenti. «Elementi oggettivi possono essere desunti dal confronto tra obiettivi e risultati per ciascun indicatore di qualità, prestazione dovuta (ivi compresi, ove previsti, gli investimenti) ed efficienza, il cui peso relativo è definito dall'ente affidante in ragione delle sue priorità. In particolare, le sanzioni possono consistere in trattenute sul corrispettivo da parte dell'ente affidante e/o nella prescrizione di riduzioni obbligatorie dei prezzi che il gestore è obbligato a praticare a favore degli utenti. In luogo delle sanzioni, possono essere richiesti impegni a rimuovere le cause dell'inadempimento contestato o, in caso di mancato raggiungimento degli standard, a prevedere forme di compensazione o indennizzo». Si evince che al fine di incentivare l'attuazione degli investimenti programmati, questi possono essere considerati nel contratto di servizio alla stregua di un indicatore di qualità, collegando ai risultati ottenuti dal gestore premi o sanzioni, eventualmente sostituibili con l'impegno alla realizzazione dei livelli di investimento previsti.

Sull'obiettivo del rispetto degli standard minimi stabiliti dal contratto può però influire significativamente anche la programmazione attuata dalle autorità locali. Le aziende di trasporto sottolineano la necessità che i parametri utilizzati, oltre ad essere oggettivi e verificabili, dipendano effettivamente dall'attività del gestore e non siano, viceversa, fattori esogeni sui quali il gestore non ha alcuna possibilità di incidere. Ad esempio, si osserva, la velocità commerciale dipende da una serie di fattori e scelte attinenti la pianificazione, la programmazione, la dotazione infrastrutturale nonché la viabilità. Analogamente gli obiettivi di *load factor* o di produttività, nonché di copertura dei costi con i ricavi da traffico, dipendono in larga parte da scelte degli enti affidanti competenti per l'individuazione dei servizi o nella materia tariffaria. In quest'ottica viene segnalata l'opportunità di introdurre nelle convenzioni tipo anche meccanismi di premi e sanzioni rivolti agli enti affidanti e connessi al rispetto degli impegni e

⁵¹⁹ Allegato A alla Delibera n. 46 del 2014 dell'Autorità di regolazione dei trasporti, contenente il «Documento di consultazione sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale».

degli obiettivi attribuibili alla loro responsabilità.⁵²⁰ Ciò potrebbe avere l'effetto positivo di indurre l'adozione di adeguate politiche della mobilità, quali ad esempio la realizzazione di corsie preferenziali, di interventi infrastrutturali che migliorino le *performance* dei servizi, con possibili risparmi nelle compensazioni.⁵²¹

La previsione ed applicazione di sanzioni come incentivo al corretto adempimento degli obblighi contrattuali presenta evidenti frizioni con la necessità di consentire il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario dell'impresa e con il principio di continuità nell'erogazione dei servizi pubblici. La continuità del servizio è in pericolo tanto qualora l'entità delle sanzioni non sia per l'impresa sostenibile, costringendola all'interruzione dell'attività, quanto nel caso in cui l'inadempimento del gestore sia di gravità tale da comportare la risoluzione del contratto. Alla luce di tale pericolo l'ente affidante, proprio per assicurare la prosecuzione del servizio potrebbe non essere orientato ad applicare le sanzioni previste oppure essere indotto ad applicarle in misura inferiore.⁵²² In ogni caso l'aspettativa del gestore che le penalità non saranno applicate in misura tale da compromettere la prosecuzione dell'attività, riduce notevolmente l'effetto incentivante del sistema sanzionatorio.

La questione è all'esame delle autorità: l'AEEGSI con la deliberazione 465/2014/R/IDR ha esteso la consultazione in essere alla «disciplina delle conseguenze derivanti dall'eventuale cessazione anticipata dell'affidamento».⁵²³ Invece l'Autorità dei trasporti con la deliberazione n. 46 del 2014, come già sopra

⁵²⁰ Osservazioni al documento di consultazione dell'Autorità dei trasporti sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale, documento 2, Asstra – Associazione trasporti, in <http://www.autorita-trasporti.it/consultazione-sulle-questioni-regolatorie-relative-allassegnazione-in-esclusiva-dei-servizi-di-transporto-pubblico-locale/>, p. 20.

⁵²¹ E' evidente come il problema dell'efficienza e della qualità dei servizi pubblici locali non riguardi soltanto il corretto operato del gestore, ma coinvolga direttamente la pubblica amministrazione chiamata ad operare scelte corrette di programmazione ed opportune politiche di sostegno. Tuttavia è difficile che il contenuto di tali politiche, la cui definizione dipende da contingenze diverse legate alle caratteristiche geografiche e socio economiche dei territori di riferimento, si concretizzi in impegni precisi che possano essere oggetto della regolazione ed eventualmente inclusi nel contratto di servizio.

⁵²² Sulle difficoltà degli enti locali nella fase di controllo ex post, Cfr. F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit., p. 349. La rilevanza del principio della continuità del servizio nella regolazione dei servizi pubblici viene evidenziata da G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, p. 117 ss.

⁵²³ Ciò dovendo adeguare il contenuto delle convenzioni-tipo a quanto disposto dall'attuale formulazione dell'art. 151 del d.lgs. n. 152 del 2006, come modificato dall'art. 7 comma 1 lett. e) n. 5 del decreto legge n. 133 del 2014, convertito con la legge 11 novembre 2014, n. 164.

evidenziato, ritiene che l'applicazione di sanzioni potrebbe essere evitata con l'impegno da parte del gestore a rimuovere le cause dell'inadempimento contestato. Le penalità dovrebbero in ogni caso rispondere a criteri di proporzionalità e basarsi su un criterio di bilanciamento, cioè su un equilibrio ponderale tra premi e sanzioni in forza del quale l'ammontare dei premi massimi complessivamente previsti non ecceda quello delle penali massime complessive.⁵²⁴

Diverso è il problema dell'introduzione di meccanismi in grado di incentivare gli investimenti per miglioramenti della qualità e dell'efficienza anche oltre gli standard stabiliti dal contratto. Si è visto che a tal fine si dovrebbero prevedere sistemi che consentano al gestore di internalizzare gli effetti positivi della loro realizzazione. Questi potrebbero riguardare sia il ricorso a capitale non di rischio, sia la possibilità che gli investimenti del gestore vengano valorizzati nel momento della determinazione dell'indennità di riscatto degli impianti al termine dell'affidamento.

Se il ricorso al capitale non di rischio prefigura un aumento dei finanziamenti pubblici del tutto improbabile nell'attuale momento di crisi,⁵²⁵ entrambe le autorità indipendenti si sono invece soffermate sull'importanza della definizione dei criteri per la valutazione del valore residuo degli investimenti realizzati dal gestore uscente.

L'Autorità dei trasporti ha al riguardo sottolineato che la determinazione dei criteri del valore di subentro dei beni essenziali deve, da un lato, garantire al gestore uscente il riconoscimento degli investimenti non ancora ammortizzati e, dall'altro, evitare che il confronto competitivo sia sbilanciato a favore di soggetti che godono di una posizione di vantaggio in virtù di una precedente dominanza del mercato. Dunque, il problema di incentivare il gestore ad effettuare investimenti deve essere risolto considerando anche che valori di riscatto molto elevati possono rappresentare una barriera all'entrata nel mercato. Per questo vi è

⁵²⁴ Allegato A alla Delibera n. 46 del 2014 dell'Autorità di regolazione dei trasporti, cit., p. 14.

⁵²⁵ Però con riferimento al settore idrico, come evidenziato nel cap. 3 par. 4, col fine preciso di garantire l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla normativa europea in materia di gestione dei servizi idrici, l'art. 7 comma 6 del decreto legge 133 del 12 settembre 2014, ha istituito presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare un apposito Fondo destinato al finanziamento degli interventi relativi alle risorse idriche.

la necessità, oltre che di prestabilire periodi di ammortamento uniformi in relazione alla natura dei diversi cespiti, anche di tenere conto, nel calcolo del valore residuo, se il bene sia stato acquistato con il sostegno della pubblica amministrazione,⁵²⁶ decurtando in questo caso dal valore di mercato del bene la quota di contributo pubblico.

L' AEEGSI con la deliberazione 465/2014/R/IDR del 25 settembre 2014, concernente la «Rinnovazione del procedimento avviato con deliberazione dell'autorità 412/2013/R/IDR, per la predisposizione di una o più convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio idrico integrato» ha esteso l'oggetto dei propri orientamenti anche alla definizione dei criteri e modalità per la valutazione del valore residuo degli investimenti realizzati dal gestore uscente e per la definizione del valore di rimborso che dovrà essere corrisposto al gestore uscente alla scadenza dell'affidamento.⁵²⁷ Incentivi agli investimenti per il miglioramento della qualità e dell'efficienza potrebbero non essere necessari qualora fosse invece possibile un adeguamento degli standard minimi anche nel corso dell'affidamento, in forza di decisioni delle Autorità di regolazione che abbiano la forza di integrare e modificare le convenzioni in essere. Entrambe le Autorità hanno specifica competenza nel definire i livelli minimi e gli obiettivi di qualità dei servizi. Tuttavia non è chiaro se una volta che queste avranno provveduto, gli standard minimi stabiliti integreranno automaticamente le convenzioni, oppure vincoleranno i gestori soltanto dopo essere stati recepiti dall'ente affidante nel contratto di servizio in occasione dell'affidamento successivo.⁵²⁸ Il fatto che l'Autorità dei trasporti stia trattando il

⁵²⁶ In particolare, in caso di acquisto con finanziamenti pubblici l'autorità propone di far riferimento al costo storico di acquisizione rivalutato sulla base di un indice dei prezzi di produzione ISTAT relativo alla categoria "mezzi di trasporto" riferito al periodo di durata media del bene. Invece in caso di acquisto in autofinanziamento i beni potrebbero essere valutati ad un valore di mercato compreso fra quello di realizzo e quello di sostituzione, ribassato in funzione della quota di vita utile del bene ceduto e della obsolescenza dello stesso. *Allegato A alla Delibera n. 46 del 2014*, cit., p. 16.

⁵²⁷ L'estensione dell'intervento dell'Autorità si è reso necessario anche in questo caso per effetto delle modifiche all'art. 151 del d.lgs. n. 152 del 2006 apportate dall'art. 7, comma 1 lett. e), del decreto legge n. 133 del 2014, il quale ha espressamente sancito che le convenzioni tipo predisposte dall'Autorità dispongano anche su questo aspetto.

⁵²⁸ Mentre l'attuale art. 151 comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2006 prevedendo che «Le convenzioni esistenti devono essere integrate in conformità alle previsioni di cui al comma 2, secondo le modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico», sembra attribuire natura imperativa al contenuto delle convenzioni tipo predisposte dall'AEEGSI, per il trasporto pubblico, l'art. 37 comma 2 lett. f) del d.l. n. 201 del 2011, si limita a stabilire che l'Autorità dei

tema nell'ambito della consultazione per la definizione delle convenzioni-tipo fa ritenere che essa propenda per la seconda soluzione. Ciò sembra tra l'altro una soluzione obbligata ove si pensi che anche qualora l'autorità stabilisca standard ed indicatori quali-quantitativi, è necessario che le convenzioni precisino le modalità di calcolo e di rilevazione degli indicatori. Tuttavia tenuto conto che la gestione della qualità presenta un profilo dinamico, in funzione dell'evoluzione dei bisogni degli utenti e dell'avanzamento tecnologico, già in sede di gara si dovrebbero indicare i livelli ed obiettivi di miglioramento.⁵²⁹ Non sembra però che una regolamentazione degli incrementi qualitativi basata su meri obiettivi da perseguire sia adatta a fornire giusti incentivi al gestore,⁵³⁰ cosicché rimane centrale il ruolo degli eventuali finanziamenti pubblici e la giusta considerazione degli aumenti di valore dei beni strumentali nel momento della determinazione dell'indennità di riscatto. Fermo restando che anche l'eventuale allungamento del periodo delle concessioni favorisce la possibilità che il gestore riesca ad internalizzare, nel corso di una gestione prolungata, i risultati positivi degli investimenti effettuati.⁵³¹

Passando al tema della rinegoziazione, occorre distinguere la necessità di rinegoziazione dei corrispettivi, problema che attiene prevalentemente alla definizione dei sistemi di finanziamento e di aggiornamento delle tariffe - cui si collegano aspetti connessi all'incentivazione dell'efficienza del gestore ed alla corretta allocazione del rischio di impresa - dalla necessità di rideterminazione della prestazione oggetto dell'affidamento. Quest'ultima questione riveste importanza soprattutto nel trasporto pubblico locale, settore in cui di recente, a causa della riduzione dei finanziamenti pubblici, è avvenuta una rilevante riprogrammazione dei servizi, anche di quelli oggetto di contratti di servizio già in essere.

Si è visto che, sotto il profilo economico, la riduzione dello stato di incertezza legato all'esito di possibili rinegoziazioni future, grazie alla

trasporti è competente a definire gli schemi delle convenzioni di affidamento.

⁵²⁹ Autorità dei trasporti, *allegato A alla delibera n. 46 del 2014*, cit., p. 13.

⁵³⁰ Soprattutto perché a causa dell'incompletezza contrattuale risulta impossibile prevedere già nel momento della definizione del contratto di servizio l'evoluzione futura dei bisogni dell'utenza ed i risultati dell'avanzamento tecnologico.

