

le norme comunitarie sono state attuate in modo restrittivo in diversi punti decisivi proprio ai fini della completa apertura del settore.

Vengono in particolare in rilievo *i)* la generalizzata esclusione dei servizi di interesse economico generale dal campo di applicazione delle nuove norme; *ii)* la previsione di condizioni poco rigorose in presenza delle quali può essere istituito o mantenuto un regime autorizzatorio, con la mancata enunciazione del requisito di “minore restrittività” prescritto dalla direttiva; *iii)* la sottrazione della materia degli ordini, collegi ed albi professionali alle norme dettate in tema di regimi autorizzatori, con la conseguenza che le relative discipline sfuggono a ogni intervento innovativo, in sede nazionale e locale.

Le norme introdotte hanno indubbiamente il pregio di aver definito una base giuridica comune su cui costruire, sia a livello nazionale che locale, un sistema di regolazione amministrativa dei servizi rispettoso della libertà degli operatori e favorevole alla prestazione transfrontaliera dei servizi. D'altra parte, però, le scelte compiute in merito ai tre profili sopra richiamati lasciano trasparire un approccio relativamente morbido verso le restrizioni all'accesso: approccio che, nell'immediato, ha consentito il mantenimento di numerosi regimi autorizzatori, per il futuro depotenzia notevolmente l'impatto liberalizzatore della direttiva.

E tale approccio risulta direttamente confermato anche dall'opera di adattamento delle singole discipline di settore che, richiesta dalla direttiva, costituiva - aldilà delle previsioni di carattere generale - il vero banco di prova per il legislatore.

Su tale terreno, il decreto ha riformato i regimi di alcuni servizi economici, tra cui *i)* la somministrazione di alimenti e bevande; *ii)* gli esercizi di vicinato, gli spacci interni, gli apparecchi automatici, la vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione; le vendite al domicilio dei consumatori, il commercio al dettaglio sulle aree pubbliche; *iii)* le attività di agente di affari in mediazione, agente immobiliare, agente e rappresentante del commercio, mediatore marittimo, spedizioniere; *iv)* i servizi di facchinaggio, acconciatore, estetista, tinto-lavanderia.

L'opera di adeguamento si è tradotta, in alcuni limitati casi, nella rimozione di misure ingiustificatamente restrittive (es. programmazione strutturale dell'offerta, necessità di autorizzazioni espresse, obbligo di iscrizione in albi, registri, e ruoli). Nella maggioranza dei casi, invece, gli interventi di modifica sono risultati indirizzati verso l'obiettivo della semplificazione amministrativa e si sono tradotti nell'alleggerimento degli oneri amministrativi gravanti in sede di avvio di un'attività al fine di incentivare la nascita e la crescita delle imprese.

La revisione delle discipline settoriali è risultata così positiva sul terreno della semplificazione. Sul piano della liberalizzazione, l'approccio si è caratterizzato invece per una linea di intervento assai prudente: in nessun caso i regimi autorizzatori nel settore

dei servizi sono stati ritenuti non necessari e ingiustificati. La stessa scelta di sottoporre a comunicazione preventiva l'avvio di attività prive di alcun risvolto di rilevante interesse generale è indice della volontà legislativa di alleggerire il peso degli adempimenti amministrativi, senza rinunciare fino in fondo alla previsione di una qualche forma di controllo pubblico sulle attività economiche.

L'istanza di semplificazione è prevalsa così sull'istanza di liberalizzazione, che pure - non meno della prima - ispirava la direttiva. A conferma della difficoltà di portare avanti i processi di apertura, e della frequente tentazione a intraprendere la semplificazione come strada alternativa e più agevole rispetto alla liberalizzazione.

La riforma dei servizi pubblici locali

Nel novero dei provvedimenti che hanno inciso maggiormente sulle dinamiche competitive di rilevanti settori dell'economia merita di essere menzionato anzitutto, in materia di servizi pubblici locali, l'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 *“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, e successivamente modificato dalla legge n. 166/2009.

Liberalizzazione e privatizzazione

Benché il legislatore abbia tentato, sulla base delle indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario, di imporre metodi di gestione dei servizi fondati sulle regole dell'evidenza pubblica, l'istituto dell'*in house providing* ed il ricorso a modalità di affidamento diretto dei servizi hanno consentito per decenni il protrarsi di situazioni di chiusura ad ogni confronto concorrenziale, con le conseguenti inefficienze ed il progressivo scadimento della qualità dei servizi, a detrimento degli utenti.

In conseguenza di ciò, si è assistito a livello locale al prevalere di un *trend* addirittura opposto rispetto alle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione attuate a livello nazionale, con gli enti del territorio che, attraverso la gestione delle *ex* municipalizzate trasformate in società per azioni, sono diventati i protagonisti nell'erogazione dei servizi pubblici locali. E proprio da tali soggetti, responsabili nel dare alle società locali l'indirizzo e nel vigilarne l'attività, è venuta la maggiore resistenza ai vari tentativi di riforma. Per molte amministrazioni, infatti, gli utili distribuiti dalle società partecipate rappresentano una quota rilevante delle entrate di bilancio e, soprattutto, la classe politica locale trae dal controllo diretto di tali società una delle fonti più rilevanti di potere e di acquisizione del consenso.

Anche alla luce dei plurimi tentativi di riforma avviati nel tempo, la citata normativa, introdotta nel 2008 (art. 23-bis, l. 133/08), integrata nel 2009 (l. n. 166/09) e

infine completata nel 2010 (d.P.R. n. 168/2010) merita apprezzamento in ragione dei principi di apertura del mercato e di privatizzazione delle gestioni locali che la ispirano. In un quadro generale che ha visto il riemergere di una sfiducia di fondo nelle virtù del mercato, il legislatore ha agito in modo virtuoso nel settore, resistendo alle sirene del protezionismo e ponendo al centro del processo riformatore il superamento dello *status quo*, con la piena affermazione dei principi competitivi.

