

Libro ASTRID sui servizi pubblici locali¹**Il contratto di servizio***Mario Sebastiani²*

Schema

1.- Orientamenti comunitari nella regolazione dei rapporti fra enti locali e imprese fornitrici di servizi pubblici locali	p.	1
2.- La regolazione dei rapporti fra enti locali e imprese fornitrici di servizi pubblici locali nella normativa nazionale	p.	5
3.- Il contratto di servizio: considerazioni di fondo	p.	9
3.1.- <i>Il contratto di servizio come contratto di agenzia</i>	p.	9
3.2.- <i>Il sistema degli incentivi</i>	p.	10
3.3.- <i>L'articolazione delle competenze</i>	p.	11
4.- Contenuti dei contratti di servizio	p.	12
5. Gestione integrata di più servizi	p.	14
6.- Elementi di uniformità e di differenziazione fra i contratti di servizio con terzi e <i>in house</i>	p.	16
7. Equilibrio economico-finanziario del gestore e compensazioni	p.	17
8.- Il controllo dei costi	p.	21
9.- Alcune differenze settoriali	p.	24
10. Clausole pro-concorrenziali	p.	25

1.- Orientamenti comunitari nella regolazione dei rapporti fra enti locali e imprese fornitrici di servizi pubblici locali.

Gli orientamenti comunitari hanno da sempre lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri sul come organizzare i servizi di interesse economico generale (SIEG), fattispecie a cui appartengono i servizi pubblici locali di rilevanza economica (SPL). Sebbene l'art. (ora) 14 del TFUE sia stato introdotto solo sul finire degli anni '90³, questo diritto era comunque riconosciuto agli Stati, che sul terreno in particolare dei SPL vi hanno fatto largo ricorso, in ciò favoriti dal dichiarato "benign neglect" della Commissione⁴. Si tratta di un diritto, questo, esercitato dagli Stati e dalle loro articolazioni territoriali nelle veste di autorità pubbliche deputate a identificare e farsi carico degli obiettivi di interesse generale, vale a dire, di fissare obiettivi, perimetro e asticella di adeguatezza e di abbordabilità dei servizi di interesse economico generale. Storicamente questo diritto è stato esercitato "unitariamente", attraverso l'unificazione in una stessa figura del ruolo

¹ Capitolo del volume *La disciplina dei servizi pubblici locali*, a cura di A. Vigneri, in via di pubblicazione con Passigli.

² Sono grato a Daniela Anselmi, Ivana Paniccia, Pietro Spirito e Adriana Vigneri per i commenti e suggerimenti ricevuti.

³ Art. 16 del Trattato di Amsterdam del 1997.

⁴ Si veda il Libro Verde sui servizi di interesse economico generale (COM (2003) 270): "Nel settore dei servizi di interesse generale, la ripartizione dei compiti e dei poteri fra la Comunità e gli Stati membri è complessa e talvolta è fonte di cattive interpretazioni e di frustrazione per i consumatori, gli utenti e gli operatori. Il trattato non colloca il funzionamento dei servizi di interesse generale fra gli obiettivi comunitari e non assegna alla Comunità poteri positivi specifici in questo settore. Fino ad oggi, ad eccezione di un riferimento specifico nel titolo sui trasporti⁴, a questi servizi si è fatto riferimento in due articoli del trattato [ora artt. 14 e 106, comma 2, del TFUE]" (par. 28-29).

proprio dell'autorità pubblica e di quello del materiale fornitore dei servizi, non importa se – quest'ultimo – soggetto formalmente distinto.

Ciò è stato propiziato dalla stessa normativa comunitaria, incline a estendere la portata dell'art. 14 (in forza di quel "provvedono" – rafforzato dall'integrazione introdotta dal Trattato di Lisbona, dove è "fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi") anche alla discrezionalità di scelta delle modalità di gestione; infatti, l'aver l'Unione fatto chiaro che la nozione di servizio pubblico non scaturisce dalla natura pubblica di chi lo eroga ma dalla missione di interesse generale che svolge, lascia impregiudicata la scelta della natura del fornitore. Sebbene a seconda dei SIEG e del sottoinsieme di SPL l'Unione sia intervenuta con discipline ad hoc, restano aperte diverse opzioni di organizzazione e fornitura: dal libero mercato alla gestione interna, a quella "diretta" *in house*, a quella tramite terzi e a quella della società mista in PPP⁵; fatte ovviamente salve le regole di concorrenza allorché le autorità pubbliche procedano a reali esternalizzazioni.

E' materia complessa se sotto il profilo del diritto della concorrenza l'*in house providing*, assistito dai requisiti Teckal, sia assimilabile a una forma di gestione interna o a una esterna all'amministrazione concedente, e dunque se il fornitore sia "impresa". Dalla risposta che se ne dà deriva l'origine della legittimazione all'affidamento diretto: nel primo caso, la materia esulerebbe dal terreno della concorrenza (a rigore non si potrebbe nemmeno parlare di "affidamento" vero e proprio); nel secondo vi apparterebbe ma potenzialmente rientrerebbe nella deroga di cui all'art. 106, comma 2, del TFUE, cosicché il ricorso a questa forma andrebbe giustificato alla luce di questo.

L'aspetto controverso non riguarda l'assoggettabilità o meno dei fornitori *in house* alla disciplina degli articoli da 101 a 108 del TFUE, ma agli articoli 49 e 56, relativi alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi. A questo riguardo gli orientamenti della Commissione europea e le posizioni prevalentemente espresse dalla giurisprudenza comunitaria – sebbene concordino sul carattere eccezionale dell'*in house* - appaiono alquanto divergenti: da un lato la Commissione, che considera l'istituto come deroga ai sensi dell'art. 106, comma 2⁶; dall'altro, la Corte di giustizia, che ha escluso l'applicabilità dei principi di libertà di stabilimento

⁵ Così: "Per quanto riguarda la questione se un servizio possa essere fornito dal mercato, la valutazione della Commissione si limita alla verifica di errori manifesti compiuti dagli Stati membri" (Commissione europea, Libro Verde, cit., par. 48). "Per quanto riguarda la partecipazione dello stato nella fornitura di servizi di interesse generale, spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)" (ibid., par. 79).

⁶ Si veda al riguardo la posizione della Commissione: "I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi *in-house*, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi *in-house* o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86. La giurisprudenza ne conferma la correttezza, in particolare: nel caso in cui i requisiti di servizio pubblico che il fornitore del servizio deve soddisfare non siano correttamente specificati (Cfr. la sentenza della Corte nel caso *Silver Line Reisebüro* (C-66/86: sentenza dell'11.4.89)); nel caso in cui il fornitore del servizio sia manifestamente incapace di soddisfare la richiesta (Cfr. la sentenza della Corte nel caso *Höfner* (C-41/90: sentenza del 23.4.91)); nei casi in cui esista un modo alternativo di soddisfare i requisiti con un effetto meno negativo sulla concorrenza (Cfr. la sentenza della Corte nella causa *Vlaamse Televisie Maatschappij* (T-266/97: sentenza dell'8.7.99))" (Commissione europea, Libro verde, cit., par. 80).

e di libera prestazione dei servizi in presenza dei requisiti Teckal⁷. Va peraltro detto che nemmeno la giurisprudenza italiana sembra del tutto concorde a questo riguardo⁸.

Certo non può sfuggire che l'interpretazione giurisprudenziale prevalente determina una situazione ibrida sul terreno della concorrenza: da un lato l'istituto dell'*in house* è sottratto agli articoli 49 e 56 del TFUE, *“in quanto il controllo esercitato sull'ente concessionario dell'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi [...]”*⁹; dall'altro l'operatore *in house* è soggetto all'art. 101 del TFUE (che si applica solo alle imprese) e che dovrebbe presupporre una autonoma capacità di commettere abusi, laddove l'autonomia di condotta è esclusa in premessa; infine è soggetto alla normativa sugli aiuti di Stato e dunque alla verifica di congruità dei costi eventualmente accollati all'ente concedente - un onere di verifica difficile da immaginare se il servizio fosse fornito direttamente dall'ente attraverso un proprio dipartimento.

Per quanto interessa il presente capitolo, emerge comunque che anche i soggetti *in house*, in quanto entità giuridicamente distinte dall'autorità pubblica concedente: (i) sono incaricati dei servizi e (ii) come tali, intrattengono rapporti contrattuali con gli enti concedenti, nella forma di convenzioni o contratti di servizio; (iii) i contratti di servizio debbono prevedere anche per essi un profitto ragionevole¹⁰; (iv) sono sottoposti alle norme sugli aiuti di Stato¹¹.

Ciò che induce a concludere che di imprese si tratti, come tali soggette alle norme della concorrenza e alle sue deroghe: una “terzietà” formale che peraltro giustifica la necessità di imporre loro obblighi di servizio pubblico. Come verrà argomentato nella sezione 6 di questo capitolo, al di là della diversità dei rapporti che legano l'ente concedente all'operatore interno, ma proprio a evitare che questa “diversità” degeneri in ancor maggiore opacità, è fortemente auspicabile che i contratti di servizio siano quanto più possibile strutturati come se fossero stipulati con soggetti terzi.

Nonostante la formale neutralità comunitaria, la separazione fra la figura dello Stato imprenditore e di quello regolatore ha cominciato a prendere corpo a partire dagli anni '90. Pur ponendo le condizioni per aprire i mercati alla “concorrenza possibile”, questa scissione non è stata il prodotto di obblighi pro-concorrenziali ma del principio di sussidiarietà orizzontale declinato in funzione

⁷ Cfr. al riguardo Corte di giustizia europea, C-107/98 (Teckal), C-458/03 (Parking Brixen), C-410-04 (AMTAB). Conclude infatti quest'ultima che: “[...] gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene” (punto 33).

⁸ Si veda per un verso il Consiglio di Stato: *“la decisione di un comune di erogare un servizio, costituendo una società o avvalendosi dell'azienda di altro comune, è logicamente estranea ad un sindacato di compatibilità con la tutela della concorrenza. Ciò che all'atto di compiere una simile scelta rileva sono, piuttosto, le esigenze del servizio. Se la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo. Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione”* (Sezione V, 23 aprile 1998). Per altro verso, più cauto sembra l'orientamento della Corte costituzionale, secondo la quale la normativa comunitaria *“consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo “analogo” (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di “contenuto analogo” a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante”* (Sentenza 199/2009, p. 9).

⁹ Corte di giustizia europea, C-458/03, cit., punto 62. Dello stesso tenore la sentenza Teckla, cit., punto 50.

¹⁰ Così il regolamento (CE) 1370/2007, art. 5, comma 1.

¹¹ Da aggiungere che - sebbene non si abbia notizia di procedure aperte dalla Commissione nei confronti di amministrazioni pubbliche che erogano direttamente per via interna SIEG - anch'esse sono soggette alla normativa sugli aiuti di Stato in quanto esercenti attività economiche.

dell'efficienza gestionale. Si è via via riconosciuto che l'esternalizzazione della gestione avrebbe comportato benefici in termini di distinzione fra funzioni pubbliche e funzioni gestionali, di efficienza produttiva e di trasparenza finanziaria, anche se - come accaduto in prevalenza - si fosse trattato di una esternalizzazione solo formale.

La regolamentazione comunitaria delle modalità "esterne" di fornitura - e conseguentemente dei rapporti fra autorità pubbliche e imprese incaricate - è stata introdotta con gradualità, in funzione del passo che si è deciso di imprimere ai processi di liberalizzazione, a sua volta condizionato da una serie di vincoli, interni ed esterni: fra i primi, le resistenze degli Stati, fra i secondi obiettivi di accessibilità e di abbordabilità dei servizi, così come considerazioni di carattere ambientale. Questo spiega perché i settori che più interessano questo capitolo - quello idrico, dei rifiuti e del trasporto pubblico locale e regionale - siano rimasti indietro rispetto ad altri; con la possibilità di tracciare al loro interno una graduatoria che ha visto la disciplina del trasporto locale - sotto i profili indicati sopra - più avanzata che per l'idrico e per i rifiuti. Maggiore per questi ultimi la connotazione (in senso generale) di beni pubblici, più elevato l'impatto sulla salute e sull'ambiente, minori probabilmente le chance per la concorrenza di migliorare la qualità dei servizi¹².

Infatti, sia per il settore idrico che per quello dei rifiuti, la produzione comunitaria - pur abbondante e di lunga data, e conformemente a quanto disposto nel Titolo XX del TFUE, riservato all'ambiente - si è focalizzata nel fornire orientamenti per una pianificazione integrata del ciclo dell'acqua e di quello dei rifiuti, per la salvaguardia della salute e dell'ambiente, per un uso efficiente delle risorse, ma senza entrare nel merito delle modalità di gestione dei servizi e men che meno su quello della concorrenza.

Così, nella "direttiva quadro" 2000/60/CE¹³ gli unici riscontri che è dato trovare alle tematiche che qui interessano sono il riconoscimento che i servizi idrici rientrano fra quelli di interesse economico generale (considerando n. 15) e che l'uso razionale delle risorse idriche richiederebbe l'impiego di criteri tariffari basati sul principio "chi inquina paga"^{14,15}.

¹² "Fin dagli anni '80 la Comunità ha puntato alla graduale apertura dei mercati per le grandi industrie di rete delle telecomunicazioni, dei servizi postali, dell'elettricità, dei gas e dei trasporti in cui possono essere forniti servizi di interesse economico generale. Contemporaneamente, la Comunità ha elaborato un quadro regolamentare complessivo per questi servizi che specifica gli obblighi di servizio pubblico a livello europeo e include aspetti quali il servizio universale, i diritti dei consumatori e degli utenti, la sanità e la sicurezza. Queste industrie hanno una chiara dimensione comunitaria e le caratteristiche per sviluppare un concetto di interesse generale europeo. Questo è anche riconosciuto nel titolo XV del trattato che assegna alla Comunità una specifica responsabilità per le reti transeuropee nel settore dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia, con il duplice obiettivo di migliorare il buon funzionamento del mercato interno e rafforzare la coesione sociale ed economica.

