

Forum Servizi pubblici locali
Torino, 29 febbraio 2012

Arduino D'Anna*
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione Generale Concorrenza

Il ruolo e i compiti delle Autorità indipendenti nei SPL: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Bozza per la discussione

1. Le recenti misure di liberalizzazione adottate dal Governo hanno inteso rimuovere, in linea di principio, tutte le indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche.

I meccanismi di abrogazione automatica delle norme previsti dalle manovre di agosto e di dicembre nonché la previsione di possibilità di deroga soggette a procedimenti estremamente articolati, hanno l'obiettivo di relegare il mantenimento delle restrizioni esistenti e l'introduzione di quelle future ad ipotesi residuali, motivate dalla necessità di salvaguardare valori costituzionalmente tutelati, secondo rigidi criteri di proporzionalità.

2. Nei servizi pubblici locali, la principale restrizione che le recenti manovre intendono rimuovere è il modello di gestione in esclusiva dei servizi; in sostanza, l'auspicio del Legislatore è il progressivo passaggio da un modello di concorrenza "per" il mercato ad un modello di concorrenza "nel" mercato. Il decreto-legge 138/2011 "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*" dispone all'art. 4, infatti, che ciascun ente locale, nel rispetto dei "*principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi*", provveda a verificare la realizzabilità di una gestione pienamente concorrenziale dei vari servizi pubblici locali, procedendo quindi a liberalizzare "*tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio*", limitando "*l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*".

3. In questo contesto di rinnovata attenzione per i processi di liberalizzazione si inseriscono i "nuovi" poteri dell'AGCM che, se fino a ieri si è mossa in un'ottica di tutela della concorrenza *ex post* (attraverso l'esercizio dei poteri repressivi disciplinati dagli artt. 101 e 102 del Trattato e dalle corrispondenti norme nazionali), è destinata adesso ad assumere un ruolo di primo piano anche nei processi di promozione *ex ante* della concorrenza, sostenendo la progressiva rimozione di tutti gli ostacoli all'esercizio e alla completa liberalizzazione delle attività economiche¹. Il potenziamento e l'accentramento in

* Le opinioni contenute nel presente contributo sono espresse a titolo personale e non impegnano in nessun modo l'Istituzione di appartenenza.

¹ Salvo ulteriori modifiche in sede di conversione del Decreto Legge n. 1/2012, il quadro normativo prevede: *i*) poteri consultivi "tenui" sui di segni di legge e sui regolamenti che intendono confermare o, se del caso, reintrodurre forme di restrizione all'accesso o all'esercizio di attività economiche (art. 34, comma 5 del decreto "Salva Italia" e art. 3, comma 11 del D.L. 138/2011); *ii*) potere di segnalazione alla Presidenza del Consiglio delle leggi regionali contrastanti con la normativa a tutela della concorrenza ai fini di cui agli artt. 120, comma 2 e 127 della Costituzione; *iii*) legittimazione ad agire avverso gli atti amministrativi (regolamenti, atti generali e provvedimenti) assunti in violazione delle norme a tutela della concorrenza (art.

capo all’Autorità di poteri i cui effetti si ripercuotono anche sugli organi di governo locale, è senza dubbio anche il frutto della contingenza economica internazionale, che ha imposto al Legislatore di sacrificare qualcosa del processo di devoluzione delle funzioni tra Stato e Regioni, valorizzando la tutela della concorrenza quale baluardo dell’unità economica del Paese e principale simbolo del rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario.

4. Già all’indomani della riforma del 2001, la Consulta suggeriva di valutare con estrema cautela le possibili “frizioni” tra fonti nazionali e regionali disciplinanti parallelamente gli stessi settori dove potevano potenzialmente sovrapporsi materie soggette a competenze legislative esclusive diverse (ad esempio, i servizi pubblici locali). E’ in tale contesto che non tardò a prendere consistenza la teoria delle competenze “trasversali” dello Stato nelle materie di esclusiva competenza regionale, assurta in breve tempo a vero e proprio criterio di valutazione di legittimità delle norme ai sensi dell’art. 117 della Costituzione². Da quel momento, si sono moltiplicate le decisioni della Corte che hanno dichiarato l’illegittimità di leggi regionali perché in violazione delle competenze statali in materia di tutela della concorrenza *tout court* e, quindi, in violazione della “nuova” ripartizione di competenze legislative operata dall’art. 117 della Costituzione. In altri casi, la violazione delle norme a tutela della concorrenza è stata dichiarata ai sensi del comma 1 dell’art. 117, in quanto le stesse costituiscono la principale espressione di quei “*vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*” per il rispetto dei quali il quinto comma dello stesso articolo della Costituzione prevede addirittura la possibilità per lo “Stato” di legiferare in luogo dei Consigli Regionali.