Dal punto di vista sostanziale, il principio cardine introdotto è che, nei casi in cui il servizio pubblico locale a rilevanza economica non possa essere offerto in regime di concorrenza, la modalità ordinaria del suo affidamento si fonda sull'espletamento della gara. Più specificamente, la modalità di affidamento si articola in due varianti che il legislatore pone sullo stesso piano: la procedura ad evidenza pubblica vera e propria e la costituzione di una società a partecipazione mista pubblica - privata, a condizione però, in questo secondo caso, che i) la selezione del socio sia effettuata mediante procedure ad evidenza pubblica; ii) la gara sia una gara c.d. a doppio oggetto dovendo riguardare, al tempo stesso *“la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*; iii) la partecipazione del socio privato non sia inferiore al 40% del capitale sociale.

Il legislatore ha compiuto così una scelta che, laddove non sia possibile avere concorrenza “nel” mercato, persegue con determinazione l'obiettivo di garantire la concorrenza “per” il mercato. Viene, infatti, relegata ad ipotesi del tutto marginali la modalità dell'affidamento c.d. *in house*, utilizzabile soltanto al ricorrere di determinate condizioni, ben più stringenti di quanto prescritto dai giudici comunitari. L'ente locale può, infatti, affidare direttamente il servizio a società interamente pubblica solo in presenza di *“situazioni eccezionali che a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un utile ed efficace ricorso al mercato”*. In tal caso, esso deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità per l'espressione di un parere preventivo da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Decorso inutilmente il termine, il parere si intende espresso in senso favorevole.

La seconda linea direttrice della riforma risiede nel sostanziale *favor* per i processi di privatizzazione: *favor* che si evince non solo dalla esplicita inclusione della società mista tra le modalità di gestione - aspetto questo che era rimasto incerto nella riforma del 2008 -, ma anche dall'introduzione di talune rilevanti eccezioni, in sede di disciplina transitoria, alla regola della decadenza degli affidamenti in essere non conformi alle nuove regole, laddove la proprietà delle società locali venga “aperta” alla partecipazione dei privati.

L'opzione prescelta dovrebbe concorrere a superare il problema – tante volte sottolineato dall'Autorità – del conflitto di ruolo esistente tra le imprese affidatarie del servizio e le amministrazioni locali, le quali dovrebbero al contempo governare il settore e gestire il servizio locale. Con la conseguenza che l'impresa è soggetta normalmente a *input* spesso contrastanti tra loro: gestione del servizio, tutela dell'occupazione, redistribuzione della rendita, acquisizione del consenso politico. Tutto ciò determina una stasi del sistema e una non chiara definizione degli ambiti delle rispettive responsabilità, con danno per gli utenti.

Eliminando i conflitti di ruolo derivanti dai legami proprietari tra soggetto pubblico e gestore del servizio, la privatizzazione delle c.d. municipalizzate può concorrere in misura determinante ad assicurare un esercizio più efficiente, imparziale e trasparente dei poteri di regolazione e a garantire un'effettiva *par condicio* tra gli operatori nell'accesso al mercato dei servizi pubblici locali.

Il terzo profilo rilevante della riforma concerne la disciplina del periodo transitorio, che non viene più demandata (come in passato) ad un futuro regolamento, ma definita direttamente dal legislatore: sostanzialmente certa, dunque, e non negoziabile in sede di emanazione di disciplina attuativa. Il punto di debolezza risiede nella facilità con cui possono insinuarsi le proroghe: non a caso, una prima erosione delle scelte compiute è stata già introdotta con il decreto-legge n. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito dalla legge 26 febbraio 2011 n. 10 (c.d. decreto Mille-proroghe) che, limitatamente al trasporto pubblico locale, ha prorogato il termine del 31 dicembre 2010 fino al 31 marzo 2011.

Pur con taluni non secondari limiti, quali l'ampliamento dei settori esclusi e la mancanza di previsioni in tema di regolazione tecnica indipendente, la riforma ha il pregio di aver completato il mosaico della disciplina di settore, integrandolo in alcuni punti decisivi e perseguendo con fermezza sia la liberalizzazione dei servizi che la privatizzazione delle gestioni. L'obbligo per gli enti locali di giustificare le proprie scelte dinanzi all'Autorità quando intendano derogare al mercato vale a scongiurare il ricorso *ad libitum* alla deprecabile prassi dell'affidamento diretto. In ogni caso, poi, i presidi introdotti dovrebbero contribuire ad innescare una riflessione più attenta sulle scelte degli enti locali con riguardo alle diverse possibilità di regolazione di certi settori, agevolando anche confronti comparativi in cui l'esempio virtuoso di taluni enti potrà costituire un utile modello da seguire per gli altri.

Il regolamento attuativo dell'articolo 23-bis

Nonostante le positive novità introdotte, l'effettiva capacità della riforma di promuovere l'apertura del settore, superandone l'architettura dirigistica, dipendeva in buona misura anche dal regolamento attuativo, al quale era stata rimessa la definizione di

aspetti cruciali della materia, tra cui *in primis* l'individuazione delle aree in cui la concorrenza avrebbe dovuto svolgersi “nel” mercato. Tale regolamento, dopo una lunga gestazione, è stato emanato con il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. Diversi gli aspetti salienti della disciplina emanata. Esulando da questa sede l'analisi in dettaglio dei contenuti, tre profili meritano di essere richiamati.