Altri servizi di interesse economico generale, quali la gestione dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico o il servizio pubblico di radiodiffusione, non sono soggetti ad un regime regolamentare complessivo a livello Comunitario. In generale, la prestazione e l'organizzazione di questi servizi sono soggette alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato a condizione che interessino gli scambi commerciali fra gli Stati membri. Inoltre, per taluni aspetti della prestazione di questi servizi possono valere norme comunitarie specifiche, quali quelle sull'ambiente" (Commissione europea, Libro verde, cit., par. 32).

¹³ Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

¹⁴ "Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio «chi inquina paga». Gli Stati membri provvedono entro il 2010: - a che le politiche dei prezzi dell'acqua incentivino adeguatamente gli utenti a usare le risorse idriche in modo efficiente e contribuiscano in tal modo agli obiettivi ambientali della presente direttiva: - a un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici a carico dei vari settori di impiego dell'acqua, suddivisi almeno in industria, famiglie e agricoltura, sulla base dell'analisi economica effettuata secondo l'allegato III e tenendo conto del principio «chi inquina paga». Al riguardo, gli Stati membri possono tener conto delle ripercussioni sociali, ambientali ed economiche del recupero, nonché delle condizioni geografiche e climatiche della regione o delle regioni in questione" (art. 9, comma 1 - enfasi aggiunta a sottolineare, unitamente all'ultimo periodo, la scarsa vincolatività della prescrizione). Cfr. anche considerando n. 38.

Sulla medesima falsariga la normativa in materia di rifiuti, la cui finalità è la protezione dell'ambiente e della salute, attraverso la prevenzione e la riduzione degli impatti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti, lo smaltimento e il recupero. Anche in questo caso l'unico "riferimento utile" è al principio che chi inquina paga¹⁶.

E' evidente che il criterio richiamato per entrambi i settori non è inquadrabile nel contesto dei rapporti fra enti locali e fornitori dei servizi – dunque di promozione dell'efficienza gestionale e di non discriminazione in caso di esternalizzazione - ma è finalizzato a incentivare comportamenti virtuosi da parte degli utenti dei servizi.

Parzialmente diverso il quadro della normativa comunitaria del trasporto pubblico locale, introdotta dal regolamento 1191/69/CEE¹⁷, ma per alcuni versi anticipata da una decisione del Consiglio del 1965¹⁸. Il regolamento è rigoroso nell'impostazione e nelle modalità di calcolo delle compensazioni¹⁹ ma presenta vari limiti, solo in parte sanati in seguito: (i) in primo luogo la sua portata, che riguardava i soli trasporti terrestri o per via navigabile di carattere nazionale; (ii) in secondo luogo la mancanza di previsioni in ordine ai rapporti contrattuali fra amministrazioni concedenti e imprese incaricate dei servizi (dunque di trasparenza dei rapporti fra di essi); (iii) infine l'assenza di indicazioni sulle modalità di affidamento dei servizi.

I primi due limiti verranno sanati solo nel 1991 dal regolamento 1893/91/CEE²⁰, con due importanti disposizioni: (i) l'espressa estensione della disciplina ai servizi urbani, extra urbani e regionali; e (ii) l'introduzione dell'istituto del contratto di servizio pubblico. L'assenza di previsioni in materia di procedure a evidenza pubblica per l'affidamento esterno dei servizi non poteva non sollevare eccezioni di incompatibilità con i principi del diritto della concorrenza e conseguenti ricorsi alle Corti comunitarie²¹. Si è trattato di un vuoto – talvolta colmato dalle legislazioni nazionali – che si è protratto fino a dicembre 2009, con l'entrata in vigore del nuovo regolamento 1370/2007/CE^{22,23}, che comunque segna un ritardo considerevole rispetto alla regolamentazione della materia in altri comparti del trasporto²⁴.

¹⁵ Analogamente, la successiva direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

¹⁶ Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai rifiuti: "1. Secondo il principio «chi inquina paga», i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti. 2. Gli Stati membri possono decidere che i costi della gestione dei rifiuti siano sostenuti parzialmente o interamente dal produttore del prodotto causa dei rifiuti e che i distributori di tale prodotto possano contribuire alla copertura di tali costi" (art. 14). Da precisare che il criterio era stato anticipato fin dall'art. 14 della direttiva 75/442/CEE e testualmente ripreso dall'art. 9 della direttiva 91/156/CEE.

¹⁷ Regolamento del Consiglio 1191/69/CEE relativo alla azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per la via navigabile.

¹⁸ Decisione del Consiglio, del 13 maggio 1965, relativa all'armonizzazione di alcune disposizioni che incidono sulla concorrenza nel settore dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili (65/271/CEE).

¹⁹ Il regolamento: (i) perimetra la nozione specificando che "Per obblighi di servizio pubblico si intendono gli obblighi che l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni" (art. 2, c.1); (ii) tiene in considerazione, da un lato, la potenziale sostituibilità modale e, dall'altro, impone l'obbligo di scegliere l'alternativa che comporta il costo minore per la collettività (art. 3, c. 1); (iii) fissa come requisito essenziale l'indispensabilità degli obblighi, taglio più che giustificato tenuto conto della loro diffusione all'epoca, della loro onerosità e della loro portata anti-concorrenziale; (iv) individua nel costo netto incrementale di un'impresa efficiente il criterio base di determinazione delle eventuali compensazioni (artt. 10-12).

²⁰ Regolamento del Consiglio 1893/91/CEE che modifica il Regolamento 1191/69/CEE relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile.

²¹ Si vedano la Sentenza del Tribunale di I grado 16 marzo 2004, causa T-157/01 (*Danske Busvognmaend c. Commissione*) e la celebre Sentenza della CGE del 24 luglio 2003, causa C-280/00 (*Altmark*).

²² Regolamento 1370/2007/CE del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i Regolamenti del Consiglio 1191/69/CEE 1170/70/CEE, con entrata in vigore il 3 dicembre 2009 (art. 12).

Al di là delle specifiche regolamentazioni settoriali o della loro assenza, dai principi comunitari si ricava comunque che i settori che qui interessano hanno in comune che l'interesse generale alla fornitura dei servizi giustifica la possibilità di ricorrere a forme di esternalizzazione della gestione e all'imposizione di "obblighi di servizio pubblico", laddove sia verificato che operatori guidati da motivazioni commerciali non sarebbero disposti a offrirli o a offrirli alle medesime condizioni fissate dalle autorità pubbliche.

Affinché la concessione di diritti speciali o esclusivi possa avvalersi della deroga prevista dall'art. 106, comma 2²⁵, del TFUE, l'impresa deve essere "incaricata" di realizzare la "missione" affidatale: (i) l'incarico deve essere espresso, circostanziato e mutuamente impegnativo per le parti²⁶; (ii) l'incarico è indipendente dalla modalità di "esternalizzazione" del servizio, vale a dire, l'obbligo al riguardo sussiste quale che sia la forma di affidamento.

Lo strumento principale che disciplina il rapporto fra ente affidante e imprese è il contratto di servizio (o convenzione), che configura un rapporto di tipo privatistico e - al di là di varianti di impostazione a seconda delle forme di affidamento - almeno formalmente paritetico.

2.- La regolazione dei rapporti fra enti locali e imprese fornitrici di servizi pubblici locali nella normativa nazionale

Il terreno per l'introduzione nell'ordinamento italiano di forme di relazioni contrattuali fra enti locali e fornitori di servizi pubblici locali è stato preparato dalla legge 142/1990 di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali, che all'art. 22, comma 2, prevedeva che comuni e province potessero gestire i servizi di "rilevanza imprenditoriale" con modalità di affidamento diverse (in economia, in concessione a terzi, con aziende speciali, con società per azioni a prevalente capitale pubblico locale) e, se necessario, in forma associata con la stipula di convenzioni (art. 24).

L'azienda speciale sostituiva l'azienda municipalizzata di giolittiana memoria, attribuendole personalità giuridica come ente pubblico economico. Con riferimento a questa fattispecie stabiliva

²³ DA VERIFICARE: Né a questo vuoto sembrano aver supplito le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, recepite in Italia dal "Codice dei contratti pubblici" di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

²⁴ Per i trasporti marittimi l'affidamento di obblighi di servizio pubblico è stato disciplinato dal regolamento 3577/92/CEE del Consiglio, del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri; per i trasporti aerei dal regolamento 2408/92/CEE del Consiglio del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, sostituito dal regolamento 1008/2008.

²⁵ "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata"

²⁶ Si veda il recente documento di lavoro dei Servizi della Commissione (29.04.2013), "Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno" (SWD (2013) 53 final/2): "Un incarico ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, del TFUE e della sentenza Altmark richiede soltanto che l'atto di incarico assuma la forma di uno o più atti aventi forza giuridica vincolante, a norma del diritto nazionale. La forma specifica dell'atto (o degli atti) può essere stabilita da ciascuno Stato membro, in particolare secondo la propria organizzazione politica e/o amministrativa [...]. Tuttavia, nell'atto di incarico devono essere precisati alcuni elementi, come l'oggetto e la durata dell'obbligo e i parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione e le modalità per evitare le sovracompensazioni e per il loro eventuale rimborso" (par. 47). Fra gli atti di incarico ai sensi dell'art. 106, la Commissione espressamente menziona: "contratti di concessione e contratti di servizio pubblico; contratti ministeriali di programmazione; istruzioni ministeriali; leggi e atti normativi; contratti annuali o pluriennali di prestazioni; decreti legislativi e qualsiasi tipo di decisioni di regolamentazione e decisioni op atti municipali" (ibid.).

che “L'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali” (art. 23, comma 6). E' evidente che l'esercizio delle competenze dell'ente richiedeva una qualche forma di codificazione dei rapporti con l'azienda incaricata. Ciò verrà espressamente previsto solo cinque anni dopo, con il d.l. 26/1995 che introduce lo strumento del contratto di servizio, sempre con riferimento alle aziende speciali²⁷.

Il silenzio della legge 142/1990 sulla regolamentazione dei rapporti con le società di capitali è interrotto nel 2000 dal d.lgs. 267/2000 (TUEL) che nella formulazione originaria raccoglieva le norme prima menzionate, prevedendo così, per quanto qui interessa: (i) il contratto di programma come strumento di regolamentazione tariffaria (art. 117) e più in generale delle relazioni economico-finanziarie fra ente e gestore dei servizi di rilevanza industriale, quale che fosse la forma gestionale prescelta; e in aggiunta (ii) il contratto di servizio nel solo caso delle aziende speciali (art. 114). Restavano aperte tutte le opzioni gestionali previste dalla legge del 1990²⁸.

L'obbligo di ricorrere allo “strumento unico” del contratto di servizio è stato introdotto, nella formulazione attualmente vigente dell'art. 113 del TUEL (al comma 11), dall'art. 35, comma 1, della legge 448/2001 (“I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti”). La previsione che tali contratti fossero allegati ai capitolati di gara non rappresenta una limitazione al loro impiego in quanto la riforma dell'art. 35 individuava nella gara la forma d'obbligo di affidamento dei servizi “finali”²⁹, vale a dire, separati dalla gestione delle reti ed egli impianti. Quest'obbligo – con la parallela introduzione del “terzetto” della gara di affidamento dei servizi a terzi, della gara l'acquisizione del socio privato e dell'*in house providing* per la fornitura di servizi pubblici locali “di rilevanza economica”³⁰ - verrà fatto cadere dall'art. 14 del d.l. 269/2003³¹. Da aggiungere che la legge 448/2001 imponeva anche la trasformazione obbligatoria in società di capitali (entro il 31.12.2002) delle aziende speciali e dei consorzi che fornivano servizi pubblici locali di rilevanza industriale^{32,33}.

Con ciò, per la gestione dei servizi di rilevanza imprenditoriale veniva preclusa la possibilità di ricorrere a forme di gestione interna o ad aziende speciali³⁴, e il contratto di servizio diveniva strumento generale di regolazione dei rapporti fra enti concedenti e fornitori di servizi pubblici locali.

²⁷ “Ai sensi dell'articolo 23, comma 6, della legge 8 giugno 1990, n. 142, sono fondamentali i seguenti atti: a) il piano-programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale [...]” (d.l. 26/1995, convertito dalla legge 95/1995, art. 4, comma 5). La disposizione citata è riferita alle sole aziende speciali.

²⁸ Nel 2004 dalla disciplina del TUEL verrà escluso il trasporto pubblico locale e regionale (art. 1, comma 48, della legge 308/2004), già regolamentato dal d.lgs. 422/1997.

²⁹ Da notare che l'art. 35 abrogava la previsione del d.lgs. 267/2000 (TUEL) che, in attuazione dell'art. 43 della Costituzione, al comma 2 dell'art. 112 sanciva che “i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alla province sono stabiliti dalla legge”. Il decadere della riserva apriva dunque alla possibilità che i SPL fossero svolti non più necessariamente in forza di concessioni ma venissero aperti alla concorrenza nel mercato.

³⁰ Denominazione introdotto in sostituzione di quella “di rilevanza industriale”.

³¹ Convertito dalla legge 326/2003.

³² Art. 35, comma 8, che trasformava in obbligo quello che la legge 127/1997, art. 17, comma 51; aveva previsto come facoltà degli enti locali.

³³ Ai sensi del testo vigente del TUEL, l'azienda speciale costituisce dunque “organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali” (art. 114, comma 2).

³⁴ Con esclusione dal perimetro della norma del settore elettrico e del gas, rispettivamente disciplinati dai d.lgs. 79/1999 e 164/2000.