5. Il riferimento ai “poteri sostitutivi” dello Stato mi consente di entrare nel cuore del tema assegnatomi, facendo partire l’analisi dal “nuovo” potere di segnalazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri delle disposizioni regionali contrastanti con la tutela o la promozione della concorrenza di cui all’art. 4 del decreto “Liberalizzazioni”. In realtà, si tratta di una funzione già ampiamente esplorata dall’Autorità che ha fatto largo utilizzo dei poteri di segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della Legge *antitrust* per evidenziare possibili distorsioni della concorrenza contenute in norme regionali. In alcuni casi, il merito delle segnalazioni è confluito nei giudizi di legittimità costituzionale promossi dal Governo ai sensi dell’art. 127 della Costituzione³. Il problema ricollegabile all’esercizio di tale potere è rappresentato dalle ripercussioni che l’eventuale segnalazione dell’Autorità potrebbe avere nel caso di inerzia delle Regioni, qualora il Governo ritenesse di esercitare i poteri sostitutivi introdotti dal decreto “liberalizzazioni” (art. 4, comma 1, lett. c) del D.L. n. 1/2012).

35 del decreto “Salva Italia” che introduce l’art. 21-bis della Legge *antitrust*); *iv*) parere obbligatorio sulla schema di delibera quadro adottata dagli Enti locali sull’assetto della gestione dei servizi pubblici locali.

² A partire dalla nota sentenza n. 272/2004 che ha confermato la legittimità costituzionale delle norme statali in tema di tutela e promozione della concorrenza (si trattava dell’art. 113 del D.Lgs 267/2000 come modificato dalla Legge Finanziaria per il 2002), destinate ad incidere “trasversalmente” sulle materia, come quella dei servizi pubblici locali la cui disciplina è rimessa dall’art. 117 della Costituzione alla competenza legislativa esclusiva delle Regioni.

³ E’ il caso della sentenza della Consulta n. 361/2010 che ha sancito l’illegittimità della disciplina riservata dalla Regione Lombardia alla gestione delle reti idriche, a conclusione di un giudizio di legittimità sollevato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri per presunta contrarietà della L.R. n. 26/2003 alle previsioni dell’art. 117 della Costituzione. La questione è stata sollevata dall’Autorità con segnalazione del 26 marzo 2009 – AS512 - Disciplina del servizio idrico integrato nella regione Lombardia nella quale sono state evidenziate le possibili distorsioni derivanti da una disciplina differenziata del servizio da Regione a Regione.

6. Il problema, com'è noto⁴, riguarda non tanto la possibilità di recuperare, nell'ordinamento, norme che autorizzino l'esercizio dei poteri sostitutivi ulteriori rispetto a quelli disciplinati dall'art. 120, comma 2, della Costituzione ma la possibilità che il Governo possa esercitare la funzione legislativa in luogo delle Regioni⁵. L'unica eccezione che non poneva dubbi è (era) rappresentata dall'ipotesi di cui all'art. 117, comma 5 della Costituzione che, non a caso, a differenza dell'art. 120, attribuisce tale potere allo "Stato" e non al "Governo".

La Corte Costituzionale, nonostante abbia recentemente fornito segnali di una progressiva apertura⁶, non ha ancora sciolto in maniera decisiva la questione se l'art. 120, comma 2, della Costituzione, consenta al Governo anche l'esercizio della funzione legislativa riservata alle Regioni. Non è questa la sede per affrontare la questione che è meritevole di una trattazione separata. Mi sembra, tuttavia, lecito poter dubitare della legittimità di questa norma, per due ordini di motivi: *i*) l'art. 4 del decreto "Monti" rinvia esplicitamente all'art. 120 della Costituzione, nonostante "*il contrasto con la tutela e la promozione della concorrenza*" non rientri tra le fattispecie esplicitamente contemplate al comma 2 del medesimo articolo ma, piuttosto, tra "*i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*" di cui all'art. 117, primo comma; *ii*) è fortemente dubitabile, al di fuori delle ipotesi che trovano un esplicito fondamento nella Costituzione, che il Governo, soggetto solo alla responsabilità nei confronti del Parlamento, possa esercitare un potere di natura "politica", integrante una vera e propria "sostituzione" agli organi di governo locale.

