

CONTRIBUTO DELLE AUTORITÀ ITALIANE

CONCERNENTE LA

CONSULTAZIONE PUBBLICA DELLA COMMISSIONE EUROPEA

SULLE

NORME IN MATERIA DI SERVIZI DI INTRERESSE ECONOMICO GENERALE

Roma, 7 ottobre 2010



INTRODUZIONE

Il presente documento prende spunto dalla consultazione pubblica lanciata dalla Commissione europea (CE) il 10 giugno 2010 in materia di Servizi di interesse economico generale (SIEG) e segnala alcuni degli aspetti problematici delle disposizioni comunitarie relative agli aiuti di Stato in materia di SIEG, che sono emersi dal coordinamento delle amministrazioni nazionali e regionali.

In questa sede, quindi, ci si limita a delineare un quadro di riferimento di carattere generale.

Pertanto, le amministrazioni che hanno inteso partecipare alla consultazione del 10 giugno hanno inviato le loro risposte direttamente alla CE.

L'esigenza dell'elaborazione di questo documento nasce da due ordini di motivi.

Il primo è di carattere più generale e discende dalla necessità di verificare la validità del sistema complessivo nel quale sono inserite le predette regole comunitarie, alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

Le Autorità Italiane, quindi, auspicano che ogni riflessione, con la Commissione e gli Stati membri (SM), sia finalizzata ad una revisione globale della impostazione complessiva dei SIEG, del loro ruolo e del loro rapporto con le norme sugli aiuti di Stato, in modo da rimediare alle rigidità attuali e favorire una maggiore flessibilità di applicazione.

Al riguardo, si ritiene che ogni valutazione circa la efficacia delle attuali regole e l'eventuale inserimento di nuove debba essere fatta coinvolgendo anche le altre DG della Commissione europea interessate. Infatti, le problematiche che ruotano attorno alla materia dei SIEG non si esauriscono in quelle della concorrenza, come dimostrano le novità del Trattato di Lisbona.

Il secondo ordine di motivi risiede nelle difficoltà applicative e nelle incertezze sulla esatta portata delle disposizioni comunitarie che regolano la materia dei SIEG, emerse a livello nazionale già in occasione della elaborazione della prima relazione triennale.

In altri termini, se una revisione generale della impostazione globale della normativa sui SIEG appare una logica conseguenza delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, alcune più limitate correzioni delle attuali norme sugli aiuti di Stato nei SIEG sono, in ogni caso, inevitabili.

I punti rilevanti del documento possono essere così sintetizzati:

- a. bilanciamento dell'esigenza della soddisfazione dei bisogni degli utenti con quella



della tutela dei principi e delle regole di concorrenza, nel rispetto dell'autonomia degli SM;

- b. incertezza giuridica delle regole attuali, cui consegue la necessità di:
 - semplificare il *test* Altmark, mediante una presunzione di assenza di sovracompensazione nei casi di affidamento del SIEG con gara;
 - semplificare gli oneri di dimostrazione della assenza di aiuti di Stato nei SIEG per gli enti locali di minori dimensioni;
 - individuare parametri *ex ante* di verifica del *test* di efficienza comparata.
- c. delimitazione della nozione di errore manifesto.

Le Autorità italiane, con il presente documento, hanno scelto di esaminare esclusivamente alcuni aspetti di carattere generale dei SIEG, senza prendere in considerazione tematiche collegate a specifici settori. Pertanto, ci si riserva di inviare eventuali, ulteriori contributi.

REVISIONE GENERALE DEI SIEG

1. Il principio di proporzionalità nel Trattato di Lisbona

Il principio di proporzionalità sotteso nell'articolo 106.2 TFUE ha ricevuto nuova luce a seguito delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, che conducono a prospettare una rivisitazione delle regole comunitarie in materia di SIEG.

In proposito, sarebbe utile introdurre distinti criteri di regolazione dei rapporti fra concorrenza e salvaguardia delle esigenze degli utenti, che prendano in considerazione, ad esempio, il pluralismo, la qualità, la sicurezza, la economicità e il pari accesso ai servizi, in correlazione con la previsione dell'articolo 106.2, in modo da ampliare le categorie di valutazione dell'ammissibilità dei SIEG.