Infine, a seguito delle vicende più recenti che hanno assorbito il dibattito e la produzione normativa – dall’art. 23-bis del d.l.112/2008 (e conseguente abrogazione del comma 5 dell’art. 113 del TUEL) alla sua abrogazione referendaria e dall’art. 4 del d.l. 138/2011 alla sua cancellazione con la sentenza 199/2012 della Corte costituzionale – come ventaglio di opzioni di modalità di fornitura dei SPL si è tornati alla più “lasca” disciplina comunitaria, trasversale o, ove esista, settoriale. Quanto alla normativa nazionale, l’interpretazione che sembra prevalere è anche la “reviviscenza” del ricorso a forme di gestione in economia o tramite consorzi fra comuni, già previste dalla legge 142/1990, oltre a quelle “canoniche” dell’affidamento a terzi, a società miste e dell’*in house providing*, all’interno del quale ricadono gli affidamenti ad aziende speciali^{35,36}.

Passando alle normative settoriali che si sono susseguite nel tempo, queste hanno apprestato discipline quadro relative sia alla ripartizione delle competenze, sia all’organizzazione dei servizi, sia infine alle modalità di affidamento e di regolamentazione dei rapporti fra enti locali e fornitori dei servizi.

Per quanto di più specifico interesse di questo capitolo, per il settore idrico integrato la legge Galli (legge 36/1994) ha introdotto lo strumento della convenzione per la regolazione dei rapporti fra soggetti gestori ed enti locali, secondo uno schema-tipo adottato dalla regione. Caratteristiche e previsioni della convenzione-tipo configurano un contratto di servizio “come se” il gestore fosse un soggetto terzo³⁷, anche se all’epoca della sua emanazione restavano aperte tutte le opzioni gestionali della legge 142/1990. Va detto che, diversamente dai casi settoriali illustrati di seguito, la norma in questione è stata varata senza necessità di impulso comunitario.

Non dissimile la regolamentazione della gestione dei rifiuti in ambito urbano contenuta nel d.lgs. 22/1997³⁸, dove l’ambito territoriale ottimale è di norma identificato con il territorio provinciale ed è prevista la stipula di convenzioni fra enti locali per lo svolgimento delle funzioni di

³⁵ Si veda al riguardo la nota interpretativa dell’ANCI del 14 giugno 2011 sulle conseguenze del referendum: “[...] non v’è dubbio che l’abrogazione dell’art. 23bis e la “non reviviscenza” dell’art. 113, c. 5, TUEL, non consentono di immaginare la persistenza di un divieto alla gestione in economia o mediante azienda speciale, che pure la Corte Costituzionale aveva ricostruito in forza della sostanziale continuità di disciplina tra gli artt. 35, l. 448/01 e 14, d.l. 269/03, e l’art. 23bis; continuità oggi spezzata, appunto, dall’esito referendario e dalla contestuale abrogazione della disciplina del TUEL e di quella del d.l. 112/08” (p. 3).

³⁶ Si veda ad esempio la recente trasformazione della Arin SpA in ABC Napoli Azienda speciale per la gestione del servizio idrico integrato delle province campane.

³⁷ Art. 11: “1. La regione adotta una convenzione tipo e relativo disciplinare per regolare i rapporti tra gli enti locali di cui all’articolo 9 ed i soggetti gestori dei servizi idrici integrati, in conformità ai criteri ed agli indirizzi di cui all’articolo 4, comma 1, lettere f) e g). 2. La convenzione tipo prevede, in particolare: (a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio; (b) l’obbligo del raggiungimento dell’equilibrio economico-finanziario della gestione; (c) la durata dell’affidamento, non superiore comunque a trenta anni; (d) i criteri per definire il piano economico-finanziario per la gestione integrata del servizio; (e) le modalità di controllo del corretto esercizio del servizio; (f) il livello di efficienza e di affidabilità del servizio da assicurare all’utenza anche con riferimento alla manutenzione degli impianti; (g) la facoltà di riscatto da parte degli enti locali secondo i principi di cui al titolo I, capo II, del regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 4 ottobre 1986, n. 902; (h) l’obbligo di restituzione delle opere, degli impianti e delle canalizzazioni dei servizi di cui all’articolo 4, comma 1, lettera f), oggetto dell’esercizio, in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione; (i) idonee garanzie finanziarie e assicurative; (l) le penali, le sanzioni in caso di inadempimento e le condizioni di risoluzione secondo i principi del codice civile; (m) i criteri e le modalità di applicazione delle tariffe determinate dagli enti locali e del loro aggiornamento, anche con riferimento alle diverse categorie di utenze. 3. Ai fini della definizione dei contenuti della convenzione di cui al comma 2, i comuni e le province operano la ricognizione delle opere di adduzione, di distribuzione, di fognatura e di depurazione esistenti e definiscono le procedure e le modalità, anche su base pluriennale, per assicurare il conseguimento degli obiettivi previsti dalla presente legge. A tal fine predispongono, sulla base dei criteri e degli indirizzi fissati dalle regioni, un programma degli interventi necessari accompagnato da un piano finanziario e dal connesso modello gestionale ed organizzativo. Il piano finanziario indica, in particolare, le risorse disponibili, quelle da reperire nonché i proventi da tariffa, come definiti all’articolo 13, per il periodo considerato”.

³⁸ Norma attuativa delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio.

ambito in forma associata. Per le modalità di gestione dei servizi (quanto meno implicitamente) si rinvia alla legge 142/1990³⁹.

Alle due leggi è subentrato il d.lgs. 152/2006 e successive modificazioni, che nel testo vigente, quanto alle modalità di affidamento rinvia per entrambi i settori all'art. 113 del TUEL⁴⁰: nel primo caso il rinvio è al comma 5, che recepiva il "terzetto" del d.l. 269/2003; nel secondo è al comma 7 del TUEL, che prevedeva la gara come unica modalità di affidamento. Essendo stati entrambi i commi abrogati dal D.P.R. 168/2010 e a seguito dell'esito referendario e successive vicende, per tutti e due i settori valgono le regole generali, nazionali e comunitarie, indicate sopra.

La disciplina dei rapporti fra ente concedente e impresa affidataria per l'idrico (artt. 151-153) è sostanzialmente mutuata, seppure con maggiore dettaglio, dalla legge Galli (mantenendo la denominazione di convenzione), ed estesa ai rifiuti urbani (artt. 203) nella forma di contratto di servizio.

Sotto tutti i profili qui considerati, con il d.lgs. 422/1997 la disciplina del trasporto pubblico ha inizialmente svettato. Infatti: (i) ha imposto la trasformazione in società di capitali di aziende speciali e consorzi, anticipando vari anni l'obbligo introdotto dalla legge 448/2001 (art. 18, comma 3); (ii) ha imposto la gara come modalità unica di affidamento dei servizi di trasporto su strada e su ferro in regime di obbligo di servizio pubblico (art. 18, comma 2); (iii) ha introdotto il contratto di servizio come strumento di regolazione dei rapporti fra impresa ed ente concedente, con un considerevole grado di dettaglio circa i contenuti (art. 19); (iv) ha imposto che il contratto debba prevedere l'equilibrio economico finanziario, sancendone la nullità nei casi in cui non vi sia corrispondenza, al momento della stipula, fra fabbisogno e risorse pubbliche per le compensazioni (art. 19, comma 2); (v) ha stabilito che i ricavi delle vendite debbano coprire almeno il 35% dei costi operativi al netto di quelli di infrastruttura (art. 19, comma 5).

Le cose non sono andate come sperato. Nell'ordine: il termine per le trasformazioni societarie è stato via via prorogato nel tempo, così come lo è stato il ricorso alle gare (tant'è che ad oggi gli affidamenti per gara sono minoritari) e oggi valgono le regole generali di cui si è detto poc'anzi con riferimento agli altri settori; i contratti di servizio con società pubbliche o *in house* sono stati spesso stipulati a servizi già avviati o addirittura a periodo già concluso; l'equilibrio economico-finanziario, specie delle gestioni *in house*, resta in genere una chimera e lo stesso vale per la certezza dei flussi di finanziamento pubblico; infine, l'obiettivo del margine di copertura dei costi con i ricavi è oggetto di un inseguimento tuttora vano, tant'è che è al riguardo intervenuto il d.l. 95/2012, che all'art. 16-bis lega l'accesso al fondo nazionale per il concorso dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, fra l'altro, a un innalzamento di tale margine.

3.- Il contratto di servizio: considerazioni di fondo

3.1.- Il contratto di servizio come contratto di agenzia

Il rapporto contrattuale fra l'ente locale e l'impresa di servizi è tipicamente un contratto di agenzia. La *agency theory* è nata⁴¹ e si è sviluppata con l'obiettivo di studiare come il "principale" possa obbligare l'"agente" a comportarsi nel suo interesse, quando gli obiettivi divergono e le

³⁹ "Dette convenzioni [fra enti locali] determinano in particolare le procedure che dovranno essere adottate per l'assegnazione del servizio di gestione dei rifiuti, le forme di vigilanza e di controllo, nonché gli altri elementi indicati all'articolo 24, comma 2, della legge 8 giugno 1990, n. 142" (art. 23, comma 5).

⁴⁰ Art. 150, comma 1, e art. 202, comma 1, rispettivamente, per il servizio idrico integrato e per la gestione integrata dei rifiuti urbani.

⁴¹ L'impostazione è partita negli anni '30 del secolo scorso su input di R.H.Coase (*The nature of the firm*, in *Economica*, 1937). Cfr. anche, fra i principali contributi, O.Williamson, *L'organizzazione economica. Organizzazioni, mercato e controllo politico*, Il Mulino, Milano 1991.

informazioni sono incomplete o asimmetriche. I costi di agenzia sono tipicamente costi di transazione che il principale è costretto a sostenere: includono i costi per la ricerca e la selezione dell'impresa, per la raccolta delle informazioni, per l'attività di controllo, per l'*enforcement* del contratto, per eventuali contenziosi, per la copertura dai rischi.

Essi sono tanto più elevati quanto più i contratti sono incompleti e quanto più le relazioni pre- e post-contrattuali sono viziate da asimmetrie informative e da comportamenti opportunistici dell'agente.

In linea di massima l'incompletezza contrattuale è a sua volta tanto maggiore quanto più a lungo termine è il rapporto ed è riconducibile: (i) all'impossibilità da parte dei contraenti di prevedere ogni possibile contingenza futura che dovesse verificarsi nel corso della relazione; (ii) agli elevati costi di contrattazione necessari per accordarsi su ogni singola circostanza; (iii) alla preferenza delle parti a lasciare fuori dal contratto anche aspetti verificabili, al fine di permettere un adattamento flessibile del contratto nel corso del suo adempimento.

Dal lato dell'ente locale, più incompleto è il contratto, maggiori sono i costi che dovrà sostenere per l'attività di controllo di eventuali inadempimenti dell'impresa, maggiore la difficoltà di ottenere l'*enforcement* del contratto, a causa delle informazioni asimmetriche esistenti tra le parti riguardo ad azioni, caratteristiche o stati del mondo, maggiore la difficoltà di ricorrere alle vie legali.

Al tempo stesso, sebbene possa in linea di principio beneficiare di asimmetrie informative post-contrattuali, anche l'impresa è soggetta al rischio di inadempimento e di comportamenti opportunistici da parte dell'ente locale (storicamente: la riluttanza a pur giustificati adeguamenti tariffari, l'incertezza sul quantum e sul quando di eventuali finanziamenti pubblici). In effetti l'*agency theory* focalizza l'attenzione sull'interesse del principale, mentre – tanto più nei casi in cui l'ente oltre che controparte è anche *policy maker* e regolatore – quest'ultimo può godere di vantaggi informativi considerevoli, specie nella fase pre-contrattuale, e di vantaggi post-contrattuali di *hold up*, dai quali l'impresa tenderà a coprirsi richiedendo contropartite economiche anticipate. Mentre si riduce per l'ente pubblico, il rischio per il privato si accentua ulteriormente in caso di società miste, dove il principale è anche, "pro-quota", agente e il privato si trova così a convivere con un soggetto in potenziale conflitto di interesse.

All'incompletezza dei contratti vanno anche fatti risalire comportamenti opportunistici post-contrattuali (*hold up*), che possono verificarsi (da ambo le parti) quando gli impegni contrattuali non sono o non appaiono simmetrici⁴². Possono essere assimilati alla fattispecie dell'*hold up* i costi di integrazione del contratto (ad esempio, con servizi accessori), posto che il privato si troverà in posizione di forza nel ricontrattare le condizioni, almeno cercando di internalizzare parte dei costi che l'ente locale evita nel non esperire una nuova gara. Il fatto che entrambe le parti siano soggetti a costi di agenzia fa sì che l'incompletezza dei contratti non sia a somma zero (i costi dell'una parte essendo bilanciati dai benefici dell'altra) ma che si sommino: ciascuna parte si accolla rischi, che sono in funzione dell'incompletezza del contratto, i quali saranno da entrambi probabilisticamente tradotti in costi. La differenza è che è da presumere che i costi dell'agente siano fatti emergere in sede di definizione del contratto e tradotti in anticipata richiesta di contropartita (oppure in successive rivendicazioni), mentre quelli del principale restano in parte sommersi.

⁴² Caso di scuola è quando l'esecuzione del contratto richiede l'impiego di risorse specializzate, tali da non poter trovare facilmente impieghi diversi senza consistenti costi di riqualificazione, se non addirittura *sunk costs*: ad esempio investimenti dedicati (o "idiosincrocratici"), mano d'opera specializzata, ecc. In questi casi la controparte del soggetto che ha effettuato tali investimenti si viene a trovare nella posizione di poter vantaggiosamente rinegoziare il contratto (o interpretarlo nelle sue aree grigie) approfittando dei costi di uscita del gestore. Ad esempio, non è infrequente in Italia assistere a tagli di contributi pubblici (magari con promesse di ristoro) a fronte di un'offerta di servizi che il concedente pretende di mantenere inalterata.