7. Fatta questa premessa di carattere generale, passerò ad occuparmi delle altre competenze affidate all'Autorità, tra le quali spicca, per il suo carattere di assoluta novità e per le sue probabili ricadute – oltre che sulla disciplina del processo amministrativo - sulla disciplina dei servizi pubblici locali, il potere di impugnazione dei provvedimenti amministrativi introdotto dall'art. 35 del decreto "Salva Italia".

Qualcuno dei primi commentatori della norma ha tentato di ridurre l'impatto sul sistema, sminuendo l'ampiezza del potenziale oggetto di impugnazione, riducendolo a quei provvedimenti suscettibili di integrare violazioni della legge *antitrust*⁷. In realtà, il fatto che il "nuovo" potere prenda vita in un contesto di grande attenzione ai processi di liberalizzazione non è casuale e sarebbe riduttivo relegare tale forma di legittimazione attiva nel solco dell'attività di vigilanza *ex post* già svolta dall'AGCM sulle intese restrittive e gli abusi di posizione dominante. Al di là dei lavori preparatori della norma che paiono muoversi nettamente in tal senso, l'assunto pare confermato anche dall'osservazione di

⁴ Per una completa disamina delle principali questioni relative all'esercizio dei poteri sostitutivi, cfr. C. Mainardis, *Poteri sostitutivi statali ed autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007.

⁵ Dopo la modifica del titolo V della Costituzione, la Corte Costituzionale si è occupata dei poteri sostitutivi ordinari e straordinari in numerose sentenze: si ricordano le sentenze nn. 69-74 del 2 marzo 2004 ; sentenza n. 112 del 6 aprile 2004; sentenza n. 140 del 4 maggio 2004; sentenza n. 167 del 29 aprile 2005; sentenza n. 300 del 22 luglio 2005; sentenza n. 371 del 14 novembre 2008 e, da ultimo, nella sentenza n. 361 del 17 dicembre 2010.

⁶ Nella recente sentenza n. 361/2010, la Corte, se ha radicalmente escluso che al Commissario del Governo possano essere conferiti poteri di tipo legislativo, non esclude, tuttavia, la possibilità per il Governo di "*adottare atti con forza di legge in sostituzione di leggi Regionali e quindi eccezionalmente derogando al riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni, tramite l'esercizio in via temporanea dei propri poteri di cui all'art. 77 della Costituzione*".

⁷ Per un'accurata disamina delle questioni poste dall'art. 21-bis della Legge n. 287/1990, introdotto dall'art. 35 del D.L. 201/2011 sia consentito rinviare ai recenti contributi di F.Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *giustamm.it*; (gennaio 2012) e M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust in Federalismi.it*, n. 24/2011.

alcune modifiche apportate in sede di conversione del D.L. 138/2011. L'art. 35 del "*Salva Italia*" nasce, infatti, per rafforzare i poteri dell'Autorità in materia di servizi pubblici locali. E' presumibile che la norma venisse dalla stessa "penna" che aveva introdotto, in fase di conversione dell'art. 4 del Decreto 138⁸, l'obbligo per gli Enti Locali di inviare all'*Antitrust* la delibera quadro sui Servizi pubblici locali "*anche*" ai fini di cui alla Relazione annuale al Parlamento. L'aggiunta della parola "*anche*" era evidentemente orientata a stimolare l'esercizio di un potere che già si configurava come un *quid pluris* rispetto ai poteri istruttori e consultivi già disciplinati, rispettivamente, all'art. 14 e agli articoli 21 e 22 della legge *antitrust* e probabilmente non menzionati proprio per tale motivo.

8. Le questioni poste dalla recente modifica sono numerose e ripropongono, per certi versi, alcuni dei temi già affrontati in dottrina all'indomani dell'adozione del d.l. 54/1993 che attribuiva al Procuratore Regionale presso la Corte dei Conti il potere di ricorrere in via autonoma innanzi al TAR avverso atti e provvedimenti della p.a. in vista del buon andamento e dell'imparzialità della stessa, "*a tutela della legittimità dell'azione amministrativa*"⁹. Lo stralcio della norma, in sede di conversione del decreto, smontò le numerose censure che erano state sollevate, alcune delle quali evocavano le differenze tra giurisdizione di diritto oggettivo e soggettivo per sostenerne l'illegittimità costituzionale.