Innanzitutto, il regolamento stabilisce la regola chiave secondo cui la gestione dei servizi pubblici locali deve essere liberalizzata, sia pure compatibilmente con le caratteristiche di universalità e di accessibilità del servizio.

In proposito, non poco scetticismo aveva sollevato la scelta del legislatore di affidare ad un regolamento attuativo il compito di “ritagliare” all'interno di ciascun servizio locale le aree da aprire al libero confronto tra gli operatori. La scelta compiuta è stata quella di non introdurre una disciplina analitica, la cui difficile elaborazione avrebbe potuto inficiare il successo del processo riformatore. In considerazione del fatto che i servizi locali non costituiscono una realtà omogenea e l'apertura alla concorrenza richiede di essere realizzata con modalità differenti nei diversi ambiti, si è preferito, con una buona dose di pragmatismo, introdurre una prescrizione puntuale, ma dalla portata generale.

L'unica possibile eccezione alla regola della liberalizzazione è prevista per i casi in cui *“in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”*. In tal caso, l'ente affidante deve adottare una delibera-quadro che illustra l'istruttoria compiuta, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici derivanti alla collettività locale dalla gestione *in-house*; deve dare, inoltre, adeguata pubblicità a tale delibera e inviarla poi all'Autorità ai fini della relazione annuale al Parlamento.

Con riguardo poi alla soglia oltre la quale gli affidamenti diretti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere preventivo dell'Autorità, il regolamento dispone che il parere debba richiedersi quando il servizio supera il valore economico complessivo di 200 mila euro annui.

La disciplina così introdotta ha il pregio di dettare prescrizioni che, pur nel formale rispetto dell'autonomia degli enti locali, non lascia nell'integrale disponibilità degli enti territoriali eventuali scelte di non apertura del mercato, ma fornisce un criterio definito, attribuendo all'Autorità il compito di presidiare e monitorare annualmente il processo di liberalizzazione.

Un elemento di debolezza si rinviene invece con riferimento al servizio idrico integrato, dove la scelta compiuta appare potenzialmente idonea a travolgere il punto cardine dell'intera riforma, la scelta del gestore con gara. Il regolamento dispone, infatti,

che nella richiesta di parere all'Autorità *“l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in house non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali”*, sulla base di una serie di indici di efficienza predeterminati. L'ente locale deve valutare annualmente il permanere di tali condizioni di efficienza e inviare gli esiti di tale verifica all'Autorità; in caso di esito negativo, l'ente dovrà procedere alla revoca dell'affidamento diretto.

Si tratta di un aspetto di criticità che non solo compie, nel settore dei servizi idrici, una scelta in contro-tendenza rispetto alla filosofia ispiratrice della riforma, idonea in sé a determinare il perpetuarsi di situazioni di chiusura, eventualmente invocabili in altri settori; ma, nella misura in cui predetermina criteri di valutazione ai quali l'Autorità è vincolata ad ispirarsi per ritenere un'ipotesi di affidamento diretto non distorsiva della concorrenza, produce anche l'effetto di invadere l'ambito di autonomia e di discrezionalità ad essa riconosciuto con la legge n. 287/90.

In definitiva, il regolamento costituisce il punto di approdo del lungo e tormentato percorso di riconduzione della materia dei servizi locali a coerenza con il quadro più generale. Anche in tale settore trovano espressa consacrazione i principi di sussidiarietà e di libera concorrenza. In conseguenza di ciò, la scelta dell'ente locale di sottrarre un servizio al mercato non godrà più di una presunzione di legittimità in nome dell'interesse della comunità locale che lo stesso ente è deputato a interpretare in modo sovrano. Il nuovo regolamento impone, infatti, di valutare accuratamente e giustificare i casi in cui il libero esercizio di una determinata attività non sia idoneo e rispondente ai bisogni della comunità locale.

Le vie di fuga dal sistema non mancano come non mancheranno gli enti locali interessati a percorrerle. Da tale punto di vista, un punto di criticità potrebbe cogliersi nell'assenza di adeguati meccanismi sanzionatori, competendo all'Autorità solo un compito consultivo e di monitoraggio delle scelte compiute. D'altra parte, il rispetto dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti locali nel soddisfare i bisogni delle comunità del territorio non ha suggerito di andare oltre, almeno in una prima fase.

Certamente, dalla giurisprudenza potranno venire importanti indicazioni per l'applicazione corretta della riforma, come pure dai dati raccolti dall'Autorità: sulla base di questi, infatti, il legislatore potrà adottare iniziative più incisive di liberalizzazione in quegli ambiti in cui dovessero manifestarsi ingiustificate e ripetute scelte di chiusura. La riforma pare inserirsi, dunque, con coerenza in un sistema che evolve verso una sempre maggiore responsabilizzazione delle autonomie locali.

Misure settoriali per una maggiore concorrenzialità: il mercato del gas naturale

Fra le riforme pro-concorrenziali di settore introdotte nell'attuale legislatura vale, infine, menzionare, per la loro attualità e rilevanza, due recenti interventi adottati al fine di rafforzare la dinamica competitiva nel settore del gas naturale. Essi hanno interessato, rispettivamente, l'attività dello stoccaggio e quella della distribuzione del gas.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 130 *“Misure per la maggiore concorrenzialità nel mercato del gas naturale ed il trasferimento dei benefici risultanti ai clienti finali, ai sensi dell'articolo 30, commi 6 e 7, della legge 23 luglio 2009, n. 99.”*

Per comprendere la portata dell'intervento, deve ricordarsi che la disponibilità di stoccaggio minerario è una condizione essenziale perché sul mercato del gas naturale in Italia si sviluppi una concorrenza effettiva da parte di imprese diverse da Eni. Il decreto legislativo in esame affronta il problema della scarsa disponibilità di una risorsa essenziale quale lo stoccaggio per i concorrenti di Eni, stabilendo una relazione diretta tra la quota di mercato all'ingrosso, detenuta in ciascun anno da tale società, e la capacità incrementale di stoccaggio resa disponibile sul mercato nazionale.