Da aggiungere che in valore assoluto rischi di incompletezza e costi di agenzia sono in funzione anche della “distanza” fra concedente e gestore: dunque minimi in caso di autoproduzione e di *in house*, massimi in caso di affidamento a un soggetto totalmente esterno. Dal momento che l’esperienza concreta dimostra che l’efficienza gestionale cresce invece con il grado di terziarizzazione, ne segue che può instaurarsi un *trade-off* fra costi gestionali e costi di agenzia in funzione delle modalità di affidamento: volendosi fermare sul terreno dell’economia, la scelta della modalità di affidamento dovrebbe essere quella che minimizza la sommatoria dei costi gestionali e di quelli di agenzia.

3.2.- Il sistema degli incentivi

L’obiettivo di base del contratto di servizio è la sua efficacia per tutta la durata, vale a dire, la sua capacità di impostare e gestire i rapporti fra concedente e impresa in modo da garantire, per un verso, l’adeguatezza e la continuità dei livelli quantitativi, qualitativi e di sicurezza dei servizi; per l’altro, l’economicità della gestione e dunque la minimizzazione dei costi per la collettività.

A questo fine è essenziale che il contratto di servizi incorpori un corretto sistema di incentivi e di allocazione dei rischi, materia che viene affrontata in alcune delle sezioni che seguono. Inoltre l’impostazione degli incentivi potrà variare in funzione delle modalità di affidamento e delle specificità settoriali, cosicché se ne tratterà nelle specifiche sezioni di questo capitolo. Mi limiterò dunque ad affrontare qui solo alcuni aspetti di carattere generale.

Di fondo, è essenziale che i meccanismi contrattuali siano tali da contenere “sanamente” i conflitti di interesse fra le parti introducendo meccanismi di partnership concedente-gestore, attraverso un corretto sistema di incentivi e di *revenue/profit sharing*, che potrà assumere forme e finalità diverse a seconda del settore, come si vedrà poi. Considerazioni per certi versi opposte ma per altri simili valgono nel caso dell’*in house*, dove il problema è semmai che l’identificazione in uno del concedente e dell’azionista può determinare un equilibrio fra gli interessi verosimilmente sbilanciato a favore del primo. Come si argomenterà nella sezione 6 in questo caso il sistema degli incentivi dovrebbe riguardare il management dell’impresa, si da renderlo per quanto possibile soggetto terzo rispetto al concedente.

Se è vero che l’incompletezza dei contratti comporta costi e rischi (costi probabilistici) per entrambe le parti, il medesimo risultato potrebbe essere il prodotto di contratti tanto (velleitariamente) completi da “ingessare” il rapporto e renderne impraticabile o onerosa la rinegoziazione a fronte di cambiamenti significativi e non prevedibili dello “stato del mondo”. Di qui la necessità di trovare un equilibrio fra completezza e flessibilità fissando, ad esempio, parametri di programmazione dei servizi e degli investimenti, anziché livelli rigidi, vale a dire, regole che consentano di modificare i livelli di servizio e di investimento in relazione all’evoluzione delle esigenze, avvalendosi della collaborazione del gestore nella individuazione di nuovi bisogni o di bisogni cessanti; considerazioni analoghe valgono in materia di certezza nel tempo dei parametri (meccanismi di adeguamento tariffario e dei corrispettivi) da cui dipende l’equilibrio economico-finanziario del contratto.

Va da sé che l’attivazione di meccanismi di *partnership* fra concedente e gestore, sorretto da un corretto sistema di incentivi, decongestiona i rischi di “over-contractualization” e consente una gestione più piana di eventuali aggiustamenti in corsa.

Sotto il profilo della flessibilità dell’offerta, i regimi contrattuali si possono distinguere in rigidi, flessibili o semi-flessibili: nel primo caso unitamente al bando di gara il concedente definisce la progettazione di dettaglio, nel secondo i vincoli essenziali per la progettazione, nel terzo la pianificazione di massima; nei secondi due casi sta all’impresa offerente proporre il programma dei

servizi. I modelli indicati comportano dunque tipologie diverse di gara, che tuttavia “a caduta” informano poi anche la flessibilità dei contratti di servizio.

Quanto alla allocazione dei rischi, si possono distinguere più tipologie contrattuali di affidamento dei servizi. Schematicamente: (a) modelli di tipo *cost-plus*, nei quali l’entità del sussidio è determinata a ripianamento del deficit, con conseguente allocazione dell’intero rischio (industriale e di mercato) sul concedente; (b) modelli *fixed price* che a loro volta si articolano in due tipi: (i) *gross cost*, in forza del quale viene accollato all’impresa il solo rischio industriale (relativo ai costi), mentre il rischio di mercato, relativo all’andamento dei ricavi, resta in capo all’ente concedente; (ii) il modello *net cost*, dove entrambi i rischi ricadono sul gestore, il quale è dunque il diretto beneficiario o danneggiato da variazioni della domanda, date le tariffe.

Sostanzialmente abbandonato il modello *cost plus* - a causa delle asimmetrie informative a favore dell’impresa, dell’assenza di pressioni incentivanti e della sua debolezza sul terreno degli aiuti di Stato - la scelta è di fatto fra le due varianti *fixed price*. Ove perseguibile, il modello *net cost* riveste maggiori potenzialità incentivanti, posto che il gestore può “spendere” il proprio potenziale di efficienza sia sui costi che sui ricavi. Da tenere conto tuttavia che, seppure è vero che fanno capo l’impresa sia i rischi che i benefici di mercato, è probabile che l’apprezzamento di essi non sia simmetrico e che pertanto l’impresa tenda a scontare nelle condizioni contrattuali *ex ante* più le eventuali perdite che gli eventuali extra-utili. Inoltre, come vedremo (sezione 9), questo modello può trovare applicazione solo nel settore del trasporto.

3.3.- Articolazione delle competenze

A seguito dell’art. 3-bis del d.l. 138/2011, per tutti i SPL qui affrontati perimetro geografico dei contratti di servizio è il bacino (o ambito) territoriale ottimale, i cui governi di ambito sono competenti per gli affidamenti e titolari dei contratti di servizio o convenzioni con i gestori.

Al tempo stesso le regioni mantengono funzioni in materia, sia in forza della competenza ad esse espressamente attribuita dal medesimo articolo 3-bis (“[...] *le regioni organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica* [...]”, sia più in generale in forza del mantenimento in capo a esse delle materie che richiedono l’unitario esercizio a livello regionale, secondo il principio di sussidiarietà verticale introdotto dalla riforma Bassanini⁴³.

Anche a limitarsi allo specifico che qui più interessa, le regioni possono e, per più ragioni, dovrebbero predisporre schemi-tipo di contratti di servizio e di carte dei servizi: (i) per un verso, al fine di armonizzare territorialmente livelli, qualità e grado di universalità dei servizi; (ii) per altro verso, per introdurre previsioni dirette a promuovere l’efficienza, l’economicità, la trasparenza delle relazioni fra le parti contrattuali, sistemi di monitoraggio efficaci, ecc., in tal modo creando condizioni, per così dire, di “concorrenza” per comparazione fra gli organi di governo e fra i gestori dei diversi ambiti; (iii) inoltre, in caso di gestioni *in house* la presenza di un livello amministrativo sovraordinato agli organi di governo contiene quel conglitto di interessi fra concedente e azionista che rappresenta uno dei fattori inquinanti di una sana gestione; (iv) infine non va dimenticato che il finanziamento del trasporto pubblico locale (anche in altri settori?) è *in primis* assicurato da fondi regionali, cosicché la regione è “titolare” interessato per un uso razionale di essi e per una loro equilibrata allocazione.

Si tratta di funzioni che richiedono competenze tecniche di non facile reperimento a livello locale, ciò che da un lato, rappresenta motivo in più per accorparle a livello centrale, sì da disporre di una adeguata massa critica; dall’altro suggerisce l’opportunità di istituire agenzie regionali di regolazione ad hoc.

⁴³ Legge 59/1997.

Risalendo “su per li rami”, quanto sopra andrebbe esteso anche a livello nazionale. In effetti, sia per i trasporti che per i servizi idrici, alle Autorità di regolazione di settore sono attribuite competenze in materia di predisposizione di schemi tipo di bandi di gara e di convenzioni o contratti di servizio, così come poteri di segnalazione.

In conclusione, un così vasto concorso di competenze verticali può sì apparire farraginoso ma è fondamentale per la diffusione di *best practices* regolatorie e di *governance* e per disciplinare con *benchmarks* virtuosi settori troppo lungo e troppo spesso afflitti da logiche localistiche e governati da obiettivi di consenso politico immediato.

4.- Contenuti dei contratti di servizio

I contenuti minimi dei contratti possono essere presi a prestito dalle previsioni del TUEL: (a) livelli di servizio e relativi strumenti di verifica⁴⁴; (b) livelli di qualità e sicurezza, condizioni economiche e di prestazione del servizio, piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, contenuti di innovazione tecnologica e gestionale⁴⁵. Si è già argomentato che il ricorso ai contratti di servizio non si esaurisce con il caso degli affidamenti per gara. Per il resto, il fatto che la norma del TUEL indicante il secondo ordine di elementi elencati sopra, sia stata poi abrogata non riduce il carattere essenziale di essi. Quanto invece agli orientamenti comunitari “*nell'atto di incarico devono essere precisati alcuni elementi, come l'oggetto e la durata dell'obbligo e i parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione e le modalità per evitare le sovracompensazioni e per il loro eventuale rimborso*”⁴⁶.

Gli elementi indicati nelle norme nazionali di settore sono rappresentati dalla tabella che segue e possono essere distinti in tre blocchi:

- a) livelli quantitativi e qualitativi dei servizi, carta dei servizi, consultazione degli utenti⁴⁷, ecc.
- b) realizzazione dei programmi di investimento
- c) efficienza e affidabilità della gestione;
- d) equilibrio economico-finanziario del gestore, modalità di determinazione delle tariffe e delle eventuali compensazioni pubbliche, rendicontazioni periodiche;
- e) collaborazione con l'ente locale, controlli, garanzie e sanzioni;
- f) trattamento del personale (solo TPL)
- g) durata e condizioni di uscita (riconsegna delle opere, ecc.)

⁴⁴ “[...] i contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti” (art. 113, comma 11).

⁴⁵ “La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio. Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore” (ibid., comma 7).

⁴⁶ Cfr. documento di lavoro dei Servizi della Commissione del 29.04.2013 (SWD (2013) 53 final/2, cit., par. 47).

⁴⁷ Legge 244/2007, art. 2, comma 461.

Elementi dei contratti di servizio	SETTORE IDRICO (d.lgs. 152/2006, art. 151)	RIFIUTI (d.lgs. 152/2006, art. 203)	TRASPORTO PUBBLICO LOCALE (d.lgs. 422/1997, art. 19)
Le convenzioni tipo, con relativi disciplinari, che devono prevedere in particolare:		Lo schema tipo di contratto di servizio prevede:	I contratti di servizio definiscono:
a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio;	a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio;	b) l'obbligo del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione;	a) il periodo di validita'.
b) la durata dell'affidamento, non superiore comunque a trenta anni;			b) le caratteristiche dei servizi offerti ed il programma di esercizio;
c) l'obbligo del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione;	c) la durata dell'affidamento, comunque non inferiore a quindici anni;		c) gli standard qualitativi minimi del servizio, in termini di eta', manutenzione, confortevolezza e pulizia dei veicoli, e di regolarita' delle corse;
d) il livello di efficienza e di affidabilita' del servizio da assicurare all'utenza, anche con riferimento alla manutenzione degli impianti;	d) i criteri per definire il piano economico-finanziario per la gestione integrata del servizio;		d) la struttura tariffaria adottata e, relativamente ai servizi di trasporto pubblico ferroviario, la definizione di meccanismi certi e trasparenti di aggiornamento annuale delle tariffe in coerenza con l'incremento dei costi dei servizi, che tenga conto del necessario miglioramento dell'efficienza nella prestazione dei servizi, del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi, di cui all'articolo 19, comma 5, del tasso di inflazione programmato, nonche' del recupero di produttivita' e della qualita' del servizio reso (art. 18, comma 2, lettera g-bis);
e) i criteri e le modalita' di applicazione delle tariffe determinate dall'Autorita' d'ambito e del loro aggiornamento annuale, anche con riferimento alle diverse categorie di utenze;	e) le modalita' di controllo del corretto esercizio del servizio;		e) l'importo eventualmente dovuto dall'ente pubblico all'azienda di trasporto per le prestazioni oggetto del contratto e le modalita' di pagamento, nonche' eventuali adeguamenti conseguenti a mutamenti della struttura tariffaria;
f) l'obbligo di adottare la carta di servizio sulla base degli atti d'indirizzo vigenti;	f) i principi e le regole generali relativi alle attivita' ed alle tipologie di controllo, in relazione ai livelli del servizio ed al corrispettivo, le modalita', i termini e le procedure per lo svolgimento del controllo e le caratteristiche delle strutture organizzative all'uso preposte;		f) le modalita' di modificazione del contratto successivamente alla conclusione;
g) l'obbligo di provvedere alla realizzazione del Programma degli interventi;	g) gli obblighi di comunicazione e trasmissione di dati, informazioni e documenti del gestore e le relative sanzioni;		g) le garanzie che devono essere prestate dall'azienda di trasporto;
h) le modalita' di controllo del corretto esercizio del servizio e l'obbligo di predisporre un sistema tecnico adeguato a tal fine, come previsto dall'articolo 165;	h) le penali, le sanzioni in caso di inadempimento e le condizioni di risoluzione secondo i principi del codice civile, diversificate a seconda della tipologia di controllo;		h) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto;
i) il dovere di prestare ogni collaborazione per l'organizzazione e l'attivazione dei sistemi di controllo integrativi che l'Autorita' d'ambito ha facolta' di disporre durante tutto il periodo di affidamento;	i) il livello di efficienza e di affidabilita' del servizio da assicurare all'utenza, anche con riferimento alla manutenzione degli impianti;		i) la ridefinizione dei rapporti, con riferimento ai lavoratori dipendenti e al capitale investito, dal soggetto esercente il servizio di trasporto pubblico, in caso di forti discontinuita' nella quantita' di servizi richiesti nel periodo di validita' del contratto di servizio;
j) l'obbligo di dare tempestiva comunicazione all'Autorita' d'ambito del verificarsi di eventi che comportino o che facciano prevedere irregolarita' nell'erogazione del servizio, nonche' l'obbligo di assumere ogni iniziativa per l'eliminazione delle irregolarita', in conformita' con le prescrizioni dell'Autorita' medesima;	j) la facolta' di riscatto secondo i principi di cui al titolo I, capo II, del regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 4 ottobre 1986, n. 902;		j) l'obbligo dell'applicazione, per le singole tipologie del comparto dei trasporti, dei rispettivi contratti collettivi di lavoro, cosi' come sottoscritti dalle organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative e dalle associazioni datoriali di categoria;
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;	m) l'obbligo di riconsegna delle opere, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali strumentali all'erogazione del servizio in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione;		
n) l'obbligo di prestare idonee garanzie finanziarie e assicurative;	n) idonee garanzie finanziarie e assicurative;		4. Gli importi di cui alla c), possono essere soggetti a revisione annuale con modalita' determinate nel contratto stesso allo scopo di incentivare miglioramenti di efficienza. I suddetti importi possono essere incrementati in misura non maggiore del tasso programmato di inflazione, salvo l'eventuale recupero delle differenze in caso di rilevante scostamento dal tasso effettivo di inflazione, a parita' di offerta di trasporto.
o) le penali, le sanzioni in caso di inadempimento e le condizioni di risoluzione secondo i principi del codice civile;	o) i criteri e le modalita' di applicazione delle tariffe determinate dagli enti locali e del loro aggiornamento, anche con riferimento alle diverse categorie di utenze;		5. I contratti di servizio pubblico devono avere caratteristiche di certezza finanziaria e copertura di bilancio e prevedere un progressivo incremento del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi, rapporto che, al netto dei costi di infrastruttura, dovra' essere pari almeno allo 0,35 a partire dal 1 gennaio 2000. Trovano applicazione ai trasporti regionali e locali, a tale fine, le norme della direttiva 91/440/CEE del Consiglio del 29 luglio 1991.
p) le modalita' di rendicontazione delle attivita' del gestore.	((p) l'obbligo di applicazione al personale, non dipendente da amministrazioni pubbliche, da parte del gestore del servizio integrato dei rifiuti, del contratto collettivo nazionale di lavoro del settore dell'igiene ambientale, stipulato dalle Organizzazioni Sindacali comparativamente piu' rappresentative, anche in conformita' a quanto previsto dalla normativa in materia attualmente vigente.))		6. I contratti di servizio in vigore alla data di entrata in vigore del presente decreto sono adeguati, per le parti eventualmente in contrasto con il presente decreto, in occasione della prima revisione annuale.