9. La legittimazione attiva di un'Autorità portatrice di un preciso interesse pubblico continua, in ogni caso, a porre numerosi problemi applicativi, primo tra i quali è sicuramente l'esigenza di chiarire il rapporto tra il primo e il secondo comma del citato art. 35. E' dubbio, infatti, se il parere disciplinato al secondo comma della disposizione rappresenti, *strictu sensu*, un presupposto di procedibilità della domanda o meno. Nel caso in cui la risposta fosse negativa, infatti, l'Autorità potrebbe impugnare direttamente i provvedimenti lesivi della concorrenza. In attesa di una pronuncia del giudice, la soluzione che individua nel parere un presupposto di procedibilità pare essere preferibile per motivi principalmente legati all'efficacia dell'intervento (diversamente, l'Autorità potrebbe non essere in condizioni di gestire l'enorme mole di lavoro) e ad una generale esigenza di coerenza della norma che lo prevede con l'art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990 che disciplina la possibilità l'annullamento in autotutela degli atti illegittimi. In altri termini dovrebbe essere consentito all'amministrazione di "rivedere" le proprie determinazioni prima che l'Autorità si decida eventualmente ad impugnare direttamente l'atto contrario alle norme a tutela della concorrenza.

10. Il richiamo all'art. 21-*nonies* consente anche di ridimensionare gli effetti dirompenti riconducibili all'eccessivo dilatamento dei termini per l'eventuale impugnazione dell'atto da parte dell'Autorità. Il fatto che questa, infatti, possa impugnare l'atto amministrativo entro 150 giorni (sessanta giorni per il parere a cui si aggiungono i sessanta per ottemperare concessi all'amministrazione intimata e, infine, i trenta giorni entro i quali l'Autorità può esercitare il potere) dal momento in cui ne sia venuta a conoscenza determina un grave problema di incertezza per le determinazioni della p.a. La previsione di precisi criteri (ragioni di interesse pubblico, dell'eventuale affidamento dei terzi e la necessità di un termine "ragionevole") ai quali l'amministrazione intimata deve orientare l'esercizio dei poteri di autotutela, potrebbe rendere coerente con il sistema processuale il nuovo potere dell'Autorità, consentendo alla p.a. destinataria del parere di mantenere l'atto illegittimo a fronte della decorrenza di un termine non più "ragionevole" e dell'affidamento dei terzi.

⁸ Legge 14 settembre 2011 n. 148.

⁹ Art. 3 del disegno di D.L. n. 54/1993.

11. I problemi sono diversi e di non facile soluzione. Mi limito a citare due ulteriori questioni che incidono su altrettanti istituti processuali sulle quali si stanno concentrando i commentatori della norma e che attendono, presumibilmente, di essere risolte in sede giurisdizionale: *i*) la decorrenza del termine di sessanta giorni entro i quali l’Autorità può rendere il parere; *ii*) la possibilità che l’Autorità possa presentare domanda di sospensione provvisoria dell’efficacia dell’atto¹⁰.

12. Un cenno, infine, ai risvolti pratici della novella legislativa. L’approvazione della norma ha determinato una immediata e abnorme proliferazione di denunce e segnalazioni nelle quali viene richiesto l’intervento dell’*Antitrust* che si vedrebbe così catapultata nel contenzioso degli Enti locali, con riferimento a questioni di scarsa o nulla rilevanza concorrenziale. Ma questo è, purtroppo, anche il prevedibile risultato del recente aumento dei costi per l’accesso alla giustizia amministrativa. Credo, tuttavia, che almeno in questa fase iniziale, l’Autorità stia valutando attentamente la possibilità di fare uso del nuovo potere, limitandolo a questioni particolarmente “critiche” dal punto di vista concorrenziale, nell’attesa di adottare, se del caso, una *Comunicazione* di carattere generale contenente criteri sui quali basare l’esercizio di tutte le nuove competenze.

13. Passerei ora ad occuparmi dei poteri dell’Autorità in tema di servizi pubblici locali, cercando di fare chiarezza, per quanto possibile, sulle intenzioni del Legislatore e sugli obiettivi attesi dall’applicazione delle norme. Il comma 3 dell’art. 4, come modificato, da ultimo, dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*)¹¹ prevede che la verifica deve essere inviata all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell’istruttoria svolta dall’ente di governo locale, in merito all’esistenza di ragioni idonee e sufficienti all’attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all’affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali.