Il rapporto tra SIEG e concorrenza, con il sopravvenire delle disposizioni più recenti, abbraccia uno scenario che si estende a obiettivi e principi più specificamente funzionali alla realizzazione della coesione sociale e territoriale e all'erogazione di servizi alla persona.

In questa più attuale prospettiva, è opportuno conciliare la tutela delle libertà del mercato unico con quella degli interessi collettivi degli utenti, ponendo l'attenzione sulla necessità di dare attuazione ai principi di tutela della concorrenza e alle regole sugli aiuti di Stato, in relazione con le esigenze dei fruitori, senza invadere le competenze e le prerogative e, quindi, la discrezionalità, degli SM.

In tal senso, il nuovo Protocollo n. 26, pur non delineando un'unica ed onnicomprensiva nozione di SIEG, pone tre importanti punti fermi:

- il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di individuare, disciplinare e organizzare SIEG il più vicino possibile alle esigenze degli utilizzatori;
- la diversità tra i vari SIEG e le differenze delle esigenze e delle preferenze degli utenti, che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse e da peculiarità socio-culturali delle collettività di riferimento;
- un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente.

Il principio di proporzionalità va anche letto alla luce delle novità introdotte nell'articolo 14 TFUE, in particolare in relazione alla sostenibilità economico-finanziaria dei pubblici servizi. Detta disposizione stabilisce che i principi e le condizioni che governeranno la fornitura dei servizi d'interesse generale dovranno necessariamente tenere conto di tutti gli aspetti economici e finanziari connessi ad un'attività produttiva caratterizzata dal ricorrere delle esigenze pubblicistiche dell'universalità.

Inoltre, la sostenibilità economico-finanziaria dei pubblici servizi (articolo 14 TFUE) e le previsioni del Protocollo devono essere considerate in correlazione con la previsione dell'articolo 174 TFUE, secondo cui *“tra le regioni interessate, un'attenzione particolare è rivolta alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, [...]”*.



Ciò conferisce una connotazione ulteriore al principio di proporzionalità, da cui scaturisce anche l'esigenza di assicurare un adeguato livello di servizi per le zone dell'Unione più disagiate, nelle quali, di norma, i pubblici servizi hanno costi di fornitura più alti, ma rappresentano uno strumento insostituibile al fine di garantire adeguati margini di sviluppo e coesione sociale.

Occorre, quindi, bilanciare, da un lato, la soddisfazione dei bisogni dei cittadini che gli SM ritengono essenziali alla convivenza civile e nella misura che essi ritengono indispensabile e, d'altro lato, il rispetto dei principi e delle regole poste a salvaguardia della concorrenza, nei limiti, beninteso, fissati anche dall'art. 106.2 TFUE.

Al riguardo, le Autorità italiane sottolineano la necessità che, fermo restando il ruolo degli SM nella individuazione, organizzazione, disciplina ed erogazione del servizio, le regole poste a salvaguardia della concorrenza siano strutturate ed organizzate in coerenza con l'esigenza della massima certezza giuridica, secondo principi di immediatezza, trasparenza e semplicità e con l'esigenza della riduzione e della semplificazione degli oneri burocratici, il cui costo grava, in ultima analisi, sugli utenti dei servizi pubblici (pagamento delle tariffe) o sulla intera collettività (prelievo fiscale).

A questo proposito, si richiama quanto già esposto nell'introduzione, e cioè che le Autorità italiane ritengono di fondamentale importanza il coinvolgimento, in tale processo, di tutte le DG interessate.

INTERVENTI CORRETTIVI DELLA ATTUALE DISCIPLINA

Come già anticipato nella introduzione, l'Italia considera ineluttabile effettuare interventi di modifica dell'attuale disciplina sui SIEG, ritenendo essenziale focalizzare l'attenzione:

- sulla semplificazione dei criteri del *test Altmark*, in particolare nei casi di SIEG affidati con gara, nei quali la assenza di sovracompensazione dovrebbe essere presunta;
- sulla semplificazione degli oneri amministrativi che gli enti locali di minori dimensioni devono sostenere per dimostrare la ricorrenza delle condizioni *Altmark*;



- sulla delimitazione del concetto di errore manifesto.