E' essenziale che nei rapporti contrattuali fra concedente e gestore siano distinte le risorse per la gestione da quelle da destinate alla manutenzione delle reti e degli impianti e al finanziamento degli investimenti - anche quando il tutto sia coperto da tariffe e tanto più se vengono erogati finanziamenti pubblici. L'esperienza mostra infatti che non è raro che vengano operate riallocazioni in corso di risorse sistematicamente a danno della parte relativa agli investimenti e manutenzione degli asset. L'obbligo di contabilità separata, almeno per la parte esercizio e per la parte investimenti, è essenziale anche per verificare il raggiungimento degli obiettivi di efficienza gestionale imposti dai contratti di servizio (cfr. al riguardo le sezioni 7 e 8). Ciò vale sia in caso di affidamenti congiunti di gestione di reti e di servizi finali, sia in caso di affidamenti disgiunti.

La disciplina degli impegni e delle risorse per investimenti può essere incorporata nello stesso contratto di servizio, con la separazione di cui si è detto⁴⁸, oppure può avvalersi di regolamentazione separata. Quest'ultima è la via seguita per il settore idrico, dove la parte

⁴⁸ Per i rifiuti, è previsto dal d.lgs. 152/2006 (art. 203, comma 3), che il contratto di servizio contenga il programma degli interventi e un piano finanziario indicante le fonti di finanziamento.

investimenti è contrattualizzata nel disciplinare allegato alla convenzione di gestione⁴⁹. In campo ferroviario la gestione delle infrastrutture è invece disciplinata da 1 contratto di programma.

In linea di principio – in special modo laddove la parte relativa agli investimenti e alla manutenzione degli asset è consistente – la via più trasparente è di prevedere contratti distinti. Infatti, l'introduzione di un'efficace contabilità regolatoria è costellata da difficoltà oggettive e da ostacoli "strategici", tanto più in settori caratterizzati, da opacità contabile, da una debole cultura della trasparenza finanziaria, da asimmetrie informative e da comportamenti opportunistici dei gestori, da scarsa capacità di controllo dei concedenti e, non infrequentemente, da discontinuità di flussi finanziari e di adeguamenti tariffati, che spingono gli stessi enti locali a promuovere la diversione di risorse dall'un "capitolo" all'altro. Può assicurare una rendicontazione veramente separata e un più efficace monitoraggio degli obiettivi di efficienza.

Vengono qui di seguito affrontati gli aspetti dei contratti di servizio che appaiono più centrali e più dibattuti, soffermandomi non tanto su criteri e condizioni previsti dalle norme, quanto su questioni sostanziali e su come queste potrebbero essere più opportunamente impostate in funzione:

- 1) della tipologia dei servizi affidati
- 2) delle modalità di affidamento
- 3) degli obiettivi di equilibrio economico del gestore
- 4) della trasparenza delle relazioni finanziarie
- 5) delle modalità di controllo dei costi
- 6) del sistema degli incentivi
- 7) della promozione della concorrenza
- 8) delle peculiarità settoriali e del sistema degli incentivi

5. Gestione integrata di più servizi

La materia va distinta in due fattispecie: l'integrazione verticale, consistente nell'affidamento congiunto della gestione di asset strumentali e quella orizzontale, relativa alla fornitura di più servizi finali.

Quanto al primo aspetto, ai sensi del TUEL, i contratti di servizio possono avere per oggetto la gestione dei servizi o la gestione di reti e impianti o le due attività congiuntamente.

Premesso che, come già ricordato l'art. 113 del TUEL non si applica ai trasporti, per le reti, gli impianti e le "*altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici*" locali (qui di seguito "asset"), vanno tenuti distinti tre livelli che suscitano più riflessioni:

- a) il regime di proprietà, rispetto al quale l'art. 113, comma 2, ne sancisce l'incredibilità da parte degli enti locali, salvo il conferimento a società a capitale interamente pubblico (comma 13); il concetto di "incredibilità" non sembra prefigurare *tout-court* un obbligo di proprietà pubblica, riguardando a rigore solo gli asset attualmente di proprietà degli enti

⁴⁹ D.lgs, 152/2006, art. 150, comma 4.

- locali; non sussiste dunque un obbligo di acquisizione di asset di proprietà di privati o di altre amministrazioni;
- b) la gestione degli asset che, a seconda delle discipline di settore, può essere separata o meno dall'erogazione dei servizi (comma 4)⁵⁰;
 - c) se separata dall'erogazione dei servizi, per la gestione degli asset gli enti locali si debbono avvalere di società che rispettino i requisiti dell'*in house* (incluse quelle cui fosse stata conferita la proprietà ai sensi del punto a) sopra), oppure di "*imprese idonee*", da individuare mediante procedure di gara (comma 4);
 - d) in alternativa, la gestione degli asset e dei servizi può essere congiuntamente conferita a un'unica impresa, nelle modalità - dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008 e dopo la cancellazione operata dalla Corte costituzionale dell'art. 4 del d.l. 138/2011 - previste dalla normativa europea e da quella nazionale compatibili (cfr. sezioni 1 e 2)⁵¹.

La riserva in proprietà degli enti locali degli impianti, reti e altre dotazioni "*destinati*" all'esercizio dei servizi pubblici locali va verosimilmente va letta alla luce dell'ulteriore previsione, di finalità pro-concorrenziale, secondo la quale "*E', in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi*" (comma 3, dove è da ritenere che il riferimento alle "reti" vada inteso in senso estensivo). Tuttavia il termine "*destinati*" pone problemi di delimitazione dell'area della riserva, posto che implica un qualcosa di fattuale, non una nozione identificabile in generale, quale l'*essenzialità*. In effetti, in base al diritto della concorrenza l'obbligo di accesso va riconosciuto solo in presenza di *essential facilities*, vale a dire, di asset condivisibili, non sostituibili a breve e non duplicabili a lungo termine. Va da sé che in presenza di integrazione verticale, la garanzia della contendibilità dei mercati a valle richiederebbe la presenza di un organismo di regolazione, attrezzato e indipendente, di cui non si vede al momento traccia a livello locale.

Oltre al caso illustrato nella sezione precedente, vi è quello dell'affidamento congiunto a uno stesso operatore di più servizi pubblici locali, una sorta di affidamento integrato orizzontalmente.

Il TUEL prevedeva la possibilità per l'ente locale di affidamento contestuale di più servizi (esclusi quelli di trasporto collettivo) se economicamente più vantaggioso (comma 8). La norma, abrogata dal D.P.R. 168/2010, è stata riproposta dall'art. 4, comma 2, del d.l. 138/2011 (incluso il trasporto pubblico), cancellato dalla sentenza 199/2012 della Corte costituzionale.

Il vuoto che in tal modo si è creato per questa fattispecie conduce, al pari delle modalità di affidamento, al rinvio alla normativa comunitaria a quella nazionale e a quella nazionale, come illustrato in precedenti sezioni di questo capitolo.

Sia la gestione degli asset che quella dei servizi finali sono regolamentate da contratti di servizio (art. 113, comma 11, del TUEL) ovvero da un unico contratto nel caso di gestione verticalmente integrata o di gestione di più servizi finali. Al di là di eventuali economie di scopo, l'affidamento congiunto di più servizi sostituibili (ad esempio il trasporto su ferro e su gomma) può essere più efficiente anche sotto il profilo della gestione dei contratti di servizio, posto che è più agevole rinegoziare una riprogrammazione fra servizi regolamentati da uno stesso contratto, piuttosto che fra servizi facenti capo a gestori e a contratti diversi. Considerazioni analoghe possono avere valenza più ampia, nella misura in cui l'affidamento congiunto – anche di servizi non sostituibili -

⁵⁰ Tuttavia, con l'art. 35, comma 9, della legge 448/2001 il TUEL è stato integrato con l'obbligo per gli enti locali di incorporare – anche in deroga alle discipline settoriali - dalle società di gestione dei servizi nelle quali detengano la maggioranza del capitale sociale, le reti, gli impianti e le altre dotazioni di cui siano proprietari e di conferirle a società a totale capitale pubblico.

⁵¹ In caso di affidamento congiunto, è stabilita la retrocessione degli asset di proprietà pubblica a fine concessione e il subentro da parte del nuovo affidatario. Da notare che non viene più precisato invece il criterio di quantificazione dell'indennizzo del gestore uscente per investimenti effettuati a proprio carico, essendo stata la seconda parte del comma 9 abrogata dal d.p.r. 168/2010, comma 1.

permetta maggiore flessibilità di impiego degli input. I potenziali benefici economici dell'integrazione orizzontale andrebbero tuttavia mediati con gli handicap concorrenziali che questa comporta.

6.- Elementi di uniformità e di differenziazione fra i contratti di servizio con terzi e *in house*.

E' questa una materia che investe più aspetti: qui di seguito si affrontano profili di carattere generale, mentre per quelli più specifici si rinvia ad altre sezioni di questo capitolo (in particolare, le sezioni 7-8-9). Le considerazioni che seguono valgono in pari misura nei casi in cui l'operatore *in house* sia una società di capitali o un'azienda speciale.

La peculiarità di base dell'*in house* è nella coincidenza – non sana - fra la figura del concedente e quella del proprietario. Questa coincidenza comporta: (i) che la *governance* dei rapporti fra concedente e impresa è diversa; (ii) che la *forma mentis* dell'autorità pubblica "rischia" di debordare nella gestione, la quale andrebbe invece esercitata secondo criteri di economicità; (iii) che il contratto di servizio non deriva da una procedura negoziale fra parti fra loro terze e che dunque non si configura come un autentico rapporto contrattuale; infine (iv) che le sue condizioni possono essere unilateralmente modificate in corsa. Da queste peculiarità di ricaverrebbe che per l'*in house providing* "non sussistono, quindi, i presupposti per una relazione di tipo contrattuale in quanto i due soggetti non sono su un piano di parità, ma l'uno è tenuto ad attenersi agli orientamenti generali e alle direttive specifiche impartiti dall'altro"⁵².

Rinviando alla sezione 1 in ordine alla natura o meno di impresa del gestore *in house*, le considerazioni riportate sopra hanno indubbiamente un solido fondamento, dal quale tuttavia sarebbe almeno inopportuno far scaturire la conclusione che il diverso modo di formazione del contratto debba comportare condizioni radicalmente diverse al suo interno.

Per ridurre l'impatto dell'"anomalia" della coincidenza fra proprietario e concedente, per quanto possibile il contratto di servizio andrebbe strutturato come se i contraenti fossero effettivamente terzi. Del resto, impresa o no sotto il profilo del diritto comunitario, il gestore *in house* è un soggetto giuridicamente terzo con il quale l'ente locale instaura un rapporto che, sebbene non sia stato risultato di una negoziazione fra pari, può e dovrebbe avere le medesime caratteristiche di quello con gestori privati. Non a caso il regolamento comunitario sul trasporto pubblico (settore fra quelli qui considerati più analiticamente disciplinato dall'Unione europea) non distingue i contenuti dei contratti di servizio in funzione delle modalità di affidamento⁵³, prevede parametri uniformi per il calcolo delle compensazioni e un *profitto ragionevole*⁵⁴. Anzi, il calcolo di un profitto ragionevole è espressamente riferito ai soli casi di affidamento diretto, posto che nelle gare questo scaturirà dalla concorrenza.