14. Partiamo da una questione di carattere generale: i connotati della delibera “quadro”. La verifica dell’Ente dovrebbe dimostrare l’impossibilità di individuare spazi di concorrenza “nel mercato” e i relativi benefici derivanti dal mantenimento del regime di esclusiva quale modello di gestione dei SPL.

Sembra difficile negare che, appena introdotta, la previsione – già esistente nel regime introdotto dall’abrogato art. 23-bis del D.L. 112/2008 (e relativo regolamento di attuazione, D.p.r. n. 168/2010) ma con una formulazione più “tenue”¹² - è parsa, ad una prima lettura,

¹⁰ Sul punto, si veda, in particolare, Libertini (2011), *I nuovi poteri dell’Autorità antitrust* cit.

¹¹ In GU n. 19 del 24-1-2012 - Suppl. Ordinario n.18.

¹² Il D.p.r. n. 168/2010, all’art. 2, “*Misure in tema di liberalizzazione*” prevedeva “1. Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l’attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio. 2. All’esito della verifica l’ente adotta una delibera quadro che illustra l’istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l’equità all’interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. 3. Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all’Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

“fuori dal tempo” giacché totalmente slegata dalla realtà economica di alcuni dei settori interessati.

Può sembrare, infatti, paradossale ritenere plausibili forme di concorrenza “nel mercato” in settori nei quali già l’introduzione dell’obbligo di gara per l’affidamento dei servizi è stato un traguardo costantemente osteggiato e in alcuni casi ben lontano dall’essere raggiunto. L’affidamento diretto (nella forma dell’*in house* o a terzi) rimane, infatti, il principale modello di gestione dei trasporti locali, delle attività di smaltimento dei rifiuti solidi urbani e di tutti quei servizi locali cd. “innominati”, nonostante si siano avvicinate, negli ultimi dieci anni, norme generali e speciali che hanno tentato di introdurre meccanismi competitivi di selezione degli operatori¹³.

Se, da un lato, tale circostanza è sicuramente riconducibile alle “resistenze”, tanto delle amministrazioni quanto degli operatori locali¹⁴, la stessa è anche determinata dalla struttura e dalle caratteristiche dei mercati di volta in volta coinvolti, alcuni dei quali presentano condizioni di monopolio naturale e/o costi di entrata difficilmente recuperabili, oltre ad essere tutti generalmente caratterizzati da esigenze di accessibilità e universalità, gravi *deficit* infrastrutturali, pesanti esternalità negative e - sicuramente non trascurabile - una forte connotazione sociale¹⁵.

15. Questo, sia chiaro, non vuol dire che non vi siano spazi per la concorrenza “nel mercato”, nonostante il legislatore si sia posto un obiettivo forse troppo ambizioso, che si pone al di là di quanto la stessa Autorità abbia mai suggerito nei suoi numerosissimi interventi di segnalazione in materia. Ma se si intende attribuire alla norma una valenza concreta, che vada al di là di una mera enunciazione di principio, bisogna considerare due aspetti: *i*) è necessario rivedere completamente il modello di organizzazione dei servizi, partendo da una “nuova” definizione razionale ed efficiente degli ambiti ottimali e dei servizi minimi, alla luce dei vincoli di finanza pubblica e dei sussidi eventualmente necessari alla copertura dei costi di esercizio; *ii*) la verifica di concorrenzialità dovrà valutare la possibile coesistenza di forme di concorrenza “per” il mercato e “nel mercato” nello stesso bacino. Il legislatore, facendo precedere una articolata fase “definitoria” (art. 3-bis del D.L. n. 138/2011) alla verifica di concorrenzialità pare avere colto la *consecutio* logica corretta dei vari passaggi necessari. Pare, tuttavia, lecito chiedersi se le amministrazioni locali, al di là della volontà politica, dispongano delle risorse tecniche ed economiche necessarie per affrontare quest’onere senz’altro gravoso¹⁶.

¹³ D.Lgs n. 267/2000 (T.U.E.L.) e ss.mm., il D.Lgs n. 422/1997 per il trasporto pubblico locale, e il D.Lgs 163/2006 per i servizi ambientali (T.U.A.).

