

LE REGOLE EUROPEE
DI CONCORRENZA NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

FRANCESCO FORTE

DIRITTI, REGOLE, MERCATO
Economia pubblica ed analisi economica del diritto

XV Conferenza SIEP - Pavia, Università, 3 - 4 ottobre 2003

pubblicazione internet realizzata con contributo della



società italiana di economia pubblica

dipartimento di economia pubblica e territoriale – università di Pavia

LE REGOLE EUROPEE DI CONCORRENZA NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

di Francesco Forte

Introduzione e sintesi

L'articolo 35 della legge finanziaria del 2002 che adotta una nuova disciplina per i servizi pubblici locali a domanda individuale ha dato luogo a diffide da parte della Commissione europea, per presunte violazioni delle regole comunitarie sulla concorrenza nelle ipotesi di affidamento diretto di tali servizi a società dell'ente locale o ad altri soggetti, cui esso partecipa.

Secondo autorevoli uffici della Commissione Europea le norme dell'articolo 35 di cui sopra, violerebbero le regole comunitarie sull'obbligo di gare e darebbe luogo ad aiuti alle imprese da parte dell'ente locale, non consentiti. In questo saggio dimostro che, posto che gli enti locali seguano, nella loro condotta certi principi, oramai prevalenti nelle politiche pubbliche italiane per la finanza locale, le tesi della Commissione Europea non sono fondate.

Per chiarire i problemi di interpretazione dell'articolo 35 e risolvere alcuni punti controversi, il Ministero del Tesoro ha sottoposto alle Camere un nuovo disegno di legge legislativo, la cui maggior novità, con riguardo ai temi che qui in esame, consiste nell'abrogazione di divieti di privatizzazione delle società (a maggioranza) dell'ente locale, cui esso abbia conferito suoi impianti. Il disegno di legge, per altro, non è stato ancora approvato dal parlamento, in quanto solleva obiezioni da parte della Lega Nord, contraria a tali nuove possibilità di privatizzazioni. Le considerazioni che verranno svolte sulla base dell'articolo 35 vigente sono valide, *a fortiori*, con riguardo al nuovo testo.

Dimostrerò che le tesi della Commissione europea sono errate perché

a) l'articolo 86, 2° comma del Trattato dell'Unione Europea esonera le imprese che perseguono fini di interesse generale dalle norme del Trattato sulle limitazioni alla concorrenza derivanti da pratiche connesse a posizioni dominanti e da aiuti con risorse dello stato quando ciò serva al perseguimento della missione loro affidata

b) l'articolo 16 del Trattato di Nizza - fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87 del vigente Trattato dell'Unione Europea - prevede particolari regimi nel caso di soggetti pubblici o privati che svolgono "servizi di interesse economico generale, nell'ambito dei valori

comuni dell'Unione “ ed esercitano un “ ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale “

c) l'ipotesi che una impresa pubblica concessionaria di pubblici servizi locali possa avere abbia perdite ampie e sistematiche gravanti sull'ente locale , addotta dalla Commissione per porre in dubbio la conformità dell'articolo 35 alle regole comunitarie, è preclusa dai principi vigenti per la nostra finanza locale che stabiliscono il pareggio del bilancio di tali imprese

d) le regole di concorrenza delle direttive comunitaria riguardanti le *forniture* degli enti locali non possono essere indebitamente estese alle loro *offerte* di servizi pubblici, sia perché ciò non risulta da norme esplicite e sia perché in tal modo si pongono nel annulla i principi comunitari relativi alla soddisfazione di bisogni pubblici di interesse generale degli enti locali

e) nel caso dell'affidamento diretto a enti non profit di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica non vi è generalmente una violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza perché esse riguardano solo le ipotesi di servizi di interesse economico quando vi è una incidenza significativa sugli scambi fra gli stati membri

2. Il Trattato di Maastricht definisce le economie europee come economie di mercato ispirate a principi di concorrenza. Ciò non comporta la inammissibilità di imprese pubbliche, ma pone ulteriori limiti alla loro condotta, in relazione ai divieti di aiuti pubblici e di pratiche monopolistiche e di abuso di posizione dominante . Gli aiuti pubblici diretti e indiretti concessi dagli stati ovvero *mediante risorse statali*¹, *sotto qualsiasi forma*², erano già vietati dal Trattato ,all'articolo 88 (92 vecchia numerazione) , *nella misura in cui incidano sugli scambi fra gli stati membri*³, , nelle ipotesi in cui , favorendo talune imprese o talune produzioni, falsassero o minacciassero di falsare la concorrenza”.⁴ Dopo il Trattato di Maastricht , la norma ha avuto maggiore applicazione di prima e sono dunque preclusi , *in linea di principio, salvo eccezioni*, i fondi di dotazione del governo alle imprese pubbliche, il credito agevolato a favore di

¹ Anche questo corsivo è mio: mira, questa volta, a porre in evidenza il fatto che anche gli aiuti dei governi locali possono essere incompatibili con il Trattato dell'Unione Europea, in quanto derivanti dal loro potere finanziario, che discende da leggi dello Stato.

² Questo mio corsivo mira a porre in evidenza che gli aiuti dei governi locali possono essere “aiuti di stato”, ancorché formalmente siano aiuti dei governi locali .

³ Il corsivo è mio: mira a sottolineare una clausola rilevante per differenziare una parte delle imprese degli enti locali da quelle dei governi centrali e regionali.

⁴ Il secondo e il terzo comma dell'articolo menzionato stabiliscono alcune ipotesi di deroga al divieto di aiuti, in particolare per quelli sociali a favore di singoli consumatori, quelli per danni di calamità naturali ed altri eventi eccezionali , quelli per lo sviluppo economico regionale, quelli per progetti importanti di interesse europeo e per alcune industrie in declino. Si tratta di tempi importanti e controversi , in particolare quello delle modalità ed ampiezza degli aiuti regionali, specie in relazione alle agevolazioni fiscali e alle zone franche , che per altro esorbitano dal presente lavoro.

imprese, l'esonero dalle imposte sugli enti collettivi delle imprese pubbliche, le garanzie del governo sui loro debiti, il loro accesso privilegiato alle forniture alle pubbliche amministrazioni, le tariffe agevolate di servizi pubblici (es. di trasporti o di energia) a loro favore, le riduzioni od esoneri dal regime dei contributi sociali obbligatori ove non corrispondenti a (improbabili) minori benefici per i loro addetti, la concessione ad esse di edifici ed aree pubbliche in uso gratuito o agevolato *nella misura in cui tali benefici possano incidere sugli scambi fra gli stati membri*. Gli aiuti dei governi locali rientrano pienamente in questi divieti in quanto l'articolo 88 del Trattato, in quanto esso fa riferimento anche ad aiuti concessi *mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma*. E le finanze dei governi minori fruiscono di trasferimento e di quote di tributi statali.

L'articolo 81 del Trattato vieta gli accordi fra imprese e tutte le pratiche concordate *che possano pregiudicare il commercio fra gli stati membri*⁵ e che "abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune" e in particolare quelle che limitino o controllino "la produzione e gli sbocchi". L'articolo successivo vieta "nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio fra gli stati membri"⁶ lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo⁷. Fra le "pratiche abusive" condannate da questo articolo vi sono la imposizione *diretta o indiretta*⁸ di prezzi e la limitazione della produzione e degli sbocchi a danno dei consumatori.