In tale ottica, il decreto ha disposto una revisione del sistema dei c.d. tetti antitrust alle vendite ed alle immissioni di gas nel sistema nazionale, legandola a misure volte a incrementare l'offerta di servizi di stoccaggio. In particolare, il decreto ha introdotto una soglia del 40% sulla quota di mercato all'ingrosso, superata la quale l'impresa è obbligata ad adottare dei programmi di *gas release*. Tale soglia è, tuttavia, elevata al 55%, qualora l'impresa decida di impegnarsi all'adozione di misure per lo sviluppo di nuova capacità di stoccaggio⁴.

Nell'attuazione del nuovo quadro, il decreto coinvolge direttamente l'Autorità *antitrust*, attribuendo ad essa poteri di controllo e di sanzione. In primo luogo, nel caso in cui il soggetto che immette gas nella rete nazionale di gasdotti ometta di presentare nei termini l'attestazione relativa alla propria quota di mercato all'ingrosso ovvero attesta, contrariamente al vero, una quota di mercato all'ingrosso inferiore al valore soglia prescritto dalla legge si prevede che l'Autorità *“con le modalità di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287, infligge al medesimo soggetto una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui doveva essere effettuata o è stata effettuata l'attestazione”*.

⁴ Il decreto prevede che, in tal caso, l'impresa assuma impegni vincolanti per lo sviluppo di nuove infrastrutture di stoccaggio o il potenziamento di quelle esistenti per volumi complessivamente non inferiori a 4 miliardi di metri cubi. E' previsto poi che la stessa, in qualità di soggetto obbligato, trasmetta al Ministero dello sviluppo economico, all'Autorità antitrust e all'Autorità di regolazione - entro il 1° settembre di ogni anno - un programma o un aggiornamento del programma in essere per l'attuazione delle misure suddette, il quale è approvato con decreto del Ministero, sentito il regolatore.

All'Autorità è attribuita, inoltre, la vigilanza sul rispetto del piano di sviluppo di nuove infrastrutture di stoccaggio ovvero delle procedure di cessione di gas naturale. In particolare, essa *“nei casi di omesso, ritardato, parziale od inesatto adempimento, avvia un'istruttoria con le modalità ed i poteri di cui al Titolo II, Capo II della legge 10 ottobre 1990 n. 287, all'esito della quale, accertata la responsabilità del soggetto obbligato, sentito il Ministero, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato dell'anno precedente”*. Oltre a ciò, in caso di ritardo nella realizzazione delle misure nei termini previsti, l'Autorità irroga al medesimo soggetto una sanzione non superiore a quindici milioni di euro per ogni mese di ritardo.

Riguardate in un'ottica concorrenziale, le nuove misure meritano apprezzamento e risultano coerenti con le conclusioni dell'Indagine conoscitiva svolta congiuntamente dall'Autorità con il regolatore di settore nel 2009, che indicavano nella scarsità della capacità di stoccaggio uno dei principali ostacoli allo sviluppo di mercati concorrenziali della vendita di gas.

Il provvedimento rappresenta, in definitiva, un adeguato punto di sintesi tra le esigenze generali del sistema italiano di veder realizzati in breve tempo i necessari investimenti in nuova capacità di stoccaggio - ancorché in prevalenza da parte dell'*incumbent* nazionale - e quelle più specifiche degli operatori terzi che intendono sviluppare nuovi progetti di sviluppo di capacità di stoccaggio. Meritevole di valutazione positiva appare anche la revisione dei c.d. tetti antitrust, con la quale si opta per una forma di regolazione incentivante che ha il pregio di non comprimere la libertà dell'impresa privandola dell'incentivo a crescere, ma di conformarne l'esercizio a un obiettivo pro-concorrenziale, la realizzazione di nuovi investimenti.

L'altro intervento che innova il quadro di settore promuovendo la concorrenza nel segmento della distribuzione del gas naturale è il Decreto del Ministro dello sviluppo economico c.d. decreto Ambiti, atteso da tempo e finalmente approvato. L'emanazione di tale decreto s'inserisce in una fase, quella attuale, nella quale sono giunte a scadenza tutte le concessioni affidate senza gara esistenti al momento dell'approvazione della legge di riforma del settore (d.lgs. n. 164/2000). In tale quadro, la definizione degli ambiti territoriali minimi, prevista dalla legge 29 novembre 2007, n. 222 nell'ambito delle disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi nel settore della distribuzione del gas, rappresentava la *condicio sine qua non* per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas.

L'atto ministeriale razionalizza sensibilmente il precedente assetto, individuando 177 ambiti territoriali per lo svolgimento delle gare e l'affidamento del servizio di distribuzione del gas: ciascun ambito rappresenta un insieme minimo di Comuni i cui relativi impianti di distribuzione, a regime, dovranno essere gestiti da un unico gestore. Per comprendere la

portata dell'intervento di riordino, è utile considerare che attualmente si registrano nel Paese circa 5000 concessioni di distribuzione del gas: in virtù della riforma, gli ATO diventano 177 e ogni ATO conterrà in media circa 50 comuni.

