

Frammenti di una "riforma" dei servizi pubblici locali

di Laura Ammannati

Sommario: 1. Una premessa sul metodo - 2. Alcune osservazioni sul contenuto - 2.1 Sul tema dei rapporti tra disciplina generale e discipline settoriali - 2.2 Sulla disciplina degli affidamenti - 2.3 Su alcuni elementi della gara - 2.4 Sulla delimitazione dei "bacini di gara" - 3. "Un passo avanti e due indietro" sulla strada della liberalizzazione

1. Una premessa sul metodo

Anche il Berlusconi IV ha rispettato il consolidato copione che vede ogni nuovo governo cimentarsi fin da subito con il tema dei servizi pubblici locali.

Tutti ricordiamo che nella precedente legislatura il "ddl Lanzillotta" presentato già dal giugno 2006 è stato rimaneggiato più volte fino alla versione ultima del dicembre 2007 (quella che doveva essere inserita nella legge finanziaria) che era il prodotto di continue mediazioni al ribasso nel tentativo di superare le ostilità costanti degli enti locali e di alcune categorie di gestori.

Il testo dell'art. 23-bis ("servizi di rilevanza economica") della l. 133/2008 (legge di conversione del più noto dl 112/2008 "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria") è anch'esso il frutto di emendamenti e rapidi rimaneggiamenti della versione iniziale dopo che era stato deciso di rimettere mano, in modo ancora una volta improvvisato e frammentario, alla questione dei servizi pubblici locali.

Con questo articolo non si perviene ad una riforma né definitiva né sistematica come sarebbe necessario in un settore di tale rilevanza ma purtroppo ad alta instabilità legislativa. Si tratta soltanto di un ennesimo tassello nel mosaico, assai variopinto, della disciplina dei servizi pubblici locali.

In via preliminare è necessaria una osservazione sul metodo. Ogni valutazione su molti degli aspetti sostanziali non è conclusiva in quanto la definizione di elementi rilevanti della disciplina è affidata all'esercizio successivo del potere regolamentare del governo. Quindi mancano a tutt'oggi certezze su tasselli importanti della riforma. E' poi possibile che alcune disposizioni debbano essere reinterpretate alla luce del regolamento da emanare entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge 133.

Quindi sono due i punti critici relativi alla tecnica legislativa utilizzata: il primo riguarda l'opportunità di intervenire per decreto su una materia complessa e dove non dovrebbero essere introdotti ulteriori elementi di incertezza; il secondo riguarda l'utilizzo di un meccanismo di delegificazione come il ricorso alla fonte regolamentare su questioni di grande rilevanza per l'assetto complessivo del settore come durata degli affidamenti, delimitazione del confine tra servizi gestiti in esclusiva e servizi liberalizzati oppure il conflitto di ruoli e interessi tra proprietari, regolatori e gestori sul quale la stessa Agcm ritorna costantemente nei suoi pareri in materia.

2. Alcune osservazioni sul contenuto

2.1 Sul tema dei rapporti tra disciplina generale e discipline settoriali

Il testo (art. 23-bis, c.1) prevede che "le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili". Come è evidente non ci si preoccupa di indicare esplicitamente le parti abrogate della precedente disciplina. Questa operazione sembra essere affidata al

regolamento (c. 10, lett. m). Tuttavia, resta da chiedersi se nella fase transitoria l'art. 113 del Tuel, nella totalità o in gran parte, sarà di fatto da considerare abrogato esclusivamente in base al meccanismo della incompatibilità.

Più in dettaglio, le discipline di settore sono dichiarate "incompatibili" con le attuali disposizioni generali che "prevalgono" a tutti gli effetti sulle prime. Allora la questione prioritaria riguarda il significato della nozione di prevalenza e cioè se, in termini giuridici, si tratti di una vera e propria abrogazione.

La domanda non pare inutile se la frase del c. 1 viene letta in connessione con quanto affermato al c. 10, lett. d) dove si prevede che al regolamento sia affidato, tra l'altro, il compito di "armonizzare" la "nuova disciplina" e quelle settoriali "individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua", cioè in tutti gli ambiti regolati da normative di settore. Quindi, solo con il regolamento si potrà pervenire ad un quadro più certo e nel frattempo l'individuazione delle disposizioni incompatibili, e perciò da abrogare, resterebbe affidata alla interpretazione di amministratori e giudici.