Infatti, la mancanza di certezza giuridica - che si riscontra a più livelli (giurisprudenziale, normativa, attuativa) - è il principale problema relativo all'applicazione della disciplina SIEG e genera forti difficoltà applicative, in particolare in ambito locale, dove gli elementi di indeterminatezza giuridica si sono manifestati con maggior forza. Se è pur vero che tale incertezza non avrebbe dovuto influenzare in maniera diretta l'applicazione dei criteri *Altmark*, essa ha comunque reso più difficile l'attuazione piena di un quadro regolatorio che, di per sé, è di difficile assimilazione ed applicazione.

Il *test Altmark* non è del tutto idoneo a disciplinare in maniera organica i rapporti fra aiuti di Stato e SIEG e risulta, quindi, applicabile con difficoltà, specie quando la remunerazione all'impresa incaricata del SIEG è effettuata con strumenti diversi. Esso, infatti, pur essendo configurato per le ipotesi nelle quali il finanziamento dei SIEG avviene mediante compensazioni in denaro, ha costituito la base della elaborazione del "pacchetto *Monti-Kroes*", che, invece, dovrebbe tendenzialmente applicarsi a tutte le tipologie di SIEG.

Le incertezze giuridiche conseguenti a tale (almeno parziale) inadeguatezza si manifestano, in primo luogo, a livello giurisprudenziale, come dimostrano le sentenze successive alla *Altmark*, che hanno inciso sui vari criteri¹. Ciò sembra suggerire che esiste una varietà di meccanismi di organizzazione e finanziamento dei SIEG diversi da quelli della sentenza *Altmark*, che non determinano necessariamente e automaticamente l'applicazione *ex se* delle regole sugli aiuti di Stato presenti nel *test Altmark*.

A livello normativo, motivi di incertezza giuridica derivano dallo stesso "pacchetto *Monti-Kroes*", fra cui, a titolo di esempio: l'assenza di indicatori specifici per la determinazione del margine di utile ragionevole e della rilevanza dell'elemento del rischio di impresa che il fornitore del SIEG comunque si assume; le modalità di calcolo dei costi imputabili all'impresa, sulla base dei quali stabilire l'entità della compensazione; il concetto di conferimento, che non appare il linea con

¹ Gli elementi su cui, in breve sintesi, si è soffermata la giurisprudenza *post-Altmark*, sono: a) gli obblighi chiaramente definiti, in relazione ai quali vi è libertà di decisione e di azione nei confronti dei contenuti e dei prezzi; b) i parametri oggettivi e trasparenti, che comunque non escludono la discrezione delle autorità nazionali nella determinazione della compensazione; c) la compensazione basata sui costi, che non esaurisce i possibili sistemi di compensazione, che possono prendere in considerazione anche il profilo del rischio.



*PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Dipartimento per le Politiche Comunitarie*

il medesimo concetto riferito alla direttiva servizi; la difficoltà di imputazione e di calcolo delle entrate derivanti all'impresa dallo svolgimento del SIEG; ecc.

A livello della prassi applicativa, oltre a replicarsi alcune delle incertezze sopra evidenziate, in questa sede, ci si limita a richiamare solo quelle attinenti al rapporto tra il terzo e il quarto criterio *Altmark*.

Proprio i descritti profili di incertezza – ai vari livelli – rappresentano un potente fattore di complicazione di uno scenario già di per sé complesso come quello dei servizi pubblici, che sono profondamente influenzati dalla notevole diversità e varietà dei modelli sociali dei paesi dell'Unione.

Se, dunque, come si è visto nel paragrafo 1, occorre garantire un'adeguata autonomia e discrezionalità agli SM, in modo che essi possano organizzare i propri servizi di interesse generale secondo le modalità che meglio ritengono rispondenti al loro modello di sviluppo ed alle loro scelte di *policy*, d'altro lato, il rispetto delle regole degli aiuti di Stato deve essere sempre verificato, e tale verifica, per essere efficace, deve poter essere fatta secondo canoni e modalità facilmente praticabili.

