

ARTICOLI

FABIO MERUSI

LA TORMENTATA VITA DELLA CONCORRENZA NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO: 1. La concorrenza nei servizi pubblici locali. La concorrenza per il mercato al posto del mercato concorrenziale rilevante. – 2. La deroga per le società *in house*. – 3. Il controllo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Perplessità costituzionali e sistematiche. – 4. La concorrenza per il mercato nella normalità e nel caso di società miste. Le regole per il bando di gara. – 5. Alla ricerca di una concorrenza nel mercato, senza aver prima individuato il mercato rilevante.

1. La concorrenza nei servizi pubblici locali. La concorrenza per il mercato al posto del mercato concorrenziale rilevante

Sulle leggi che in breve successione di tempo, fra il 2008 e il 2009, sono intervenute a disciplinare i servizi pubblici locali ne sono state dette di tutti i colori e non sempre tutti i colori si attagliano effettivamente al quadro.

Conviene pertanto riassumere schematicamente lo stato dell’arte prima di passare ad illustrare quale dovrebbe essere la gestione a regime dei servizi pubblici locali, fatto oggetto, dopo una gestione quasi altrettanto lunga delle leggi che lo avevano previsto, di un apposito regolamento di attuazione.

Tutto è cominciato quando la Comunità Europea, seguendo l’esempio di quanto era accaduto nel Regno Unito, pensò di introdurre la concorrenza anche nei servizi pubblici dei singoli Stati membri. Per la Comunità Europea la concorrenza estesa a tutti i possibili soggetti operanti nell’ambito della Comunità è, com’è noto, lo strumento per raggiungere, attraverso la “miscela” di tutti i possibili concorrenti, quell’unità europea di base che stenta ad essere realizzata al vertice dagli Stati appartenenti alla Comunità, ora diventata Unione.

Il modello della concorrenzialità nei servizi pubblici consiste, com’è noto, nell’individuare nel servizio pubblico un mercato rilevante; nella dissociazione fra proprietà demaniale pubblica e gestione del servizio; nell’invenzione di una concorrenza artificiale, attuata con provvedimenti ammini-

strativi, nell'ambito della gestione, favorendo progressivamente la comparsa di più imprese in concorrenza fino a quando la concorrenza fra i gestori non divenga naturale; nell'affidare ad un soggetto neutrale, un'autorità indipendente, la regolazione con atti amministrativi (la c.d. concorrenza "artificiale").

L'applicazione di queste regole ai grandi servizi pubblici nazionali ha incontrato successi ed insuccessi e ha dato finora i più disparati risultati, ma è stata comunque applicata, o è in corso di applicazione, ai servizi con riferimento ai quali era possibile identificare, prima in sede nazionale, poi in sede transnazionale comunitaria, un mercato rilevante.

Il modello si è infranto nei confronti dei servizi pubblici locali per i quali risultava impossibile, o possibile soltanto in casi eccezionali, identificare un mercato rilevante nel quale introdurre una simulazione di concorrenza e, alla fine, una concorrenza *tout court*¹. I motivi di questo insuccesso sono vari, ma, in essenza, sono riconducibili alla frammentazione degli enti locali e alla conseguente impossibilità di identificare un mercato nell'area operativa di un servizio se questo è locale.

Il fenomeno è tanto più vero in Italia dove la configurazione soggettiva dei poteri locali, quelli comunali, è sempre rimasta immodificata, o modificata soltanto in casi marginali, dai tempi della legge Rattazzi in poi (1859), con la quale si legittimarono le comunità locali così com'erano, rinunciando ad una razionalizzazione dei poteri dell'ambito amministrativo delle comunità locali². Tale soluzione "transitoria" fu confermata nel 1865 in una delle leggi di unificazione amministrativa, estesa a tutto il territorio nazionale ed è giunta fino a noi con modificazioni marginali attraversando tutti gli ordinamenti costituzionali succedutisi nel tempo. Nel secondo dopoguerra in quasi tutti gli altri Paesi europei si è assistito a leggi di razionalizzazione dei poteri locali, ma, anche qui, senza quasi mai far coincidere l'ambito di erogazione dei servizi con un mercato che possa dirsi rilevante ai fini dell'introduzione di un sistema concorrenziale³.

¹ Per cui si rinvia a F. Merusi, *Le leggi del mercato, innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2002, 76 ss.

² Per la situazione esistente al momento della legge Rattazzi si rinvia alla ricostruzione e alla documentazione di A. Petracchi, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, voll. 3, Venezia, Neri Pozza, 1962, e per la situazione dei comuni meridionali dopo l'unità d'Italia al classico studio di M. Palumbo, *I Comuni meridionali prima e dopo le leggi eversive della feudalità. Feudi, università, comuni, demani*, vol. I, Montecorvino Rovella, Tip. L'Unione, 1910; vol. II, Cerignola, Tip. Cibelli, 1916. Per le ragioni della "conferma" del 1865 si rinvia a G. Vesperini, *I poteri locali*, vol. I, Roma, Donzelli, 1999 e alla letteratura ivi citata.