⁵³¹ A. Petretto, *Teoria dei contratti e regolamentazione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 73.

predeterminazione della relativa modalità, può incentivare comportamenti efficienti delle parti fin dall'inizio dell'esecuzione del contratto. Infatti future rinegoziazioni possono alterare l'equilibrio economico dell'impresa che, a causa della rigidità dei costi, si pensi in particolare al costo del lavoro, rischiano di non riuscire ad adeguare la propria organizzazione ad eventuali riduzioni della prestazione. A ciò si aggiunga che la modificazione sostanziale dell'oggetto del contratto potrebbe finire per vanificare gli esiti del confronto concorrenziale in sede di gara. Infatti se i concorrenti sono messi nelle condizioni di ritenere che una rinegoziazione nel corso dell'affidamento sia probabile oltre che fattibile, diminuisce la loro spinta a presentare offerte ragionevoli e la gara, plausibilmente, non selezionerà il gestore più efficiente.⁵³²

Questi fattori evidenziano l'importanza di prevedere nelle convenzioni di affidamento casi e modalità di rinegoziazione, ma anche che tale eventualità venga ammessa entro limiti ben definiti, così da non intaccare il sinallagma originario del contratto e non ledere la concorrenza.

A questo riguardo l'Autorità dei trasporti, tenendo conto della concreta possibilità che l'ente affidante intenda rimodulare la programmazione dei servizi a causa della scarsità delle risorse o per scelte di opportunità legate alle mutate esigenze dell'utenza, ha proposto di inserire nelle convenzioni-tipo una regolazione sostanziale delle variazioni contrattuali mediante apposite clausole che contemplino detta facoltà ed al contempo ne stabiliscano effetti e limiti.⁵³³

Nelle osservazioni pervenute all'autorità si evidenzia da più parti che le variazioni non dovrebbero mettere a rischio la sostenibilità del contratto. Ciò può in concreto dipendere dall'incidenza di fattori esogeni che accentuano la rigidità verso il basso dei costi di impresa, quali ad esempio la disciplina degli investimenti e le clausole sociali. In quest'ottica più rigidi sono i vincoli di investimento e di tutela del personale, maggiore è la rigidità dei costi e, quindi, l'insostenibilità economica da parte del gestore di variazioni eccessive in diminuzione.⁵³⁴ Dunque casi e modalità di rinegoziazione dovrebbero essere

⁵³² J. L. Guasch, *Affidamenti e rinegoziazioni nel settore infrastrutturale: una visione d'insieme*, in *La convenzione di affidamento e la regolazione*, cit., p. 38.

⁵³³ Autorità dei trasporti, *allegato A alla delibera n. 46 del 2014*, cit., p. 9.

⁵³⁴ *Osservazioni al documento di consultazione dell'Autorità dei trasporti sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale*, documento 2, Asstra –

indicati tenendo conto del quadro complessivo della regolazione negoziale a livello settoriale, con il fine di bilanciare la necessità di preservare l'equilibrio economico dell'impresa e le eventuali esigenze di rimodulazione dei servizi minimi da parte degli enti affidanti.⁵³⁵

Infine le clausole di trasferimento del personale eventualmente previste ed inserite nei bandi di gara presentano diverse implicazioni di cui i regolatori locali devono tenere conto. Per ridurre le asimmetrie informative tra *incumbent* ed altri concorrenti, vi è anzitutto la necessità che vengano fornite già in sede di gara indicazioni esaustive sulla consistenza e sulle caratteristiche del personale impiegato nei servizi oggetto della convenzione. Occorre pertanto mettere a disposizione dei partecipanti alle gare, prima della presentazione delle offerte, informazioni dettagliate sull'eventuale accordo sindacale sottoscritto e sul personale oggetto di trasferimento (ad esempio il numero dei dipendenti interessati, la qualifica, funzione, anzianità, situazione previdenziale, indennità, ecc.). D'altra parte l'Autorità dei trasporti sottolinea che, «affinché la clausola non risulti eccessivamente onerosa, si deve ritenere che il trasferimento del personale non possa che essere parziale e limitato a quello effettivamente funzionale all'esercizio del servizio messo a gara». L'opportunità di limitare il trasferimento del personale dal vecchio al nuovo gestore riveste particolare importanza proprio in quei settori in cui una parte significativa dell'inefficienza produttiva viene addebitata all'esistenza di organici sovradimensionati.⁵³⁶

Sarebbe altresì positiva la prospettiva di un efficientamento almeno sotto il profilo del contenimento dell'entità del trattamento economico già goduto dal personale trasferito.

Associazione trasporti, in <http://www.autorita-trasporti.it/consultazione-sulle-questioni-regolatorie-relative-allassegnazione-in-esclusiva-dei-servizi-di-trasporto-pubblico-locale/>, p. 13.

⁵³⁵ Ad esempio nei contratti di servizio del trasporto pubblico locale è generalmente prevista una sorta di franchigia contrattuale che consente variazioni della prestazione del 2 o 3 % senza che ne consegua alcuna variazione dei corrispettivi. Invece, si osserva, il limite alle variazioni che incidono sui corrispettivi potrebbe ragionevolmente essere posto sulla soglia del 15% della prestazione originariamente pattuita. *Osservazioni al documento di consultazione dell'Autorità dei trasporti*, cit., p.14.

⁵³⁶ Il peso degli organici sovra-dimensionati sui risultati economici delle aziende di trasporto pubblico è evidenziato da, A Giuricin, U. Arrigo, *Come fare viaggiare gratis i romani e ridurre le tasse di 550 milioni*, in *IBL focus n. 230*, Istituto Bruno Leoni, 5 Marzo 2014, in www.brunoleoni.it. V. retro, cap. 4 par. 3.

Tuttavia l'attuale disciplina posta dall'art. 2112 c.c. in materia di trasferimento d'azienda sembra precludere la realizzazione di quanto prospettato. Anzitutto l'attuale campo di applicazione della disciplina protettiva⁵³⁷ si basa su una specifica nozione di trasferimento che sussiste in occasione di «qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica, organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».⁵³⁸ Ciò significa che in quei settori di servizio pubblico locale in cui all'esito del subentro del nuovo gestore vi sia identità degli elementi aziendali, ad esempio in conseguenza dell'obbligo di mettere a disposizione i beni strumentali essenziali, si può ritenere configurabile⁵³⁹ un'ipotesi di trasferimento d'azienda disciplinato dalle norme europee e da quelle nazionali di recepimento.⁵⁴⁰

Sotto il profilo sostanziale l'art. 2112 stabilisce anzitutto che «il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano», aggiungendo poi che il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza. Dunque per quanto concerne l'eventuale revisione dei trattamenti economici già riconosciuti al

⁵³⁷ La formulazione originaria dell'art. 2112 era riferita soltanto alle fattispecie dell'alienazione, dell'affitto e dell'usufrutto.

⁵³⁸ Ad esempio nel trasporto pubblico locale il trasferimento del personale al nuovo gestore era già previsto dall'art. 26 del r.d. 8 gennaio 1931, n. 148 e poi confermato dall'art. 18 comma 2 lett. e) del d.lgs. 422 del 1997 il quale, in vista dell'apertura del settore alla concorrenza per il mercato, ha stabilito che negli atti di gara venga data indicazione delle modalità di trasferimento del personale dipendente «con riferimento a quanto disposto dall' art. 26 del r.d. 8 gennaio 1931, n. 148».

⁵³⁹ L'effettiva identità del complesso aziendale trasferito può tuttavia non riscontrarsi in ogni settore. Cass. n. 11918/2013 ha evidenziato che ai fini del trasferimento d'azienda, la disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ. postula soltanto che il complesso organizzato dei beni dell'impresa - nella sua identità obiettiva - sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, potendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione. Tuttavia, non può ravvisarsi un trasferimento d'azienda in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, ove non sia dimostrato un passaggio di beni di non trascurabile entità, e tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa.

⁵⁴⁰ In particolare le direttive 77/187/CEE e 2001/23/CE, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia che ha ritenuto applicabile la disciplina protettiva anche qualora il trasferimento fosse l'effetto di un provvedimento della pubblica autorità come in caso di mutamento del soggetto concessionario d'un pubblico servizio (Corte giust., sez. V, 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo e altri*), di passaggio dei dipendenti dall'Azienda di Stato per i servizi telefonici ASST a Telecom s.p.a., all'epoca Sip (Corte giust., sez. VI, 14 settembre 2000, causa C-343/98, *Collino e altro c. Telecom Italia Spa*), di trasferimento di una lavoratrice dal servizio sanitario britannico ad un soggetto privato (Corte giust., 4 giugno 2002, causa C-164-2000), di acquisizione da parte di un Comune di concessioni di servizi pubblici in precedenza affidati ad imprese concessionarie private (Corte giust., 29 luglio 2010, sez. III, causa C-151/09, *Federacion de servicios publicos de la UGT*).

personale impiegato, anche se stabiliti dai contratti integrativi di livello aziendale, si configurano per il nuovo affidatario precisi limiti di carattere temporale.

7. Le asimmetrie informative e la regolazione tariffaria

Quanto analizzato nei paragrafi precedenti circa la conseguenze dell'incompletezza contrattuale, consistenti soprattutto nel rischio di comportamenti inefficienti ed opportunistici del gestore privato, è da considerare possibile effetto anche della situazione di asimmetria informativa tra impresa ed ente affidante. Infatti i meccanismi incentivanti adottati per contrastare le conseguenze dell'asimmetria, possono anch'essi determinare uno stato di incertezza al quale in genere conseguono investimenti sub-ottimali e probabili esigenze di rinegoziazione degli elementi economici del contratto.⁵⁴¹

Quando sussistono asimmetrie informative tra regolatore ed impresa monopolista vi è la necessità di elaborare meccanismi contrattuali o regolatori che incentivino l'impresa a comportarsi in modo efficiente ed a rivelare le informazioni di cui dispone.⁵⁴²

Negli schemi di regolazione economica dei monopoli privati vengono generalmente considerate le asimmetrie che riguardano le informazioni nascoste, quali quelle relative ai costi reali della gestione del servizio, nonché le azioni nascoste, ad esempio quelle azioni che consentirebbero di ridurre i costi o incrementare la qualità del servizio.⁵⁴³

In linea teorica la risposta regolatoria è diversa nei due casi: per ridurre le informazioni nascoste riguardanti i costi del servizio può essere sufficiente introdurre sistemi tariffari basati sui costi effettivi e provvedere ad una loro

⁵⁴¹ Sul tema degli incentivi derivanti dai sistemi tariffari, C. Shugart, I. Alexander, *Risk, volatility and smoothing: regulatory options for controlling prices*, Mimeo, 1999.

⁵⁴² Per l'analisi del modello di regolamentazione della teoria degli incentivi e dell'informazione asimmetrica, J. J. Laffont, D. Martimort, *The theory of incentives: the principal-agent model*, Princeton University press, 2002.

⁵⁴³ A. Petretto, *Teoria dei contratti e regolamentazione dei servizi pubblici locali*, cit. p. 75.

corretta rilevazione *ex post*, eventualmente assistita da obblighi di separazione contabile e di comunicazione di dati.⁵⁴⁴

Al contrario per contrastare le asimmetrie concernenti le azioni nascoste ed incentivare comportamenti efficienti del gestore, occorrerebbe determinare la tariffa prescindendo dai costi effettivi. Rendendo i ricavi dell'impresa indipendenti dai suoi costi è possibile indurre il gestore a compiere scelte tecnologiche più efficienti.⁵⁴⁵

Nel primo caso si tratta di utilizzare metodi tariffari basati sul principio *cost of service* quale ad esempio il metodo *rate of return* (ROR), consistente in una regolamentazione tariffaria completamente *cost based* in cui i prezzi sono stabiliti in modo da generare ricavi in grado di coprire i costi operativi stimati dall'impresa e garantire un ragionevole tasso di profitto. Invece il tipico sistema tariffario incentivante è il *price cap*, regolamentazione dei prezzi che pone un limite massimo alle variazioni delle tariffe le quali sono vincolate nel tempo alle variazioni del tasso di inflazione e alle variazioni di grandezze che esprimono l'efficienza produttiva, la qualità e gli eventuali costi inattesi. In concreto il metodo in esame comporta che se l'azienda rispetta l'obiettivo di efficienza produttiva stabilito dal regolatore si manterrà inalterato il valore reale delle tariffe, poiché il minor aumento tariffario rispetto a quello richiesto dall'inflazione sarà compensato da un aumento della produttività che si traduce in una riduzione dei costi o in un aumento dei ricavi.

Se l'azienda registrerà un incremento di produttività inferiore al valore prefissato, subirà invece un non completo adeguamento dei livelli tariffari al tasso di inflazione ed in tal modo essa è incentivata affinché ciò non avvenga.

Se l'azienda registrerà invece una produttività maggiore rispetto a quella prefissata, oltre ad avere risorse per compensare il minor aumento tariffario rispetto a quello richiesto dall'inflazione, avrà ulteriori risorse che potranno essere

⁵⁴⁴ Alle autorità indipendenti di regolazione operanti nel settore idrico e nel trasporto pubblico locale è infatti affidato anche il compito di introdurre per il gestore obblighi di informazione e di separazione contabile ed amministrativa, fondamentali per assicurare il corretto esercizio delle funzioni di regolazione e l'assetto concorrenziale del mercato. Si vedano in proposito l'art. 37 comma 3 lett. b) del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 e l'art. 3 comma 1 lettera g) del d.p.c.m. 20 luglio 2012.