Il decreto prevede, inoltre, un meccanismo di sostituzione progressiva delle concessioni vigenti che insistono sullo stesso ambito. In particolare, nel periodo di prima applicazione del nuovo sistema, il gestore risultato vincitore della gara d'ambito subentrerà progressivamente nell'affidamento del servizio dei vari impianti di distribuzione gas dell'ambito territoriale minimo alla scadenza delle singole concessioni presenti nell'ambito. La durata dell'affidamento di tutti gli impianti dello stesso ambito territoriale è pari a dodici anni, decorrente dalla data dell'affidamento al gestore vincitore della gara del primo impianto.

Ampliando l'area di gestione del servizio di gas naturale rispetto alle attuali gestioni, il provvedimento persegue l'obiettivo di favorire lo sviluppo efficiente del medesimo servizio, di ridurre i relativi costi a favore dei clienti finali, nonché di rimuovere le barriere che ostacolano lo sviluppo della concorrenza nel settore della vendita.

Dal punto di vista concorrenziale, esso merita un giudizio positivo, considerato in particolare che per la prima volta è stato espressamente utilizzato un riferimento a criteri tecnici di efficienza in sede di individuazione degli ambiti territoriali minimi.

3. Le criticità concorrenziali del quadro regolatorio e le sfide per l'economia nazionale

A fronte delle novità normative fin qui descritte, permangono rilevanti criticità del quadro normativo che rallentano lo sviluppo della concorrenza nei vari mercati. Esse sono ancora in buona parte quelle evidenziate dall'Autorità nel febbraio 2010 in occasione della segnalazione inviata agli organi titolari dell'indirizzo politico in vista della presentazione del primo disegno di legge annuale per la concorrenza e il mercato. Solo in pochi casi, infatti, il legislatore è intervenuto, recependo i suggerimenti tecnici dell'Autorità. Poste, ferrovie, gestioni autostradali e aeroportuali, restano, pertanto, i settori sui quali è prioritario intervenire per introdurre assetti di mercato realmente competitivi che possano agevolare la ripresa della crescita economica. Sono, peraltro, comparti accomunati dalla urgente necessità di attribuire i compiti di regolazione ad organismi tecnicamente qualificati, autorevoli e indipendenti che, sulla falsariga di quanto accaduto nei grandi servizi pubblici a rete, possano sostenere il processo di apertura dei mercati. Accanto a tali settori, i mercati bancari-finanziari-assicurativi, la distribuzione dei carburanti e il mercato del controllo societario continuano a manifestare persistenti (e rilevanti) criticità regolatorie che andrebbero superate con decisione.

La liberalizzazione dei servizi postali

Il settore postale, dopo una prima fase di liberalizzazione che ha prodotto a livello nazionale modesti effetti concorrenziali e scarsi benefici per i consumatori è attualmente oggetto di un radicale processo di riforma per effetto della c.d. terza direttiva postale. La direttiva 2008/6/CE del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, ha fissato, infatti, al 31 dicembre 2010 la data di completa apertura del settore, eliminando ogni residua possibilità di mantenere ambiti di attività riservate e individuando modalità più concorrenziali per finanziare l'offerta del servizio universale.

L'atto normativo comunitario, abolendo definitivamente la previsione di un'area di riserva legale per alcuni servizi rientranti nel servizio postale universale quale metodo di finanziamento del costo netto di quest'ultimo, conclude il percorso di liberalizzazione avviato nel 1997. Al fine di mantenere il carattere universale del servizio postale, si individuano così altri strumenti di finanziamento, non mutualmente esclusivi, che dovrebbero consentirne la fornitura in un mercato integralmente liberalizzato: fondo di compensazione, trasferimento statale, appalto pubblico per la scelta del/i fornitore/i designato/i del servizio postale universale.

Nel disegno comunitario, la completa apertura del mercato alla concorrenza richiede poi l'istituzione di un regolatore indipendente dai soggetti regolati (e, nella misura in cui essi sono di proprietà pubblica, anche dal governo) che stabilisca misure adeguate a garantire parità di condizioni concorrenziali fra i diversi operatori e, in particolare condizioni di accesso trasparenti e non discriminatorie alla rete dell'operatore postale designato.

Nel dicembre 2010, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di decreto legislativo volto a recepire la direttiva nell'ordinamento nazionale. Pur apprezzando la nuova disciplina avuto riguardo alla parziale riduzione dell'ambito della riserva postale e dell'ambito del servizio universale, l'Autorità ha segnalato alcuni aspetti cruciali dello schema che, ponendosi in contrasto con il dettato comunitario e le regole di concorrenza, potrebbero ostacolare l'effettiva apertura dei mercati dei servizi postali in Italia⁵. I profili sui quali l'Autorità ha appuntato la propria attenzione riguardano aspetti tradizionalmente centrali e decisivi per il successo del processo di liberalizzazione di servizi caratterizzati a lungo dalla presenza di un monopolio legale.

L'aspetto di criticità più grave ha riguardato, in particolare, la prevista scelta di istituire un'agenzia quale soggetto deputato a vigilare sul non facile processo di apertura e sulla successiva evoluzione del settore. Si tratta, infatti, di un organismo di nuova

⁵ Cfr. Segnalazione AS786 "Recepimento Direttiva comunitaria sui servizi postali 2008/6/CE", 12 gennaio 2011, in *Boll.* 51/2010

costituzione che, per i caratteri propri della figura giuridica dell'Agenzia come definiti dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (*“Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59”*) e per le specifiche disposizioni dettate dallo schema di decreto, sarebbe sottoposto ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un organo politico, il Ministro dello sviluppo economico, chiamato a definirne anche le funzioni, la struttura organizzativa e le modalità di finanziamento.