⁵² B.Spadoni, *Il contratto di servizio nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in Diritto dei servizi pubblici, 26 ottobre 2012, p. 2: "Per effetto dell'esercizio da parte dell'ente locale di un controllo corrispondente a quello svolto nei confronti dei propri servizi interni, il sistema regolatorio deve essere unilaterale e configurare un rapporto di dipendenza della società dall'ente proprietario. Non sussistono, quindi, i presupposti per una relazione di tipo contrattuale in quanto i due soggetti non sono su un piano di parità, ma l'uno è tenuto ad attenersi agli orientamenti generali e alle direttive specifiche impartiti dall'altro. Pur volendo mantenere la denominazione di Contratto di servizio (che, del resto, era stata adottata anche per le aziende speciali nella legge 95 del 1995) ci troviamo in questi casi di fronte ad un istituto diverso e, comunque, non negoziale".

⁵³ "Tutte le compensazioni connesse a una norma generale o a un contratto di servizio pubblico sono conformi alle disposizioni di cui all'articolo 4, indipendentemente dalle modalità di aggiudicazione del contratto" (Regolamento (CE) 1370/2007, art. 6, comma 1).

⁵⁴ Ibid. art. 4, comma 1, lettera b.

La diversità fra l'*in house* e l'affidamento a terzi non dovrebbe dunque impattare su contenuti e condizioni del contratto di servizio. Tenuto conto che il gestore *in house* può essere meno motivato di uno realmente esterno, la questione fondamentale è introdurre un sistema efficace di incentivi: infatti le condizioni delle due tipologie di affidatari non sono così radicalmente diverse come a prima vista potrebbe sembrare.

Nel caso della società esterna (assumo per semplicità che azionisti e manager siano soggetti distinti), affinché il rapporto contrattuale raggiunga gli obiettivi perseguiti dal concedente si rende necessario un doppio sistema di incentivi: uno codificato dal contratto di servizio e diretto a imprimere all'impresa comportamenti efficienti; l'altro, esterno al contratto, che riguarda invece i rapporti fra la società e il suo management (che può ovviamente consistere anche nella sola minaccia di rimozione), il quale è spinto per questa via a realizzare gli obiettivi assegnati alla società. Senza questo doppio sistema - il primo basato (se vogliamo) su meccanismi di *price/subsidy cap* (a garanzia di entrambe le parti) il secondo sulla condivisione *utili singoli* dei successi o degli insuccessi gestionali (a garanzia dell'azionista) - difficilmente la condotta dell'impresa potrà essere coerente con gli obiettivi, posto che non è un'entità astratta, ma di una che "cammina sulle gambe" delle persone.

Virtualmente lo stesso meccanismo vale per il fornitore *in house*, con la differenza che stavolta l'ente concedente è "capofila" di entrambi i sistemi di incentivo⁵⁵: anche in questo caso il contratto di servizio dovrebbe fissare obiettivi, mentre il sistema di premi e penalizzazioni del management andrebbero regolati a parte. In alternativa, forse più propriamente, il contratto potrebbe prevedere premi e sanzioni in capo all'impresa, accompagnate da una sorta di patto di traslazione degli stessi a carico del management: ciò riprodurrebbe quella dialettica fra parti - al momento della stipula del contratto di servizio o al momento della nomina degli amministratori - che altrimenti mancherebbe nel caso di specie.

7. Equilibrio economico-finanziario del gestore e compensazioni

Tutte le norme, nazionali e comunitarie, impongono che sia raggiunto l'equilibrio economico-finanziario del contratto di servizio⁵⁶, quali che siano i SPL, le modalità di affidamento e la provenienza degli introiti.

Questa esigenza - alternativamente all'eventuale sussistere di condizioni di monopolio naturale - è alla radice della possibilità di procedere ad affidamenti in esclusiva, come sancito dalla sentenza "Corbeau" del 1993⁵⁷, dove la Corte si è pronunciata a favore dell'applicabilità della deroga ex art. 106, comma 2, del TFUE, stabilendo che "*una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici*" può essere giustificata se è condizione per permettere al titolare di un diritto esclusivo "*di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico [ciò che] presuppone la possibilità di una*

⁵⁵ "Ciò non significa che tali misure [*price/subsidy cap*] non possano essere adottate anche nell'*in house*. Solo che le loro finalità e il loro funzionamento sono diversi. In questi casi, infatti, l'incentivo all'efficienza non può essere rivolto direttamente alla società in quanto tale, bensì, come si vedrà, al management e ai dipendenti della stessa. In altri termini le risorse aggiuntive che scaturirebbero dal funzionamento del *price cap* e del *subsidy cap* ove le performance fossero superiori a quanto fissato, manterrebbero una veste, per così dire, virtuale e sarebbero finalizzate a quantificare i margini economici per gli incentivi agli operatori aziendali" (B.Spadoni, cit., p. 3).

⁵⁶ D.lgs. 152/2006, art. 151, comma 2, lettera c) per l'idrico e art. 203, comma 1, lettera b) per i rifiuti. Il d.lgs. 422/1997, relativo al trasporto pubblico locale regionale, stabilisce addirittura che "*I contratti di servizio per i quali non è assicurata, al momento della loro stipula, la corrispondenza tra gli importi di cui alla lettera e) del comma 3 [le compensazioni dovute] e le risorse effettivamente disponibili sono nulli*" (art. 19, comma 2)

⁵⁷ Corte europea di Giustizia, sentenza 19 maggio 1993, C-320/91.

compensazione fra i settori di attività redditizie e quelli meno redditizi [...]” (par. 16-18). Al tempo stesso chiarendo che “L’esclusione della concorrenza non si giustifica tuttavia qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale [...]” (par. 19).

Sebbene più frequentemente applicato con riferimento ai livelli tariffari, il principio del *full recovery cost* implica la copertura di tutti i costi, incluso un profitto concorrenziale, posto che questo che altro non è che il costo opportunità del capitale investito: ciò vale anche quando parte dei costi sia coperta da compensazioni pubbliche (allorché dunque il profitto del gestore *in house* finisce per essere una partita di giro per l’ente concedente); ancor più dovrebbe valere – anche *in house providing* - quando la totalità dei costi sia coperta dalle tariffe. Del resto, la rinuncia da parte dell’ente locale nella veste di azionista pubblico (distinta da quella di autorità pubblica concedente), a una normale remunerazione del capitale investito si presta a rilievi in materia di aiuti di Stato⁵⁸, tanto più quando il costo dei servizi sia interamente accollato agli utenti.

Rilevante dunque per il settore idrico l’abrogazione referendaria dell’inclusione nella tariffa della remunerazione del capitale investito, originariamente prevista dall’art. 154 del d.lgs. 152/2006⁵⁹. Al di là dell’ovvia considerazione che una normale remunerazione del capitale, in quanto costo opportunità, costituisce, appunto, un costo a tutti gli effetti, va da sé che interpretata alla lettera l’esclusione rappresenterebbe un ostacolo insormontabile a modalità concorrenziali di affidamento, che pure restano sulla carta. Per quanto ridondante, va aggiunto che questo eliminerebbe alla radice ogni incentivo di efficienza di operatori privati e, al tempo stesso, falserebbe la comparazione di convenienza relativa rispetto all’affidamento *in house*. Ricorrendo quest’ultima modalità di affidamento, le operazioni di ricapitalizzazione o ri-patrimonializzazione di operatori *in house*, essendo escluso alla radice il rispetto del principio del normale investitore di mercato, si configurerebbero come aiuto di Stato.

Questione rilevante, soprattutto per il trasporto pubblico, è la sorte dell’equilibrio economico-finanziario del contratto di servizio dell’affidatario in caso di entrata sul suo mercato di nuovi operatori in sovrapposizione. Tenuto conto delle implicazioni concorrenziali si fa rinvio alla sezione 10.

L’equilibrio economico-finanziario del gestore non implica necessariamente il versamento di compensazioni monetarie⁶⁰: a seconda dei casi, l’intero costo può essere accollato agli stessi utenti

⁵⁸ Nella comunicazione 93/C 307/03 la Commissione osserva al riguardo che: “*al pari di ogni investitore in economia di mercato lo Stato dovrebbe attendersi dai propri investimenti un rendimento normale, analogo a quello ottenuto da un’impresa privata comparabile sotto forma di dividendi o di incremento del valore del capitale [...] Se questo rendimento rimane assente al di là del breve periodo e appare improbabile anche a più lungo andare [...], e l’impresa non ha preso provvedimenti per rimediare alla situazione, si può presumere che essa benefici indirettamente di un aiuto, giacché lo Stato rinuncia al profitto che un investitore in economia di mercato si attenderebbe da un investimento analogo*”(paragrafo 43). In tal senso si veda ad esempio il Tribunale di I grado, Cause riunite T-228/99 e T-233/99 (*Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen contro Commissione*).

⁵⁹ Abrogazione disposta dal D.P.R. 116/2011.

⁶⁰ “*In generale, il diritto comunitario non impone un modello particolare di finanziamento dei servizi di interesse generale e lascia agli Stati membri decidere in che modo sostenere questi servizi. In ogni caso, a prescindere dal modello applicato, il finanziamento deve rispettare le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato e le regole del mercato interno previste dal trattato. Il trattato consente di compensare i costi aggiuntivi sostenuti dai fornitori di servizi di interesse economico generale per l’adempimento di un mandato di servizio pubblico. Ogni compensazione che supera la misura necessaria per l’assolvimento del mandato di servizio pubblico non è però, in linea di principio, compatibile con il trattato*” (Commissione europea, *Libro verde*, cit., p. 53). “*In base alle tradizioni storiche e alle caratteristiche specifiche dei servizi in oggetto, gli Stati membri applicano meccanismi diversi per garantire l’equilibrio finanziario dei fornitori di servizi di interesse generale. I meccanismi di finanziamento applicati dagli Stati membri includono: un sostegno finanziario diretto attraverso il bilancio statale [...]; diritti speciali o esclusivi [...]; contributi dei partecipanti al mercato (ad esempio, un fondo per il servizio universale); calcolo della media delle tariffe*

(come è in principio previsto per il servizio idrico integrato con tariffe orientate al “*full recovery cost*” e al principio “*chi inquina paga*”⁶¹) oppure le compensazioni possono non essere di natura monetaria o infine assumere forme diverse dal sostegno alla gestione⁶². Quale che sia la forma di compensazione adottata, il principio generale, comunque, è la copertura del costo netto evitabile (su questo aspetto si veda la sezione 8 che segue e, per le implicazioni delle compensazioni sul terreno degli aiuti di Stato, lo specifico capitolo).

L'accollo agli utenti può assumere forme diverse: (i) da quello diretto (chi usa paga), (ii) a meccanismi di solidarietà e di perequazione, nella forma di contributi delle imprese a un fondo per il servizio universale o di applicazione di tariffe uniformi a fronte di differenze di costo di fornitura, (iii) al riconoscimento di diritti speciali o esclusivi su mercati diversi da quello affidato (o su segmenti di esso che non richiederebbero di per sé l'imposizione di obblighi di servizio pubblico)⁶³, con conseguente attivazione di sussidi incrociati “a carico” dei consumatori presenti sul mercato più redditizio.

Anche le modalità di finanziamento pubblico possono variare: (a) le compensazioni previste dai contratti di servizio possono essere un *unicum* diretto a contribuire alla copertura sia i costi operativi che quelli di capitale, auspicabilmente con vincolo di destinazione e con l'approntamento di un sistema di contabilità analitica al fine di rendicontare l'effettivo utilizzo delle somme; (b) specie per gli investimenti, il finanziamento può assumere la forma di prestito o di contributo a fondo perduto all'impresa, con obbligo di destinazione a determinati investimenti e come parte distinta della compensazione⁶⁴; (c) altra possibilità è l'investimento diretto da parte del concedente, che dunque ne mantiene la titolarità, o più in generale la messa a disposizione di reti e di asset di sua proprietà⁶⁵, a fronte del versamento di un canone, così come previsto dal TUEL al comma 13 dell'art. 113; la misura in cui il canone di sfruttamento sia inferiore al costo complessivo di offerta dell'asset costituisce una componente della compensazione⁶⁶; (d) infine, il finanziamento degli investimenti si può realizzare attraverso aumenti di capitale dell'impresa da parte del socio pubblico, che in sé rappresenta la via maestra, tenuto conto del vincolo di proprietà pubblica degli asset fissato dal TUEL.

(ad esempio, una tariffa nazionale uniforme nonostante le notevoli differenze di costo della fornitura del servizio); finanziamento basato su principi di solidarietà (ad esempio, contributi per la previdenza sociale)” (ibid., p. 26).

⁶¹ D.lgs. 152/2006, art. 154, comma 1 (esclusa la remunerazione del capitale investito), dove le tariffe hanno natura di corrispettivi. Meno espressamente improntate al principio del pieno recupero dei costi le tariffe per i rifiuti, dove “i criteri e le modalità di applicazione delle tariffe determinate dagli enti locali e del loro aggiornamento, anche con riferimento alle diverse categorie di utenze” (ibid., art. 203, comma 2, lettera o).

⁶² In tal senso cfr. Commissione europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale* (COM (2003) 270 def., 21 maggio 2003, in particolare pp. 26 e 53).

