

Concorrenza e organizzazione dei servizi pubblici locali: chiaroscuri della riforma Madia

Mario Sebastiani¹

Sono stati giorni fa diramati (“bollinati”) gli schemi di testi unici di attuazione degli articoli 18 e 19 della legge 124/2015, relativi rispettivamente alle società a partecipazione pubblica e ai servizi pubblici locali di interesse generale.

In questa nota si commentano alcuni degli aspetti più rilevanti di uno dei due testi unici, quello sui servizi pubblici locali (TUSPL), relativamente ai temi portanti di politica industriale e della concorrenza. Va dato atto che il TU contiene una serie di importanti avanzamenti sul terreno della razionalizzazione e più in generale della riforma dei SPL. Tuttavia per esigenze di brevità e soprattutto di proposta – nello spirito delle iniziative di Astrid nel cui ambito le idee qui espresse sono maturate - ci si focalizza più sulle occasioni mancate e su quelle che potrebbero essere valorizzate, che su quelle colte.

Nel TUSPL la questione dei rapporti fra disciplina generale e discipline settoriali è stata risolta, per un verso, sancendo il prevalere della prima in materia di modalità di affidamento; per altro verso prescrivendo criteri (più o meno dettagliati a seconda dei settori) riguardo alla dimensione degli ambiti territoriali ottimali e dei lotti di affidamento. Il primo terreno è direttamente connesso alla concorrenza, il secondo all’organizzazione ma anche, in via indiretta, alla concorrenza.

Va premesso che un limite della riforma sta nella stessa legge delega che circoscrive il suo campo di applicazione ai soli SPL di competenza di comuni e città metropolitane, con esclusione di quelli regionali. Certo, mettere mano alle competenze delle regioni avrebbe rischiato di innalzare ulteriori ostacoli. Tuttavia, considerato che il TUSPL prescrive criteri di organizzazione anche dei lotti di affidamento dei servizi regionali, seppure limitatamente a quelli di trasporto, non si vede perché non allargare espressamente il proprio raggio anche al

¹Università di Roma ‘Tor Vergata’ (sebastiani@uniroma2.it). Sono grato a Ivana Paniccia per gli utili suggerimenti.

terreno della concorrenza - alle modalità di gestione dei SPL regionali - materia di competenza statale. Con ciò si viene a determinare un doppio regime, dai contorni incerti, per servizi similari.

Altro limite generale sta in una certa disomogeneità di trattamento dei diversi settori, non sempre giustificata dalle relative peculiarità.

Il testo bollinato non presenta novità di rilievo rispetto a quello circolato in precedenza. Insieme a disposizioni di carattere orizzontale, sostanzialmente incorpora il disegno di legge di riordino del trasporto pubblico locale, di ormai pluriennale gestazione. Non è dato sapere se per la parte residua (soprattutto quella regionale e quella relativa ai costi standard) questo disegno di legge vedrà effettivamente la luce, come sarebbe auspicabile.

Concorrenza

E' l'aspetto centrale da esaminare ed è anche quello sul quale le ombre prevalgono sulle luci, sia in confronto ai contenuti della delega Madia sia rispetto alle prime versioni del TU.

1.- E' bene ricordare che l'articolo 19, c. 1, della delega stabilisce che il decreto attuativo avrebbe dovuto sviluppare i seguenti principi:

- in primo luogo quello della libera prestazione dei servizi, salvo oggettivi motivi ostativi di interesse economico generale, da valutare caso per caso secondo criteri di proporzionalità; tant'è che la norma giunge a prevedere la «soppressione, previa ricognizione, dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e comunque non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio» (lettera b – enfasi aggiunta);

- va da sé che la ricognizione del mercato dovrebbe essere tanto più d'obbligo allorché sul tappeto vi sia non la soppressione ma l'affidamento di nuovi diritti, speciali o esclusivi che siano; infatti, alla lettera c) si prevede l' «individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee [...]»; criteri, dunque (non modalità, di cui si tratta dopo) che giustifichino restrizioni alla concorrenza nel mercato;

- infine (lettera e): «individuazione, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi».

In conclusione la delega Madia sancisce che anche per i SPL prevalga – ove possibile e conveniente - il principio della **concorrenza nel mercato** e solo residualmente la gestione in affidamento. In tal modo la legge riabilita l'obbligo di verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei SPL previsto dal comma 1 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, dato per caduto a seguito della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale: frettolosamente come si argomenta poi.