Anche a questa norma, dopo il Trattato di Maastricht la Commissione europea ha dato una applicazione maggiore che in precedenza.

Dunque il comportamento di una impresa pubblica che operasse in regime di monopolio, con tariffe più elevate dei costi medi per certi utenti e per altri più basse, *prima facie* sembrerebbe in compatibile con le regole europee.

2. Ma a modificare sensibilmente queste drastiche conclusioni provvedono i ricordati articoli 16 del Trattato di Nizza e 86, 2° comma (già 90) del Trattato. Infatti va tenuto presente quanto segue.

a) L'articolo 16 del Trattato di Nizza stabilisce che i servizi di interesse economico generale e le imprese incaricate della loro gestione, in relazione al loro

⁵ Il mio corsivo ha le ragioni di cui a nota 1

⁶ Vedi nota precedente

⁷ Il corsivo è mio. Evidenza che questo articolo rileva per le imprese degli enti locali solo quando esse abbiano una sfera territoriale di azione ampia: ad es. in un comune metropolitano o di carattere regionale.

⁸ Corsivo mio: fra le imposizioni di prezzi indirette praticate da una impresa con posizione dominante vi possono essere le tariffe stabilite dal governo da cui essa dipende per la cessione dei suoi beni e servizi.

ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale, funzionino in base a principi e condizioni che consentono loro di assolvere ai loro compiti. Essi, secondo l'articolo 86 secondo comma del Trattato sono sottoposti alle norme del Trattato sugli aiuti di stato distorsivi della concorrenza e a quelle antimonopolio, "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata"

b) Le norme comunitarie sugli aiuti di stato e quelle antimonopolio si applicano con l'obiettivo che nelle iniziative di investimento e nell'esercizio delle imprese gli scambi fra gli stati membri non siano incisi in modo rilevante e non siano compromessi in misura contraria agli interessi della Comunità.

Queste clausole limitatrici delle regole comunitarie sulla concorrenza non si applicano solo alle imprese pubbliche, ma anche agli altri operatori pubblici o privati "incaricate della gestione di servizi di *interesse economico generale*" o/ le cui attività e situazioni preferenziali nei rapporti con i governi. non incidono in modo rilevante sugli scambi fra gli stati membri.

La regolamentazione delle imprese locali di pubblica utilità economica, che operano in settori, come quello dell'elettricità o dell'acqua o dei trasporti pubblici urbani e regionali, in cui, data la presenza di impianti fissi e reti, vi è una tendenza naturale al monopolio, sulla base di queste norme, non dovrà ispirarsi a meri principi di concorrenza di mercato unico, ma i principi di tutela degli interessi economici generali. D'altra parte l' "interesse economico generale" - secondo l'articolo 16 del Trattato di Nizza - va definito tenendo conto "dei valori comuni dell'Unione" e, in particolare, del loro "ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale". Per i servizi pubblici degli enti locali svolti da loro imprese ex municipalizzate gli obiettivi di "coesione sociale" e di coesione urbanistico-territoriale sono tradizionalmente importanti.

Gli aiuti alle imprese e le altre deroghe per i fini di cui sopra, però, come sostiene la Commissione, dopo il Trattato di Maastricht, vanno applicati tenendo conto di criteri di trasparenza, di proporzionalità e di proporzionalità, per evitare indebite eccezioni alle regole generali di concorrenza.

La regola di trasparenza invero appare essenziale per una corretta attuazione dell'articolo 35, non solo nel caso di affidamento diretto dei servizi, ma in generale per stabilire la conformità ad esso delle varie scelte degli enti locali ora consentite. Il principio di proporzionalità fra aiuti alle imprese di servizio pubblico e bisogni pubblici così soddisfatti è coerente con la nuova normativa italiana sulle imprese di pubblici servizi locali, in quanto fa parte della buona gestione della finanza pubblica ai fini del patto di stabilità interno. Il principio della parità di trattamento, che si riferisce alla

possibilità per ogni impresa della comunità di partecipare alle attività economiche di tutte le altre aree, senza discriminazioni, esso è certamente rilevante anche nel caso dell'articolo 35, quando non valgano le ragioni di deroga ad esso in rapporto alle specifiche missioni di pubblico servizio affidate agli enti locali.

Il caso Vivendi e il caso Enron, per altro, dimostrano che le grandi imprese private di pubblica utilità possono presentare per gli enti locali degli inconvenienti e dei pericoli maggiori del ricorso a imprese da essi controllate.⁹ E come vedremo, la giurisprudenza della Corte Europea non nega la libertà degli enti locali di attuare i propri fini di interesse economico generale mediante l'affidamento diretto di propri servizi pubblici a società pubbliche da esse controllate, la condiziona alla soddisfazione effettiva dei bisogni pubblici.

⁹ Enron all'origine era InterNorth con sede nel Nebraska, una delle quattro grandi della gestione di gasdotti degli USA. Nel 1985, per sfuggire a un raider di Minneapolis, l' a. d. Samuel Segnar ottenne da Ken Lay, giovane economista del energia, da poco giunto al vertice della Houston Natural Gas, importante compagnia di gasdotti texana, la cessione di questa a Inter North al prezzo elevato di 2,3 miliardi di dollari. Fu così bloccato il raider, che non aveva i mezzi per la scalata del nuovo complesso (operazione chiamata in gergo "poison pill", pillola di veleno). La nuova società, che aveva 50 mila km di gasdotti dagli States occidentali a quelli del Nord, sulle due coste, prese il nome di Enron. (l' acronimo di Enron ipotizzo che significhi Energy, Natural Resources, Occidental & North). Poco dopo la fusione il rampante Lay venne nominato a.d. del nuovo gigante energetico in luogo dell'anziano e meno aggiornato Segnar. E lo sviluppò nel settore energetico approfittando delle deregolazioni allora in atto negli USA. Enron divenne leader del metano negli USA ed entrò nell'elettricità. La liberalizzazione energetica comportava un pullulare di nuovi operatori e Lay -iniziando dalla cosiddetta "banca del metano"- sviluppò il settore degli acquisti e vendite a termine di energia. Enron si andava "finanziarizzando". Sul finire degli anni '80 entrò fra i manager dell'impresa Jeffrey Skilling proveniente dalla Mc Kinsey, esperto di finanza, che estese il commercio a termine dal settore energetico a ogni sorta di beni, servizi e prodotti finanziari, compresi i derivati. Teorizzava l'impresa leggera, con pochi asset materiali. Così la Enron si diversificò sempre più nella finanza e nel trading elettronico dei beni e servizi. Allo scopo aveva acquistato una costosa enorme rete di fibre ottiche, su cui operava sia come borsa, collegando on line domanda e offerta, sia in proprio con contratti a termine. Enron alla fine degli anni 90 gestiva on line due mila prodotti diversi, compresi i servizi di Blokbuster, la compagnia di noleggio di videocassette per un importo di 1,5 miliardi di dollari al giorno. Ma Enron non aveva abbandonato l'industria energetica: acquisiva contratti internazionali per la costruzione e gestione di centrali elettriche e gasdotti in Asia, Africa, Sud' America e diventava il principale produttore di energia eolica degli USA Investimenti che avrebbero reso a lungo termine, fatti con ricorso all' indebitamento, tramite una miriade di società collegate. Sin che la borsa salì e il boom continuava Enron poté lucrare sul rischioso trading finanziario on line. E poté rimediare ad alcuni rovesci nell' impiantistica, collocando azioni sul mercato. Gli utili venivano pompati, concentrandoli nella società madre, quotata in borsa, mentre le sussidiarie pagavano il servizio sui debiti con altri debiti, garantiti dalla capo gruppo. E poiché non entravano nel consolidato di gruppo, nessuno sembrava preoccuparsi dell'eccesso di debiti del gruppo. Con la discesa della borsa e il raffreddamento della febbre informatica il meccanismo, però, si inceppò. Alcuni trucchi contabili servirono a ritardare il crack, che poi è arrivato. Le azioni Enron son divenute carta straccia. Si addebita il crollo alle liberalizzazioni americane e a intrecci fra politica e affari, in particolare per i Bush, ma anche per i Clintoniani. Tuttavia la compagnia avrebbe potuto concentrarsi nel suo core business, che comportava un flusso di cassa sicuro, finanziando l' espansione degli investimenti energetici redditizi nel lungo periodo, con un adeguato rapporto fra mezzi propri e debito. Oppure si poteva specializzare nel trading on line, evitando però di fare operazioni in proprio a rischio, mediante capitale degli azionisti o, peggio, prestiti. Il crack è nato dalla confusione di strategie.