La tendenziale uniformazione delle diverse discipline può rappresentare un pesante arretramento per quei settori caratterizzati da un più avanzato grado di liberalizzazione o comunque da una specifica evoluzione verso una lenta ma progressiva apertura del mercato come nel caso del gas, del trasporto pubblico locale o dei rifiuti.

Con questo ultimo provvedimento anche al servizio idrico integrato si applica la stessa disciplina prevista per gli altri servizi a rilevanza economica, quindi appare necessaria una armonizzazione tra disciplina generale e disposizioni del d.lgs. 152/2006 ("Norme in materia ambientale", artt. 147 ss.) che avevano innovato rispetto alla legge 36 del 1994.

2.2 Sulla disciplina degli affidamenti

La gara è indicata come il meccanismo ordinario per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali. L'opzione per questa tipologia appare un forte elemento a favore di una apertura concorrenziale dei mercati a fronte della precedente disciplina (art. 113 del Tuel) dove la gara rappresentava soltanto una delle opzioni percorribili da parte degli enti locali.

Tuttavia lo schema di "deroga alle modalità di affidamento ordinario" apre la strada ad una ampia riemersione delle altre tipologie di affidamento. Infatti, in presenza di "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria" (c. 3).

Il testo definitivo ha eliminato il riferimento alle due modalità tipiche di affidamento diretto cioè la gestione *in house* e la società mista partecipata dall'ente locale e da un socio privato scelto con gara, limitandosi a prescrivere l'osservanza delle condizioni e dei principi che la giurisprudenza in particolare comunitaria ha elaborato.

Ma segna una forte differenza rispetto a quanto previsto dalla vecchia disciplina che escludeva esplicitamente dall'applicazione della disposizione generale i settori del gas e dell'energia elettrica, e comunque consentiva deroghe, in particolare in direzione pro-concorrenziale, per le normative di settore. Infatti la prevista assimilazione di queste ultime alla disciplina generale sembra riaprire, anche in ambiti particolari come quello del gas, la possibilità di mantenere o fare nuovamente ricorso agli affidamenti diretti (che sono tuttora prevalenti in molte aree del centro-nord).

A questo punto pare necessaria qualche osservazione sul merito dei meccanismi della deroga. Almeno due sono le criticità da considerare: la previsione di una analisi del mercato, che attesti l'impossibilità di "un efficace e utile ricorso al mercato" stesso, come base della motivazione; la previsione di un parere in merito alla scelta da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, per i settori dove siano costituite, di un altro da parte della autorità di regolazione competente.

Sul primo punto, se ipotizziamo che una delle principali cause della deroga possa essere la ridotta dimensione dell'ente locale, resta da chiedersi quale significato riveste la previsione di identificare i "bacini di gara" volti a consentire "economie di scala" e "a favorire maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi" (c. 7).

Sul secondo, si può ricordare quanto già detto dalla Agcm nel parere del 24 luglio (AS457, 24 luglio 2008), cioè che la previsione di una relazione motivata da parte dell'ente locale da inviare alla Autorità, benché mossa "dall'apprezzabile intento di arginare il diffondersi di deroghe ingiustificate", non potrebbe conseguire questo obiettivo. Infatti il "meccanismo di controllo" indicato dal c. 4 da solo rappresenta un argine fragile di fronte a interpretazioni troppo estensive della derogabilità sia per il carattere non vincolante del parere sia per la scarsa legittimazione della stessa Autorità a valutare aspetti di tipo sociale (ad esempio occupazionali) oppure ambientale o geomorfologico. In più va ricordato che il meccanismo delineato non considera adeguatamente l'ipotesi di un conflitto tra ente locale e Autorità oppure quella di un conflitto nella valutazione da parte delle due Autorità. Il che può estendere ulteriormente un contenzioso già ampio che aggrava l'instabilità del settore.

Infine l'Agcm ha pubblicato da pochi giorni una "comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3, del decreto legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all'affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" (16 ottobre 2008) che contiene un formulario utilizzabile da parte degli enti locali per fornire le informazioni necessarie a valutare la necessità e la convenienza dell'affidamento diretto.