¹⁴ L’intesa accertata dall’Autorità con provvedimento n. 17550 del 30 ottobre 2007 (in Boll n. 41/2007) nell’ambito del Procedimento I-657 – *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico locale nel Comune di Roma*, dimostra come la reazione delle principali aziende di trasporto pubblico locale attive sul territorio nazionale rispetto all’introduzione di forme di concorrenza “per il mercato” previste a partire dal 1 gennaio 2004 dal decreto legislativo n. 422/1997 sia stata la conclusione di un accordo illecito volto a falsare il possibile risultato delle gare previste alla scadenza delle concessioni.

¹⁵ Prima di tutto va considerato che, nel settore dei trasporti locali, in particolare, vige ancora la cd. “clausola sociale” in virtù di un decreto risalente agli anni trenta che impone al gestore subentrante di avvalersi della forza lavoro dell’operatore uscente. Inoltre, l’attività svolta dall’*Antitrust* in applicazione dell’art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 ha dimostrato che la maggior parte delle gestioni *in house* svolge un preciso ruolo di ammortizzatore sociale, contribuendo all’inserimento o al reinserimento nel mondo del lavoro delle categorie protette.

¹⁶ L’esperienza maturata dall’Autorità in applicazione dell’abrogato art. 23-bis non lascia troppi dubbi in merito. Di tutti i pareri negativi rilasciati dall’Autorità, circa il 35% è direttamente riconducibile alla totale assenza di analisi economica o di indagini da parte degli Enti locali.

16. Alcune elaborazioni interne degli Uffici, a titolo provvisorio e senza alcun carattere di ufficialità, hanno tentato di individuare i criteri di massima ai quali dovrebbe essere ispirata la verifica degli Enti locali. Nei paragrafi che seguono si cercherà di dare conto brevemente delle soluzioni ipotizzate in relazione a ciascuna delle fasi in cui si estrinseca l'attività degli Enti:

- a) La definizione degli ambiti (art. 3-bis del D.L. 138/2011, entro il 30 giugno 2012): L'obiettivo dovrebbe essere quello di circoscrivere gli ambiti territoriali ottimali secondo caratteri non amministrativi (nonostante la norma imponga una dimensione quantomeno provinciale) ma orientati al conseguimento di economie di scala e di differenziazione. Il ché, ovviamente, presenta aspetti peculiari da settore a settore se solo si considera che l'analisi economica, ad esempio, per il trasporto pubblico locale ritiene trascurabili le possibili economie derivanti dall'accorpamento di più ambiti locali, salvo quelle cd. "di gruppo", ossia derivanti dalla razionalizzazione degli organi di gestione¹⁷;
- b) Definizione dei servizi minimi e degli obblighi di servizio pubblico. (art. 4, comma 1 del D.L. n. 138/2011): Si tratta di un'attività che implica un aggiornamento dei dati relativi alla domanda di servizio pubblico e una nuova decisione "politica" in merito alla quantità/qualità di tale domanda che si intende soddisfare con l'intervento pubblico. L'obiettivo minimo, raggiungibile in questa fase, è l'eliminazione quantomeno delle "sovrapposizioni" tra servizi pubblici e/o porzioni di questi già esistenti, in maniera tale da ridurre le sacche di inefficienza, anche nell'ottica di una razionalizzazione – per le attività sussidiate – delle risorse pubbliche impiegate a parziale/totale copertura dei costi dei gestori;
- c) La verifica di concorrenzialità. Una volta ri-definito il servizio pubblico, l'amministrazione dovrebbe elaborare i dati a disposizione (dati di domanda, costi, vincoli di finanza pubblica e, se disponibili, dati disaggregati di fatturato) per tracciare una stima della redditività reale o potenziale del servizio o di singole partizioni di questo. La pubblicizzazione di tali informazioni e una qualche forma di consultazione pubblica degli operatori economici (pubblici e privati) attivi sul mercato, potrebbero favorire l'emersione delle parti del servizio pubblico ritenute "profittevoli" e di quelle invece in perdita;
- d) Concorrenza nel mercato e/o per il mercato. A questo punto, una volta disponibili tutti i dati, comprese le "reazioni" del mercato, l'amministrazione dovrebbe verificare l'esistenza di eventuali benefici derivanti dal mantenimento della gestione in esclusiva procedendo a liberalizzare tutte le attività per le quali tale condizione non è sussistente. Ovviamente, tale valutazione non può prescindere né dalla previsione di possibili fenomeni di *cream skinning* né dai vincoli di finanza pubblica locale, spesso legati al funzionamento di meccanismi di sussidio incrociato. In tal senso, un'analisi attenta in sede di programmazione/pianificazione dei servizi, nell'ipotesi in cui portasse alla luce l'esistenza di una quantità significativa di sovrapposizioni tra i servizi esistenti, potrebbe evidenziare quasi automaticamente gli spazi possibili di competizione "nel mercato";