3. Nella politica dei governi locali le imprese pubbliche indirizzate ai servizi di pubblica utilità economica hanno avuto grande rilevanza. In Italia, questi compiti per circa un secolo, sono stati svolti dalle aziende municipalizzate. I nuovi indirizzi di politica economica emersi in Italia dalla fine degli anni '80 in poi e lo sviluppo delle regole europee sulla concorrenza hanno indotto a trasformare queste aziende municipali in imprese di diritto pubblico dotate di autonoma personalità giuridica e, successivamente, in società per azioni. Ma accanto ai servizi economici di domanda individuale, i Comuni, tradizionalmente, svolgono e finanziano altri servizi in senso lato extra economici, con domanda individuale che hanno avuto via via crescente importanza. Anche per essi è emersa la necessità di meglio configurarli, come soggetti autonomi: nella sfera del governo locale, o come soggetti dotati di propria personalità giuridica.

Nel 2001, l'articolo 35 della legge finanziaria 2002 (d'ora in poi art. 35) ha dato una sistemazione organizzativa generale alla varietà di servizi pubblici locali con domanda individuale distinguendo i servizi con rilevanza industriale e quelli privi di rilevanza industriale. Questa dicotomia rimpiazza la precedente, che si basava su una non felice bipartizione fra

- servizi pubblici locali con caratteri economici e imprenditoriali
- servizi pubblici locali di carattere sociale

comprendendo in questa seconda categoria non solo le attività assistenziali e di tutela socio sanitaria ma anche i servizi culturali e di protezione ambientale, quelli del tempo libero, quelli di istruzione e ricerca.

Il termine "servizi di carattere sociale" è improprio e fuorviante per i servizi nei settori della cultura e dell'istruzione-come un museo, un teatro, una biblioteca, una scuola professionale. Le loro finalità prevalenti infatti non hanno natura d'assistenza e sicurezza sociale. Anche la dizione "servizi extra economici" rischia d'essere fuorviante perché anche i servizi pubblici che per valide ragioni debbano essere offerti gratuitamente o sotto costo vanno gestiti con criteri economici di efficienza ed efficacia e non possono prescindere da obiettivi parziali, di economicità, dati i limiti delle risorse di finanza pubblica disponibili. Si sarebbe, però, potuta adottare la terminologia della Comunità Europea che distingue fra "servizi di interesse economico generale" ovvero "servizi dotati di rilevanza economica" e "servizi privi di rilevanza economica". Ma il legislatore italiano, con il termine "rilevanza industriale" ha delimitato la sfera di azione degli enti nei servizi dotati di rilevanza economica a quelli nel settore secondario, negando che l'ente locale attualmente possa avere compiti di pubblico servizio di rilevanza economica e nel settore agricolo-forestale-minerario e nei servizi terziari in genere. Il nuovo testo del Ministero del Tesoro adotta la dizione europea, con

la dicotomia fra “servizi pubblici locali dotati di rilevanza economica” e “servizi pubblici locali privi di rilevanza economica”. Ciò rende il tutto più chiaro, nei profili comunitari e soddisfa all’esigenza (attualmente assai dubbia) di molti comuni di continuare a tenere farmacie municipali, spacci comunali e altre anacronistiche intraprese.

Certo, nel terziario l’ente locale ha vasti compiti di servizio pubblico, nei mercati, nelle fiere, nel turismo e nei servizi culturali e del tempo libero e dell’istruzione. Ma non mi pare che essi possano essere svolti da imprese, operanti con criteri economici, mi pare che si trattino di servizi per loro natura di tipo gratuito o semi gratuito.

5. due termini servizi pubblici dotati di rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale, che hanno suscitato in alcuni esperti sconcerto, come se la nozione di “rilevanza industriale” fosse misteriosa, risolvono bene il problema di separare, nei beni e servizi pubblici locali a domanda individuale, le cinque aree:

1. dei servizi pubblici di mercato

2. dei servizi di quasi mercato

3. dei servizi gratuiti e l’area

4. delle offerte di beni e servizi pubblici che non hanno rilevanza economica, per la loro modesta dimensione

5. delle offerte di beni e servizi che non sono servizi pubblici.

I servizi pubblici locali dotati di rilevanza “industriale” o “economica” non comprendono le attività che non perseguono obiettivi di lucro e quindi, anche se molto strutturate, non si possono definire come “industriali” o “dotate di rilevanza economica” e quelle minori, che non sono importanti per le regole sulla concorrenza e, in genere, sull’apertura dei mercati, a livello nazionale ed europeo. Come, ad esempio, un piccolo mattatoio comunale, una centralina idroelettrica comunale, un aeroporto o eliporto amatoriale, un piccolo porto turistico. Per essi, comunque, non è il caso di dettare norme articolate circa il loro scorporo dalla amministrazione comunale e le modalità di affidamento eventuale a terzi

Alcune imprese industriali e terziarie gestite o controllate tradizionalmente dagli enti locali non hanno (più) carattere di servizio pubblico e appaiono come mere attività economiche “patrimoniali” con finalità di finanziamento dell’ente locale: così le banche, in cui gli enti locali hanno quote, anche di controllo, tramite Fondazioni o società di gestione di patrimoni immobiliari. In linea generale, secondo una tesi, gli enti locali dovrebbero effettuare la dismissione di queste attività. Secondo un’altra tesi, essi dovrebbero evitare di assumere posizioni di maggioranza, tutte le volte che le società in questione comportano una attività imprenditoriale, in quanto non si addice ai

governi, nelle economie industriali avanzate, controllare imprese, al di fuori dei loro compiti di “servizio pubblico” Ovviamente, si tratta di capire quali possano essere i veri servizi pubblici locali nel campo delle offerte con domanda individuale ¹⁰

6. Ciò ci porta a una tematica della scienza delle finanze neoclassica italiana , quella dei tipi di prezzi pubblici rilevanti nei vari casi di servizi pubblici , cruciale per distinguere se siamo di fronte ad di servizi pubblici *di mercato* e quindi ad attività che rientrano nella regolamentazione europea della concorrenza *relativa alle attività delle imprese e alle deroghe per le imprese di servizio pubblico* ¹¹ oppure siamo nell’area ibrida di offerte di servizi pubblici con domanda individuale che, secondo una emergente terminologia, possiamo denominare di “quasi mercato” oppure siamo nell’area dei prezzi di mercato ma fuori dall’area dei servizi pubblici .