2.- Di queste linee direttrici resta ben poco nel TUSPL, posto che la portata generale dell'enunciazione secondo la quale «le disposizioni del presente decreto promuovono la concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici locali di interesse economico generale» (art. 4, c.2)² viene poi svuotata dall'articolo 5 che stabilisce che la verifica della possibilità di gestione concorrenziale non vale per i servizi «già previsti dalla legge» (c. 2) – in sostanza, l'idrico, i rifiuti e i trasporti, oltre ovviamente alla distribuzione del gas e dell'elettricità³. La domanda che si pone è dunque: a cosa si riduce infine la *ratio* concorrenziale dell'art. 19? E conseguentemente, quale è il concreto ambito di intervento dell'Autorità antitrust sulle scelte locali, incluso il ricorso ai poteri ex articolo 21-bis della legge 287/90, di cui al c. 5? I servizi cimiteriali, le farmacie comunali?

3.- L'esclusione dalla verifica di mercato di servizi in quanto previsti da altre leggi sembra basarsi sulla sovrapposizione di due aspetti che invece vanno tenuti distinti: (i) l'obbligo che

² Da notare che dal TU è stato cassato dall'art. 4 il c. 3 della precedente versione: «L'esercizio dei servizi pubblici locali di interesse economico generale è libero, senza limitazioni numeriche o contingenti, salvi i limiti e i controlli previsti dalla legge e dai regolamenti».

³ Si noti, in particolare, che per il settore rifiuti si è rinunciato a far cessare, attraverso una norma correttiva dell'art. 198 del d.lgs. 152/2006 prevista in versioni precedenti del medesimo TUSPL, il regime di privativa dei comuni ai fini della gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento. Un tale intervento avrebbe permesso la coesistenza di più operatori e/o di più modelli di raccolta all'interno di una stessa città anche in concorrenza tra loro per contendersi i clienti produttori di rifiuti, fatta salva l'esigenza di salvaguardare gli obblighi di servizio universale. Ha inciso presumibilmente la preoccupazione di non poter disciplinare tutte le implicazioni di un tale cambiamento di assetto industriale in un decreto delegato, ma la preferenza verso forme di esclusiva viene confermata in tutti i settori dei SPL.

la fornitura di determinati servizi – e le condizioni di essa – sia garantita dagli enti locali (c. 1 dell’art. 5 del TU) e (ii) la modalità di fornitura in regime di affidamento.

Questa identificazione si basa su di una concezione eccessivamente rigida e statica dei servizi di interesse economico generale (SIEG), come quelli che il mercato non offrirebbe alle medesime condizioni richieste dall’ente e per i quali dunque si impone il ricorso al regime concessorio: una presunzione di fallimento del mercato che la norma assume sia stata già “certificata” da leggi di settore ma che va invece verificata caso per caso. L’art. 14 del TFUE (quello che attribuisce alle amministrazioni statali e locali il potere di tracciare il perimetro e l’asticella dei servizi da garantire) va infatti letto congiuntamente all’art. 106, par. 2, che stabilisce che la deroga alle regole della concorrenza nei SIEG debba essere giustificata da ragioni, appunto, di interesse generale. Ne segue che l’ampia discrezionalità che l’art 14 riconosce agli enti pubblici in materia di identificazione dei servizi da garantire non si estende anche alle modalità di fornitura; tantomeno è legittimo che la garanzia di servizi adeguati debba necessariamente operare attraverso l’affidamento di diritti speciali o esclusivi⁴.

Il punto centrale sta dunque nel verificare se sussista il presupposto che consente l’applicazione ai SPL della deroga concorrenziale menzionata prima: precisamente, che i SPL – in concreto e caso per caso - costituiscano attività che non sarebbero spontaneamente fornite dal mercato in conformità con gli obiettivi di interesse generale perseguiti dagli Stati.

Fino a pochi decenni fa i servizi economici a rete erano in blocco considerati SIEG e concessi in monopolio legale a imprese pubbliche. Con i processi di liberalizzazione, lo sviluppo della domanda e il progresso tecnologico è venuta meno la condizione di fallimento del mercato e dunque il diritto degli Stati di surrogarsi a esso: è il caso delle comunicazioni elettroniche, della fornitura di energia elettrica e di gas, dei servizi postali, di parte consistente dei servizi di trasporto. La circostanza che siano spontaneamente forniti dal mercato non fa perdere ad essi la qualifica di servizi di interesse pubblico e che dunque le condizioni di fornitura siano regolamentate al pari di tanti altri servizi (ad esempio i servizi commerciali, di ristorazione, assicurativi, ecc.); essi perdono invece la connotazione per l’applicabilità delle restrizioni consentite dal trattato alla concorrenza e alle libertà fondamentali.