⁵⁴⁵ Le implicazioni della teoria degli incentivi rispetto alla regolazione tariffaria dei servizi idrici sono analizzate da, G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, p. 95 ss.

trattenute per investimenti o trasferite direttamente all'utente tramite una riduzione delle tariffe.⁵⁴⁶ Sistemi altamente incentivanti come il *price cap* onerano però l'impresa del rischio di subire perdite economiche di esercizio, in particolare quando non vengono ottenuti gli incrementi di produttività richiesti. In questo caso possono sorgere richieste dell'impresa di procedere ad una rinegoziazione degli elementi economici del contratto al fine di veder riconosciuta almeno una copertura parziale delle perdite, eventualmente evocando il principio dell'eccessiva onerosità o il principio tariffario della integrale copertura dei costi.⁵⁴⁷ Dunque, se il metodo tariffario *price cap* ha il merito di incentivare un generale recupero di efficienza produttiva, esso può in realtà comportare l'allocazione di rischi eccessivi sull'impresa.⁵⁴⁸

Tenuto conto che i processi di rinegoziazione sono in genere complessi e costosi e che lo stesso ente affidante ha interesse all'equilibrio economico dell'impresa, necessario per assicurare la continuità del servizio, può risultare preferibile in taluni casi una remunerazione *cost of service*.

Questo sistema, riconoscendo il pagamento di ogni extra costo, permette che il processo di variazione tariffaria avvenga senza frizioni dal momento che il profitto dell'impresa è già definito *ex ante*.

In altri termini vi è un problema di allocazione del rischio qualora in sistemi di *fix price*, come il *price cap*, il gestore si trovi a subire perdite economiche, specie se ciò dipende da fattori a lui non direttamente imputabili ma piuttosto causati da ipotesi di forza maggiore. In questa ipotesi, così come quando l'ente a causa di imprevisti richiede una diversa prestazione, vi è la necessità di rinegoziare le partite economiche del contratto. Tuttavia detta rinegoziazione avviene in una situazione di asimmetria informativa in cui soltanto il gestore conosce il costo reale della variazione rispetto a quello pattuito in origine, pertanto l'impresa cercherà di approfittare della situazione per incrementare i propri

⁵⁴⁶ Sul *price-cap* e gli effetti dei diversi metodi tariffari utilizzati, G. Ronco, *Appunti di regolazione tariffaria, Energia elettrica gas acqua. Metodi tariffari a confronto*, giugno 2012, in www.ato2roma.it.

⁵⁴⁷ Il principio della integrale copertura dei costi oltre che essere previsto dalle normative di settore viene espressamente sancito anche dall'art. 117 comma 1 lett. a) del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

⁵⁴⁸ Per un'analisi riferita alla situazione del settore idrico, L. Danesi, M. Passarelli, P. Peruzzi, *La riforma dei servizi idrici: la regolazione locale, il contratto e gli incentivi*, in *La convenzione di affidamento e la regolazione*, cit., p. 259 ss.

profitti. Al contrario remunerazioni di tipo *cost of service* consentono una riduzione dei costi di rinegoziazione dal momento che tale modello conserva a favore dell'impresa il tasso di profitto già definito *ex ante*.⁵⁴⁹

L'adozione di un sistema tariffario incentivante di tipo *fix cost*, come il metodo *price cap*, impone inoltre al regolatore di verificare che l'impresa non cerchi di realizzare gli incrementi di efficienza produttiva programmata mediante risparmi sui costi che vadano a scapito della qualità dei servizi erogati. A fronte di tale rischio assumono importanza fondamentale la predeterminazione degli standard minimi di qualità, il controllo sul loro rispetto e la previsione di sistemi premiali legati al raggiungimento degli obiettivi prefissati.⁵⁵⁰

Tuttavia la regolazione della qualità presuppone che nel settore interessato vi siano a disposizione indicatori oggettivi degli standard raggiunti e la concreta possibilità della loro rilevazione, tenuto conto che molti aspetti della qualità, pur potendo essere percepiti dall'utenza e dal regolatore, risultano difficilmente misurabili in modo oggettivo.

Anche quando l'*enforcement* dei termini contrattuali risulta complicato può essere preferibile l'adozione di una formula tariffaria *rate of return*. Con essa il gestore è spinto in misura molto inferiore ad ottenere incrementi di produttività, cosicché anche il controllo sul perseguimento degli standard di qualità risulta di minore importanza. Tuttavia, a causa del fatto che il gestore non ha incentivi all'efficientamento della produzione, sussiste la necessità di provvedere ad un'attenta verifica della congruità dei costi dichiarati.⁵⁵¹

Evidenziate le implicazioni principali connesse all'adozione di sistemi tariffari incentivanti, si deve anche segnalare che, in concreto, sono frequenti contratti complessi che presentano una remunerazione incentivante soltanto per

⁵⁴⁹ C. D'Alpaos, P. Valbonesi, *Una valutazione delle ipotesi di revisione del Metodo tariffario normalizzato per il servizio idrico integrato*, in *Ec. pubbl.*, 2006, 5-6, p. 97 ss.

⁵⁵⁰ In merito alle connessioni tra regolazione tariffaria e regolazione della qualità viene evidenziata, G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, cit., p. 96.

⁵⁵¹ Sussiste il rischio che in forza del principio dell'integrale copertura dei costi ed in mancanza di incentivi al miglioramento dei risultati economici della gestione mediante recuperi di efficienza, la copertura si estenda anche ai costi inefficienti. Per tale ragione nel trasporto pubblico locale si intende parametrare la quantificazione dei corrispettivi a costi standard predefiniti. Questi tra l'altro possono essere utilizzati anche come strumento di verifica della congruità delle compensazioni già riconosciute ai gestori in sede di revisione dei corrispettivi.

alcune voci di costo, riconoscendo invece, per altri aspetti, il pieno rimborso dei costi sostenuti.

8. L'incentivazione all'efficienza negli schemi di regolazione tariffaria proposti dalle autorità indipendenti

Il metodo tariffario dei servizi idrici predisposto dall'AEEGSI con la deliberazione n. 643 del 2013 si fonda proprio sulla coesistenza di criteri *full cost recovery* e *price cap*, applicati a voci diverse dei costi operativi.⁵⁵²

I costi operativi da riconoscere in tariffa sono distinti in costi esogeni aggiornabili ed in costi endogeni efficientabili. I primi sono sottoposti ad aggiornamento al fine di assicurare la copertura dei costi effettivamente sostenuti in quanto riguardano costi la cui variazione non dipende dall'efficienza del gestore e sono facilmente verificabili dal regolatore, come ad esempio i costi per l'energia elettrica e per i canoni da versare ai proprietari delle infrastrutture.⁵⁵³

Il riconoscimento in tariffa dei costi esogeni efficientabili avviene invece sulla base di un parametro di riferimento rispetto al quale il gestore, in base ai propri risultati operativi, potrà ottenere o meno incrementi di produttività.

Qualora siano applicati al gestore gli schemi regolatori corrispondenti al primo e terzo quadrante, relativi ad ipotesi in cui non vi sono stati cambiamenti sistemici dell'attività, i costi efficientabili sono dati dalla media tra i costi efficientabili dell'anno $a-2$ e quelli previsti dal piano d'ambito dello stesso anno $a-2$ più l'inflazione.⁵⁵⁴ Se invece vi sono stati cambiamenti sistemici nell'attività del gestore e si rientra dunque nel secondo o quarto quadrante, il valore dei costi efficientabili viene direttamente definito dall'ente d'ambito. In particolare gli enti d'ambito rivedono i costi operativi di piano in presenza di cambiamenti sistemici

⁵⁵² Per una recente analisi della regolazione del servizio idrico, A. Travi, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014.

⁵⁵³ Una lettura complessiva delle misure contenute nel sistema tariffario viene data da, *Il nuovo metodo tariffario per il servizio idrico integrato*, Agenia, Marzo 2014.

⁵⁵⁴ Si consideri che per la tariffa del 2014 si devono considerare i costi efficientabili dell'anno 2013, i quali sono stati determinati dal metodo tariffario transitorio in misura pari ai costi efficientabili consuntivati nell'anno 2011.

riguardanti, ad esempio, il territorio fornito, i servizi forniti, la richiesta di livelli qualitativi più elevati.⁵⁵⁵

Individuati i costi da riconoscere in tariffa, comprendenti oltre quelli operativi di cui sopra anche i costi del capitale,⁵⁵⁶ si determina il moltiplicatore tariffario θ di ciascun anno, determinato ai sensi dell'articolo 4 dell'Allegato A della delibera 643/2013.

Il moltiplicatore tariffario, cioè l'indice di aumento che applicato alla tariffa precedente determina la misura delle nuove tariffe,⁵⁵⁷ viene definito in base al rapporto tra i costi riconosciuti (ovvero i costi operativi e di capitale come specificati sopra) e le tariffe dell'anno (a-2),⁵⁵⁸ tenendo conto degli eventuali effetti delle altre attività idriche.

Il metodo *price cap* pone un limite all'incremento tariffario rispetto al periodo precedente, limite determinato ai sensi dell'articolo 4 dell'Allegato A della delibera 643/2013, tenendo conto dell'inflazione programmata fissata all'1,5%, del fattore K che è il limite di prezzo posto pari al 5%, e dello schema regolatorio individuato, il quale consente incrementi maggiori (fino al 9%) rispetto al tetto del 6,5%, per i quadranti che presentano la necessità di ingenti investimenti.

Per favorire gli investimenti destinando finanziamenti ulteriori rispetto al capitale proprio reperito dal gestore, gli enti d'ambito possono a propria discrezione costituire il FoNI, cioè il fondo per i nuovi investimenti da mettere a disposizione dell'impresa. Questo è composto dalle somme rimosse a titolo di ammortamento sui finanziamenti a fondo perduto, dalle somme rimosse per il finanziamento dei nuovi investimenti e dalle somme rimosse a titolo di eccedenza

⁵⁵⁵ Le modifiche dei costi operativi di piano nei quadranti II° e IV° sono ammesse a condizione che la richiesta sia basata su dati oggettivi (aumento del territorio servito, aumento dei servizi forniti) e vengano adottati criteri di contenimento dei costi operativi, razionali ed ispirati alla minimizzazione dei costi, tenendo in considerazione i potenziali effetti di scala.

⁵⁵⁶ I costi del capitale sono costituiti da oneri finanziari, calcolati con la metodologia standard *Wacc* (*Weighted average cost of capital*) e fissati al 4,19%; oneri fiscali generati dall'IRES e che si traducono in una maggiorazione dell'1,87% del costo del capitale; dalla quota di ammortamento calcolata di norma sulla base del criterio della vita utile regolatoria come definita dall'AEEGSI per ciascuna categoria di cespiti.

⁵⁵⁷ I corrispettivi applicati all'utenza sono determinati applicando il moltiplicatore tariffario θ alle quote fisse e variabili della struttura tariffaria dell'anno -2.

⁵⁵⁸ Le tariffe dell'anno di riferimento vengono valorizzate alla luce dei volumi effettivamente fatturati allo scopo di superare le problematiche verificatesi in passato per lo scostamento dei volumi effettivi fatturati rispetto a quelli programmati nel piano d'ambito.

del costo dell'uso delle infrastrutture degli enti locali. Il gestore ha l'obbligo di destinare il FoNI esclusivamente alla realizzazione dei nuovi investimenti individuati come prioritari nel territorio servito o al finanziamento di agevolazioni tariffarie a carattere sociale.

Alla luce delle caratteristiche evidenziate, il nuovo metodo tariffario presenta un basso potenziale di incentivazione ai recuperi di efficienza operativa da parte del gestore, mentre è attento - soprattutto mediante il procedimento di approvazione delle tariffe predisposte dagli enti d'ambito - a garantire le condizioni di effettiva realizzabilità degli investimenti programmati.

Il parametro di riferimento *fix price* con cui vengono riconosciuti in tariffa i costi efficientabili non è costituito da un costo standard stimato come efficiente, bensì viene assunta come parametro la componente dei costi efficientabili calcolata nella tariffa dell'anno 2013 la quale, a sua volta, in base a quanto veniva disposto dal metodo tariffario transitorio, corrispondeva ai costi efficientabili consuntivati nell'anno 2011. In tal modo la misura dei costi efficientabili riconosciuta in tariffa è rappresentata da un valore storico il quale, oltre a poter non essere un valore efficiente, non è neppure un valore uniforme, variando da gestore a gestore.

L'ulteriore previsione che i costi efficientabili da riconoscere in tariffa scaturiscono dalla media tra il valore storico ed i costi previsti dal piano d'ambito non fornisce alcuna garanzia che gli enti d'ambito si adoperino concretamente per correggere il valore storico in funzione della determinazione di un valore prossimo a quello efficiente. Su questo aspetto risultano fondamentali le competenze esercitate dagli enti d'ambito i quali potranno determinare in concreto il livello di incentivazione ai recuperi di produttività da parte del gestore.

Sempre nell'ottica di fornire maggiori certezze all'impresa sulla congruità dei livelli tariffari, l'AEEGSI ha inteso anche limitare le problematiche registrate in passato a causa dello scostamento dei volumi effettivi fatturati rispetto a quelli previsti nei piani d'ambito: a tal fine il moltiplicatore tariffario viene determinato rispetto alle tariffe dell'anno -2, calcolate non più facendo riferimento ai volumi programmati, bensì valorizzate sulla base dei volumi effettivamente fatturati in quello stesso anno; inoltre in ogni anno *n* viene determinato lo scostamento tra i

ricavi deliberati nell'anno $n-1$ ed i ricavi effettivi del medesimo anno $n-1$ e l'eventuale differenza viene conguagliata in tariffa nell'anno $n+1$.