L'istituzione di un organismo regolatore con siffatte caratteristiche rappresenterebbe un grave *vulnus* al processo di apertura del settore. Per questo, l'Autorità, avendo già constatato in passato il sostanziale fallimento del processo di apertura del settore a causa di discutibili scelte regolatorie, ha richiamato l'attenzione di Governo e Parlamento sul fatto che l'assenza del requisito di indipendenza in capo all'autorità di regolazione non solo non è conforme alle prescrizioni dell'ordinamento comunitario, ma potrebbe gravemente inficiare il successo del processo di liberalizzazione in corso o comunque rallentare l'*iter*, favorendo la posizione dell'ex-monopolista pubblico nel rapporto con gli operatori concorrenti. E tale rischio è apparso ancor più significativo in considerazione del fatto che alla futura Agenzia sarebbero affidati anche rilevanti poteri in materia di accesso alla rete postale e relativi servizi, determinazione delle tariffe nei servizi regolamentati e promozione della concorrenza nei mercati postali.

Parimenti, l'Autorità ha censurato altre scelte non meno gravi e penalizzanti per il processo di liberalizzazione, in particolare la mancata previsione di misure fondamentali per assicurare la realizzazione di una concorrenza effettiva nel settore postale quali i) l'individuazione del fornitore designato del servizio postale universale con procedure ad evidenza pubblica, adatte anche a minimizzare il costo netto del servizio stesso; ii) un'opportuna revisione del perimetro del servizio universale che escluda, ad es., gli invii di corrispondenza della clientela business; iii) l'assenza di disposizioni puntuali sull'accesso alla rete.

L'apertura del trasporto ferroviario passeggeri

Anche nel settore dei trasporti ferroviari le difficoltà incontrate dal processo di liberalizzazione si riverberano in condizioni di offerta ancora insoddisfacenti soprattutto per quanto riguarda la qualità dei servizi. Per comprendere la portata e le cause di tali difficoltà occorre rilevare che, per alcune sue peculiarità, il trasporto ferroviario è settore in cui l'intervento pubblico, diretto e indiretto, e la concorrenza devono stabilmente coesistere e si devono conciliare, secondo logiche chiare e trasparenti, nel rispetto dei diversi ruoli. Senza una netta definizione delle funzioni degli attori, pubblici e privati, che si muovono su questi mercati si corre il rischio di alimentare un sistema nel quale si disperdono risorse, si mantiene artificialmente il monopolio di fatto, si depotenzia

l'effetto benefico dell'ingresso dei privati e, in ultima analisi, non si garantiscono livelli efficienti e qualitativamente accettabili per gli utenti.

Per tale ragione, l'Autorità ha ripetutamente affermato che solo un quadro regolamentare adeguato, coerente e stabile, sorvegliato da un soggetto istituzionale forte è in grado di garantire che la liberalizzazione, promossa dalle direttive comunitarie, possa sortire i benefici effetti in termini di miglioramento dei servizi e di sviluppo industriale del settore.

Invece, si deve rilevare che il più grave ostacolo alle virtuose dinamiche competitive nel nostro Paese è proprio costituito dall'esistenza di un quadro regolamentare ambiguo che, da un lato, delinea in astratto, specialmente nel settore del trasporto merci, un'avanzata liberalizzazione; dall'altro è costellato di interventi episodici, ma dirompenti volti a frenare il processo di apertura alla concorrenza, specialmente nel settore del trasporto passeggeri regionale, e a sussidiarie, in assenza di una chiara definizione degli ambiti di servizio pubblico, l'impresa ferroviaria pubblica. Il tutto in assenza di un regolatore indipendente che possa, in primo luogo, verificare gli elementi di fatto sulla base dei quali di volta in volta vengono assunte le decisioni pubbliche di finanziamento o in genere di regolazione del settore. In conseguenza di ciò, attualmente, nella sostanza, è lo stesso operatore *incumbent* a fornire il quadro cognitivo di riferimento delle decisioni pubbliche.

Nei servizi di lunga percorrenza, che sono quelli dove potenzialmente potrebbe svilupparsi maggiormente la concorrenza, è più evidente la richiamata incapacità dell'attuale quadro regolamentare di definire il confine tra servizi di interesse pubblico e servizi in concorrenza; non è delineata l'ampiezza del servizio pubblico (es. tipologie di treni), né le obbligazioni a carico del soggetto regolato (es. frequenze, fermate, tempi di percorrenza). Parte dei servizi di lunga percorrenza sono, peraltro, oggetto di un Contratto di Servizio Pubblico dello Stato con Trenitalia, affidato attraverso negoziazione diretta per sei anni con validità dal marzo 2010.

In assenza di una stabile e tecnicamente adeguata forma di controllo, queste negoziazioni possono avvenire sulla base di un quadro conoscitivo incompleto e sostanzialmente dipendente dalle informazioni fornite dallo stesso operatore dominante. Inoltre, diviene più attuale il rischio di un possibile utilizzo dei sussidi nel contiguo mercato concorrenziale. In ogni caso, oggi non si dispone di attendibili modalità di controllo su come vengano poi effettivamente utilizzate le risorse pubbliche conferite per migliorare i servizi sussidiati (trasporto regionale incluso). La sfida competitiva che nel settore si sta profilando è quella delle tratte ad alta velocità. Si tratta di una novità a livello globale che andrà attentamente monitorata per effetto dell'ingresso, già nell'autunno 2011 di un nuovo operatore nel settore (NTV).