⁴ Per un’analisi più dettagliata di questi temi cfr. M. Sebastiani, *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, in “Società pubbliche e servizi locali” (a cura di A. Vigneri e M. Sebastiani), Collana Astrid, Maggioli (di prossima pubblicazione).

La verifica del fallimento del mercato rappresenta – anche per i SPL, indipendentemente dalle norme nazionali - il presupposto per l'applicazione della deroga ex par. 2 dell'art. 106 TFUE. Del resto la Corte europea di giustizia ha stabilito che affinché una misura restrittiva della concorrenza possa beneficiare di tale deroga è necessario che sia soddisfatta - fra le altre – la condizione che *non esistano misure alternative meno distorsive della concorrenza*⁵.

In conclusione, solo a valle della verifica di mercato gli Stati dovrebbero poter decidere se e in che misura ricorrere all'affidamento di diritti esclusivi o speciali. Ne segue che la cancellazione in blocco dell'art. 4 del d.l. 138/2011 (almeno per la parte che imponeva la previa verifica della possibilità di gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica) a seguito della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, è in contrasto con la disciplina comunitaria, poiché l'assenza di una verifica di mercato impedisce di accertare i requisiti stessi di applicabilità dell'art. 106 del TFUE.

Va ricordato al riguardo che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza 199/2012 che abroga l'art. 4 del d.l. 138/2011, richiama espressamente la precedente sentenza 325/2010 dove si afferma che «La normativa comunitaria ammette [la gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica] nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)». Qui la Corte interpreta la legittimità di derogare alla concorrenza con il rinvio all'art. 106, par. 2, del TFUE, in questo senso seguendo gli orientamenti (per la verità non univoci) che comunque la CGE ha sancito nelle sentenze Corbeau e Bupa.

Nella sentenza 325/2010 la Corte si riferiva alla legittimità o meno dell'*in house providing* di servizi pubblici locali ma è evidente che la portata della sua posizione è ben più ampia: (a) in primo luogo la sentenza precisa la necessità che siano giustificate, ai sensi del par. 2 dell'art 106, sia le restrizioni alla concorrenza *nel* mercato sia, a valle, quelle alla concorrenza *per* il mercato; (b) in secondo luogo considera anche l'istituto dell'*in house* soggetto all'art. 106 TFUE. In conclusione, deroghe al principio della concorrenza nel e per il mercato

⁵ CGE, causa C-159/94, *EDF e GDF*.

debbono essere adeguatamente giustificate da obiettivi di interesse pubblico non diversamente perseguibili⁶.

Con le citate sentenze la Corte costituzionale non fissa una norma interna ma offre la sua interpretazione della disciplina comunitaria a cui, con l'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, rinvia quella nazionale. Sotto il profilo nazionale che qui interessa, questa posizione della Corte andrebbe considerata cogente.

Certo, i SPL a rete presentano caratteristiche peculiari tali che non appare verosimile che la concorrenza nel mercato possa dispiegarsi nella stessa estensione sperimentata dai settori menzionati prima: più presenti in essi condizioni di monopolio naturale, minore la disponibilità a pagare e dunque maggiore l'esigenza di garantire l'equilibrio economico e finanziario dei gestori, maggiore l'incidenza dei finanziamenti pubblici. Ciononostante, la realizzabilità di una gestione concorrenziale varia da settore a settore dei SPL, dal segmento della filiera, dalle modalità di organizzazione. La questione non riguarda tanto il "sé", ma il "come", il "quantum" e la convenienza comparativa dell'apertura a forme di concorrenza nel mercato, seppure regolamentate (al limite la preferenza per i diritti speciali rispetto a quelli esclusivi, su cui si tornerà). E il "quando": per alcuni dei settori in questione sarà forse prematuro immaginare oggi forme incisive di concorrenza nel mercato ma l'esperienza di altri settori mostra che i mercati evolvono e che ciò che non è realistico oggi potrebbe diventarlo domani. Possiamo escludere che in futuro la vendita dell'acqua possa seguire l'esempio di quella dell'energia (ipotesi prematura, certo, e provocatoria, a ridosso come ancora siamo del referendum sull'acqua "bene pubblico"), oppure che la raccolta dei rifiuti possa essere organizzata in modo da aprirsi alla concorrenza, ecc.? Perché dunque non preparare il terreno ora per allora, sfruttando una corsia più agevole, già apprestata dalla delega legislativa?