Evitando di allocare sul gestore rischi eccessivi sui risultati operativi, anche attraverso meccanismi *full cost recovery* per i costi esogeni, il regolatore ha soprattutto inteso incentivare la realizzazione degli investimenti. Limitando i rischi e l'incertezza dell'impresa sull'andamento della gestione è infatti possibile indurre comportamenti ottimali sui livelli di investimento ed il rispetto degli standard.

Nella stessa direzione muovono altri importanti strumenti di regolazione tariffaria: la possibilità di scelta tra ammortamento regolatorio ed ammortamento finanziario degli investimenti, considerando vite utili più brevi rispetto ai termini di scadenza della concessione; la possibilità di incrementare il *cap*, cioè il tetto agli aumenti tariffari, qualora vi sia la necessità di ingenti investimenti; l'obbligo, nell'aggiornamento del piano economico finanziario, di prevedere il rimborso integrale, entro la scadenza dell'affidamento, dei finanziamenti contratti per gli investimenti, fatte salve le necessità imposte dal raggiungimento e mantenimento dei livelli di servizio; la possibilità, rimessa alla piena discrezionalità dell'ente d'ambito, di istituire e mettere a disposizione del gestore il FoNi, fondo per i nuovi investimenti.

Complessivamente si può affermare che l'attuale metodo tariffario presenta tre connotazioni fondamentali: anzitutto viene in evidenza un basso tasso di incentivazione ai recuperi di efficienza cosicché il gestore, dovendo sopportare minori rischi, è indotto al rispetto dei livelli di investimento programmati; inoltre l'AEEGSI ha adottato una serie di altre scelte regolatorie funzionali all'effettiva realizzazione degli investimenti, ivi compreso il procedimento di controllo ed approvazione delle tariffe predisposte dall'ente d'ambito; infine il sistema tariffario è improntato ad una elevata flessibilità, a partire dalla previsione di diversi schemi regolatori in funzione del fabbisogno di investimenti e dei costi operativi necessari al raggiungimento degli obiettivi specifici. La finalità dichiarata è di adottare una «regolazione innovativa ed asimmetrica che, in ragione dell'elevata spesa complessiva per investimenti e della sua diversa incidenza nel territorio, riesca a coniugare l'esigenza di stabilizzare - rendendolo

più chiaro ed affidabile - il quadro di regole con riferimento ad un orizzonte temporale più ampio, con quella di permetterne una maggiore flessibilità prospettando l'adozione di nuovi strumenti regolatori». ⁵⁵⁹ Con l'applicazione degli schemi regolatori si intende promuovere il calcolo delle componenti di costo in funzione dei diversi costi operativi dovuti alle specifiche caratteristiche del territorio gestito ⁵⁶⁰ ed incentivare gli investimenti negli ambiti che presentano una maggiore carenza infrastrutturale. Ciò avviene - entro la cornice di regole posta dal metodo tariffario - concedendo agli enti d'ambito ampia discrezionalità nella determinazione dei costi da riconoscere in tariffa e nelle scelte regolatorie mediante le quali favorire il finanziamento e la realizzazione degli investimenti.

Passando al trasporto pubblico locale si deve anzitutto sottolineare il paradosso del settore che si contraddistingue generalmente per la scarsa qualità dei servizi erogati, nonostante il sistema di finanziamento basato sulle compensazioni sia a basso potenziale di incentivazione. Ciò può imputarsi al fatto che molte risorse sono state destinate al finanziamento dei servizi c.d. a domanda debole i quali incidono significativamente sui costi complessivi ma non contribuiscono ad aumentare il livello di qualità percepito dall'utenza. ⁵⁶¹

I rimedi per contrastare questa situazione sono stati individuati nella necessità di una riprogrammazione dei servizi minimi, indotta soprattutto mediante la notevole riduzione dei finanziamenti pubblici - provenienti dal fondo nazionale per il concorso dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale - e nella revisione del sistema di finanziamento delle imprese attraverso l'introduzione di elementi di *fix price* incentivanti quali le compensazioni commisurate ai costi standard.

Per quanto concerne la determinazione dei costi standard si deve rammentare che l'attuale formulazione dell'art. 17 comma 1 del d.lgs. n. 422 del

⁵⁵⁹ Punto 1.4 del documento per la consultazione 356/2013/R/IDR dell'1 agosto 2013 proposto nell'ambito del procedimento avviato con la deliberazione 74/2012/R/IDR dell'1 marzo 2012.

⁵⁶⁰ I servizi idrici presentano costi operativi notevolmente difforni in relazione alle specifiche caratteristiche del territorio servito: ad esempio zone geografiche che presentano una bassa densità abitativa devono generalmente sostenere costi unitari di distribuzione più elevati; la potabilizzazione presenta costi significativamente più bassi per l'acqua di falda rispetto a quella di superficie ecc. Sul punto si vedano le memorie delle audizioni pubbliche tenutesi in occasione della *Conferenza nazionale sulla regolazione dei servizi idrici* del 3 dicembre 2012, organizzata dall'AEEG, in www.autorita.energia.it/it/audizioni/pubbliche/121203.htm.

⁵⁶¹ V. *supra* cap. 4.

1997 dispone che le compensazioni economiche per gli obblighi di servizio pubblico devono essere determinate da comuni e regioni sulla base del criterio del costo standard il quale viene osservato dagli enti affidanti nella definizione dei corrispettivi da porre a base d'asta, tenendo conto altresì dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità.⁵⁶²

In attuazione dell'art. 1 comma 84 della legge n. 147 del 2013, il Ministero dei trasporti sta predisponendo il decreto con cui vengono definiti, con criteri uniformi a livello nazionale, i costi standard dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale nonché i criteri di aggiornamento degli stessi.⁵⁶³

L'Autorità dei trasporti dal canto suo ha posto in consultazione la questione concernente l'eventualità che nelle convenzioni tra enti affidanti e gestori si introducano meccanismi incentivanti di regolazione delle dinamiche dei corrispettivi di tipo *price cap* con cui stimolare le imprese a conseguire obiettivi periodici di efficienza e consentire la verifica dei risultati gestionali nel corso dell'affidamento.⁵⁶⁴

E' importante sottolineare che sull'entità delle compensazioni da riconoscere al gestore incide anche la misura dei ricavi tariffari dal momento che la compensazione standard è pari alla differenza tra i costi standard ed i ricavi da traffico, anch'essi da definire secondo parametri standardizzati.

Ciò posto, il problema regolatorio consiste anzitutto nel definire la misura standard sia dei costi che dei ricavi e poi nello stabilire se è opportuno introdurre meccanismi incentivanti di revisione tariffaria, nonché su quali indici eventualmente parametrare le variazioni delle compensazioni pubbliche e delle tariffe applicate all'utenza.

⁵⁶² Tuttavia assegnando a ciascun ente locale il compito di calcolare la misura dei costi efficienti si rischia di incorrere in problemi pratici ed applicativi difficilmente superabili. Infatti la singola amministrazione ha a disposizione esclusivamente i dati riferiti alla gestione relativa al proprio territorio di riferimento, con la conseguenza che le sue determinazioni non potrebbero che basarsi su quei dati e quindi, di fatto, sulla spesa storica.

⁵⁶³ In realtà neppure il Ministero dei trasporti pare il soggetto istituzionale più adatto ad esercitare tale competenza. E' indispensabile che detto calcolo sia effettuato da soggetti oltre che in possesso delle dovute competenze tecnico-economiche, abbiano anche le informazioni ed i dati corrispondenti alla situazione complessiva del settore. L'Autorità di regolazione dei trasporti potrebbe essere il soggetto più adatto essendo dotata di specifiche competenze anche in materia di determinazione delle modalità di finanziamento.

⁵⁶⁴ Autorità dei trasporti, *allegato A alla delibera n. 46 del 2014*, cit., p. 10 ss.

Se, come visto sopra, la misura standard dei costi è in via di definizione da parte del Ministero dei trasporti, nelle convenzioni si assume generalmente come valore standard dei ricavi la misura del 35% dei costi operativi complessivi, percentuale definita dal d.lgs. n. 422 del 1997 quale obiettivo generale di copertura dei costi con i ricavi da traffico.

Seppure l'Autorità non ha fornito spunti al riguardo, le osservazioni pervenute hanno evidenziato che il semplicistico richiamo alla percentuale del 35% non consente di tenere conto delle diverse caratteristiche della domanda e del territorio di riferimento. L'accentuata variabilità della percentuale di copertura dei costi legata alle peculiarità di ciascun bacino di traffico dovrebbe portare a considerare la possibilità di introdurre misure differenziate di ricavi standard per classi territoriali omogenee, definite in funzione delle caratteristiche della domanda e delle peculiarità economico e sociali.⁵⁶⁵

Riguardo invece l'introduzione di meccanismi di variazione delle entrate in grado di incentivare comportamenti efficienti del gestore, l'Autorità propone sistemi ispirati al criterio del *price cap* con parametri diversi per compensazioni e tariffe.

L'aumento delle compensazioni dovrebbe essere fissato sulla base della misura stabilita nel precedente periodo regolatorio, variata in funzione del tasso di inflazione e del recupero di produttività stabilito dal regolatore, secondo la seguente formula:

$St = St-1 (1 + Pt - Xt)$, dove

St = sussidio riconosciuto al tempo *t*

St-1 = sussidio riconosciuto al tempo *t-1*

Pt = tasso di inflazione (programmato o altro tasso definito dagli enti territoriali competenti) per il periodo di validità del vincolo

Xt = recupero di produttività definito dall'ente affidante al tempo *t*.

⁵⁶⁵ Osservazioni al documento di consultazione dell'Autorità dei trasporti sulle questioni regolatorie relative all'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale, documento 2, Asstra – Associazione trasporti, in <http://www.autorita-trasporti.it/consultazione-sulle-questioni-regolatorie-relative-allassegnazione-in-esclusiva-dei-servizi-di-trasporto-pubblico-locale/>, p. 18.

Il meccanismo incentivante, come evidente, si incentra sulla definizione del fattore X consistente nella determinazione dell'incremento di efficienza programmato.

La maggiore produttività può in concreto derivare tanto da un risparmio di risorse che da un incremento dei ricavi, ad esempio conseguente alla maggiore efficacia dell'azione di contrasto all'evasione tariffaria o grazie ad una migliore integrazione tariffaria tra i diversi bacini.

Il modello indicato, pur nell'ambito di una cornice regolatoria uniforme e fermo restando che deve essere preliminarmente definito il tasso di inflazione, rimette all'ente affidante il compito di stabilire quale sia il valore da attribuire al parametro X.

Al riguardo occorre sottolineare che la misura del recupero di produttività dovrebbe tenere in considerazione se la compensazione fissata nel precedente periodo regolatorio sia stata o meno stabilita sulla base di un costo standard. Se infatti il sussidio è già basato su costi efficienti, il gestore ha minori margini per ottenere ulteriori incrementi di produttività e la misura del parametro X dovrebbe ragionevolmente essere più contenuta.

Più in generale pare auspicabile che le decisioni sugli obiettivi di efficientamento gestionale, alle quali sono direttamente collegate le possibilità di profitto delle imprese, siano affidate alla stessa Autorità dei trasporti e sottratte agli enti d'ambito, in quanto una cornice unica di regolazione economica è indispensabile per evitare ingiustificate disparità tra bacini e, dunque, pregiudizi allo sviluppo della concorrenza per il mercato.

Per quanto concerne invece le variazioni delle tariffe applicate all'utenza, l'Autorità ritiene che esse dovrebbero essere commisurate unicamente al recupero dell'inflazione ed ai miglioramenti di qualità rispetto a standard prefissati sulla base di livelli minimi predeterminati.

In questo caso il parametro fondamentale non sarebbe costituito da obiettivi di efficientamento, già considerati per la variazione delle compensazioni, bensì da obiettivi di qualità, secondo la seguente formula:

$$T_t = T_{t-1} [1 + P_t + (Q_t - Q_{t-1})], \text{ dove}$$

T_t = prezzi massimi unitari al netto delle imposte riferiti a un paniere di tariffe applicate ai passeggeri al tempo t

P = tasso di inflazione (programmato o altro tasso definito dagli enti territoriali competenti) per il periodo di validità del vincolo

Q_t = indicatore quali-quantitativo sintetico risultante dalla media ponderata di un insieme di indicatori di qualità erogata e percepita come rilevati al tempo t in base al sistema di monitoraggio aziendale e ponderati in base al peso di ciascun indice nel “modello comportamentale” considerato.

La previsione di un meccanismo di tipo *price cap* per la revisione delle tariffe applicate all'utenza comporterebbe anzitutto il vantaggio di svincolare le dinamiche tariffarie dalle decisioni politiche degli enti affidanti, chiamati oggi a deliberare ogni aggiornamento.

L'automaticità degli incrementi tariffari potrebbe essere utilizzata dalle imprese con autonomia e flessibilità, consentendo loro di decidere l'eventuale aggiornamento in base alle proprie valutazioni commerciali e comunque nei limiti del tetto stabilito. Un sistema flessibile di revisione tariffaria determina che l'aggiornamento non sia un obbligo, ma una facoltà che l'azienda può esercitare anche considerando se in un certo momento o per specifiche tratte, l'adeguamento del prezzo potrebbe causare conseguenze negative quali la contrazione della domanda e dunque la riduzione dei ricavi da traffico.