Anche nel settore del trasporto passeggeri regionale e locale l'ambiguità della regolazione si è manifestata in modo evidente. È questo un ambito nel quale per ragioni di servizio pubblico si richiedono alcune precise caratteristiche dei servizi che sono compatibili con una gestione monopolistica sussidiata (frequenze particolari, bassi livelli dei prezzi del biglietto). L'apertura del settore in questo caso può realizzarsi solo nella forma di concorrenza per il mercato, cioè mediante la selezione concorsuale dell'impresa di trasporto. Gare ben congegnate potrebbero condurre all'individuazione dell'impresa più efficiente, in grado quindi di minimizzare l'entità del sussidio pubblico a parità di qualità, frequenze e delle altre caratteristiche del servizio richieste. In pratica, tuttavia, la realizzazione di un simile schema comporta una serie di problemi tra cui: la disponibilità del materiale rotabile, degli impianti di manutenzione o dei depositi, la possibilità delle imprese ferroviarie di non essere vincolate ai contratti di lavoro dell'*incumbent*, la perfetta conoscenza delle specifiche tecniche per operare nella sede. I suggerimenti formulati negli anni dall'Autorità per ovviare a tali inconvenienti sono rimasti inascoltati.

Inoltre, la più recente normativa nazionale ha introdotto altri rilevanti ostacoli alla realizzazione delle gare. Dopo una serie di proroghe legislative del termine del periodo transitorio durante il quale era consentito mantenere gli affidamenti diretti (l'ultima è quella di cui all'art. 6, comma 4-bis, del d.l. 28 dicembre 2006, n. 300) si è giunti con la legge n. 99/2009 all'eliminazione dell'obbligo di gara. L'Autorità ha già segnalato il problema. Inoltre, sono parse ingiustificatamente restrittive anche le previsioni della legge n. 33/2009 relative all'allungamento della durata degli affidamenti diretti (6 anni rinnovabili per altri 6) e all'erogazione di risorse statali alle Regioni che, per il triennio 2009-2011, è stata condizionata alla stipula di contratti di servizio con Trenitalia (480 milioni l'anno, in parte destinati al miglioramento del materiale rotabile e in parte al contenimento delle tariffe).

Si è trattato di una serie di misure che, anche se non impongono alle amministrazioni regionali l'affidamento diretto, di fatto scoraggiano fortemente l'apertura del mercato. Questa mutevolezza e ambiguità del quadro regolatorio ha determinato il sostanziale fallimento delle poche esperienze pur nel frattempo tentate, che hanno visto l'aggiudicazione del contratto in capo a raggruppamenti nei quali vi era sempre Trenitalia. Per le stesse ragioni, le imprese straniere non si sono dimostrate finora interessate a questi primi e perplessi tentativi di apertura dei mercati.

In conclusione, i mercati del trasporto ferroviario versano in una situazione di ambiguità regolatoria. La politica negli ultimi dieci anni non ha scelto un modello coerente da realizzare: per un verso, si è data solo formale attuazione al diritto comunitario, con particolare riferimento al problema dell'individuazione di un regolatore indipendente; per altro verso, dopo un'originaria e meritoria posizione di apertura nel settore del trasporto locale, il legislatore si è via via contraddetto, ed è prevalsa l'idea che

l'incumbent, azienda tutt'oggi interamente pubblica, deve essere il gestore del servizio pubblico in strutturale perdita e, dunque, sovvenzionato; al contempo, esso deve ricercare il profitto in quanto operante in regime di reale concorrenza, anche se per una parte assai esigua del complesso dei servizi.

Per la necessaria modernizzazione del settore è necessario superare la suddetta ambiguità, muovendosi lungo i percorsi virtuosi già altrove seguiti. In primo luogo, si dovrebbe individuare un regolatore di settore indipendente e tecnicamente qualificato così come chiede l'Unione Europea; in secondo luogo, si dovrebbero adottare tutti quegli accorgimenti necessari a distinguere attività in concorrenza effettiva, in relazione alle quali dovrebbe operare una società formalmente distinta da Trenitalia, da attività di servizio pubblico sussidiate. Queste ultime non devono essere attribuite necessariamente a Trenitalia, essendo concretamente possibile e doveroso aprire il mercato attraverso gare effettive.

Gestioni autostradali e servizi aeroportuali

Problemi del tutto analoghi a quelli evidenziati per il trasporto ferroviario sotto il profilo della inadeguatezza del quadro regolatorio, della pressoché inesistente dinamica concorrenziale nell'affidamento delle gestioni e del conseguente scadimento della qualità dei servizi offerti agli utenti, presentano i mercati autostradali e aeroportuali. In entrambi casi, si tratta di monopoli naturali per i quali l'unica forma di concorrenza immaginabile è la procedura di gara attraverso la quale selezionare i gestori, sotto il controllo di un organismo tecnicamente qualificato e indipendente.

In campo autostradale, invece, concessioni a scadenza lontana, associate alla debolezza della vigilanza, incardinata all'interno di strutture amministrative di tipo tradizionale, pregiudicano l'affermazione di una concorrenza effettiva tra gli operatori per l'aggiudicazione delle gestioni. Non dissimile è la situazione delle gestioni aeroportuali. Anche in tale ambito, infatti, hanno pesato la mancata indizione di procedure di gara, la prassi dei sistematici rinnovi di titoli concessori per archi temporali ingiustificatamente lunghi (fino a 40 anni) e l'elevata frammentazione dell'attività regolatoria, in parte svolta dall'ENAC, in parte dal CIPE. La problematicità della situazione attuale emerge in modo esemplare da un recente provvedimento che incrementa le tariffe aeroportuali per ogni passeggero per una cifra fissa, differenziata a seconda che si tratti di aeroporti grandi e aeroporti piccoli, stabilita senza alcuna analisi comparativa di efficienza o di fabbisogno reale di investimenti.