⁶Da aggiungere che non soltanto la Corte richiama la ricostruzione sistematica della sentenza n. 325, ma successivamente promuove tutti gli interventi successivi del legislatore nazionale che incentivano il ricorso ad affidamenti con i metodi dell'evidenza pubblica e penalizzano il ricorso all'*in house providing*, plaudendo al metodo premiale anche sotto il profilo della sua compatibilità con le competenze regionali. Merita di essere citata in particolare la sentenza 200/2012 (relativa al d.l. 1/2012) in cui si legge che quell'intervento si colloca nel solco di un'evoluzione normativa diretta ad attuare «il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale».

4.- Quanto alla **concorrenza per il mercato**, il TUSPL di fatto non affronta la materia delle modalità di affidamento, probabilmente (e opportunamente) rinviandola ai decreti di recepimento del pacchetto comunitario su appalti e concessioni di servizi. Tuttavia vale la pena menzionare alcuni aspetti critici.

Nel TUSPL non si fa distinzione fra l'affidamento di diritti esclusivi o di **diritti speciali**. Sotto il profilo concorrenziale la differenza fra le due fattispecie non è di poco conto, considerato che il ricorso alla seconda potrebbe consentire di sommare i benefici della concorrenza nel e per il mercato. E non è di poco conto tanto più considerata l'inclinazione degli enti locali a perseguire in via pressoché esclusiva la prima via, senza verifica della fattibilità di alternative meno restrittive; un'opportunità che invece andrebbe valutata, soprattutto nel trasporto extraurbano e regionale.

Utile sarebbe stato dunque prevedere che, una volta esclusa la possibilità di gestione concorrenziale in senso ampio, gli enti locali fossero tenuti a verificare prioritariamente la possibilità di procedere ad affidamenti di diritti speciali.

Quanto all'*in house providing*, va apprezzata l'introduzione dell'obbligo di verifica di convenienza comparativa rispetto ad altre modalità di gestione. Tuttavia anche qui non mancano ombre.

In primo luogo, la legittimazione di questa forma di gestione alla condizione che non sia comparativamente più svantaggiosa di altre modalità appare un compromesso al ribasso. Equiparando l'*in house* ad altre modalità si trascura che fra i fattori di convenienza per la collettività vi è anche la concorrenza e che, come sancito dalla Corte europea di giustizia e dalla stessa Corte costituzionale, la deroga ex art. 106, par. 2, del TFUE è subordinata all'impossibilità di ricorrere a forme meno restrittive della concorrenza e che comunque le restrizioni alla concorrenza siano bilanciate da vantaggi per la collettività⁷. Ne segue che il *vulnus* concorrenziale del ricorso all'*in house* dovrebbe essere bilanciato dal "segno +" dei suoi vantaggi netti.

⁷ Cfr. CGE, causa C-159/94, *EDF e GDF*, cit.

Questa posizione sembra del resto emergere anche da recenti sentenze del Consiglio di Stato⁸ che, pur riconoscendo la possibilità dell'affidamento *in house*, ricorrendone i presupposti, ha sottolineato che «la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente non è dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, ma anche nell'interesse primario costituito dalla tutela degli operatori, del loro interesse ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato»⁹. Anche la sentenza 2291/2015, nonostante sia resa in tema di società strumentali, per le quali esiste una disciplina apposita, mostra una impostazione nuova, non tradizionale, laddove afferma che l'*in house providing* «sembra rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante la gara. Infatti, l'affidamento diretto del servizio – anche laddove non si traduca nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* possa sfruttare nel mercato, presentandosi come 'particolarmente' competitiva, con conseguente alterazione della par condicio – rileva comunque ai fini della tutela della concorrenza in quanto sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso»¹⁰. La sottolineatura, che la scelta dell'*in house* costituisce sottrazione di quote di mercato alle imprese (da giustificare, si direbbe quindi, in quella prospettiva), è una novità nella nostra giurisprudenza.