2.3 Su alcuni elementi della gara

In primo piano ritorna il tema spinoso della fine del periodo transitorio, in cui in ogni settore la disciplina ordinaria dovrebbe entrare a regime. Inutile ritornare sulle incertezze e sui ritardi via via accumulati. Basta ricordare la vicenda del settore gas tra l'art. 46 bis della legge 222 del 29.11.2007 e le modifiche introdotte dalla LF per il 2008 (art. 3 c. 175).

L'art. 23-bis al c. 8 prevede per le concessioni del servizio idrico integrato una proroga al 31.12.2010 affermando che queste "cessano comunque entro e non oltre la data" indicata "senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante". Restano esclusi gli affidamenti diretti che saranno stati fatti nel frattempo in base al c. 3, cioè in deroga alla gara. E' evidente che questa formulazione non consentirà una interpretazione univoca e sarà quindi necessario che vengano definite, per via interpretativa, con maggiore precisione le situazioni oggetto di proroga e quelle che invece non lo saranno.

Per quanto riguarda gli altri settori, si rinvia invece al regolamento (lett. e) del c. 10) che deve disciplinare la fase transitoria verso un "progressivo allineamento" delle gestioni attualmente in essere al nuovo assetto – gara o deroga ex c.3 - "fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti" diretti.

In prima approssimazione sembra che il regolamento potrebbe prevedere percorsi di "allineamento" differenziati per settore indicando anche termini diversi per la fine del periodo transitorio, comunque non oltre il limite già previsto dalle singole discipline e con l'esplicito divieto di introdurre ulteriori proroghe o rinnovi del precedente regime.

Resta da chiarire chi sono i soggetti che potranno partecipare alle gare. Su questo (c. 9) si dà una certa continuità con le precedenti previsioni: cioè l'esclusione dalle gare, sia in via diretta che indiretta (fatta salva la possibilità di partecipare alla prima gara relativa al servizio già affidato), così come il divieto di acquisire la gestione di altri servizi o in ambiti territoriali diversi per i gestori in affidamento diretto o per i soggetti cui sia affidata la gestione delle reti e degli impianti.

Significativa è l'eccezione fatta per le società quotate che vengono esonerate da questo divieto. Certamente tale deroga è destinata a mantenere invariate molte situazioni soprattutto nel settore dell'energia e del gas interessando quei soggetti, per lo più società

miste partecipate da enti locali e derivate dalla trasformazione di municipalizzate, che hanno goduto perciò di privilegi e si sono rafforzate a partire da una posizione di monopolio. E' inoltre rinviata al regolamento (c. 10, lett. h) la definizione della durata degli affidamenti che, come sappiamo, è strategica rispetto alla propensione o meno all'investimento da parte dei gestori. Nei servizi a rete va poi considerato che la rilevanza degli investimenti necessari a garantire manutenzione, adeguamento e potenziamento delle infrastrutture rendono necessario l'affidamento per periodi relativamente lunghi. L'indicazione che il testo dà è che la durata debba essere "strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti".

2.4 Sulla delimitazione dei "bacini di gara"

Già con la legge 222 del 2007 era stata prevista la definizione di ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas. Le motivazioni di base dell'intervento erano senz'altro la riduzione drastica del numero delle gare da svolgere in un breve lasso di tempo e il perseguimento di una maggiore efficienza di gestione correlata all'incremento necessario della dimensione aziendale. L'obiettivo prioritario era la drastica riduzione della frammentazione.

Ora la previsione contenuta nel c. 7 prevede il criterio del bacino di gara come criterio valido per tutti i servizi. Sembra quindi certo che il meccanismo messo in moto dalla legge 222 per la distribuzione del gas, che aveva portato alla elaborazione del documento di consultazione (DCO 15/08) da parte dell'Aeeg, venga bloccato e l'intera questione sia riaperta all'interno del nuovo quadro procedurale.