Anche con riferimento a tali settori, sostanziali e concreti benefici potrebbero derivare ai consumatori come pure agli operatori economici laddove il debole assetto

regolatorio esistente venisse superato in favore di soluzioni organizzative e istituzionali più moderne - l'istituzione di un regolatore tecnico indipendente - il cui successo è stato direttamente sperimentato anche nel nostro Paese; l'individuazione del gestore avvenisse attraverso procedure selettive; infine, l'attribuzione del titolo concessorio avvenisse per periodi adeguati al livello degli investimenti.

I servizi bancari e finanziari e la persistente esigenza di una nuova fase della regolazione

Nel settore del credito il processo di modernizzazione iniziato negli anni '90 con il passaggio da una gestione integralmente pubblicistica al sistema delle fondazioni ha prodotto risultati importanti. Le banche italiane si sono dimostrate più solide di quelle di altri Paesi, non sono state sedotte dagli eccessi che hanno gravemente indebolito altri sistemi e, per questo, hanno conseguito *performance* migliori durante la crisi. Tuttavia, alla solidità del nostro sistema bancario non corrispondono livelli altrettanto elevati di efficienza sul piano dell'offerta di servizi. Una perdurante debolezza degli stimoli competitivi continua a caratterizzare il settore.

Nel febbraio 2009 l'Autorità aveva sottolineato l'urgenza di introdurre alcune riforme volte ad innescare una più efficace dinamica competitiva nell'offerta dei servizi bancari-finanziari, ritenendole essenziali per ripristinare la fiducia dei risparmiatori. Ad oggi, il legislatore non ha prestato ascolto alle indicazioni formulate. Deve ad ogni modo rilevarsi che, sebbene la crisi della finanza privata sia ormai alle spalle, le prospettate esigenze di superamento di alcuni nodi del quadro regolatorio conservano piena attualità, considerato il ruolo centrale che un sistema bancario efficiente riveste nel finanziare l'economia e con essa la crescita del Paese.

In particolare, la domanda resta caratterizzata da scarsa mobilità della clientela e da rilevanti squilibri, accentuati dall'asimmetria informativa, nei rapporti contrattuali con i consumatori e con le piccole imprese. Su tale terreno è necessario continuare a promuovere una maggiore semplificazione, trasparenza e comparabilità delle informazioni al consumatore, al fine di consentire una maggiore mobilità della domanda. Si tratta di un approccio che, tanto nel settore bancario quanto in quello assicurativo, appare indispensabile per riformare in senso concorrenziale mercati che, pur in presenza di una molteplicità di operatori, sono stati sempre caratterizzati da una rilevante uniformità delle prassi commerciali e da una asimmetria informativa a scapito del consumatore.

Dal lato dell'offerta, invece, gli assetti di *governance* delle banche e delle assicurazioni presentano una conformazione insoddisfacente sotto il profilo concorrenziale: l'intensità degli intrecci azionari e personali tra imprese concorrenti

costituisce una peculiarità nazionale che frena le spinte concorrenziali, riduce la contendibilità del controllo e attenua il rapporto tra capitale di rischio investito e responsabilità. Sono, inoltre, ancora troppo frequenti le ipotesi di controllo di fatto, dissimulato da partecipazioni di minoranza. E ciò consente gestioni imprenditoriali per le quali risulta indebolita la disciplina del mercato.

Sempre avendo riguardo ai profili di *governance*, la figura ambigua dell'amministratore indipendente, la scarsa trasparenza nell'operato di alcuni centrali azionisti quali le fondazioni, il mancato adeguamento della normativa sulle banche cooperative (in specie delle banche popolari quotate) la cui operatività concreta è oramai largamente assimilabile alle s.p.a sono gli altri elementi che concorrono ad ostacolare l'instaurarsi di una reale concorrenza nell'offerta dei servizi a beneficio di imprese e consumatori.

Nella consapevolezza che i profili sui quali risulta necessario intervenire sottendono questioni di grande complessità, la cui disciplina difficilmente potrebbe essere compiutamente definita con norme primarie, l'Autorità ha auspicato l'adozione di disposizioni di principio miranti a risolvere le problematiche concorrenziali derivanti dalla diffusa presenza di *interlocking directorates*, lasciando agli statuti la loro concreta attuazione. Lo schema di disegno di legge annuale predisposto nell'estate 2010 optava, invece, per una differente soluzione fondata sulla mera introduzione di obblighi di pubblicità.

Il ripristino della piena contendibilità del mercato del controllo societario

Un efficace mercato dei capitali e la sussistenza di condizioni di contendibilità delle imprese rivestono una valenza prioritaria in un'ottica di sviluppo del Paese. Nel difficile sforzo di riavviare un percorso virtuoso di crescita è fondamentale, dunque, evitare che l'irrigidimento degli assetti proprietari e la loro mancata esposizione a un'aperta concorrenza possano configurare ulteriori ostacoli alla competitività del nostro sistema economico.

Da questo punto di vista, deve rilevarsi che a indebolire la dinamica competitiva negli assetti proprietari concorrono non soltanto le peculiari caratteristiche del sistema di proprietà azionaria esistente in Italia, fortemente concentrato e caratterizzato da complesse ed articolate forme di partecipazioni incrociate; rilevanti limiti alla contendibilità delle imprese derivano anche da talune criticità del quadro normativo.

In proposito, è noto che nel contesto degli interventi "straordinari" adottati dal legislatore per fronteggiare gli effetti della crisi finanziaria esplosa nel settembre 2008, sono state introdotte alcune rilevanti modifiche alla disciplina dell'Opa e all'ordinamento dei mercati finanziari.