⁶³ L'attribuzione di un diritto di esclusiva su un dato SIEG comporta in sé una compensazione, nella misura in cui i sussidi incrociati che l'affidatario pone in essere fra i segmenti redditizi e non del suo mercato gli consentono di coprire le perdite degli uni con gli (extra) utili guadagnati sugli altri; in quanto per l'appunto “extra”, questi ultimi costituiscono una forma di compensazione. Considerazioni analoghe valgono allorché la contropartita dell'obbligo di servizio su di un mercato non redditizio consista nel riconoscimento di diritti speciali o esclusivi su mercati diversi.

⁶⁴ I cespiti entrano nella proprietà dell'impresa ma, a differenza del caso precedente, sussiste l'obbligo di devoluzione gratuita alla fine dell'affidamento e non possono concorrere a determinare la remunerazione del capitale dell'impresa incaricata. Qualora ammortizzati in tariffa, andrebbero rimborsati o portati in detrazione della compensazione, con conseguente recupero della somma da parte dell'ente erogatore.

⁶⁵ Caso che ricorre nel settore dei trasporti ferroviari - in generale con riguardo agli oneri di infrastruttura e, a seconda delle regioni, agli investimenti in materiale rotabile - e, non infrequentemente negli acquisti di mezzi per il trasporto pubblico locale su strada.

⁶⁶ Le due forme di finanziamento illustrate sub b) e c) (il contributo agli investimenti e l'investimento diretto) appaiono preferibili al caso a), in quanto la “riserva in proprietà” a favore del concedente (*ab origine* o per obbligo di devoluzione) rimuove una delle maggiori barriere alle gare di affidamento dei servizi pubblici locali.

I contratti di servizio dovrebbero contenere clausole di trasparenza contabile, almeno conformi a quelle previste dalle norme comunitarie. Va segnalata al riguardo la direttiva 2006/111/CE⁶⁷ in materia di trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati e le imprese pubbliche o, comunque, incaricate di SIEG e, in particolare, in materia di separazione contabile. Secondo la direttiva l'obbligo di separazione contabile per le imprese incaricate di SIEG sussiste se ricorrono le seguenti condizioni: (i) l'impresa che fruisca di diritti speciali o esclusivi e che riceva compensazioni (in qualsiasi forma) per la prestazione di tali servizi e (ii) che al tempo stesso eserciti anche altre attività (art. 2, comma 1, lettera d); (iii) sono invece esentate da tale obbligo le imprese le cui compensazioni “*siano state fissate per un periodo appropriato con una procedura pubblica, trasparente e non discriminatoria*” (art. 5, comma 2, lettera c)⁶⁸.

Va ricordato che la normativa nazionale⁶⁹ è più stringente (sulla carta, posto che la norma non è mai stata applicata), prevedendo l'obbligo di separazione societaria per le imprese che vogliono operare anche in mercati diversi da quelli in cui sono incaricate di SIEG.

La necessità di prevedere nei contratti di servizio obblighi di separazione contabile del tipo indicato risponde a vari obiettivi: per un verso, accertare la presenza o meno di sovra compensazioni, condizione per il riconoscimento della compatibilità di eventuali aiuti di Stato; per altro verso, verificare eventuali pratiche anticoncorrenziali, ad esempio nella forma di sussidi incrociati fra attività esercitate in forza di diritti esclusivi e attività in concorrenza; infine, evitare ingiustificati oneri per gli utenti e permettere all'ente concedente di esercitare un monitoraggio efficace.

Tuttavia la separazione contabile del tipo descritto non è sufficiente. Dal momento che i SPL sono servizi regolamentati, è necessario che i contratti di servizio prevedano l'introduzione di sistemi di contabilità regolatoria. Schematicamente, la differenza fra la contabilità regolatoria e quella analitica (o industriale) di derivazione civilistica è che la prima è per obiettivi (e per incentivi), la seconda per consuntivi; conseguentemente, la prima utilizza criteri di ammissibilità o meno di costi, e di allocazione degli stessi, diversi da quelli propri della contabilità industriale, così come pone obiettivi di remunerazione del capitale che invece dalla seconda emergono solo *ex post*.

Ne segue che i contratti di servizio debbono recepire sistemi di contabilità regolatoria stabiliti dal concedente e, al tempo stesso, sistemi di contabilità analitica impostati in conformità con i primi, sì da permettere la verifica degli obiettivi. Ciò consentirà fra l'altro: (i) di valutare *ex ante* l'impatto economico-finanziario dell'introduzione nel contratto di servizio di ulteriori servizi o della loro eliminazione nel corso di validità del contratto di servizio; (ii) di stimare l'effetto, sempre sull'equilibrio del contratto di servizio, dell'eventuale entrata di nuovi operatori in concorrenza con l'affidatario (su questo specifico punto si torna nella sezione 10).

Da segnalare che la menzione di questo obbligo nei contratti di servizio dovrebbe prevedere che l'*ownership* dei dati di contabilità analitica è dell'ente concedente, ciò che permetterebbe a questo non solo di effettuare una più attenta manutenzione e un monitoraggio più dettagliato, ma anche di poterne disporre come strumento informativo in vista di successivi affidamenti.

Va da sé che l'approntamento degli strumenti contabili indicati richiede una massa di competenze e il concorso di soggetti diversi, aspetti riguardo ai quali si far rinvio alla sezione 3.3.

8.- Il controllo dei costi

⁶⁷ Direttiva 2006/111/CE della Commissione relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

⁶⁸ Il venir meno dell'obbligo nel caso ricorra il precedente punto (iii) porta a concludere che la procedura in parola garantisce contro sovracompensazioni e, per questa via, esclude illeciti sussidi incrociati fra attività in obbligo di servizio pubblico e altre attività.

⁶⁹ Legge 287/1990, art. 8, comma 2-bis.

Sull'efficientamento delle gestioni le indicazioni contenute negli schemi-tipo di contratti di servizio, riportate nella tabella della sezione 4, sono alquanto generiche, limitandosi a porre l'esigenza, senza stabilire criteri. I criteri di seguito suggeriti valgono per tutti i SPL qui considerati.

Come si è visto in precedenza, la normativa comunitaria e nazionale converge sul principio del pieno recupero dei costi, incluso in essi (salvo oggi per il settore idrico) il costo opportunità del capitale⁷⁰.

I costi da considerare sono quelli evitabili di lungo periodo, vale a dire, quelli che l'impresa non sosterebbe se non fosse incaricata dello specifico SIEG. Dalla sottrazione a essi degli introiti cessanti delle vendite, si ricava l'eventuale ammontare dovuto di compensazione pubblica.

Sebbene la normativa comunitaria e quella nazionale (salvo quanto si dirà fra breve) sia piuttosto elastica al riguardo, i costi evitabili dovrebbero essere quelli di un'impresa media efficiente dotata di adeguati mezzi per svolgere il servizio, non quelli dell'impresa concretamente incaricata⁷¹.

Considerata la loro durata pluriennale, la questione dell'efficienza dei costi andrebbe affrontata nei contratti di servizio sotto due profili, complementari ma distinti: (i) la stima dei costi efficienti per unità di servizio al momento della procedura di selezione, così come dell'eventuale divario fra questi e quelli del soggetto concretamente prescelto con affidamento diretto; (ii) l'imposizione di obiettivi di ulteriore progressivo efficientamento nel tempo. I costi "iniziali" rappresentano la base su cui applicare gli obiettivi del punto (ii), i quali a loro volta non potranno non tenere conto dei livelli di partenza.

E' da presumere che il livello iniziale dei costi sia efficiente se rilevato a seguito di una gara di affidamento "giocata" (a parità di altre condizioni) sui più bassi livelli di tariffe o di compensazioni richieste. In caso di affidamento diretto, invece, l'assenza di un confronto competitivo richiede di congruire previamente i costi sulla base di *benchmarks* di imprese medie efficienti. Ciò sarà tanto più necessario in quanto è da ritenere che l'impresa in affidamento diretto – "sucedendo a se stessa" – si porti dietro uno storico accumulo di inefficienze che andrebbero recuperate nel tempo.

In materia di stima dei costi efficienti, va ricordato che la legge delega 42/2009 ha stabilito di introdurre il parametro dei costi e dei fabbisogni standard.

La nozione di costo standard è di derivazione aziendalistica, come strumento per il controllo di gestione, e si incentra sulla stima di un costo efficiente-obiettivo in relazione alla specifica impresa. Tradotto sul terreno della regolazione dei servizi di pubblica utilità, la sua accezione è un po' diversa da quella precedente e il ruolo assegnato è di supplenza di deficit di concorrenza, tenuto conto che in presenza di concorrenza *nel* o *per* il mercato i prezzi tendono ad essere orientati ai costi e questi ultimi a livelli mediamente efficienti. Un concetto, dunque, "standard", per la cui stima si possono utilizzare metodologie molto varie, comunque comuni a quelle a cui si ricorre per i costi efficienti.

La novità è che la norma lo pone in funzione della determinazione del fabbisogno standard degli enti locali nella prospettiva del superamento del criterio della spesa storica relativa alle funzioni fondamentali e ai livelli essenziali delle prestazioni. L'obiettivo del superamento del

⁷⁰ Nella prassi regolatoria prevalente, la normale remunerazione del capitale proprio dell'impresa viene determinata utilizzando il criterio CAPM (*capital asset pricing model*), che stima il costo opportunità del capitale in funzione del rischio differenziale dello specifico investimento rispetto al rendimento medio del mercato azionario. Normalmente, il costo del capitale proprio viene applicato alle tariffe unitamente a quello del capitale di debito, ricorrendo al criterio del WACC (*weighted average capital cost*). In tal modo il costo del capitale, proprio e di debito, è calcolato come media fra il primo e il secondo, ponderata in base alla loro incidenza sul capitale complessivo.

⁷¹ La sussistenza o meno di aiuti di Stato dipende dal *benchmark* di efficienza dell'impresa che riceve le compensazioni. Su questo aspetto di fa rinvio al capitolo sugli aiuti di Stato.

criterio della spesa storica richiede dunque due passaggi, uno dei quali è il costo standard e l'altro è la revisione dei livelli storici delle prestazioni.

Riprendendo le previsioni dell'art. 21 della legge delega, l'art. 3 del decreto legislativo 216/2010⁷² individua in via transitoria fra le funzioni fondamentali dei comuni quelle “*nel campo della viabilità e dei trasporti*” e quelle riguardanti la “*gestione del territorio e dell'ambiente [...] fatta eccezione per il servizio idrico integrato*”; fra le competenze fondamentali delle provincie sono “*le funzioni nel campo dei trasporti [...] della tutela ambientale*”. Ciò al fine, attraverso l'individuazione dei fabbisogni standard, di “*rapportare progressivamente nella fase transitoria, e successivamente a regime, il finanziamento integrale della spesa relativa alle funzioni fondamentali e ai livelli essenziali delle prestazioni*”⁷³.

Lo spettro di SPL cui i criteri indicati andrebbero applicati potenzialmente include dunque tutti e tre i settori qui considerati. Dal momento però che il concetto chiave è il finanziamento pubblico dei servizi - non (non espressamente, almeno) gli oneri per gli utenti - la loro oggettiva rilevanza è in funzione dell'incidenza del finanziamento pubblico nella copertura dei costi: strutturale nel trasporto pubblico locale, in principio (anche se non concretamente) esclusa per gli altri due settori. Vanno al riguardo avanzate due precisazioni:

- a) quanto al trasporto pubblico, l'introduzione del fabbisogno standard porta a congruire il finanziamento pubblico in base ai criteri di Altmark (il corrispettivo richiesto da un'impresa efficiente che, come tale non configura un aiuto di Stato); vien in tal modo superato in tal modo il criterio di congruità previsto dal regolamento (CE) 1370/2007 (il corrispettivo pari al costo netto evitabile dell'impresa concretamente incaricata), che invece costituisce aiuto di Stato, compatibile (e non notificabile) in forza dell'art. 93 del TFUE;
- b) il fatto che il parametro del fabbisogno standard non sia applicabile ai settori idrico e dei rifiuti non fa venir meno il principio che l'asticella dei costi dovrebbe essere comunque fissata su quelli di un'impresa media efficiente.

Il costo/fabbisogno standard potrebbe essere considerato come base d'asta nelle procedure di affidamento, generalizzando ai servizi di trasporto locale e dei rifiuti quanto previsto dall'art. 34-octies, comma 6, lettera a) del d.l. 179/2012 per la determinazione dei corrispettivi nelle gare di affidamento dei servizi automobilistici sostitutivi o integrativi di quelli ferroviari.

Fin qui l'approccio statico. I contratti di servizio non dovrebbero però limitarsi a verificare l'iniziale efficienza o meno dei costi, ma introdurre strumenti che permettano di innalzarla progressivamente per tutta la durata dell'affidamento: necessità che vale sia per gestioni affidate con gara che, tanto più, per quelle senza previo confronto concorrenziale.

L'impostazione regolatoria al riguardo fa normalmente riferimento ai criteri del *price cap* e del *subsidy cap*, entrambi consistendo in vincoli pluriennali alla dinamica delle tariffe o

⁷² Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Citta' metropolitane e Province

⁷³ Ibid. art. 1, comma 2.

delle compensazioni, che scontano obiettivi di crescita della produttività, al netto dell'inflazione, imposti dal regolatore.

Tuttavia, tenuto conto che al di là delle specificità settoriali l'obiettivo comune è la minimizzazione dei costi di offerta dei servizi (su chiunque siano accollati), il criterio unificante cui improntare i contratti di servizio dovrebbe essere il *cost cap*, vale a dire, l'imposizione *ex ante* di un tetto pluriennale alla dinamica in termini reali dei costi per unità di servizio. La misura in cui questo costo verrà poi coperto con tariffe o con compensazioni pubbliche (vale a dire, sarà posto carico degli utenti o dei contribuenti) resta - fatta salva la normativa comunitaria sugli aiuti di Stato e le discipline di settore - questione eminentemente di scelte pubbliche.