Seguendo Luigi Einaudi possiamo distinguere , in via generale, i prezzi pubblici in prezzi pubblici *economici*, i prezzi *politici*, i prezzi *quasi privati* e prezzi *di monopolio pubblico*¹².

I prezzi pubblici economici, che si addicono ai servizi delle imprese dei servizi di pubblica utilità, tendenzialmente debbono coprire i costi¹³, imitando le imprese in regime di concorrenza, ma le loro tariffe non devono seguire necessariamente gli stessi criteri . Se lasciate libere di praticare i propri prezzi le imprese di pubblica utilità , date le loro caratteristiche, di inerire o di avvalersi di una strada - intesa in senso lato ad includere anche i condotti e gli impianti di trasmissione- potrebbero manifestare una tendenza prezzi di monopolio.

I prezzi pubblici politici , che si addicono ai servizi pubblici di quasi mercato, in cui non si perseguono fini di interesse economico, sono sotto costo , non riguardano attività di mercato, ma di quasi mercato.

¹⁰ Non si capisce, ad esempio, perché certi comuni abbiano ancora le centrali del latte e le latterie municipali, che avevano una funzione nel secolo scorso , quando non esistevano le imprese che vendono capillarmente latte confezionato di media e lunga conservazione . Il tema degli interventi degli enti locali nei settori del credito e del patrimonio immobiliare esorbita dal presente lavoro. .

¹¹ Questo corsivo si riferisce a una ambiguità che sarà fra poco affrontata, nella interpretazione delle regole europee sulla concorrenza, per quanto riguarda le offerte , ossia gli output delle imprese e per quanto riguarda la domanda ossia gli input delle imprese e delle pubbliche amministrazioni

¹² I prezzi pubblici di monopolio si possono accettare solo ove ci siano buone ragioni per una imposta speciale di consumo, ma allora l’importo di questa dovrebbe essere fissato dalla legge , come per ogni altra imposta, in regime democratico. Per conseguenza essi , nel nostro ordinamento, sono una categoria residuale, l

¹³ Si tenga presente che una parte dei costi fissi potrebbe essere a carico del governo, che ha provveduto all’investimento, se valgono considerazioni come quelle del teorema di Hotelling e, soprattutto, argomenti come quelli che, più avanti vedremo , del Mazzola, che riguardano la creazione di economie esterne di atmosfera.

I prezzi pubblici quasi privati riguardano attività in cui il governo si presenta come un soggetto privato; sono ammissibili quando si tratti di attività accessorie ad altre di servizio pubblico: come la vendita sul mercato del legname delle foreste e dei parchi che l'ente locale possiede e gestisce, direttamente o indirettamente per finalità ecologico-ambientali- ricreative

In linea teorica i prezzi politici potrebbero giustificarsi non solo con riguardo a beni e servizi pubblici a domanda individuale, privi di rilevanza economica, che soddisfano a bisogni redistributivi o a bisogni meritori o che generano importanti economie esterne meritorie, ma anche con riguardo ai beni e servizi pubblici a domanda individuale dotati di rilevanza economica. Ciò sulla base dell'esigenza di non sprecare capacità produttiva, nell'ipotesi di costi marginali decrescenti inferiori ai costi medi o di quella di produrre economie esterne pecuniarie specifiche (ad esempio per decongestionare il traffico). Qui per altro l'impresa di pubblica utilità dovrebbe innanzitutto cercare di provvedere mediante la discriminazione delle tariffe. Ma prezzi politici per i servizi pubblici dotati di rilevanza economica sono preclusi, nel nostro assetto istituzionale, anche nei casi di cui sopra, in relazione ai principi di trasparenza, proporzionalità e parità di trattamento degli aiuti alle imprese in rapporto alla missione di servizio pubblico loro affidata.

La sovvenzione diretta o indiretta per la copertura del deficit dovrebbe essere commisurata al perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico generale e non vi dovrebbe essere qualora esso possa essere raggiunto egualmente bene senza sovvenzioni. Per essere controllabile, deve essere trasparente e deve essere oggettiva, precostituita onde essere eguale per tutti i soggetti che potenzialmente siano ammissibili ad esercitare quell'attività.

D'altra parte, la regola del bilancio in pareggio nella sua oggettività pone all'impresa pubblica un vincolo di efficienza che manca quando l'eventuale deficit è coperto dal governo

7. Ci si può domandare, però, che logica di economia pubblica vi sia, per il governo nel darsi carico di promuovere eventuali imprese di servizi di pubblica utilità, *come servizi pubblici* quando esse possano adempiere a tali compiti, senza alcuna sovvenzione. La risposta la troviamo in un libro seminale di Ugo Mazzola del 1889, in cui questi definisce i servizi pubblici come servizi gratuiti o a pagamento che soddisfano a *bisogni il cui appagamento è condizionale* alla soddisfazione degli altri bisogni privati, in quella comunità. L'ente locale ha un particolare interesse ad assicurarne l'erogazione, in modo diffuso, dei servizi condizionali *a rete*, detti anche "servizi di pubbliche utilità", che riguardano la vita civile e produttiva nella comunità

locale e nel suo distretto economico . Ciò in relazione alle economie esterne ambientali , pecuniarie e tecnologiche, per il consumo e per le industrie ¹⁴ che essi creano, operando secondo convenienze di mercato, ma , nel quadro di regole che impediscono le estorsioni monopolistiche che si possono generare facilmente nei servizi a rete e e che assicurano la universalità del servizio. Senza l'acqua corrente potabile, le fognature, l'elettricità, il ritiro e lo smaltimento dei rifiuti, la rete telefonica , quella del gas, i trasporti urbani ed extra urbani, i servizi postali, i collegamenti con la rete ferroviaria e con le vie³ di grande comunicazione, non si possono avere la vita civile e produttiva. Le autostrade, gli aeroporti, i porti , le linee di navigazione marittima, i trafori si aggiungono alle pubbliche utilità di interesse locale, soddisfacendo offrendo altri condizionali, utili, ma non indispensabili.