In secondo luogo, è stabilita in cinque anni la durata massima degli affidamenti *in house* di servizi “*diversi da quelli a rete*” (art. 8, c. 3). Non si vede al riguardo una ragione (non una ragione “tecnica”) di questa “eccezione”. Per tutti i servizi *in house* il problema del periodo di recupero dell'investimento si pone in modo diverso rispetto al caso dell'affidamento a terzi, posto che la coincidenza fra azionista e concedente fa sì che (a) il gestore non paghi per il conferimento della gestione un prezzo da ammortizzare nel corso dell'affidamento; (b) il mancato ammortamento degli investimenti effettuati durante l'affidamento rappresenta una partita di giro fra il gestore e l'amministrazione. Sarebbe dunque stato opportuno limitare la durata di tutti gli affidamenti *in house*.

Infine, il parere che l'**Autorità della concorrenza** è chiamata ad esprimere sulla scelta dell'*in house* non ha carattere vincolante né è espressamente previsto da parte di questa l'esercizio dei poteri ex art. 21-bis della legge 287/90. Si verifica così il paradosso che

⁸ Sono grato ad A.Vigneri per avermi segnalato la giurisprudenza del Consiglio di Stato al riguardo.

⁹ CdS, 2154/2015.

¹⁰ CdS n. 2291/2015. Ma già prima, anche Consiglio di Stato, A.Plen. n. 1/2008.

l'Autorità viene messa nella pienezza dei suoi poteri là dove (la verifica della possibilità di concorrenza nel mercato) non vi è terreno per esercitarli mentre è depotenziata proprio dove potrebbe far valere le sue ragioni.

5.- Il TUSPL stabilisce giustamente che alla conclusione dell'affidamento o in caso di cessazione anticipata il gestore uscente ha diritto a un indennizzo pari al valore contabile residuo degli asset che cede al subentrante, rivalutato attraverso pertinenti deflatori Istat, salvo diversi accordi fra le parti antecedenti l'entrata in vigore della norma. Non è invece disciplinato l'**indennizzo** al gestore per lucro cessante in caso di risoluzione del rapporto per ragioni non riconducibili a sue responsabilità, così come non lo è il regime sanzionatorio a seguito di decadenza per sua causa. Il primo punto rischia di tradursi in disincentivo a partecipare alle gare, il secondo nel rischio di "regalie", come mostrano non poche (e cospicue) concessioni, anche statali.

6.- Un ulteriore aspetto ha a che vedere non con la concorrenza ma con il principio di **non discriminazione**. Incrociando il TUSPL con quello sulla partecipate locali si legge: a) nel primo, che «le amministrazioni e gli enti competenti [...] rispettano la parità di trattamento, anche fra imprese pubbliche e private [...]» (art. 4, c. 4); b) nel secondo invece che «Le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi» (art. 6, c. 1).

La *ratio* della deroga è trasparente, posto che l'applicazione della norma antitrust rischierebbe di produrre l'effetto opposto alla riduzione delle partecipate. Vi è però da chiedersi dove risieda la legittimità di questa evidente disparità di trattamento e, stante l'enunciazione riportata al punto a) sopra, se si applichi anche alle imprese di SPL.

Organizzazione dei servizi

1.- Correttamente il TUSPL affronta la materia in modo differenziato a seconda dei settori a rete. Gli ambiti territoriali ottimali corrispondono almeno al territorio provinciale per il servizio idrico integrato e per il ciclo dei rifiuti, e ad almeno 350.000 abitanti per il trasporto

locale, per quest'ultimo recependo previsioni contenute del disegno di legge di riordino dello stesso.

Differenziata anche, ma disomogenea, la parte relativa ai lotti di affidamento. Di positivo vi è che non vi sono input espressi a favore dell'identificazione fra lotti e ambiti territoriali ottimali. Tuttavia, salvo che per il trasporto locale, la disciplina generale di definizione dei lotti è sostanzialmente evanescente:

- «Laddove non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, il provvedimento [dell'ente locale] è motivato anche in ordine all'eventuale impossibilità di procedere mediante suddivisione in lotti nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, al fine di consentire l'attività di più imprese nella prestazione del servizio e favorire forme di concorrenza comparativa» (all'articolo 7, c. 3). La previsione citata è tuttavia contenuta nello stesso comma che disciplina l'in house, cosicché non è chiaro se essa si riferisca a tutte le modalità di affidamento o solo a questa.