Anche l'utilizzo di indicatori di qualità rappresenta una soluzione coerente rispetto ai cambiamenti proposti. Si è visto infatti a livello teorico che sistemi di regolazione incentivante richiedono di essere affiancati da una regolazione attenta anche alla fissazione degli standard di qualità ed al controllo sul loro rispetto al fine di evitare che il gestore sia spinto ad ottenere incrementi di efficienza a scapito della qualità dei servizi erogati. Con la soluzione proposta dall'Autorità dei trasporti verrebbe realizzato un doppio sistema di incentivazione, affiancando a quello principale, rivolto a stimolare recuperi di produttività, un incentivo specifico finalizzato ad indurre il rispetto degli standard qualitativi, garantendo la coerenza complessiva del sistema.

Ovviamente l'efficacia regolativa in questo caso dipende dalla corretta definizione del fattore Q, che dovrà consistere in indicatori particolarmente rilevanti ed oggettivamente misurabili. Anche in questo caso l'ente affidante sarebbe chiamato a stabilire il valore da attribuire al parametro Q e, quindi, il livello di incentivazione che ne consegue.

9. Considerazioni generali sull'assetto attuale della regolazione

I meccanismi di regolazione tariffaria proposti o già introdotti dalle autorità indipendenti di regolazione appaiono coerenti con gli obiettivi settoriali, nonché funzionali rispetto alle problematiche specifiche emerse nella regolazione dei servizi idrici e del trasporto pubblico locale.

Nel settore idrico l'attuale quadro della regolazione è apertamente rivolto a favorire la realizzazione degli investimenti necessari per superare la diffusa situazione di deficit infrastrutturale - a causa del quale l'Italia è tuttora inadempiente agli obblighi previsti dalle direttive europee - e che nell'attuale momento di persistente crisi economica può rappresentare un fattore utile anche per incoraggiare la ripresa economica.

Tanto è fondamentale l'obiettivo di incentivare la realizzazione di nuovi investimenti che l'AEEGSI ha, più o meno espressamente, posto in secondo piano altre finalità della regolazione quali la predisposizione di strumenti per stimolare recuperi di efficienza produttiva da parte del gestore ed obiettivi di tutela dell'utenza, come dimostra il caso dell'arsenico analizzato nel terzo capitolo.

All'opposto il trasporto pubblico locale, che sconta in molte realtà elevati livelli di inefficienza e scarsi risultati operativi, vede proposti sistemi ad alto potenziale incentivante attuati sia con la determinazione di costi standard per stabilire la misura iniziale dei corrispettivi, sia con meccanismi *price cap* per governare le dinamiche delle successive variazioni tariffarie.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ Si consideri inoltre, come evidenziato nel capitolo quarto, che al fine di stimolare una migliore pianificazione del servizio e di introdurre meccanismi in grado di favorire l'efficienza organizzativa e gestionale, è stato reintrodotta un sistema centralizzato di finanziamento la cui ripartizione tra le regioni è subordinata all'adozione di specifiche misure orientate al raggiungimento di obiettivi di efficienza predeterminati a livello statale. Il sistema di finanziamento è stato riorganizzato per

E' inoltre emerso chiaramente come i vari elementi della regolazione negoziale nel rapporto tra ente affidante e gestore siano tra loro interdipendenti ed al tempo stesso presentino rilevanti profili di connessione con gli obiettivi di promozione della concorrenza.

Ciò è quanto avviene, ad esempio, con la definizione dei bacini di gara, il cui ampliamento può consentire incrementi di efficienza produttiva grazie allo sfruttamento di economie dimensionali ma anche la riduzione delle occasioni di confronto concorrenziale; con la previsione di criteri precisi di determinazione dell'indennità di riscatto dei beni strumentali che, da un lato, può incentivare gli investimenti ma, dall'altro, costituisce una barriera all'entrata nel mercato di nuovi operatori; con le regole di trasferimento del personale al nuovo gestore le quali, pur rispondendo ad irrinunciabili esigenze di tutela sociale, si ripercuotono negativamente sui livelli di rinegoziabilità delle convenzioni per iniziativa degli enti locali e sulla concreta prospettiva di ottenere recuperi di produttività; con l'introduzione di sistemi tariffari incentivanti mediante i quali è possibile stimolare l'efficienza dell'impresa ma anche determinare comportamenti opportunistici a scapito della qualità e degli investimenti, nonché aumentare i rischi di rinegoziazione qualora i ricavi si rivelino insufficienti, eventualità di fronte alla quale l'ente affidante, per assicurare la continuità del servizio, può difficilmente sottrarsi; con la definizione della durata dell'affidamento, considerando che gestioni prolungate consentono al gestore di completare l'ammortamento degli investimenti effettuati e lo incentivano a realizzarne ulteriori, ma allo stesso tempo riducono le occasioni per aggiornare gli standard quali-quantitativi e per mettere le imprese in competizione con l'indizione di nuove gare per l'affidamento della gestione.

fungere da stimolo all'efficientamento del settore sia nella parte in cui si ha la ripartizione delle risorse da parte dello Stato tra le varie regioni, sia nel segmento successivo costituito dal trasferimento delle compensazioni dalle regioni alle imprese di gestione. Dunque un sistema premiale rivolto al perseguimento di obiettivi di efficienza, seppur calcolato a livello medio di regione, si ha anche con i criteri di distribuzione di una quota, crescente negli anni, del Fondo unico nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del TPL, ai sensi dell'art. 16-bis del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 recante «*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*», come novellato dall'art. 1, comma 301 della legge 24 dicembre 2012, n. 228 recante la «*Legge di stabilità per il 2013*».

I continui *trade off* di fronte ai quali è posto il regolatore, rispetto ai quali le scelte più opportune sono da mettere in relazione alle diverse esigenze settoriali e del territorio di riferimento, non consentono di prefigurare un sistema di regolazione rigido ed accentrato. E' ben ammissibile invece che le autorità indipendenti suggeriscano soluzioni diversificate in relazione a predeterminate categorie gestionali, individuate sulla base di omogenee caratteristiche economiche e territoriali.

Il compito che spetta alle autorità indipendenti, consistente nel fornire un quadro più certo e coerente della regolazione mediante contratto, si presenta assai arduo. Esse d'altronde sembrano orientarsi per approcci tutt'altro che vincolanti, per lo più indirizzati a promuovere la diffusione di buone pratiche, che gli enti affidanti potranno recepire con un certo margine di flessibilità, calandole nel contesto specifico del singolo affidamento.

Anche tale impostazione, che può ritenersi conseguenza necessaria del fatto che non sono rinvenibili opzioni di regolazione preferibili in modo generalizzato, sconta però conseguenze sull'assetto concorrenziale del mercato. Ad esempio sistemi uniformi di tariffazione consentono di preservare la parità di condizioni nel mercato degli affidamenti. Sistemi diversi di determinazione dei corrispettivi, in cui taluni operatori si vedono riconosciute condizioni più favorevoli, pongono tali operatori in una posizione di vantaggio rispetto agli altri in occasione della partecipazione alle gare per nuovi affidamenti. Pertanto, ove non sussista la necessità di adattare le scelte alle diverse caratteristiche economiche e del contesto locale, una regolazione uniforme può considerarsi sempre preferibile per non alterare il confronto concorrenziale che si attua in occasione delle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione.

Nella prospettiva del rafforzamento del buon funzionamento della concorrenza per il mercato può immaginarsi che ad una regolazione flessibile ed asimmetrica possa in futuro seguire una regolamentazione sempre più uniforme e vincolante, in parallelo col processo di livellamento delle condizioni di partenza e degli obiettivi da perseguire nelle varie realtà locali, fermo restando che ineliminabili differenze strutturali di tipo geografico o socio-economico

imporranno sempre il mantenimento di un certo margine di discrezionalità a livello attuativo.

La prospettiva dell'esercizio delle funzioni di regolazione con modalità sempre più vincolanti pone però il problema di come conciliare la presenza di un'autorità indipendente a carattere nazionale con le attribuzioni riservate alle regioni ed agli enti locali in materia di servizi pubblici locali. Il problema coinvolge lo stesso riparto delle competenze tra Stato e regioni e la necessità di giungere ad un bilanciamento equo tra l'esigenza di uniformità del mercato nazionale, garantita da autorità di regolazione statali, e la valorizzazione delle risorse e delle strategie economiche elaborate nell'ambito delle competenze attribuite a livello regionale e locale.

La Corte costituzionale ha affermato al riguardo che «il legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale».⁵⁶⁷ Le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo ma consentono il corretto svolgimento dell'attività di concorrenza all'interno della cornice di regolazione economica dettata dalla stessa Autorità.⁵⁶⁸

Ciononostante è stata evidenziata l'esigenza di una maggiore chiarezza delle rispettive competenze dei vari enti coinvolti nell'attività di regolazione, «per evitare il rischio che la articolazione delle attribuzioni tra più soggetti (...) dia luogo a sovrapposizioni di funzioni o crei, di fatto, distorsioni (...) nell'attribuzione di responsabilità per la determinazione di tariffe, canoni o pedaggi o nel valutarne la conformità a criteri prefissati».⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ Corte cost., sent. 15.03.2013, n.41. La pronuncia ha riguardato la presunta illegittimità costituzionale dell'art. 36, comma 1, lettera a), del d.l. 24.12.2012, n.1, derivante dall'attribuzione ad un'Autorità nazionale di competenze inerenti la materia del trasporto pubblico locale, rientrante nell'ambito delle competenze residuali regionali.

⁵⁶⁸ L. Magnifico, *Stato, regione o autorità di regolazione alla guida del trasporto pubblico locale?*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Osservatorio dicembre 2013*, p. 12. Sulle caratteristiche dell'Autorità dei trasporti, inoltre, G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012.

⁵⁶⁹ *Audizione informale del Collegio dell'Autorità dei Trasporti dinanzi alle Commissioni riunite del Senato della Repubblica (VIII) e della Camera dei Deputati (IX)*, 8 ottobre 2013, in www.astrid-online.it.

Viene allora affermata l'opportunità di stabilire forme particolari di raccordo tra le scelte compiute dalla regolazione indipendente e l'esercizio delle competenze a livello territoriale, ad esempio prevedendo forme di partecipazione qualificata a favore di regioni ed enti locali, come audizioni dedicate a carattere sia periodico, sia in relazione a specifici provvedimenti;⁵⁷⁰ oppure istituendo agenzie regionali che assicurino le esigenze di decentramento sul territorio di alcune funzioni proprie delle autorità indipendenti.⁵⁷¹

Se, come si è tentato di evidenziare, non viene stravolto l'assetto fondamentale della regolazione negoziale e gli enti d'ambito mantengono ampi spazi di autonomia nelle scelte regolatorie, mediante le quali incentivare l'efficienza gestionale oltre che lo sviluppo degli investimenti e la promozione della concorrenza, resta tuttora fondamentale il problema dell'adeguatezza delle loro competenze e la necessità che si dia vita a strutture operative capaci di prevedere e governare le conseguenze giuridiche ed economiche delle scelte compiute durante le varie fasi del rapporto negoziale col gestore.

La complessità insita nelle scelte fondamentali di regolazione presuppone inoltre che un rilancio dell'obbligo della gara per l'affidamento delle gestioni segua alla effettiva maturazione delle specifiche attitudini degli enti locali. Quest'ultimo fattore è al momento da mettere in relazione con l'approccio tenuto dalle autorità indipendenti e da come esso riuscirà effettivamente a fornire gli strumenti per sviluppare maggiore consapevolezza delle problematiche esistenti e la capacità di individuare i giusti interventi in un contesto rivolto alla promozione della concorrenza.

A ben vedere una certa propensione alla risoluzione delle principali problematiche regolative dovrebbe essere sviluppata dagli enti locali a prescindere dagli indirizzi provenienti dalle autorità indipendenti, considerando che rilevanti e complessi servizi a rete di rilevanza economica, come l'igiene urbana, ne sono tuttora sprovvisti.

Il cammino è appena iniziato, ma alla luce della centralità del ruolo mantenuto dai regolatori locali, occorre da un lato confidare che questi effettivamente evolvano - anche grazie a processi di specializzazione che

⁵⁷⁰ A Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., p. 602.

⁵⁷¹ G. Siriani, A. Valastro, *Autorità indipendenti di regolazione e regioni*, in www.astridonline.it.

dovrebbero essere conseguenza dell'accentramento delle competenze negli enti di area vasta - verso approcci che tengano conto primariamente degli obiettivi fondamentali di efficienza e qualità dei servizi e dei modi più corretti per conseguirli.⁵⁷²

10. Flessibilità ed autonomia nella disciplina dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali

Alla luce di quanto fin qui osservato sulle aspettative di *enforcement* del quadro regolatorio in virtù degli indirizzi delle autorità indipendenti, orientate a configurare strumenti flessibili che gli enti affidanti sono chiamati a recepire in funzione delle particolari esigenze presenti nel territorio di riferimento, si deve evidenziare che risulta pienamente coerente l'altrettanta flessibilità prevista nell'attuale disciplina sulle modalità di affidamento della gestione.