L'offerta di questi servizi può attuarsi regolamentando le imprese private, ma anche mediante imprese possedute o controllate dal governo locale, secondo questioni di opportunità, che non è facile risolvere a priori. Infatti, la regolamentazione di gran parte di questi servizi – elettricità, telefono, gas, dipende non dalle autorità locali ma da quelle nazionali e regionali¹⁵ e non è detto che dia luogo a soluzioni ottimali, dal punto di vista del soddisfacimento del fabbisogno locale di servizi condizionali. Anche nel caso in cui la regolamentazione sia di competenza degli enti locali, come nella ipotesi dei trasporti locali , le asimmetrie informative e il pericolo di cattura da parte delle imprese private delle autorità di controllo, possono portare a preferire l'impiego di imprese pubbliche da sole o accanto a quelle private . ¹⁶ Una politica di molteplicità di imprese private e pubbliche nel settore delle pubbliche utilità, che soddisfano a bisogni condizionali di interesse locale, può dare luogo a una offerta più efficiente e d efficace che una politica che adotta esclusivamente le gestioni private. Ciò soprattutto quando le imprese private che riescono a vincere le gare di affidamento dei vari servizi di pubblica utilità, siano un gruppo ristretto di grandi imprese . D'altronde nell'Unione Europea in alcuni settori, in particolare , in quello elettrico e in quello del gas, le grandi imprese di pubblica utilità spesso non sono imprese private, ma pubbliche.,

8. Veniamo ai quasi mercati, in cui, nel nostro assetto istituzionale, correttamente dominano i prezzi politici, inferiori , in varia misura ai costi. Come si è accennato essi riguardano (o dovrebbero riguardare) i beni e servizi pubblici con domanda individuale privi di rilevanza economica, che mirano a soddisfare bisogni (re)distributivi/e bisogni meritori o che generano importanti economie esterne meritorie , per i quali vi sono

¹⁴ Nel senso marshalliano. Mi sia consentito di autocitarmi.

¹⁵ Soprattutto dopo la riforma costituzionale sulla devoluzione, per altro non ancora completata.

¹⁶ In linea di principio l'immergere l'economia pubblica nel mercato è ottima cosa, ma in regime democratico il giudice finale è il cittadino-elettore

buone ragioni per non coprire tutti i costi, ma anche per non dare una offerta interamente gratuita. Nel settore dei servizi con domanda individuale con finalità sociali, ad esempio gli asili nido, si possono applicare prezzi politici che tengono conto di diverse circostanze di capacità di pagare. Anche per le scuole ed i corsi professionali si possono applicare prezzi politici, eventualmente solo per una parte dei fruitori, dotati di minore capacità di pagare. Per i musei ci sono buone ragioni per non dare un servizio gratuito ma per far pagare biglietti di ingresso che non mirano a coprire i costi. Alcuni servizi assistenziali con domanda individuale, in ragione delle loro finalità, come ad esempio quelli di soccorso per i poveri, per l'infanzia abbandonata etc. non possono non essere interamente gratuiti. In questi quasi mercati, per i quali, data la natura dei bisogni soddisfatti, le regole di concorrenza hanno un valore molto limitato, mentre invece appare importante assicurare il pluralismo e, il più possibile, la applicazione del principio di sussidiarietà¹⁷.

8. Secondo le nuove regole dell'articolo 35 i servizi pubblici locali dotati di rilevanza industriale, ovvero, secondo la successiva dizione, economica non possono essere più svolti direttamente dagli enti locali, ma solo da società di capitali o da altre imprese idonee. Questa regola, ad evidenza, obbedisce ai nuovi principi, che sono emersi in Italia per i rapporti fra governi e imprese, per cui il governo statale o locale, nell'economia di mercato, è regolatore, mai gestore. E quando, perciò, opera con proprie imprese, lo fa tramite società di diritto privato, che operano secondo le regole del codice civile, nell'ambito di un capitolato pubblico. In via di principio per l'art. 35, per i servizi dotati di rilevanza economica, comunque i concessionari saranno unicamente società di capitali: spa, srl, accomandite per azioni, cooperative per azioni; eccezionalmente altri soggetti idonei: società commerciali o cooperative prive di personalità giuridica. Anche per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, per le nuove norme italiane, vale, in linea generale, il principio della separazione fra regolazione e gestione. La gestione, all'interno degli enti locali, mediante aziende speciali o a gestione diretta, si configura come una eccezione, ammessa soprattutto per i governi più piccoli e per le attività minori. Salvo queste eccezioni, i governi locali possono operare mediante società commerciali o mediante entità prive di fini di lucro.

¹⁷ Ci sono poi altri settori in cui il consumo individuale è obbligatorio senza possibilità di scelta degli offerenti e quindi la legge della domanda è fuori gioco. Alcuni servizi pubblici locali, come quelli ecologici, benché con consumo (ma non necessariamente con domanda) individuale, non sono coperti né da prezzi politici né da prezzi economici, ma da contributi obbligatori, perché l'utente non può rifiutare il servizio in quanto ciò genererebbe ai terzi gravi diseconomie esterne. Essi esorbitano dalla presente trattazione.

Per i servizi della cultura e del tempo libero, è prevista la possibilità dell'affidamento diretto senza una particolare procedura con riguardo p ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate (anche con quote di minoranza) dagli enti locali medesimi .

Secondo uffici della Comunità europea l'articolo 35 , viola le regole comunitarie sulla concorrenza sia in quanto per i servizi locali dotati di rilevanza economica consente l'affidamento diretto a imprese pubbliche o a maggioranza pubblica, sia in quanto per i servizi della cultura e del tempo libero, consente l'affidamento diretto a non profit con partecipazione pubblica .

9. Fra i servizi locali dotati di rilevanza economica a domanda individuale emergono quelli delle pubbliche utilità, nei settori dei trasporti, delle acque, dell'elettricità, del gas¹⁸. per i quali , data la loro tendenza al monopolio, si pone la tematica europea della regolamentazione della concorrenza, Tali imprese di pubblica utilità, per altro rientrano fra quelle per cui l'articolo 86 del Trattato dispone la limitazione alla applicazione delle regole di concorrenza, *in relazione alle missioni ad esse affidate*. Ove si possa dimostrare che adempiono ad obiettivi di interesse economico generale dell'ente locale, in particolare con riguardo alla coesione sociale e territoriale cui fa riferimento il Trattato di Nizza. Né si può argomentare che esentando queste imprese pubbliche dall'obbligo di gara, gli aiuti ad esse erogati dall'ente locale , possano necessariamente dar luogo una distorsione dei mercati, contrastante con le norme comunitarie sulla concorrenza. Questo pericolo non vi è nel caso di servizi pubblici locali a domanda individuale che, per loro natura, si svolgono in regime di monopolio, come quelli dei trasporti pubblici urbani . Nel caso dei servizi pubblici locali dotati di rilevanza economica che si svolgono, almeno potenzialmente, in concorrenza con altri soggetti, come quelli nei settori dell'acqua, dell'elettricità, del gas, dei trasporti extra urbani, come si è notato, questi aiuti, per una buona gestione della finanza locale, vanno commisurati alle effettive esigenze del servizio pubblico e devono essere trasparenti, per potere essere controllabili e giustificabili in rapporto alla missione affidata a questi operatori. Gli aiuti debbono essere stabiliti in modo oggettivo , ex ante. Infatti , qualora l'ente locale non decida per la gestione di questi servizi solo con impresa pubblica, ma anche con imprese private, gli aiuti andranno erogati anche da esse con gli stessi criteri , in relazione ad analoghi obblighi di servizio. Ciò perché questi aiuti sono ammessi in relazione alla missione di servizio pubblico, non alla natura pubblica dell'impresa.

¹⁸ I servizi dell'ecologia (raccolta e smaltimento rifiuti), hanno rilevanza industriale, ma non domanda individuale, sono finanziabili solo con contributi obbligatori non con prezzi pubblici.