- e ancora: «Su richiesta dell'amministrazione competente, le autorità indipendenti di regolazione del settore e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato esprimono un parere circa i profili economici e concorrenziali relativi alla suddivisione in lotti degli affidamenti» (art. 15, c. 3). E' evidente la poca incisività di questa previsione, che rimette agli stessi enti locali l'improbabile esercizio della facoltà di richiedere pareri, comunque non vincolanti.

2.- Più stringenti le previsioni in materia di trasporti pubblici, di cui si dirà fra un momento, mentre nulla vi è riguardo al ciclo dei rifiuti, nonostante l'estensione all'AEEGSI delle competenze sul settore ne avrebbe potuto fornire l'opportunità. Il fatto che il ciclo dei rifiuti debba essere gestito in modo integrato non implica necessariamente un unico lotto di gara per ambito territoriale ottimale, né un unico gestore per tutti i segmenti della filiera. Ciascuno di questi, infatti, ha una dimensione economicamente ottimale diversa dagli altri. Nel segmento della raccolta, infatti, fortemente *labour intensive*, sono richiesti modesti investimenti di capitale, mentre la fase del trattamento è *capital intensive*, richiedendo l'impiego di impianti ad alto contenuto tecnologico, cosicché non si vede ragione per la quale, ad esempio, il bacino di raccolta dei rifiuti debba avere dimensione pari a quello del trattamento di essi.

L'innovazione c'è invece – ed è importante – per i trasporti pubblici per i quali è previsto che (artt. 14, c. 4¹¹, e 17, c. 1):

a) di regola i bacini di mobilità vadano suddivisi in più lotti di gara in base alla presunzione che lotti a misura di bacino ottimale non siano giustificati da economie di scala; questi ultimi rappresentano dunque deroga al principio generale, che come tale va motivata;

b) la suddivisione dei bacini in lotti vale anche per i servizi regionali, dunque per il trasporto ferroviario;

c) spetta all'Autorità di regolazione dei trasporti di «definire i criteri per la determinazione delle eccezioni al principio della minore estensione territoriale dei lotti di gara rispetto ai bacini di pianificazione»(art. 17);

d) «Nei casi disciplinati dall'Autorità, con riferimento a lotti comprendenti un'utenza maggiore di 350.000 abitanti e riguardanti il trasporto su gomma, l'aggiudicazione del servizio a conclusione della procedura di scelta del contraente avviene in presenza di almeno due offerte valide. In caso di unica offerta l'aggiudicazione avviene solo per motivi di necessità e urgenza e comporta l'affidamento per una durata non superiore a tre anni».

I criteri ricordati sono sani, tenuto conto che le analisi economiche convengono nel concludere che le economie di scala nella gestione dei servizi di trasporto locale e regionale si esauriscono relativamente presto, e possono essere portatori di sviluppi interessanti, come si vedrà.

Restano alcuni interrogativi.

Le previsioni in materia di pluralità dei lotti hanno portata generale o limitata agli affidamenti mediante gara? Al riguardo il testo è ambiguo poiché fa riferimento al “*contraente*” (terzo o anche “interno?”), a lotti “*oggetto di procedure di gara e di contratti di servizio*”, dove la prima condizione è univoca mentre la seconda riguarda anche il gestore *in house*. Logica vorrebbe che il criterio riguardi tutte le forme di gestione, e che dunque l'ente locale debba in primo luogo perimetrare il lotto sulla base della dimensione minima efficiente del gestore e poi eventualmente affidarlo nella forma dell'*in house* se comparativamente

¹¹ «Ai fini dello svolgimento delle procedure di scelta del contraente per i servizi di trasporto locale e regionale, gli enti affidanti, con l'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione alle medesime, articolano i bacini di mobilità in più lotti, oggetto di procedure di gara e di contratti di servizio, tenuto conto delle caratteristiche della domanda e salvo eccezioni motivate da economie di scala proprie di ciascuna modalità e di altre ragioni di efficienza economica, disciplinate con delibera dell'Autorità di regolazione dei trasporti».

“non più svantaggiata”. Con il che ci si potrebbe trovare nella condizione che il bacino di mobilità di competenza di uno stesso ente sia contemporaneamente servito da un gestore *in house* e da uno terzo, ciascuno nel proprio lotto, o più probabilmente da più società *in house*.

Sembrerebbe inoltre che l'intervento dell'Autorità dei trasporti sia limitato al solo caso di unicità del lotto per bacino di mobilità, con il che si lascia mano libera agli enti locali in caso diverso. Meglio sarebbe stato estendere la competenza dell'Autorità a definire criteri generali di perimetrazione dei lotti.