Ne segue che:

- 1) se il costo del servizio va integralmente pagato dagli utenti, il *cost cap*, al netto di eventuali altri ricavi non tariffari, coincide con il più noto *price cap*;
- 2) se invece il servizio beneficia di compensazioni pubbliche, dal *cost cap* si ricava un *trade off* fra la dinamica delle tariffe e quella delle compensazioni; in tal caso gli enti locali potranno scegliere (i) se predeterminare con *price cap* la dinamica tariffaria, derivando per differenza quella delle compensazioni necessarie a coprire il costo netto; (ii) oppure predeterminare con un *subsidy cap* la dinamica delle compensazioni, ricavando per differenza quella delle tariffe "a pareggio".

Il *cost/price/subsidy cap* delinea dunque un percorso di efficientamento a partire da un livello iniziale di costi/prezzi/compensazioni, iniziale nel senso di essere quello dell'anno di avvio del periodo regolatorio coperto dal contratto di servizio. La dinamica di queste grandezze sconta quindi le condizioni relative all'"anno base" ma dovrà prevedere meccanismi di adeguamento nel corso del periodo, soprattutto, in funzione della realizzazione via via dei programmi di investimento e del perseguimento di più elevati standard di qualità, i quali si convertiranno in "scalini" nel trend inizialmente fissato dal *cap*.

Così come dovrà tenere conto del recupero di iniziali situazioni di inefficienza, specie nel caso di affidatari diretti che succedano a se stessi.. Sarebbe infatti difficile ottenere che la transizione da un contratto di servizio *in house* all'altro si accompagni con un repentino abbattimento dei costi; questo potrà invece realizzarsi "spalmando" in un numero ragionevole di anni l'abbattimento dell'extra-costi iniziale e dunque applicando un *cap* più stringente, che tenga conto dell'"handicap" iniziale: in tal modo, raggiunto entro un determinato arco di anni l'obiettivo del recupero, nel residuo periodo di durata del contratto il *cap* potrà permettere ulteriori efficientamenti.

Da aggiungere che la riduzione dei costi può essere ricondotta a due fattori da tenere concettualmente distinti: (i) l'efficientamento della gestione a produzione costante, derivante da miglioramenti nell'organizzazione di questa, e (ii) le economie di scala di breve periodo a seguito di incrementi di produzione, che si traducono in ridotta incidenza dei costi fissi sull'unità di servizio. Ne segue che nei contratti di servizio le due componenti andrebbero separatamente individuate: ciò è importante anche come salvaguardia di entrambe le parti a seguito di imprevisti mutamenti della domanda, si da allocare correttamente fra i contraenti benefici e oneri.

Ancora, il livello e la dinamica del costo di produzione dei servizi dipende dalla produttività dei fattori, in funzione della loro qualità e dell'organizzazione produttiva, e dal prezzo di acquisizione di essi che a sua volta dipende dall'efficienza dei meccanismi di *procurement* e che l'esperienza mostra essere alquanto variabile a seconda delle realtà territoriali. I contratti di servizio dovrebbero dunque prevedere o incentivare criteri virtuosi su entrambi i lati. Infine i costi di agenzia che, sommati a quelli di produzione, determinano il costo complessivo per la collettività, quello che va minimizzato (cfr. sezione 3). In quanto costi pressoché fissi, la loro incidenza è in proporzione inversa con la dimensione produttiva degli affidamenti.

Infine l'efficienza gestionale nei SPL è fortemente condizionata dalle politiche locali (programmatorie, infrastrutturali, di localizzazione e di procedure amministrative, sociali, finanziarie, regolatorie, sociali) che determinano il contesto nel quale le imprese operano e che spesso prevalgono sulle leve a disposizione delle imprese. Il contesto ambientale non può che essere considerato nei contratti di servizio come dato, ma dovrebbe essere oggetto di "pre-ottimizzazione" o di precisi e cadenzati impegni di miglioramento nell'arco della durata del contratto, accompagnati da analisi di impatto sui costi (dunque dalla rivedibilità del cap) e dalla previsione di penali a carico dell'ente locale inadempiente. Il pesante condizionamento che le scelte locali di politica industriale e sociale esercitano sull'efficienza gestionale delle imprese è un obiettivo disincentivo alla partecipazione di privati, ne accresce i rischi e dunque i costi contrattuali a carico della collettività.

9.- Alcune differenze settoriali

La struttura e i contenuti dei contratti di servizio debbono essere coerenti con le caratteristiche dei servizi e con le relative norme di disciplina.

I principali elementi che differenziano i SPL sono il ruolo della domanda e le modalità di copertura dei costi. Non vi sono invece ragioni sostanziali per differenziare fra i settori i criteri di controllo dei costi indicati nella sezione precedente, dove si è visto che la modalità di copertura dei costi può essere impostata come "un di cui": per questo aspetto si rinvia dunque alle sezioni 7 e 8.

Sotto il profilo della domanda il settore dei trasporti si differenzia da quello idrico e dei rifiuti per almeno due aspetti

- a) lo sviluppo della domanda di trasporto locale collettivo – con conseguente sottrazione a quello privato – rappresenta un obiettivo di interesse generale, per l'impatto sull'ambiente, sulla congestione, sulla salute e sul portafoglio delle persone; all'opposto, negli altri due settori i consumi andrebbero contenuti o razionalizzati e, nel caso dei rifiuti, orientati verso forme più coerenti rispetto a esigenze di interesse generale;
- b) i servizi di trasporto sono "a domanda" individuale, cosicché le imprese hanno leve (o possono esserne dotate) per incentivarla e con essa per accrescere i ricavi da mercato; lo stesso vale in parte per i servizi idrici, sebbene in questo caso, alla luce delle considerazioni del punto precedente, l'obiettivo sia di minimizzarne i consumi; infine, la raccolta dei rifiuti (almeno con l'attuale sistema di raccolta pubblica)

rappresenta un bene pubblico, caratterizzato dalla non escludibilità, cosicché l'acquirente diretto del servizio è l'ente locale;

- c) a causa di quanto sopra, mentre possono considerati comuni a tutti i criteri di contenimento dei costi, solo le imprese di trasporto possono essere in grado – a parità di tariffe – di accrescere i ricavi e per questa via contribuire all'equilibrio economico della gestione, il che richiede tuttavia forme contrattuali e programmazione dei servizi coerenti, quali contratti di servizio flessibili e *net cost* (cfr. sezione 3), escluse per gli altri settori;

Per altro verso la programmazione dei servizi di trasporto è più complessa che negli altri settori, posto che qui il momento della produzione e quello del consumo coincidono: per i servizi di trasporto non esiste magazzino (come per l'idrico), le interruzioni, anche brevi, dell'offerta sono più critiche sotto il profilo sociale, gli orari per forza di cose rigidi (diversamente dalla raccolta dei rifiuti); al tempo stesso, più che altrove i servizi configurano una rete interconnessa e la domanda può essere maggiormente variabile, non ultimo a causa di scelte modali del pubblico, incluso il trasporto privato, che possono modificarsi nel tempo; infine, la domanda può essere orientata fra modalità sostituibili in funzione degli obiettivi ambientali e di costo.

Questo evidentemente rende più complesso il processo di programmazione dei servizi (non a caso gli enti locali si sono finora quasi esclusivamente – e infaustamente – orientati a replicare i livelli storici) e al tempo stesso richiede che i contratti di servizio mantengano margini di flessibilità per riprogrammare l'offerta in funzione dei mutamenti di domanda, in assoluto e per modalità. Sotto questo profilo è essenziale che i contratti di servizio prevedano che l'operativo possa modificarsi nel tempo, lasciando all'impresa – che più ha il “polso” del territorio – il potere di proporre aggiustamenti. Ciò, per un verso, rende preferibile – in caso di affidamento competitivo – gare flessibili; per altro verso richiede come pre-requisito quella sorta di spirito di *partnership* concedente-gestore cui si è accennato nella sezione 3, accompagnato da più concreti criteri di *revenue sharing*.

10. Clausole pro-concorrenziali

I contratti di servizio dovrebbero contenere clausole ad applicazione prospettica, tali da promuovere o almeno non ostacolare, ove possibile, una qualche forma di concorrenza nel mercato e, comunque, la possibilità di procedere ad affidamenti competitivi alla scadenza di quelli disciplinati dal contratto in essere.

Per il primo profilo, la legittimità del riconoscimento di diritti di esclusiva riposa sull'applicabilità dell'art. 106, comma 2, del TFUE, laddove la libera prestazione di servizi o comunque una qualche forma di pluralismo non consentirebbero di raggiungere gli obiettivi di interesse generale che si vogliono perseguire. Visto sotto l'aspetto economico, l'esclusiva corrisponde a un interesse generale: (i) laddove sussistano condizioni di monopolio naturale (un unico operatore può offrire gli stessi servizi al costo più basso per la collettività); o, in alternativa, (ii) laddove ciò comporti economia di risorse pubbliche (a causa di *cream skimming* altrimenti operato da nuovi entranti); infine, (iii) quando il servizio abbia natura di bene pubblico con conseguenti fenomeni di *free riding*. A titolo di esempio, il primo caso ricorre per molte delle infrastrutture che interessano i servizi pubblici locali (reti idriche e di trasporto, impianti di trattamento e smaltimento dei rifiuti), il secondo nei servizi di trasporto (potenzialmente anche nella vendita di acqua), infine, il terzo nella raccolta di rifiuti, per come organizzata oggi (diverso sarebbe in caso di raccolta domiciliare).

A prescindere dalle considerazioni precedenti, il d.l. 78/2009 ha introdotto un contrappeso “spannometrico” all’affidamento in house di servizi di trasporto locale, prevedendo che gli enti locali che procedono in tal senso debbono riservare almeno il 10% dei servizi per affidarli con gara⁷⁴. Nelle probabili intenzioni del legislatore ciò avrebbe dovuto produrre concorrenza per comparazione tale da ingenerare qualche forma di virtuosità nei gestori *in house*.

Il problema dell’impatto di nuovi entranti sull’equilibrio dei contratti di servizio in essere si è posto con forza nei trasporti e, specificamente, nel trasporto ferroviario in obbligo di servizio pubblico, con strascico di casi antitrust. Ciò anche in quanto la normativa comunitaria (direttiva 2007/58/CE) e quella nazionale al riguardo (legge 99/2009, art. 59) lasciano ampi spazi di ambiguità sulla “misura” del pregiudizio economico dell’affidatario che precluderebbe l’entrata di suoi concorrenti.

Dal momento che la tutela della concorrenza rientra fra le competenze esclusive dello Stato, la materia dovrebbe essere affrontata con norme nazionali, possibilmente estese a tutto il comparto del trasporto pubblico: ad esempio introducendo il principio che il nuovo entrante è tenuto a pagare un canone pari alla maggior compensazione che l’ente locale dovrà versare al titolare del contratto di servizio per mantenerne integro l’equilibrio economico. Questa possibilità è aperta dall’art. 12 della nuova direttiva 2012/34/UE, limitatamente ai servizi ferroviari, ed è stata “recepita” (seppure in modo confuso e assai scarsamente pro-concorrenziale, e unicamente per il trasporto ferroviario) dall’art. 24 del recentissimo d.l. “del fare”⁷⁵.

Sarebbe tuttavia utile che i contratti di servizio regolamentassero la materia, per quanto di competenza dei concedenti, ad esempio prevedendo espressamente la possibilità menzionata e i relativi criteri di valutazione del danno. La quale valutazione a sua volta implica che i gestori tengano contabilità analitiche di costi e ricavi per collegamento servito.

L’altro *coté* concorrenziale riguarda il subentro per gara di nuovi operatori alla scadenza degli affidamenti. Qui i contratti di servizio dovrebbero prevedere sia l’abbattimento delle barriere all’entrata sia l’abbattimento di quelle (più propriamente di penalizzazioni) all’uscita, posto che queste ultime si convertono nel ridurre l’interesse di privati a concorrere alle gare.

I principali fattori al riguardo:

- a) la durata dell’affidamento, sufficiente da consentire alle imprese di recuperare i costi di entrata e di raccogliere i frutti degli sforzi di efficientamento e di valorizzazione del mercato, e al tempo stesso non tale da ingessare il servizio per un tempo ingiustificatamente lungo;
- b) la dimensione dei lotti di affidamento, al fine di non innalzare ingiustificatamente i requisiti di partecipazione; per gli obiettivi di efficienza gestionale e quelli concorrenziali, i lotti dovrebbero essere dimensionati in base alla dimensione minima ottima di impresa;
- c) la possibilità di riprogrammare i servizi in corso di contratto in base alla domanda o a nuove esigenze che dovessero emergere, prevedendone parametri di impatto sul risultato economico;
- d) disponibilità degli asset essenziali. Al di là di quelli di proprietà del concedente e tenuto conto che non tutti gli asset di proprietà dell’affidatario possono farsi rientrare nella tipologia delle *essential facilities*, potrebbe essere opportuno che fra i requisiti di partecipazione alle gare fosse inserito l’obbligo dell’affidatario uscente di cedere al subentrante la tipologia di asset indicati nel bando stesso;

⁷⁴ “Al fine di promuovere l’efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all’articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell’affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo” (art 4-bis, comma 1).

⁷⁵ Decreto legge 69/2013.

- e) obbligo per l'affidatario di porre a disposizione del concedente le informazioni tecniche, operative e commerciali utili per la formulazione di offerte da parte di potenziali concorrenti al subentro;
- f) un valore equo di riscatto dei beni dell'affidatario uscente, non inferiore al valore residuo di quelli realizzati a suo carico, rivalutato in base ad appropriati indici inflattivi⁷⁶;
- g) la possibilità di un ulteriore indennizzo del lucro cessante in caso di risoluzione anticipata del contratto per cause non imputabili al gestore.

⁷⁶ Il comma 30 dell'art. 4 del d.l. 138/2011 stabiliva come criterio di indennizzo “*un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato*”, con conseguente per questa via precludendo al gestore uscente il diritto di recuperare l'investimento in termini reali.