¹⁷ Si veda al riguardo, Boitani-Cambini (2002) "Regolazione incentivante per i servizi di trasporto pubblico locale", *Politica Economica*, n. 2; Cambini-Paniccia-Piacenza-Vanoni (2007), "Struttura di costo e rendimenti di scala nelle imprese di trasporto pubblico locale di grandi dimensioni", *Rivista Italiana degli Economisti*, vol. XII e il recete studio Lem-Reply, (2011), "Gare regionali e gestori unici: una scelta efficiente?".

- e) Monopoli naturali. L'obbligatorietà della verifica dovrebbe essere esclusa in tutti quei casi in cui la struttura dei mercati coinvolti è tale da anticipare ragionevolmente l'assoluta impossibilità di sperimentare forme di concorrenza "nel mercato".

17. L'elaborazione che precede deve tener conto, da un lato, delle specificità settoriali e, dall'altro, dei problemi di coordinamento tra i diversi livelli di governo locale posti dalla norma. E' evidente, infatti, che da settore a settore esistono peculiarità tali da rendere i vari passaggi e i risultati negli stessi ambiti territoriali estremamente diversi. Nelle attività legate allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, l'analisi dovrebbe essere di tipo verticale, ossia orientata a verificare in quali segmenti della filiera produttiva vi sono possibili spazi per la concorrenza nel mercato, con uno sguardo puntato alle attività di raccolta porta a porta, al trasporto, al recupero e al riciclo nonché alla gestione degli impianti di smaltimento e/o recupero. Nel trasporto locale, la situazione è diversa dal momento che l'analisi dovrebbe essere di tipo orizzontale, ossia volta a verificare quali e quante linee di trasporto attualmente affidate in esclusiva possono essere lasciate al libero gioco del mercato, stante i vincoli di finanza pubblica, i vincoli tariffari e quelli legati alla tutela del patrimonio paesaggistico e ambientale. L'equilibrio attuale, fondato sulla gestione in esclusiva dei servizi, potrebbe essere modificato solo se, ferme tariffe, corrispettivi e eventuali forme di sussidio incrociato, l'indagine lasciasse emergere extraprofiti ingiustificati realizzati dall'*incumbent* o sovrapposizioni consistenti. Un'analisi del genere, tuttavia, implica il possesso di una quantità di dati relativi alla redditività di singole linee o gruppi di linee che è lecito dubitare siano in possesso delle amministrazioni e/o delle stesse società che gestiscono i servizi. In questo caso, assume un'importanza fondamentale la consultazione pubblica degli operatori economici, potenzialmente in grado di fornire progetti industriali alternativi per la gestione del servizio (eventualmente con modalità "miste", parzialmente in esclusiva).

18. Sarebbe auspicabile risolvere, inoltre, i problemi di coordinamento posti dall'art. 3-bis e dall'art. 4 del D.L. n. 138/2011. La definizione degli ambiti ottimali, infatti, è riservata alle Regioni mentre la verifica di concorrenzialità dei servizi è affidata dalla norma agli "Enti di governo locale". Il problema si pone, in particolar modo, per il trasporto pubblico locale perché lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani ha già sperimentato, almeno in teoria, l'organizzazione fondata sull'individuazione di ATO e delle relative Autorità d'ambito previsti dal Testo Unico dell'Ambiente. A ben vedere, tuttavia, anche nel trasporto pubblico locale, il D.Lgs n. 422/1997 assegna alle Regioni il compito di definire i "servizi minimi" e i criteri di determinazione delle tariffe (art. 16) talché in capo a Province e Comuni residua il compito di gestire le reti e gli impianti, svolgere le funzioni di stazione appaltante e, infine, concludere e monitorare l'esecuzione del contratto di servizio. In tal senso, sarebbe preferibile che le amministrazioni regionali provvedessero direttamente anche a svolgere la verifica di concorrenzialità, lasciando alle Province ed ai Comuni il compito di affidare i servizi in esclusiva e a curare la stesura e la conclusione delle "convenzioni" che potrebbero regolare lo svolgimento dei servizi in regime di piena concorrenza.