Venendo alla previsione riportata sopra al punto d), la sua ratio sembra essere quella di procedere a un affidamento temporaneo nelle more del bando di una nuova gara e dell'avvio del servizio di un nuovo affidatario. Vi è però da chiedersi che interesse possa avere l'unico (inconsapevole) concorrente ad accettare un affidamento di soli tre anni, tanto più se alle medesime condizioni da questi offerte per una durata maggiore; con il rischio di stimolare condotte collusive oppure di determinare il fallimento delle gare, con conseguente ricorso, come *last resort*, all'*in house*. Meglio sarebbe prevedere in questo caso che l'ente si riservi il diritto di ricontrattare le condizioni dell'affidamento, ferma restando la durata originaria.

Processi di aggregazione

1.- Si è detto dianzi che il TUSPL introduce previsioni – cogenti solo per il trasporto pubblico – in ordine alla definizione di lotti a misura di dimensione ottima (auspicabilmente minima) dei gestori. Se rispettata questa potrà avere impatto positivo non solo sull'efficienza, sul pluralismo dei gestori e sulla concorrenza, ma anche su sani processi di concentrazione.

Vi è infatti un'importante distinzione da fare, banale quanto trascurata, fra la dimensione efficiente dei soggetti affidatari e quella delle “imprese”¹². Un lotto di servizi può essere paragonato a un impianto industriale, dove le economie di scala a un certo punto si esauriscono e spingono le imprese a delocalizzare gli insediamenti produttivi. La ragione di questo fenomeno è che le economie di scala a livello “centrale” sono più lunghe di quelle “periferiche”. L'efficienza dei servizi forniti su un determinato mercato geografico non

¹² Su questo tema cfr. M. Sebastiani, *Aggregazioni, assetti societari e governance del trasporto pubblico locale*, Astrid on line, ottobre 2014.

dipende infatti solo dall'organizzazione della produzione *in loco* ma da una serie di fattori "esterni", di carattere industriale e finanziario, che consistono nelle economie di gamma, nelle economie di scala negli acquisti, nella solidità patrimoniale e nella capacità di diversificare le fonti di finanziamento, nelle economie di scala manageriali e di accumulazione di *knowhow*, nella capacità di importare *best practices* maturate in realtà diverse, nella flessibilità di gestione degli asset e del personale, inclusa la gestione di eventuali esuberi *in loco* di personale, nella reputazione e nella necessità di preservarla, nella *yardisck competition* infra-gruppo, nella capacità di imporre agli enti committenti modelli gestionali più efficienti e di "addestrare" (non catturare) le burocrazie locali, di diluire il controllo politico sulla gestione, di ricorrere a modelli meno convenzionali di *corporate governance*, ecc.

E' questa una situazione sperimentata in Italia nel settore di *utilities* locali diverse dai trasporti: basta guardare ai processi di concentrazione attuati e in via implementazione da ex municipalizzate nei servizi idrici, di rifiuti, di distribuzione del gas e di elettricità. Le principali fra di esse (Hera, Iren, A2A, Acea) sono gruppi quotati ma controllati da enti locali, talvolta partecipati da fondi di investimento, che hanno effettuato fusioni ed acquisizioni ben oltre i confini dei bacini di origine, diversificando le proprie partecipazioni in più *utilities* e andando a "pescare" opportunità dove maggiori erano le sinergie industriali e più ricettivi al cambiamento gli enti locali. Queste realtà mostrano anche come la questione spesso richiamata come maggiore criticità della *governance* delle società controllate da enti locali – il conflitto di interessi fra committente e azionista – possa essere invece governata: l'ampliamento della platea degli enti locali soci e la diversificazione territoriale, i vincoli di condotta e di trasparenza imposti dalla quotazione in borsa, l'introduzione di appropriati modelli di *corporate governance* stemperano la pressione degli interessi localistici e in tal modo diluiscono il conflitto di interessi. Certo si tratta di realtà che si sono sviluppate al centro nord e replicare il modello al sud non sarà facile, ciò che dimostra come il contesto "ambientale" e le *governance* locali siano fattori condizionanti, come si dirà poi.