A questo riguardo l'identificazione dei bacini è affidata, per tutti i servizi, al duplice intervento di enti locali e regioni "nell'ambito delle rispettive competenze", "d'intesa" con la Conferenza unificata (da ricordare che in un precedente testo l'identificazione poteva spettare in alternativa alle Autorità di regolazione dove costituite e questo avrebbe consentito di recuperare il progetto dell'Aeeg per il gas). Una domanda preliminare (non del tutto oziosa) riguarderebbe la possibilità di conciliare il generale processo di individuazione dei bacini di gara con la salvaguardia del potere di deroga al criterio della gara riconosciuto, in via di principio, al singolo ente locale.

Il disegno istituzionale che è sotteso alla definizione dei bacini di gara prevede, da una parte, l'intervento degli enti locali presumibilmente in base alla garanzia costituzionale del principio di autonomia che si estende anche alla funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali. Dall'altra quello della regione.

Ricordato che i servizi pubblici locali a rilevanza economica, anche per esplicita affermazione della Corte costituzionale, non sono, come insieme, materia di competenza regionale (le competenze debbono essere verificate a livello dei singoli settori), finora si era ritenuto che l'intervento regionale in materia era possibile se finalizzato ad un maggior grado di concorrenzialità. Quindi quale può essere il ruolo che regioni ed enti locali giocano? La disposizione sembra avere come obiettivo la tutela degli enti locali e indirettamente dei gestori dei servizi incardinati sul territorio grazie alla partecipazione degli stessi enti locali nel loro capitale.

Da parte loro, le regioni dovrebbero intervenire, settore per settore, a definire gli ambiti. Se consideriamo le differenze di partenza presenti nelle singole regioni anche per un servizio come quello idrico, dove la costituzione degli ATO era già prevista dalla legge di settore sulla base di specifici criteri comuni, possiamo ipotizzare l'emergere di un mosaico di deliberazioni (non necessariamente leggi) "temperate" dall'intesa da raggiungere nella Conferenza unificata.

In questo contesto la Conferenza potrebbe diventare la sede di elaborazione di una sorta di "guidelines" di orientamento dell'intervento a livello regionale con l'obiettivo di prevedere assetti non troppo differenziati anche in considerazione della complessa mediazione che si

dovrà realizzare tra organi regionali ed enti locali in quanto portatori di interessi diversi. Infatti sembra difficile ipotizzare di pervenire ad una situazione tendenzialmente omogenea dal momento che il vincolo della gara può rivelarsi ampiamente superabile data la formulazione del c. 3 e lo scarso peso della motivazione e in sostanza del parere dell'antitrust.

3. *"Un passo avanti e due indietro" sulla strada della liberalizzazione*

La resistenza degli enti locali a conservare partecipazioni parziali o totali nei soggetti gestori non sembra possa essere scalfita neppure dalla previsione che il regolamento debba disciplinare la netta distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione. Infatti la lett. c) del c. 10 indica come criterio di riferimento quello delle incompatibilità, cioè sembra predisporre unicamente una sorta di separazione funzionale.

Inoltre l'attuale assetto, ereditato da oltre un decennio di timore e di impossibilità per il legislatore di metterlo in discussione, non consente una separazione tra funzioni di regolazione, proprietà (azionista) e gestione dei servizi così come non può assicurare la separazione tra ambiti di monopolio (tipicamente la gestione delle reti locali) e le attività tipicamente concorrenziali.

Infatti, al di là della affermazione del c. 5 sulla proprietà pubblica delle reti, la realtà è in gran parte diversa. Una quota significativa delle reti nei vari settori rientra nella proprietà dei gestori sia pubblici che privati ed in particolare nel caso delle società a partecipazione pubblica le reti sono state spesso conferite nel patrimonio della società da parte degli enti locali.

Peraltro il problema cruciale in rapporto alle reti non è in realtà quello della proprietà pubblica o privata quanto quello della neutralità della gestione garantita dall'esercizio imparziale dei poteri di regolazione.

Infine, come dicevamo in apertura l'assetto non è ancora definitivo in attesa del regolamento, ma l'architettura del settore appare ancora più barocca che nel passato. L'incremento del numero dei soggetti coinvolti, la poca chiarezza sul ruolo ad essi attribuito e sui meccanismi procedurali così come talvolta la contraddittorietà tra gli obiettivi più o meno espliciti fanno intravedere una situazione di conservazione dello status quo piuttosto che l'atteso progetto di revisione coerente.