Di qui, dunque, la particolare utilità di individuare talune soluzioni di immediata e concreta applicazione che possano meglio garantire il rispetto delle regole, consentendo alle Autorità dell'UE e degli SM di concentrare i loro sforzi – inevitabilmente condizionati dalle (limitate) risorse disponibili - sui fenomeni che, con maggiore prevedibilità, presentano rischi di distorsione.

In quest'ottica, è necessario, altresì, che l'impatto amministrativo delle regole di tutela della concorrenza sia effettivamente proporzionato alle dimensioni dei fenomeni i cui effetti distorsivi si intende limitare.

Inoltre, sembra anche necessario valutare la opportunità di garantire una maggiore certezza alle Autorità degli SM individuando, ove vi sia l'accordo della generalità degli SM, parametri condivisi di delimitazione dell'errore manifesto.



2. Rapporto tra gara d'appalto e verifica della sovracompensazione

Le Autorità italiane ritengono che l'affidamento mediante gara del SIEG debba essere ritenuta una procedura idonea a garantire l'assenza di sovracompensazione.

Infatti, nel contesto della auspicata semplificazione del processo di valutazione delle compensazioni in relazione alle disposizioni in materia di aiuti di Stato, si ritiene che, quando il SIEG viene affidato mediante gara, ispirata a criteri di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, non sia necessario dimostrare l'assenza di sovracompensazione.

Lo strumento giuridico della gara appare di per sé idoneo a selezionare il fornitore in grado di offrire il servizio richiesto al minor costo, o, più esattamente, al costo più efficiente, rendendo quindi superflua la verifica della congruenza tra la compensazione erogata e i costi sostenuti dall'aggiudicatario.

Tale impostazione sembra trovare conforto in un recente Parere² dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nel quale si svolgono alcune considerazioni che *“potrebbero rivelarsi utili per la semplificazione del processo di valutazione di compatibilità delle compensazioni con le disposizioni in materia di aiuti di Stato in presenza di procedure ad evidenza pubblica.”*

Al riguardo, l'AGCM, ritiene che *“in generale l'espletamento della procedura competitiva, oltre a costituire il criterio cardine per consentire la selezione del fornitore più efficiente, assolve anche alla funzione di “rivelare” automaticamente alla amministrazione il costo minimo di fornitura del servizio, rendendo pertanto superfluo il calcolo analitico dello stesso. In altri termini l'adozione di un meccanismo di selezione del prestatore concorrenziale, essendo idoneo a selezionare un fornitore in grado di offrire il servizio al minor costo (e quindi soddisfare il criterio dell'efficienza definito nella sentenza Altmark), potrebbe risultare, altresì, idoneo a rendere superflua la verifica della congruenza tra la compensazione erogata e i costi sostenuti dall'aggiudicatario (criterio della proporzionalità).”*

La stessa AGCM precisa poi, che *“affinché tale risultato di efficienza nella selezione del prestatore si verifichi, rendendo effettivamente superflua la valutazione dei costi richiesta dal criterio di proporzionalità espresso nella sentenza Altmark, sarà necessario che la gara sia*

² Il parere, dell'8 settembre 2010, sarà pubblicato nel prossimo bollettino dell'AGCM, rinvenibile sul sito <http://www.agcm.it/D11.htm>.



consegnata in modo da consentire un reale confronto concorrenziale tra i prestatori effettivi e potenziali.”.

L'Italia ritiene pertanto necessario un confronto puntuale con la CE e gli SM al fine del pieno accoglimento di tale approccio semplificativo nel sistema di valutazione degli aiuti di Stato potenzialmente presenti nell'ambito dei SIEG affidati con gara³.

Al riguardo, si rileva che, innanzi tutto, tale approccio, secondo cui la effettuazione della gara assolve anche alla dimostrazione del terzo criterio, si rivela un significativo strumento di incentivazione del ricorso a procedure di gara per l'affidamento di SIEG, con indubbio vantaggio sotto il profilo di un effettivo confronto concorrenziale tra i prestatori effettivi e potenziali.

Inoltre, ritenere che la procedura di evidenza pubblica sia idonea a soddisfare anche la terza condizione del *test Altmark* costituirebbe un meccanismo idoneo a ridurre gli oneri amministrativi per la dimostrazione del terzo criterio, con un beneficio anche in termini di effettività ed efficacia della verifica delle condizioni *Altmark*.