I più significativi *benchmarks* internazionali indicano una tendenza analoga anche nei trasporti, dimostrando che un'impresa può rendersi competitiva non necessariamente crescendo nello stesso mercato ma diversificando il proprio operare su mercati diversi, sia geografici che modali. Ne è prova la compresenza in altri paesi di affidamenti piccoli, come in Svezia, Danimarca, Finlandia, Germania, Francia (limitatamente all'extra-urbano), o per singole linee, come a Londra, e al tempo stesso di colossi imprenditoriali, quali First Group,

Veolia-Transdev, RATP, Arriva, ecc., incomparabilmente più grandi dei nostri maggiori operatori, i quali sono cresciuti diversificandosi su più mercati locali, su più segmenti di trasporto (ferroviario, gomma, metro, cabotaggio marittimo, ecc.) e su più paesi, europei e non. Oltre la metà del fatturato di essi è prodotta in paesi diversi da quelli di origine, sicché non si può nemmeno parlare di campioni nazionali.

Nel trasporto locale italiano è invece largamente prevalente l'impresa "mono-impianto". La combinazione fra affidamenti di dimensioni ingiustificatamente grandi e imprese eccessivamente piccole, molto spesso mono-impianto e mono-modalità, è la peggiore sotto il profilo dell'efficienza, poiché alle diseconomie di scala a livello locale si somma la mancata cattura di economie di scala a livello di gruppo¹³.

2.- La definizione di lotti di dimensioni efficienti da parte del TUSPL è un passo importante ma rappresenta solo una precondizione per incentivare processi di concentrazione virtuosi, almeno nel trasporto pubblico. Restano infatti da delineare il tipo di percorso e la natura del promotore: il percorso dovrebbe essere guidato non da decisioni pubbliche imposte dall'alto ma dal mercato e i promotori soggetti che abbiano obiettivo e potenzialità di generare il modello dei "campioni", senza requisiti di nazionalità; dove i promotori possono anche essere aziende pubbliche, sull'esempio delle ex municipalizzate menzionate prima.

A questo riguardo la legge di stabilità per il 2015 (e parallelamente il TUSPL) offrono però input divergenti: per un verso incentivando operazioni di fusioni e acquisizioni non vincolate su base territoriale¹⁴, che vanno nella giusta direzione; per altro verso imponendo razionalizzazioni ed aggregazioni a scala locale¹⁵ che invece rischiano di inceppare processi più ampi di concentrazione.

Aggregazioni imposte dall'alto e il cui collante sia solo la contiguità territoriale non garantiscono sinergie e maggiore efficienza. La mera aggregazione di imprese inefficienti e in perdita non fa di per sé un'impresa efficiente e in attivo; né lo fa quella fra un'impresa efficiente e una che non lo è – anzi, vi è il rischio che la moneta cattiva scacci quella buona,

¹³ Da aggiungere che la spinta verso lotti di affidamento di dimensione maggiore è oggi crescente in Italia, posto che varie regioni puntano su lotti regionali anche per il trasporto su gomma, ritenendo di poter coprire attraverso il ricorso alle gare l'inefficienza in sé del sovradimensionamento del loro oggetto (dove, peraltro, la grandezza dei lotti comporta il rischio di gare finte).

¹⁴ L. 190/2014, art. 1, c. 609; TUSPL, art. 33, c. 1.

¹⁵ L. 190/2014, art. 1, cc. 611-612; TUSPL, art. 13, c. 1.

per rispolverare la legge di Gresham. D'altra parte mettere nella stessa gerla balocchi e carbone allontanerebbe successive acquisizioni dall'esterno, che invece potrebbero essere selettivamente mirate a singole realtà.

La realizzazione di aggregazioni locali andrebbe quindi realizzata sulla base di un disegno industriale coerente, che vi è da dubitare gli enti locali siano sempre in grado di esprimere.

Meglio dunque che sia il mercato a decidere sulle eventuali aggregazioni, anche ma non solo su base locale: attraverso la partecipazione alle gare per l'affidamento o attraverso l'acquisizione, anche in partnership pubblico-privato, di singole imprese. Ovvio che i processi di acquisizione selettiva si accompagneranno a fenomeni di *cherry picking*, posto che gli acquirenti andranno ad inserirsi là dove il contesto ambientale è più promettente lasciando le *bad companies* agli enti locali: ma anche questo non sarà un fatto negativo se promuoverà una sorta di *yardstick competition* fra gestori acquisiti e gestori che restano in mano pubblica, così come fra enti di governo diversi. In altri termini, l'importazione – anche a macchia di leopardo – di modelli efficienti potrebbe capovolgere il pessimismo della legge di Gresham citata sopra.