19. Qualche cenno, infine, alla natura del parere dell'Autorità e alle conseguenze dello stesso sull'attività degli Enti locali. A differenza di quanto previsto dall'abrogato 23-bis del D.L. 112/2008, l'art. 4 del D.L. 138/2011 non contempla la possibilità per l'Autorità di richiedere informazioni suppletive con relativa interruzione dei termini in caso di indagini lacunose o insufficienti. La questione non è banale ed anzi può presentare pesanti ricadute sull'attività degli Enti locali che, in assenza della delibera quadro, non possono procedere ad

affidare in esclusiva i servizi, diversamente da ciò che accadeva in vigore del citato art. 23-bis, laddove il parere negativo dell’Autorità, al massimo, era di ostacolo al solo affidamento diretto (secondo modalità *in house*) dei servizi. Si comprende, quindi, l’importanza di fornire informazioni dettagliate e complete all’Autorità, tali da mettere quest’ultima in condizioni di esprimere un parere nel merito, suscettibile di fornire alle amministrazioni indicazioni utili sull’assetto più efficiente da riservare alla gestione dei servizi locali. Il parere dell’Autorità, peraltro, è incentrato sull’esistenza “*di ragioni idonee e sufficienti all’attribuzione di diritti di esclusiva e sulla correttezza della scelta di procedere ad un affidamento simultaneo di più servizi pubblici locali*”. La previsione infelice, rievocando, in qualche misura, l’esercizio del sindacato giurisdizionale sugli atti della PA, rende ancor più fondata la necessità che gli Enti si sentano responsabilizzati nello svolgimento delle verifiche loro assegnate. Vale la pena di ricordare che l’art. 23-bis citato, più correttamente, si limitava ad assegnare all’Autorità l’obbligo del rilascio di un parere sui “*profili di competenza*”¹⁸.

20. Un’ultima considerazione di carattere generale prende spunto da una storia già vista, purtroppo, in tema di servizi pubblici locali. Negli ultimi dieci anni si è assistito, infatti, alla “frustrazione” periodica degli obiettivi globalmente perseguiti dalle norme di liberalizzazione, attraverso l’introduzione spregiudicata di deroghe alla regola della gara e continue proroghe alla scadenza del regime transitorio di volta in volta previsto. Il legislatore attuale non pare discostarsi da tale *trend* quando, ben nascosto all’art. 4, comma 32, lett. a) del D.L. 138/2011, sorprendentemente “riesuma” l’affidamento *in house*, consentendolo per altri tre anni nell’ipotesi in cui le gestioni “dirette” (*sic!*) già esistenti nel bacino “ottimale” decidano di integrarsi “operativamente”. La norma, forse redatta con troppa faciloneria, non specifica se tale opzione esenti gli Enti locali dall’adozione della delibera quadro e dagli altri adempimenti presupposti (istruttoria e richiesta di parere all’AGCM) né cosa debba intendersi, dal punto di vista giuridico-economico, per “integrazione operativa”¹⁹. In altri termini, se l’obiettivo reale del Legislatore è una semplice operazione di *maquillage* della situazione esistente, sarebbe semplicemente bastato, come in passato, il ricorso ad enunciazioni di principio sull’obbligo di gara, senza scomodare ardite forme di concorrenza nel mercato, sconosciute alla realtà dei servizi pubblici locali.

¹⁸ La questione si è già posta, seppur in termini diversi, in relazione allo schema dell’abrogato D.P.R. n. 168/2010 il cui l’art. 4, comma 2, prevedeva che “Nella richiesta del parere, esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l’ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza” e che l’Autorità, “nel rendere il parere di cui al comma 1 si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate ai sensi del comma 2 e dichiarate dall’ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante”. La previsione in oggetto è stata fortemente contestata ed ha formato oggetto di una specifica segnalazione (AS1112 - Schema di Regolamento sui Servizi Pubblici Locali) volta a sollevare non solo i profili di illegittimità della norma ma, soprattutto, la sua significativa incidenza sulla discrezionalità tecnica attribuita all’Autorità con legge 287/1990.

¹⁹ Rimane anche da chiarire se mantenendo il riferimento a precedenti gestioni “in house” e dirette non si intenda consentire l’integrazione tra società “pubbliche” in house e società private o miste in regime di affidamento diretto, ipotesi questa abbastanza diffusa nel settore del trasporto regionale su gomma.