Il notevole potere discrezionale rimesso agli enti affidanti nella regolazione delle attività di servizio pubblico, rivolta a contrastare comportamenti opportunistici del gestore ed assicurare il soddisfacimento degli interessi collettivi, fa ritenere che ove gli enti non possiedano capacità adeguate per lo svolgimento di tali compiti, la scelta di autoprodurre il servizio possa considerarsi accettabile, se non addirittura preferibile. In questo caso infatti non si presentano i *trade off* che caratterizzano la regolazione della concorrenza per il mercato e l'ente titolare del servizio può concentrare l'attenzione sul conseguimento degli obiettivi di qualità e dei livelli di investimento, nell'unica prospettiva dell'incentivazione dell'efficienza dell'azienda in mano pubblica.

Certo è che nelle gestioni *in house* l'ente locale deve comunque essere indotto ad adoperarsi per limitare gli effetti della posizione di conflitto di interessi in cui versa, accentuando i profili di contrapposizione nella relazione con

⁵⁷² Tuttavia i meccanismi analizzati nei paragrafi iniziali del capitolo ove si evidenzia il necessario stretto legame politico-istituzionale degli enti di area vasta con le amministrazioni locali titolari delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali, si pongono in una linea di continuità col passato che non consente di prefigurare cambiamenti sostanziali di rotta rispetto alla situazione preesistente in cui gli enti locali, ben consapevoli della difficoltà di funzionalizzare correttamente l'attività economica privata agli interessi della collettività e di limitare i possibili abusi di imprese comunque in posizione di monopolio, hanno sovente preferito ricorrere all'autoproduzione dei servizi.

l'impresa partecipata.⁵⁷³ In quest'ottica quattro sono gli strumenti fondamentali previsti dalla legge o comunque utilizzabili dal regolatore locale:

- la creazione di apposite strutture amministrative deputate allo svolgimento del controllo analogo;⁵⁷⁴
- l'istituzione di meccanismi incentivanti l'efficienza produttiva cui parametrare una parte significativa delle retribuzioni del management e del personale delle società partecipate;
- il rafforzamento dell'interesse dell'ente locale a porre in essere tali strumenti prevedendo meccanismi che facciano ricadere le conseguenze di una cattiva gestione direttamente sull'ente stesso;
- il supporto garantito dalla regolazione svolta dalle autorità indipendenti, specie per la determinazione dei corrispettivi e delle tariffe e per la determinazione ed il controllo sul rispetto degli standard di qualità e la tutela dell'utenza, essendo questi ultimi gli aspetti più a rischio nella situazione di conflitto di interessi dell'ente.

Le norme vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali configurano una disciplina aperta che non disconosce l'autonomia dell'ente ad optare per la modalità ritenuta più opportuna, nel rispetto dei principi posti dal diritto europeo e dell'esigenza di assicurare l'economicità delle gestioni e l'adequata informazione della collettività di riferimento.⁵⁷⁵ Per assicurare il rispetto di tali principi ed obiettivi, l'ente deve redigere apposita relazione con cui definire gli specifici obblighi di servizio pubblico e le eventuali modalità del loro finanziamento. Si individuano dunque gli scopi fondamentali consistenti nell'economicità gestionale e negli interessi dell'utenza, prescindendo dal definire a priori la formula gestionale ritenuta migliore per il loro raggiungimento.

⁵⁷³ Una corretta attività di regolazione è imprescindibile anche in presenza di società partecipate dagli enti locali. E' stato dimostrato infatti che in tale situazione non si superano i problemi informativi, risultando difficoltoso ottenere dal gestore informazioni a prescindere dall'assetto proprietario della società. M. Klein, *Economic regulation of water company. Policy research working paper*. World bank, Washington, 1996.

⁵⁷⁴ In particolare lo svolgimento delle funzioni del controllo analogo non andrebbero assegnate impropriamente ad un organo di carattere politico ma ad una specifica struttura amministrativa. *Ministero dell'economia e delle finanze, Servizi ispettivi di finanza pubblica, Relazione sulla verifica amministrativo-contabile al Comune di Civitavecchia*, Roma, 6 agosto 2014.

⁵⁷⁵ Art. 34 comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

Allo stesso tempo però l'ordinamento non ha rimosso l'obiettivo di promuovere la concorrenza per il mercato dal momento che l'attuale disciplina positiva contiene varie misure con cui si incentiva il ricorso alle gare per l'affidamento della gestione, effetto che si ottiene anche in forza delle norme che vincolano l'organizzazione in caso di gestioni *in house*, rendendo il modello meno appetibile per le amministrazioni locali che intendano attuarlo a fini meramente strumentali.

L'estensione alla società partecipata di molti vincoli previsti per l'amministrazione pubblica, ivi compresi specifici obblighi di bilancio; la possibile reintroduzione di divieti a detenere partecipazioni societarie, specie in presenza di aziende in deficit di bilancio o per gli enti locali di dimensioni ridotte; l'introduzione di incentivi e premi da riconoscere agli enti che provvedono all'esternalizzazione dei servizi, sono tutte misure che nel promuovere la concorrenza per il mercato delineano un sistema improntato alla flessibilità ed al riconoscimento dell'autonomia organizzativa degli enti locali.⁵⁷⁶

Il sistema complessivo degli incentivi introdotti dal legislatore - nell'impossibilità di riproporre una disciplina direttamente limitativa delle gestioni *in house* a causa dell'esito referendario - consente un'apertura graduale al mercato, ben compatibile con l'attuale percorso di riforma della regolazione dei servizi pubblici locali, in attesa che si completi la riorganizzazione dei principali servizi a rete di rilevanza economica in ambiti di area vasta e che le autorità indipendenti provvedano compiutamente all'esercizio delle proprie competenze. Queste competenze hanno lo scopo fondamentale di creare un quadro regolatorio il più possibile coerente ed uniforme - in cui la concorrenza per il mercato possa svilupparsi al meglio assicurando il soddisfacimento degli interessi della collettività - indirizzando le scelte degli enti locali verso l'adozione delle soluzioni più opportune, in relazione alle specificità settoriali e territoriali di ciascun affidamento.

Proprio in una prospettiva rivolta alla valorizzazione delle notevoli differenze esistenti, di recente è stata proposta una disciplina degli affidamenti in

⁵⁷⁶ V. *supra*, cap. 2.

grado di considerare le caratteristiche economiche settoriali attraverso l'istituzione di regimi diversificati.

Il Commissario per la revisione della spesa, affrontando la questione dell'introduzione di un'eventuale disciplina che ponga limiti alle partecipazioni societarie degli enti locali, ha sottolineato che questa dovrebbe essere caratterizzata da un sistema flessibile di *check and balance*, consistente in un regime diversificato da realizzarsi distinguendo due categorie in base alla capacità o meno da parte del settore privato di offrire certi beni e servizi.⁵⁷⁷

Si propone così di creare un elenco di attività in cui il mercato non è ancora pronto a garantire le prestazioni richieste, per le quali la gestione mediante una società partecipata sarebbe consentita sulla sola base di una delibera dell'ente partecipante. In via residuale, per tutti gli altri settori non inclusi nella lista - in cui al contrario si ritiene possibile un utile ricorso al mercato - la decisione dell'ente di provvedere alla gestione tramite una società partecipata dovrebbe essere invece vagliata da un ente esterno, quale ad esempio l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La lista dei settori per i quali è sufficiente la decisione dell'ente locale dovrebbe poi essere rivista periodicamente valutando l'evoluzione del mercato ed eliminando dall'elenco quei servizi per i quali nel frattempo il mercato si sia dimostrato in grado di fornire i servizi richiesti.

Nel caso dei servizi pubblici locali detta valutazione di idoneità del mercato, effettuata per includere o meno un certo servizio nell'elenco, non dovrebbe prescindere anche dal giudizio sul grado di sviluppo del processo di riorganizzazione dei singoli settori mediante la creazione di bacini di gestione di dimensioni effettivamente concorrenziali e sulle capacità regolative indispensabili per assicurare il corretto funzionamento della concorrenza per il mercato, fattori che, come si è tentato di mettere in luce, condizionano in modo determinante l'attitudine del settore privato a realizzare gestioni efficienti, in grado di soddisfare gli interessi collettivi sottesi alla prestazione dei servizi pubblici locali.

La legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) non ha però aderito alle proposte avanzate dal Commissario straordinario per la revisione della spesa, limitandosi a stabilire un piano mediante il quale gli enti locali devono

⁵⁷⁷ Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014.

provvedere a ridurre il numero delle società partecipate, in applicazione di taluni criteri ⁵⁷⁸ riconducibili ad obiettivi di contenimento della spesa pubblica. L'impegno ad una razionalizzazione delle partecipazioni societarie, fuori da rigidi vincoli, viene rimesso alla previsione di un piano operativo che gli enti locali devono definire ed approvare entro il 31 marzo 2015, indicando le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Il piano inoltre, corredato di un'apposita relazione tecnica, deve essere trasmesso alla Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. Successivamente, entro il 31 marzo 2016, deve essere predisposta un'ulteriore relazione sui risultati conseguiti con l'attuazione del piano di razionalizzazione, anch'essa soggetta a pubblicazione e al controllo della Corte dei conti.

Il previsto criterio della «aggregazione di società che gestiscono servizi pubblici locali» sembra prediligere il modello delle imprese *multiutility*, anche se più per ragioni di riduzione dei costi di funzionamento che per specifiche motivazioni di carattere economico-gestionale. Tale processo in ogni caso non sembra potrà coinvolgere i servizi a rete di rilevanza economica, nei quali i compiti di gestione sono ormai affidati per ciascun singolo servizio al gestore individuato a livello di ambito territoriale ottimale.

⁵⁷⁸ L'art. 1 comma 611 indica i seguenti criteri: eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

Conclusioni

All'inizio dell'indagine si è sostenuto che il tentativo di introdurre forme di concorrenza anche nel campo dei servizi pubblici locali, è stato ostacolato soprattutto dall'inadeguatezza del disegno riformatore che si era limitato ad imporre l'obbligo della gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione, disinteressandosi della corretta funzionalità degli assetti organizzativi e regolatori.

Tali lacune, si è visto, sono state confermate dalle indicazioni degli studi di economia della regolazione, i quali evidenziano che sistemi di concorrenza per il mercato consentono di ottenere benefici solo in presenza di specifici requisiti, mentre in caso di fallimenti di mercato, determinati dall'incompletezza dei contratti di servizio e dalle asimmetrie informative tra gestore ed enti affidanti, si rendono necessari opportuni interventi di regolazione finalizzati ad indurre il gestore a limitare la propria rendita di monopolio ed operare in prossimità della soglia di massima efficienza.

Anche le posizioni assunte dagli enti locali hanno evidenziato la preferenza a ricorrere all'autoproduzione dei servizi in occasione di affidamenti di maggiore complessità, nei quali l'assunzione di specifici obblighi di servizio pubblico da parte del gestore devono essere compensati sulla base di criteri oggettivi e predeterminati ed il cui corretto adempimento deve essere adeguatamente incentivato e controllato dall'ente affidante. Ciò avviene ad esempio quando si intende organizzare il servizio in modalità antieconomica, oppure si stabiliscono specifici investimenti da parte del gestore.

D'altro lato è venuto alla luce che mercati non contendibili si configurano spesso a causa della ristrettezza dei bacini di gestione, allorquando gli stessi vengono strutturati su dimensioni corrispondenti alle circoscrizioni comunali.

Dall'indagine settoriale riguardante il servizio idrico integrato ed il trasporto pubblico locale è emerso che le diverse criticità hanno trovato risposte uniformi da parte del legislatore, incentrate soprattutto sulla riorganizzazione in ambiti di area vasta e sull'assegnazione di compiti di regolazione ad autorità indipendenti nazionali, novità che appaiono coerenti con le problematiche di

carattere generale sopra segnalate relative all'inadeguatezza degli assetti organizzativi e regolatori.

Seppure le soluzioni individuate sono comuni, la loro attuazione viene calibrata in relazione alle diverse problematiche settoriali.

Il processo di creazione degli ambiti territoriali ottimali viene orientato al perseguimento degli obiettivi economici del comparto: se nel trasporto pubblico le economie di scala hanno una bassa incidenza sui recuperi di produttività, l'aggregazione territoriale può produrre effetti di particolare rilevanza sotto il profilo dell'efficacia e dell'integrazione delle programmazioni pubbliche.

Invece nei servizi idrici, grazie alla piena attuazione del principio dell'unicità della gestione, si attendono risultati soprattutto sul versante dell'individuazione della dimensione gestionale che meglio corrisponde ai principi di efficienza, efficacia ed economicità delle gestioni, incrementando la capacità, con la creazione di gestori di maggiori dimensioni, di attrarre i capitali per gli investimenti di cui il settore necessita.

Inoltre, il generalizzato accentramento delle funzioni in enti di area vasta, considerato anche il ruolo che le province sono oggi chiamate a svolgere nel campo dei servizi pubblici locali, spinge per la creazione di nuovi equilibri di governo in cui il ruolo delle singole amministrazioni locali passa dal controllo diretto sui singoli servizi ad una compartecipazione indiretta alle scelte decisionali. Alla luce dell'organizzazione recata da molte leggi regionali istitutive di ambiti unici di dimensione regionale, l'organizzazione prevalente si fonda su un doppio livello di governo, in cui i poteri decisionali vengono attribuiti ad un organismo di dimensioni regionali cui spetta il compito di bilanciare, nell'interesse generale dell'ambito ottimale regionale, le istanze provenienti dalle amministrazioni comunali. Queste ultime sono invece tutte direttamente rappresentate in organismi territoriali cui si riconoscono poteri consultivi, propositivi e di controllo.