Nel caso del conferimento all'impresa, configurata come società per azioni interamente pubblica, da parte dell'ente locale, che la possiede, dei beni capitali di impianti e altre attrezzature- per lo svolgimento di quella attività, il principio di trasparenza dovrebbe imporre che, nella nota illustrativa al bilancio si calcoli il beneficio che, in tale modo, l'impresa ottiene, nei suoi costi di esercizio, rispetto ad una analoga che debba invece pagare l'uso degli impianti ed attrezzature. D'altra parte se questa impresa opera su un mercato, ad esempio di servizi di approvvigionamento idrico, in cui coesistono altre imprese che debbono sostenere tutti i costi, il privilegio dell'uso gratuito di impianti pubblici andrebbe contro bilanciato da oneri di pubblico servizio o da obblighi di contenimento delle tariffe, giustificati per motivi sociali.

. 10. La tesi della Commissione Europea per cui l'affidamento diretto a non profit di servizi culturali e del tempo libero da parte dell'ente locale violerebbe regole della concorrenza appare fuori strada, tenendo presente la distinzione fra servizi locali a domanda individuale di mercato e non di mercato o di quasi mercato. Infatti tutto il regime comunitario della concorrenza, per quel che concerne *le offerte di beni e servizi*, ha riguardo al sistema di mercato. Ciò risulta dagli articoli 16 del Trattato di Nizza e 86, 2° comma del Trattato dell'Unione Europea, che dispongono i limiti alle regole di concorrenza per le imprese che perseguono *finalità economiche* di interesse generale. Dal campo di applicazione di queste norme esorbitano le attività di interesse generale prive di finalità economiche, per le quali le regole di concorrenza non si applicano mai. In un quasi mercato la concorrenza, nel senso economico del termine, non ci può essere. Questa tesi trova un pieno riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che ritiene applicabili le norme del Trattato riguardanti la concorrenza alle imprese di carattere economico. In effetti, se si dovesse ammettere l'opposta interpretazione, per cui per i servizi che hanno finalità di interesse generale *extra economiche*, si applicano le regole di concorrenza previste dal Trattato senza le deroghe degli articoli 16 e 86, 2° comma, si arriverebbe all'assurdo che per esse non valgono i limiti relativi inerenti allo adempimento della missione loro affidata, poiché tali articoli li prevedono solo per i servizi con finalità economiche !

Inoltre, anche se la doglianza della Commissione, fosse rilevante in linea di principio, non avrebbe, in gran parte dei casi, valore pratico perché, salvo rari casi, i servizi culturali e del tempo libero degli enti locali sono attività minori, ai quali non si possono applicare regole relative agli scambi dotati di rilevanza comunitaria.

11. Ma le critiche maggiori all'articolo 35, in rapporto alle regole sulla concorrenza, in sede comunitaria, si appuntano sui servizi con rilevanza economica.

Riguardano le imprese pubbliche che possono gestire le reti e i servizi a valle di esse, sino al consumo finale senza obbligo di affidamento di ciò, mediante gara. L' esigenza di interventi pubblici nei "servizi di pubblica utilità a domanda individuale" dotati di rilevanza economica, nasce da due ragioni, che riguardano il consumatore, in relazione ai bisogni condizionali teorizzati da Ugo Mazzola. La prima è la tendenza al monopolio che può chiamarsi "naturale", rilevante in particolare per i servizi a rete ¹⁹ La discussione sull'opportunità che sullo stesso territorio sussistano più reti in concorrenza fra di loro o che, per ragioni urbanistiche, eco-ambientali, di risparmio di capacità produttive poco utilizzate si dosino le concezioni e si preferiscano obblighi di servizio per reti operanti in regime di monopolio od oligopolio ci porterebbe troppo lontano. L' enfasi sulla concorrenza, che si è diffusa a livello europeo, non deve far dimenticare che il mercato non sempre, in regime di concorrenza libera, porta alle soluzioni ottimali.

La seconda ragione è, appunto, che questi servizi non sono beni come tutti gli altri, essi soddisfano a bisogni condizionali dei consumatori finali e o produttivi: la loro dotazione e distribuzione sul territorio incide in modo determinante sull'urbanistica, sull'edilizia, sulla vita e sul lavoro nelle città e nei rapporti fra grandi e piccoli centri urbani.

La Commissione Europea ha una sua ottica particolare, in questa attività di guardiano della concorrenza. La sua attenzione è soprattutto alla tutela degli interessi delle imprese concorrenti, non degli interessi dei consumatori, che sono, secondo i principi aurei, da Adam Smith in poi, la vera ragione per cui l'economia di concorrenza andrebbe eretta a regola generale. Le due sfere di interesse possono non collimare, specialmente nei servizi di pubblica utilità relativi a bisogni condizionali nel senso di Ugo Mazzola, rientranti nei servizi pubblici di interesse generale, di cui si occupa l'articolo 86, 2 comma del Trattato. Le norme del Trattato europeo risentono, a questo riguardo, di una ambiguità di fondo. Infatti le regole riguardanti gli aiuti alle imprese degli stati o con risorse degli stati "che falsino o minaccino di falsare la concorrenza" vengono vietate "nella misura in cui incidano sugli scambi fra gli stati membri". E le direttive su singole materie di servizi pubblici non sono necessariamente ispirate più all'ottica del consumatore che a quella delle imprese. Quanto alla giurisprudenza che ha spesso il compito di integrare norme alquanto lacunose o di dettato molto stringato, come quelle sugli aiuti di stato essa è azionata soprattutto dagli interessi delle imprese

¹⁹ Einaudi le denomina imprese che "ineriscono a una strada"

e da interventi degli stati a tutela di interessi di imprese nazionali, in relazione all'intreccio fra interessi degli azionisti, delle banche e dei sindacati.²⁰

L'attenzione al pubblico dei consumatori così importante nell'epoca della nascita e dello sviluppo delle municipalizzazioni appare più spesso un ricordo che una realtà della politica economica degli stati a livello europeo, mentre si vorrebbe che rimanesse presente nelle realtà comunali.

12. Per i servizi con rilevanza industriale l'articolo 35 pone il principio della non alienabilità da parte dell'ente locale "degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni" destinate al loro esercizio. Stabilisce anche la inalienabilità di essi da parte delle società pubbliche cui siano stati conferiti, salvo quando si tratti di società quotate in borsa, entro un termine per la loro quotazione.²¹ La norma ha suscitato notevoli perplessità dal punto di vista della legittimità costituzionale perché interferisce con il diritto di proprietà degli enti locali. Essa non compare più nel nuovo testo riveduto dell'articolo 35, che per altro, trova, su questo punto, l'opposizione dei municipalisti della Lega Nord. Questi impianti, sostengono tali "municipalisti" sono un importante patrimonio di servizio pubblico. Sarebbe un errore lasciare che amministratori comunali di corte vedute li alienino, per far denaro, a danno dei cittadini futuri. Si può replicare che un conto è il ritenere opportuno che gli enti locali evitino tale alienazione, altro conto è vietarla, da parte dello stato, in un ordinamento che riconosce agli enti locali ampia autonomia, tanto da modificare la Costituzione per attribuire alle Regioni nuovi compiti che essa il più delle volte gestisce mediante gli enti locali. Alla contro replica per cui i cittadini futuri oggi non votano, si può rispondere che la decisione del divieto di alienazione andrebbe, semmai, lasciata agli Statuti Regionali. Inoltre, l'alienazione potrebbe essere consentita, a condizione che i proventi siano impiegati in investimenti infrastrutturali di lunga durata.