³ Cfr. ad esempio Y. Meny, *Profili di Amministrazione locale. La riforma francese*, Padova,

la concorrenza nei servizi pubblici locali

Di fronte a questo stato di cose la Comunità Europea ha rinunciato ad introdurre una simulazione di concorrenza in mercati che non risultavano rilevanti e ha ripiegato su una formula inferiore di concorrenza: *la concorrenza per il mercato*. Cioè la sottoposizione periodica a gare per la gestione dei servizi locali sul presupposto che la periodica gara per il mercato determini una efficienza nell'erogazione dei servizi.

Un sistema di questo genere è ovviamente incompatibile con l'attribuzione del servizio a società partecipate in maniera determinante dallo stesso ente locale o da altri enti pubblici che simulino una concorrenza per il mercato tra di loro attraverso lo strumento della società per azioni oppure con società partecipate in maniera determinate dall'ente locale che ne costituiscano nella sostanza un organo mascherato sul modello della vecchia azienda organo.

Ne sono nati, non soltanto in Italia, problemi infiniti sulla asserita elusione della normativa comunitaria e ne sono seguiti infiniti contenziosi di fronte al giudice amministrativo nazionale e alla Corte di Giustizia, nei quali spesso è stato coinvolto anche lo Stato italiano.

Il primo intervento legislativo, il decreto legislativo approvato nel 2008, inserito in un lungo elenco di modifiche legislative con le quali lo Stato italiano ha inteso porre rimedio a ben 14 infrazioni comunitarie, ha anche una disciplina di quella che dovrebbe essere la concorrenza per il mercato nei servizi pubblici locali. Coinvolgente cioè la tipologia dei servizi locali da porre a periodico concorso e la tipologia dei soggetti ai quali dovrebbe essere attribuita la gestione del servizio.

Si comincia con le deroghe riferite a servizi che sono attratti in mercati a rilevanza nazionale o comunque sovracomunale. Sono la distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica e dei trasporti ferroviari (limitatamente in quest'ultimo caso alla competenza trasferita alle Regioni). Senonché con un colpo di mano parlamentare fra i servizi esclusi sono stati introdotte anche le farmacie comunali che certamente non hanno nulla a che fare con un mercato rilevante di area vasta e, come tale, appunto rilevante. Qui caso mai ci sono problemi relativi alla privatizzazione delle farmacie non già con riferimento alla concorrenza per il mercato del servizio da erogare⁴.

Cedam, 1983 e A. Alexander, *L'amministrazione locale in Gran Bretagna. Una riforma alla prova*, Padova, Cedam, 1984. Per una descrizione dello stato attuale delle autonomie locali in pressoché ogni parte del globo si rinvia a *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, a cura di G. Pavani, L. Pegoraro, Roma, Donzelli, 2006.

⁴ Per i problemi delle quali si rinvia a *La gestione delle farmacie comunali: modelli e pro-*

Le norme a regime si riferiscono ai servizi di rilevanza economica. Si pone evidentemente il problema di distinguere i servizi di rilevanza economica dai servizi sociali. Operazione non sempre facile non solo nei casi marginali, ma anche con riferimento alle possibili diverse accezioni della nozione di servizio pubblico nella quale l'economia sfuma nella prestazione socialmente rilevante. La questione interpretativa sembra essere stata risolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale, in un'apposita comunicazione riferita all'articolo in questione, afferma che «si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali *con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale*». Ne deriva che secondo l'Autorità la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica dovrebbe, nella sostanza, essere ricostruita per differenza rispetto ad altre attività riconducibili alla normale funzione di una pubblica amministrazione, cioè le funzioni amministrative, e all'erogazione di servizi non organizzabili in maniera economicamente rilevante, ivi comprese tutte quelle attività strumentali all'azione della pubblica amministrazione, ma che non assurgono al rango di attività organizzabili in maniera aziendale-imprenditoriale. Naturalmente non mancheranno casi in cui si dubiterà se un'attività strumentale sia in realtà organizzabile in maniera imprenditoriale. Secondo questa impostazione dovrebbe alla fin fine risultare rilevante se siano organizzati imprenditorialmente oppure no. Cioè, più che l'essenza, il modo di erogazione del servizio.

A regime, cioè in un futuro più o meno prossimo e dopo procedure di adeguamento transitorio che forse non saranno così “effimere” come si vorrebbe che fossero, i soggetti ai quali dovrebbe essere attribuito periodicamente un servizio pubblico locale attraverso un procedimento ad evidenza pubblica, cioè ad una gara rispettosa di tutti i criteri comunitari previsti per le procedure competitive comunitarie, dovrebbero essere: 1) imprenditori o società in qualunque forma costituite; 2) società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione però che il socio privato venga scelto attraverso una procedura competitiva, spostando cioè la gara sull'acquisizione del socio privato al quale dovrebbero essere altresì attribuiti specifici compiti operativi nella gestione del servizio e che comunque dovrebbe acquisire una partecipazione non inferiore al 40% del capitale.