Le funzioni di regolazione fin qui svolte dalle autorità indipendenti sono invece indirizzate all'individuazione delle migliori soluzioni per contrastare i fallimenti di mercato evidenziati nelle diverse realtà settoriali. Ad esempio, per rispondere alle inefficienze del trasporto pubblico locale si propone di introdurre

sistemi tariffari incentivanti sia con la determinazione di costi standard per stabilire la misura iniziale dei corrispettivi, sia con meccanismi *price cap* per governare le dinamiche delle successive variazioni tariffarie. Invece, nel settore idrico, per incentivare la realizzazione di nuovi investimenti, l'AEEGSI ha, più o meno espressamente, posto in secondo piano altre finalità della regolazione quali la predisposizione di meccanismo tariffari con cui stimolare recuperi di efficienza produttiva da parte del gestore e gli obiettivi di tutela dell'utenza.

La regolazione indipendente nei servizi pubblici locali può avere l'effetto positivo di creare condizioni e regole uniformi applicabili su tutto il territorio nazionale, evitando che talune imprese godendo di trattamenti privilegiati, alterino l'assetto concorrenziale del mercato degli affidamenti. Tuttavia tale prospettiva deve tenere conto della necessità che le scelte regolative possano anche essere adattate alle specifiche esigenze territoriali, considerato che anche nello stesso comparto si rinvencono notevoli differenze tra le diverse aree geografiche del paese. Vi è allora il bisogno che la regolazione miri alla promozione di regole certe e coerenti, che siano al contempo adeguatamente flessibili, lasciando alle autorità locali spazi di applicazione con cui adattare le singole scelte alle caratteristiche del territorio di riferimento ed agli obiettivi sociali selezionati. Ben aderenti a questa necessità possono considerarsi sia i poteri in materia di predisposizione delle convenzioni tipo, strumenti con cui le autorità indipendenti indicano le soluzioni più adatte in relazione ai diversi obiettivi che si intendono perseguire nel rapporto negoziale con il gestore, sia la previsione di regimi obbligatori, come il metodo tariffario idrico predisposto dall'AEEGSI, ma strutturato su vari schemi regolatori diversificati in base a predeterminate caratteristiche gestionali.

Il processo avviato può consentire di sviluppare le giuste condizioni per il consolidamento di assetti di mercato realmente concorrenziali ed essere propedeutico alla previsione della gara ad evidenza pubblica come modalità tipica di affidamento del servizio, attraverso la limitazione o l'esclusione del ricorso ad affidamenti diretti e gestioni *in house*.

Nel frattempo, in conformità ai principi dell'ordinamento europeo, gli enti locali mantengono ampi spazi di autonomia sulla scelta della modalità di

affidamento della gestione. Il legislatore continua invece ad esprimere una tendenziale “preferenza per il mercato” attraverso misure che incentivano il ricorso alle gare ad evidenza pubblica ed irrigidendo la disciplina delle società poste sotto il controllo pubblico, anche per fondamentali esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Pare invece essere stato abbandonato il proposito di disporre, come nel recente passato, limitazioni dirette sulle scelte gestionali operate dagli enti locali, almeno fintanto che non sia mutato il complessivo assetto organizzativo. D'altronde dal buon esito del percorso di riforma avviato in alcuni settori a rete di rilevanza economica si potrebbero trarre utili indicazioni per guidare eventuali futuri interventi di carattere generale, valutando ad esempio l'opportunità – già sostenuta in passato – dell'istituzione di un'autorità indipendente di regolazione competente per tutti i servizi pubblici locali.

Una maturata consapevolezza dei reali problemi del comparto è osservabile già nel mutamento degli spazi di autonomia riconosciuti agli enti locali rispetto alle discipline precedenti.

Ancora nel 2011 si tentava di imporre agli enti locali prestabilite modalità gestionali, mentre la questione dell'adeguatezza dell'estensione dell'organizzazione territoriale era oggetto solo di alcune discipline di settore ed il problema della regolazione negoziale dei monopoli non era affrontato direttamente. Oggi la situazione può dirsi capovolta.

Se agli enti locali viene riconosciuta ampia discrezionalità in merito alle scelte gestionali, il processo di riorganizzazione territoriale con accentramento delle funzioni di indirizzo e controllo e dei compiti di gestione, anziché essere rimesso all'attuazione facoltativa da parte degli enti locali, viene generalizzato ed imposto dall'alto. Allo stesso modo anche le funzioni di regolazione, prima interamente lasciate all'esercizio autonomo degli enti locali, risultano oggi condizionate dai poteri attribuiti alle autorità indipendenti nazionali.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995.
- AA.VV., C. Bentivogli, R. Cullino, D. M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *questioni di economia e finanza* n. 20, Banca d'Italia, 2008.
- AA.VV., G. Bottino, M. Della Torre, D. Ielo, *Le tariffe*, in V. Italia (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010, p. 138.
- AA.VV., *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Roma, 2010.
- AGENZIA, *Il nuovo metodo tariffario per il servizio idrico integrato*, Marzo 2014.
- AGHION P., DEWATRIPONT M., REY P., *Renegotiation design with unverifiable information*, lead article in *Econometrica*, 1994, 62(2), p. 257 ss.
- AGUS D., *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.* 2010, 5, p. 464 ss.
- AIELLO C., *La consulta "salva" la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo)*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 770 ss.
- ALBANESE A., *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1453 ss.
- ANEA, G. Canitano, L. Danesi, S. Gatti, M. Passarelli, P. Peruzzi, *Il project finance e l'investimento nei servizi idrici*, working paper 01/2012.
- ASSTRA, E. Meko, E. Proia (a cura di), *Le differenze e le analogie tra il sistema di finanziamento del trasporto pubblico in Europa e il sistema di finanziamento negli Stati Uniti*, 2007.
- ASSTRA, *Un modello di calcolo del costo standard per il trasporto pubblico regionale e locale automobilistico*, 2013.
- ASTRID, *La regolazione dei servizi idrici. Primo rapporto*, Aprile 2013.

ASTRID, *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza. Le infrastrutture idriche*, Giugno 2008;

AUTORITA' PER IL CONTROLLO E LA QUALITA' DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI di Roma capitale, *Il trasporto pubblico di linea*, in www.agenzia.roma.it.

BASSAN F., *I servizi pubblici locali tra diritto dell'Unione europea e riforme nazionali: le ragioni e conseguenze di un equivoco*, in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli: studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, 2010, p. 251 ss.

BASSANINI F., *Gli aspetti innovativi della regolazione e il settore dei servizi pubblici locali*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

BENTIVOGLI C., CULLINO R., DEL COLLE D.M., *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *questioni di economia e finanza n. 20*, Banca d'Italia, 2008.

BENVENUTI M., GENNARI E., *Il servizio idrico in Italia. Stato di attuazione della legge Galli ed efficienza delle gestioni*, in *questioni di economia e finanza n. 23*, Banca d'Italia, 2008.

BERCELLI J., *Organizzazione amministrativa e servizio idrico*, Rimini, 2001.

BERCELLI J., *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, p. 155 ss.

BERTONAZZI L., VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M. Chiti e G. Greco (a cura di), Milano, 2007.

BIAGI F., MASSARUTTO A., *Efficienza e regolamentazione nei servizi pubblici locali: il caso dell'igiene urbana*, Università di Udine, *Working Paper* 05, 2001.

BIANCO M., SESTITO P., *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010.

BILANCIA P., *L'associazionismo obbligatorio dei comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, in www.federlismi.it.

BIN R., *Il nodo delle province*, in *Le Regioni*, 5-6, 2012, p. 899 ss.

BLUE BOOK, 2007, 2008, 2011, 2012.

BOITANI A., PETRETTO A., *I servizi pubblici locali tra governance locale e regolazione economica*, in L. Robotti (a cura di), *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2002.

BOITANI A., *Il trasporto locale e la legge del pendolo*, in www.ferpress.it.

BOITANI A., CAMBINI C., *Il trasporto pubblico locale in Italia - Dopo la riforma i difficili albori di un mercato in Mercato concorrenza regole*, IV, 1, 2002, pp. 45 ss.

BOITANI A., NICOLINI M., SCARPA C., *Do Competition and Ownership Matter? Evidence from Local Public Transport in Europe*, *Applied Economics*, 2013, n. 45, p. 1419 ss.

BONETTI T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2, 2012.

BONINI F., *Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in S. Mangiameli, (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

BORSI U., *Le funzioni del Comune italiano*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1915, II, p. 282 ss.

BOSCOLO E., *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012.

BOTTINO G., *Articolo 148. Autorità d'ambito ottimale*, in AA.VV. *Codice dell'ambiente. Commento al d.lgs. 3 aprile 2006, n.152, aggiornato alla legge 6 giugno 2008, n. 101*, Milano, 2008, p. 1114 ss.

BRUNETTI F., SCANZANO F., *L'ente pubblico come regolatore. L'evidenza pubblica, il contratto di servizio, le carte dei servizi*, in L. Perfetti, P. Polidori (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico*, p. 187 ss.

CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CAMBINI C., GALLEANO F., *Le gare per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico in Italia*, *II Rapporto*, Osservatorio gare TPL, 2005.

CAMMELLI M., *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 149 ss.

CAMMEO M., *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, LIV, 1896, p. 309 ss.

- CANDIDO A., *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, p. 351 ss.
- CANITANO G., DI LAUREA D., DONI N. (a cura di), *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, Milano, 2007.
- CAPANTINI M., *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2004, p. 801 ss.
- CAPANTINI M., *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, in Massera A. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici fra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, 2004, p. 24 ed in www.astrid-online.it.
- CAPPELLETTI M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, p. 191 ss.
- CARANTA R., *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Regioni*, 2011, VI, p. 1175 ss.
- CARANTA R., *Attività pubblica, attività no-profit, e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. app.*, 2008, p. 293 ss.
- CARTEI G., *Il servizio universale*, Milano, 2002.
- CARTEI G., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005.
- CASELLI R., PERUZZI P., *Servizi idrici tra regolazione e mercato*, CSR-Proacqua, 1998, Paper n. 19.
- CASSA DEPOSITI E PRESTITI, *Studio di settore n. 04, Mobilità urbana. Il trasporto pubblico locale: il momento di ripartire*, Novembre 2013.
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 2008.
- CASSESE S., *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 1344 ss.
- CASSESE S., *Lo Stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini*, in *L'Unità del diritto, Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994.
- CASSESE S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Ec. pubbl.*, 1995, 5, p. 14 ss.

CASSESE S., *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 913 ss.

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.

CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 583 ss.

CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

CASTELLI L., *Sulla diretta elettività degli organi rappresentativi della provincia*, in www.astrdi-online.eu.

CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

CAVALLO PERIN R., *Ipotesi di studio sui servizi pubblici di comuni e province*, in www.robertocavalloperin.it.

CAVALLO PERIN R., *Le regole dell'organizzazione e della gestione*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, H Bonura e M. Cassano (a cura di), p. 139 ss.

CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 94 ss.

CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse economico generale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2006, 747 ss.

CHIADES P., TORRINI R., *Il settore dei rifiuti urbani a 11 anni dal decreto Ronchi*, *Banca d'Italia QEF n. 22*, Settembre 2008.

CHIASSONI P., R Posner, *Pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano 1999.

CINTIOLI F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in www.federalismi.it.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *La garanzia costituzionale della provincia in Italia e le prospettive della sua trasformazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2011, p. 467 ss.

CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 180 e ss.

COLOMBINI G., *Il finanziamento dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di) *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 149 ss.

COMMISSARIO STRAORDINARIO PER LA REVISIONE DELLA SPESA, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014.

CONTI C., MALGIERI P., *Riforma del trasporto pubblico locale. Modelli di liberalizzazione del settore: tendenze europee e prospettive per la situazione italiana*, Osservatorio dei mercati dei servizi pubblici locali, a cura di Confservizi Cispel, Roma, 2000.

CONVIRI, rapporto 2011.

CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. quad. serv. pubbl.*, 1999.

CORSO G., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. quad. serv. pubbl.*, 2002.

CROCI E., *La Convenzione di Aarhus: verso il cittadino consapevole*, in *Arpa Rivista*, 2, 2004, p. 23 ss.

CUOCOLO L., *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 484 ss.

D’ALESSIO G., *La “governance” del trasporto pubblico locale in relazione alle competenze di Stato, Regioni ed enti locali*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 171-172/2011, p. 189 ss.

D’ALPAOS C., VALBONESI P., *Una valutazione delle ipotesi di revisione del Metodo tariffario normalizzato per il servizio idrico integrato*, in *Ec. pubbl.*, 2006, 5-6, p. 97 ss.

D’AMICO R., (a cura di), *L’analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, Vol. 1, *La Pubblica amministrazione e la sua scienza*, Milano, 2006.

D’ANTONIO S., *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di) *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 135 ss.

D’ORSOGNA M., ERSPAMER A., *Il contratto di servizio*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, p. 229 ss.

DANESI L., PASSARELLI M., PERUZZI P., *La riforma dei servizi idrici: la regolazione locale, il contratto e gli incentivi*, in G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di), *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, Milano, 2007, p. 259 ss.

DEGNI M., *Aspetti economici del finanziamento dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 165 ss.