Questo divieto può essere contestato in sede europea perché con esso si sottrae alle regole di concorrenza una parte rilevante dei cespiti industriali degli enti locali.

²⁰ Nel caso delle contestazioni della Commissione europea, circa le imprese pubbliche degli enti locali, le doglianze, in particolare, nascono dai ricorsi delle imprese del settore delle acque, alcune notoriamente di importanti dimensioni, in altri paesi europei, mentre in Italia vi è ancora un notevole frazionamento.

²¹ Questo vincolo invece non compare per i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, per quanto riguarda gli impianti e le altre dotazioni destinate al loro esercizio. Il legislatore, però, pone vincoli di demanio e patrimonio pubblico indisponibile ai beni di interesse artistico, storico, etnologico, ambientale degli enti locali.

L'ingessare , con una legge statale di carattere generale, la presenza dei governi locali nelle reti e negli impianti dei servizi di pubblica utilità appare una forzatura, rispetto all'articolo 86 , 2° comma del Trattato dell'Unione Europea, che configura una deroga ai principi generali della concorrenza, da valutarsi caso per caso, in relazione alle specifiche missioni affidate a tali imprese .

Ma da queste considerazioni non discende che l'affidamento da parte degli enti locali ad imprese pubbliche da essi controllate, di servizi di rilevanza industriale, senza gara, generi , *automaticamente* , una violazione delle regole europee sulla concorrenza, per il mero fatto che essi impiegano tali impianti. Infatti, anche quando l'ente locale affida la gestione delle reti a imprese private , mediante gara, esse non possono comperare tali impianti, ma debbono puramente usarli, pagando canoni ai proprietari.

13.La possibilità che l'articolo 35 consente di assegnare in proprietà, all'impresa pubblica che gestisce servizi dotati di rilevanza economica , di impianti del comune, con la conseguenza della inalienabilità della maggioranza di questa, non appare coerente con i principi di proporzionalità e parità di trattamento , che fanno parte delle regole comunitarie sugli aiuti alle imprese, nel caso di servizi pubblici a domanda individuale. E non è, del resto, una saggia operazione patrimoniale. Infatti, l'impresa pubblica in questione la minoranza privata potrebbe arrivare al 49 per cento. Dunque , in questo modo, si autorizza una alienazione parziale, favorendo il socio di minoranza privato, rispetto al lievito generale di alienazione,che danneggia gli altri soggetti privati. La critica vale anche se il socio di minoranza privato è scelto mediante gara. Infatti, rimangono esclusi dalla possibile competizione per l'acquisto , le imprese che non siano interessate alla gestione, ma solo alla proprietà.

I beni non alienabili conferiti alla società concessionaria generano una situazione di privilegio a suo favore , in quanto, allo spirare del periodo di concessione del servizio, nel caso di gara essa sarebbe avvantaggiata, rispetto alle altre imprese dovrebbero affittare da essa quegli impianti.

Ma questo divieto oltreché generare una violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza è dannosa per l'ente locale, perché i beni inalienabili che esso conferisce all'impresa non sarebbero utilizzabili a garanzia del credito. In conseguenza il loro valore di bilancio, nella società cui sono conferiti, dovrà essere minore del valore che avrebbero, sul mercato, se non vi fosse quel vincolo di inalienabilità.

Si creano anche delicati problemi, con riguardo agli eventuali soci privati di minoranza, in relazione alla valutazione dei beni oggetto del conferimento: che, come ho notato, dovrebbero essere valutati a meno del loro valore, sul libero mercato, in concorrenza , ma non è chiaro di quanto. Va, tra l'altro, notato che , data la

inalienabilità degli impianti conferiti alla società dall'ente locale, i soci privati di minoranza non potrebbero mai aspirare a diventare maggioranza perché ciò dare luogo alla alienazione che l'articolo 35 vieta. E ciò riduce il valore dei pacchetti azionari di minoranza.

La soluzione corretta sembrerebbe, dunque, quella che tali beni, sin che rimane il vincolo della non alienabilità da parte degli enti locali, siano conferiti all'impresa pubblica *in uso*, dietro pagamento di un canone. Ciò, naturalmente, potrebbe comportare problemi, per una impresa che debba pareggiare il bilancio e che non opera in una situazione redditizia. Ma il canone potrebbe essere di livello quasi simbolico. Esso, darebbe luogo, in tale caso, a un aiuto indiretto, all'impresa, ma esso sarebbe trasparente e, come tale, potrebbe controllarsi la sua rispondenza al principio di proporzionalità. Né la regola di parità di trattamento verrebbe derogata senza valido motivo, come nell'ipotesi del conferimento della proprietà degli impianti all'impresa.

Il problema della gratuità o meno non si pone, nel caso di conferimento della proprietà degli impianti all'impresa, se essa è, inizialmente, una società per azioni di proprietà interamente pubblica che viene quotata in borsa e se tutto il suo capitale può essere teoricamente alienato ai privati: infatti, in tale ipotesi, automaticamente il valore patrimoniale degli impianti si trasferisce nel valore del capitale azionario. E se la società viene quotata in borsa, l'ente locale riscuote dai privati l'equivalente di tale valore, in rapporto alle azioni vendute, come un qualsiasi altro soggetto che abbia costituito una società per azioni concorrente o abbia emesso azioni per aumentarne il capitale investito. Se, l'ente locale potrebbe rinunciare a far utili, praticando tariffe più basse dei concorrenti: in tal caso il capitale quotato in borsa si deprezzerebbe, sino a livelli molto bassi, tali da comportare la cancellazione dal listino. E allora si potrebbe affermare che con tale società per azioni, il governo locale ha violato le regole comunitarie di concorrenza, senza alcuna giustificazione riconducibile all'articolo 86, secondo comma.

14. Non sembra invece rilevante, per sostenere una violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza il fatto che in queste società vi siano quote di minoranza di privati. Una impresa è pubblica quando l'operatore pubblico ne ha la maggioranza, in quanto esso ne ha il potere di comando e la maggiore responsabilità patrimoniale. Una quota molto importante dei privati assicura che queste imprese non svolgano gestioni inefficienti, in perdita. Il principio generale di proporzionalità e quello di parità di trattamento comportano invece che il privato, socio di minoranza, venga scelto mediante una gara. Mentre per l'affidamento diretto all'impresa pubblica dell'ente locale vale l'esigenza di un controllo diretto del suo management da parte degli

amministratori locali in relazione alla missione di servizio pubblico loro affidata, niente di questo genere può valere per la scelta di un privato senza gara. Qui le regole comunitarie sulla concorrenza verrebbero derogate senza valida giustificazione.