DELLA CANANEA G., *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 1, 2013, p. 11 ss.

DEMSETZ H., *Why regulate utilities*, in *Journal of law and economics*, 1968, trad. it., in D. Cossutta, M. Grillo, (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Bologna, 1987, p. 191 ss.

DE NICTOLIS R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, 2008, p. 1109 ss.

DE NICTOLIS R., *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urb. app.*, 2005, p. 288 ss.

DE SANCTIS L., *Accordi tra distributori di gas per partecipare alle gare*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2013.

DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam 2010.

DI PORTO F., *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008.

DI PORTO A., *Res in usu pubblico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013.

DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, pag. 2584.

DUGATO M., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 523 ss.

DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

DUGATO M., *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 3, 2012, p. 505 ss.

DUGATO M., *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008 – i servizi pubblici locali (art. 23 bis)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1219 ss.

DUGATO M., *Il regime dei beni pubblici dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008, p. 17.

ESPOSITO M., *I beni pubblici*, in M. Bessone (diretto da) *Trattato di diritto privato*, VII, Torino, 2008, p. 1 ss.

FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1004 ss.

FERRI G., *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *studi e commenti di Consulta online*.

FILIPPINI M., KUENZLE M., *Analisi dell'efficienza di scala e di costo delle compagnie di bus italiane e svizzere*, in *Econ. Pubbl.*, 2003, 6, p. 25 ss.

FIORENTINI M., *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, I, 2010, p.39 ss.

FIORITTO A., *I servizi idrici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, pag. 2505.

FONDAZIONE CIVICUM–Ufficio studi Mediobanca: *Le società controllate dai maggiori Comuni italiani: costi, qualità ed efficienza*, rapporto 2009.

FRAQUELLI G., PIACENZA M., ABRATE G., *Il trasporto pubblico locale in Italia, un modello per il monitoraggio della qualità del servizio*, in *economia e politica industriale*, 2001, p. 51 ss.

FRIGNANI A., *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2, 2014, p. 41 ss.

GALLETTA D., *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, pp. 22 ss.

GASPARINI CASARI V., *Il servizio universale*, in *Dir. econ.*, 2000, p. 263 e ss.

GIANNINI M. S., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988.

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

GIANNINI M.S., *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio, Pavia 11-12 giugno 1974, Padova, 1976.

GIGANTE M. (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012.

GIGLIONI F., *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5, p. 539 ss.

GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008.

GIURICIN A, ARRIGO U., *Come fare viaggiare gratis i romani e ridurre le tasse di 550 milioni*, in IBL focus n. 230, Istituto Bruno Leoni, 5 Marzo 2014, in www.brunoleoni.it.

GRAZIANO A., *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24.11.2003 n. 326 e alla l. 24.12.2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (Sentenze Stadt Halle del 11.1.2005; Parcking Brixen del 25.10.2005 e Modling del 10.11.2005)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

GRECO G., *Le concessioni di pubblico servizio tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 394 ss.

GUASCH J. L., *Affidamenti e rinegoziazioni nel settore infrastrutturale: una visione d'insieme*, in G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di) *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, Milano, 2007.

HART O., MOORE J., *Property rights and the nature of the firm*, LSE (Stircedr), Discussion paper 88/174, 1988.

IMMONDINO D., *Incentivi agli enti virtuosi, assoggettamento delle società in house al patto di stabilità ed apertura del mercato dei servizi pubblici alle regole concorrenziali*, in *Regioni*, 2013, 4, p. 785 ss.

INTESA SAN PAOLO Servizio studi e ricerche e S.R.M., *L'industria dei servizi idrici*, febbraio 2013.

INVITALIA, *Linee guida per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali nel settore del trasporto pubblico locale e regionale, Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli Enti Pubblici delle Regioni “Obiettivo Convergenza” per l’implementazione della riforma del mercato dei Servizi Pubblici Locali a rilevanza economica*, Aprile 2013.

INVITALIA, *I servizi pubblici locali: una sfida per lo sviluppo. Contesto normativo ed istituzionale, assetti organizzativi e regolazione dei settori*, Atti del Convegno, Roma 2 luglio 2013, in www.spl.invitalia.it.

INVITALIA, *Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli enti pubblici delle Regioni Obiettivo Convergenza per l’implementazione della riforma del mercato dei SPL a rilevanza economica*, giugno 2014.

IOMMI S., *Governo locale e benessere dei cittadini: i costi evitabili della frammentazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2013, p. 638 ss.

ITALIA V. (a cura di), *I servizi pubblici locali modalità di affidamento, gestione e tariffe*, Milano, 2010.

KLEIN M., *Economic regulation of water company. Policy research working paper*. World bank, Washington, 1996.

LAFFONT J. J., MARTIMORT D., *The theory of incentives: the principal-agent model*, Princeton University press, 2002.

LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

LIBERATI P., POLIDORI P., *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale: aspetti di regolazione ex ante ed ex post*, in L. Perfetti e P. Polidori (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico*, p. 2 ss.

LOTTI P., *Corte di Giustizia e involuzione dell’in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 1050 ss.

LUBELLO V., *Province sub iudice: funzioni, risorse e territorio*, in *Quad. regionali*, 2, 2012, p. 243 ss.

LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell’economia*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 4645 ss.

MADDALENA P., *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi moderni*, in www.federalismi.it, 11 luglio 2012.

MAGNIFICO L., *Stato, regione o autorità di regolazione alla guida del trasporto pubblico locale?*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Osservatorio dicembre 2013*, p. 12 ss.

MANGIAMELI S., *Titolo V, ordinamento degli enti locali e comunità montane*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2123 ss.

MASSA M., *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali*, in *Amministrare*, 2, 2013, p. 253 ss.

MASSARUTTO M., *La riforma dei servizi pubblici locali. Liberalizzazione, privatizzazione o gattopardismo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1, 2002, p. 107.

MASSERA A., *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, G. Falcon (a cura di), Padova, 2005, p. 175 ss.

MATTALIA M., *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario?*, in *Foro amm.* 2008, p. 1976.

MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011.

MAZZOLA M. R., *Le infrastrutture idriche: finanziamento, regolazione e mercato*, in P. M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti, infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze, 2010, p. 241 e ss.

MAZZOLA M. R., *L'approvvigionamento idrico primario*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le Virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, p. 323 ss.

MERLONI F., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici locali tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, 2009, in www.astrid-online.it;

MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2001*, Milano, 2002, p. 59 ss.

MERUSI F., *Le vie della municipalizzazione*, in *Italianieuropei* 04/2004.

MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

MERUSI F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria ed autarchia nazionale*, Bologna, 2002.

MERUSI F., *Democrazia ed autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000.

MERUSI F., *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 5 ss.

MOAVERO MILANESI E., *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. Bestagno (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007.

MONCERI F., *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011.

MONTEMARTINI G., *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902.

MUSOLINO S., *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*. in *Urb. app.*, 2011 p. 48 ss.

NAPOLI C., *Il livello provinciale nella legislazione anticrisi del governo Monti*, in www.federalismi.it.

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

NAPOLITANO G., *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 2002, p. 25 ss.

NAPOLITANO G., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012, p. 229 ss.

NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss.

NICOLETTI G., *Il rilancio dell'azienda speciale: il "caso" di Arin Napoli*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 5 settembre 2012.

NICOLETTI G., *Giovanni Montemartini e la teoria della municipalizzazione*, 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

ONIDA V., *Parere sui profili di legittimità costituzionale dell'art. 17 del d.l. n. 95 del 2012 convertito in legge n. 135 del 2012, in tema di riordino delle province e delle loro funzioni*, in www.federalismi.it, settembre 2012.

PADULA C., *Quale futuro per le province? Riflessioni sui vincoli costituzionali in materia di province*, in *Le Regioni*, 2, 2013, p. 361 ss.

PALLI E., *La (prorogata) soppressione delle autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici ambientali*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2012, p. 881 ss.

PARISIO V., *La gestione del servizio idrico integrato: valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, 2013, p. 125 ss.

PERFETTI L., POLIDORI P. (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Milano, 2003.

PERFETTI L., *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 681 ss.

PERICU G., *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di un pubblico servizio*, G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita (a cura di), Milano, 1995.

PERICU A., *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in L. Perfetti, P. Polidori (a cura di) *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003.

PERONCINI L., *Le tariffe nei servizi pubblici*, in AA.VV., *I servizi pubblici locali*, Milano, 2004, p. 825 ss.

PERUZZI P., *Gli investimenti nei servizi idrici, un contributo alla crescita della domanda e dell'occupazione*, Anea, working paper 03/2013.

PETRELLA R., *Res publica e beni comuni: pensare le rivoluzioni del XXI secolo*, Verona, 2010.

PETRETTO A., *Efficienza dei servizi pubblici locali ed efficienza del sistema economico: una nota propedeutica alla ricerca empirica*, Società italiana di economia pubblica, Working paper n. 592, giugno 2007.

PETRETTO A., *Teoria dei contratti e regolamentazione dei servizi pubblici locali*, in G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di), *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, Milano, 2007, p. 73 ss.

PETRETTO A., *Tutela della concorrenza e disciplina dei contratti. Un'analisi economica del diritto*, in G. Vettori, (a cura di), *Concorrenza e mercato, le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005.

PEZZOLI A., *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, p. 385 ss.

PICOZZA E., *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 239.

PIPERATA G., *I servizi pubblici locali*, in www.astrid-online.it

PIPERATA G., *Gli incerti confini del servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 498 e ss.

PIZZETTI F., *Le nuove province e le nuove forme di articolazione della democrazia locale*, in www.astrid-online.eu.

PIZZETTI F., *La nuova normativa in materia di enti territoriali: una grande riforma*, in F. Pizzetti, A. Ruggetti (a cura di), *Il nuovo sistema degli enti territoriali dopo le recenti riforme*, Rimini, 2012, p. 52 ss.

POLICE A., *Federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali?* in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, p. 1233 ss.

RACCA G. M., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), Milano, 1995, p. 296 ss.

RADICATI DI BROZOLO L., *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001.

RANGONE N., voce *Servizi pubblici*, in www.treccani.it.

RANGONE N., *Servizi universali*, in *Enc. giur., Agg.*, Roma, 1999, p. 7 ss.

RODOTA' S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.

RONCO G., *Appunti di regolazione tariffaria, Energia elettrica gas acqua. Metodi tariffari a confronto*, giugno 2012, in www.ato2roma.it.

SABBATINI D., *I servizi pubblici locali tra mercato e regolazione*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, Roma, 2008.

SACCOCCIO A., *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in www.dirittoestoria.it, 2013.

SAPUTELLI G., *Le funzioni amministrative delle province in materia di trasporto pubblico locale*, in ISSiRFA, novembre 2012.

SCHWARTZ A., *Legal contract theories and incomplete contracts*, in L. Werin, H. Wijkander (eds.), *Contract economics*, 1992, Blackwell publishers.

F. G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 247 ss.

SCOTTI E., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia in Foro amm.* 2005, p. 665 ss.

SCOTTI E., *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura, M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 1 ss.

SEBASTIANI M., *I servizi pubblici locali: una sfida per lo sviluppo. Contesto normativo ed istituzionale, assetti organizzativi e regolazione dei settori*, Atti del Convegno, Roma 2 luglio 2013, in www.spl.invitalia.it, p. 20 ss.

SHUGART C., ALEXANDER I., *Risk, volatility and smoothing: regulatory options for controlling prices*, Mimeo, 1999.

SIRIANI G., VALASTRO A., *Autorità indipendenti di regolazione e regioni*, in www.astridonline.it.

SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 393 ss.

SORACE D., *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, p. 1 ss.

SORDI B., *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quad. fiorentini*, 2002, p. 577 ss.

SPADONI B., *Il quadro normativo di riferimento dei servizi pubblici locali e la situazione del settore*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

SPADONI B., *Il contratto di servizio nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 26.10.2012.

SPADONI B., *Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi idrici e ambientali*, in De Vincenti C., Vigneri A. (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, p. 229 ss.

SPARACINO G., ALDERIGHI M., *Le gare e i contratti di servizio nel trasporto pubblico locale*, in *Economia dei servizi*, 1, 2008, p. 99 ss.

TONDI DELLA MURA V., *La riforma delle unioni di comuni fra «ingegneria» e «approssimazione» istituzionali*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1911 ss.

TONETTI A., *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2012, p. 589 ss.

TRAVI A., *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in www.rivistadella regolazione de i mercati.it, 1, 2014.

TRAVI A., *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, G. Falcon (a cura di), Padova, 2005.

TRIMARCHI BANFI F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 723 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009.

TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1064 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 3, 2010, p. 343 ss.

URSI R., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, IV, 2005, p. 136 ss.

UTILITATIS, *Riordino delle società controllate dalla pubblica amministrazione nei servizi di interesse economico generale*, giugno 2014.

VACCARI S., *Il sistema tariffario del servizio idrico alla luce del primo contenzioso*, in *Munus*, 2, 2014, p. 289 ss.

VASQUES L., *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999.

VESPERINI G., *La legge sulle autonomie venti anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2010, p. 953 ss.

VIGNERI A., *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 5, 2002, p. 1091 ss.

VILLATA R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

VISCO COMANDINI V., *I servizi di interesse economico generale*, in www.astrid-online.it.

ZERMAN P., *Il federalismo demaniale, tra interesse della comunità e risanamento del debito*, in www.giustizia-amministrativa.it.