15. Gli uffici della Commissione europea sostengono che l'articolo 35 consentendo l'affidamento diretto a imprese pubbliche locali di servizi di rilevanza industriale utilizza impropriamente l'istituto della concessione, che si può adottare solo nella ipotesi in cui il rischio di impresa ricada sul soggetto concessionario: che, quindi, sopporterà le eventuali perdite della gestione. Poiché le perdite, ove si manifestassero, in questo caso, secondo gli uffici della Commissione sarebbero sostenute dall'ente locale, il rischio di impresa sarebbe in realtà a carico del concedente. Il diritto comunitario, in tale caso, configura l'esistenza di un contratto di appalto: in questo tipo di contratto, affermano gli uffici con un ragionamento per me in comprensibile, il rischio tipicamente ricade sul concedente, cioè l'appaltante. Ma per gli appalti governativi e le direttive comunitarie richiedono che si espletino una gara. Ecco così che l'articolo 35, tramite questo tortuoso ragionamento, violerebbe le regole comunitarie. Suppongo che per gli uffici della Commissione rischi di più l'appaltante che opera tramite appalti per esso non convenienti, che non l'appaltatore che si può essere aggiudicato la fornitura a condizioni che, successivamente, gli appaiono non vantaggiose. Non sono affatto convinto di questo ragionamento. Ma anche concedendo che esso sia corretto, esso non è rilevante nella fattispecie in esame.

Infatti non si suppone che le società per azioni degli enti locali che svolgono loro servizi pubblici dotati di interesse economico generale possano avere perdite di esercizio, una volta che siano stati predeterminati gli eventuali aiuti, che consentono la loro gestione con criteri di economicità. Per definizione, in quanto società per azioni, debbono fare utili, sia pure nei limiti della missione loro affidata, che comporta di operare con prezzi pubblici economici, nei quali si ammettono gli utili di concorrenza, non quelli di monopolio. Non si comprende perciò come si possa affermare che in questo caso si sia in presenza di un appalto, simulato sotto la veste di concessione. E questa osservazione si rafforza quando si tratti di società per azioni in cui vi è una partecipazione privata importante, dal momento che non si presume che i privati operino al di fuori dei principi del profitto.

Ma, soprattutto, qui la Commissione fa una grande confusione fra input e output. Il tema della concorrenza, per i governi (locali o d'altro genere) ha due facce distinte: su una gli acquisti della pubblica amministrazione, sull'altra le offerte relative a servizi di competenza della pubblica amministrazione, che vengono affidati ad altri soggetti, privati o pubblici mediante gara o affidamento diretto. Per gli acquisti

delle pubbliche amministrazioni, le direttive dell'Unione europea, per le operazioni di rilevanza fra stati membri, richiedono, salvo eccezioni, l'espletamento di gare. In questo modo tutti gli operatori delle diverse nazioni della comunità hanno parità di trattamento, in concorrenza fra di loro, in tutti gli stati membri. Del resto anche in Italia per gli acquisti delle pubbliche amministrazioni, è accolto in via generale il principio della gara, salvo per le operazioni minori e casi particolari. La concorrenza fra operatori di mercato tramite gara, nel caso degli approvvigionamenti, serve – o meglio si presume serva – per l'efficienza e l'efficacia dell'economia pubblica. Diversa è la situazione per l'altra faccia delle attività della pubblica amministrazione, *quella sul lato dell'offerta*.²² Anche un operatore privato considera molto diversamente questi due aspetti, quando pratica l'esternalizzazione delle proprie attività. Quando considera se fare effettuare fasi del processo produttivo valuta la convenienza sulla base dell'eventuale riduzione di costi di produzione cui aggiunge i costi per il controllo del prodotto che riceve e per il suo coordinamento con le attività interne all'impresa. Quando valuta se gli convenga dare una licenza di produzione, dovrà invece affrontare il problema delle asimmetrie informative fra sé e l'impresa licenziataria. E spesso potrà decidere che il concedere la licenza a un soggetto terzo non è prudente. Le norme comunitarie si rendono conto di ciò ammettono che gli enti locali possano gestire i servizi pubblici di interesse economico generale in deroga alla concorrenza, mediante affidamento a imprese proprie, in relazione alla specifica missione loro affidata.

16. Merita, dunque, attenta considerazione una sentenza della Corte di giustizia europea, che riguarda, appunto, la possibilità di invocare l'articolo 86, 2° comma per escludere, per determinate imprese pubbliche dei governi locali²³, l'applicazione delle direttive sulla concorrenza che li riguardano. La Corte per tale esclusione richiede che

- l'ente locale abbia sulla persona giuridica del soggetto che gestisce l'impresa in questione, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi pubblici

- per questa persona l'impresa di servizi locali in questione costituisca la parte più importante della propria attività.

²² Nel caso delle imprese che gestiscono un servizio di illuminazione pubblica o un servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti, che sono servizi pubblici finanziati con imposte generali o con contributi obbligatori, non siamo di fronte alla offerta di servizi sul mercato, ma di offerta di servizi *alle pubbliche amministrazioni*. Qui l'affidamento diretto, senza gara, ad una società pubblica dell'ente locale potrebbe essere improprio, alla luce delle norme comunitarie sugli acquisti delle pubbliche amministrazioni, anche se, dal punto di vista economico, tornano qui applicabili le considerazioni del testo riguardanti le offerte di servizi pubblici *sul mercato*.

²³ Che invece gli Uffici della Commissione Europea, senza spiegazioni, affermano non essere rilevante nei riguardi della norma sull'affidamento diretto a imprese o in maggioranza degli enti locali di servizi pubblici dotati di rilevanza industriale.

C'è, in questa sentenza, una sorta di paradosso. Mentre si vuole che il governo non sia direttamente imprenditore, ma solo regolatore, per dare luogo, nel caso eventuale delle imprese pubbliche, a comportamenti conformi ai criteri dell'economia di mercato, anche con riguardo agli eventuali aiuti di impresa, si diffida dell'impresa pubblica che non fa parte della pubblica amministrazione, ponendo in dubbio che essa possa non svolgere un servizio pubblico, ma fare una concorrenza impropria alle altre imprese. Comunque, fermo restando che ci potrebbero essere aziende pubbliche, che proprio perché non configurate come società per azioni separate matrimonialmente dal governo locale, distorcono il mercato fruendo di sovvenzioni occulte non quantificabili, l'esigenza che la sentenza di cui sopra pone appare del tutto corretta, in relazione alla possibilità per l'ente locale di affidare, senza gara, a società, la concessione di esercitare per loro conto servizi pubblici locali dotati di rilevanza economica, in mercati in cui operano, potenzialmente, in concorrenza con altri soggetti. Ciò tanto più in quanto fruiscono gratuitamente di reti e altri impianti e attrezzature di proprietà dell'ente locale. E quindi nei capitolati di concessione dei servizi occorre che si specificano gli obblighi di servizio pubblico cui queste società debbono adempiere, assicurando controlli adeguati. Non basta, come osserva la Corte europea che ci sia un'azionista di maggioranza pubblica perché si possa dimostrare che esso persegue finalità di servizio pubblico, occorre che ciò emerga in modo chiaro da un capitolato.

Va però aggiunto che i servizi di imprese degli enti locali sono soggette al controllo dei cittadini-elettori. Questi controlli in regime democratico sono molto importanti. E si commette, io penso, un errore nel trascurare che una società per azioni del governo locale non è solo soggetta al rispetto dei capitolati, ma anche a questo controllo dei cittadini, che si ripercuote direttamente sul governo municipale.