In proposito, va tenuto presente che, sebbene, sul piano dell'astrattezza giuridica, la gara non esclude, con assoluta certezza, la eventuale sussistenza di aiuti di Stato in favore dell'impresa selezionata, tuttavia essa, di norma, selezionando il fornitore più efficiente, rende superflua la verifica della congruenza fra la compensazione ricevuta e i costi dell'impresa aggiudicataria e, di conseguenza, della sussistenza di una sovracompensazione.

³ Sembra opportuno segnalare che l'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 ha modificato le norme generali sui sistemi di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui all'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante "Testo unico degli enti locali" (TUEL). Il comma 2 di tale articolo 23-bis, riportato in calce alla presente nota, stabilisce che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali debba avvenire in via ordinaria a favore di soggetti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e a favore di società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

In particolare, il comma 2 dell'articolo 23-bis del d.l. 112/2008 dispone che:

"2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.”.



PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Dipartimento per le Politiche Comunitarie

In tale contesto, la gara rappresenterebbe il rimedio più idoneo a superare le difficoltà applicative del terzo criterio, che la pregressa esperienza sulla applicazione del *test Almark* ha fatto emergere.

Al riguardo, è poi da precisare che, affinché sia garantita la maggiore efficacia dei criteri di verifica del *test Almark*, è necessario assicurare agli operatori la massima certezza giuridica circa l'assolvimento degli obblighi di dimostrazione del terzo criterio nelle ipotesi in cui si proceda mediante gara.

Qualora si attribuisse alla gara il valore di una presunzione di rispetto del terzo criterio che ammette la prova del contrario, sarebbe totalmente inficiata la finalità di garantire certezza giuridica agli operatori e verrebbe altresì a cadere la finalità di incentivazione dell'utilizzo delle procedure di gara.

Pertanto, gli obiettivi sopra sottolineati potrebbero essere raggiunti solo nel caso in cui il valore di presunzione del rispetto del terzo criterio non ammettesse la prova del contrario.

Per tale ragione, quindi, si ritiene che l'espletamento della gara per l'attribuzione di un SIEG debba costituire un presunzione assoluta di rispetto del terzo criterio.

Parallelamente alla valorizzazione dell'affidamento mediante gara, sarebbe poi necessario approfondire con gli altri SM e con le altre DG della CE, la possibilità di adottare procedure di appalto che abbiano caratteristiche di maggiore flessibilità, (come ad esempio, il regime *ad hoc* previsto dalla direttiva "settori speciali" relativamente agli elenchi di qualificazione) in relazione alle esigenze delle piccole amministrazioni locali, come suggerito dal recente rapporto Monti.

Infatti, la procedura di gara, pur rappresentando comunque lo strumento più appropriato a selezionare l'impresa più adatta allo svolgimento del SIEG, a garanzia dei principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento, in alcuni casi può presentare alcune problematiche in relazione a specifiche caratteristiche del SIEG o alla dimensione estremamente piccola dell'autorità aggiudicatrice.

In relazione, poi, alle ipotesi di affidamento del SIEG senza un procedura di gara, occorre che la verifica dell'assenza di sovracompensazione possa essere ugualmente fatta secondo criteri che consentano di effettuare le necessarie verifiche in maniera certa, trasparente ed efficace, e, pertanto, con modalità di semplice attuazione, come si dirà nel paragrafo 4.



3. I SIEG negli enti di piccole dimensioni

L'Italia ritiene necessario che vengano adottate disposizioni rispondenti alle esigenze degli enti locali di piccola dimensione che, di norma, affidano SIEG il cui scarso valore economico porta a ritenere che il principio del rispetto della concorrenza possa essere soddisfatto con strumenti di verifica (es.: popolazione) che presentano oneri amministrativi meno gravosi di quelli attuali.

Tale considerazione trova conferma nella rilevanza circoscritta dei SIEG locali, relativi ad attività - spesso al margine di quelle qualificabili come economiche - che si sviluppano in contesti fortemente circoscritti a livello territoriale. Ciò può indurre a considerare inesistente l'elemento del pregiudizio sugli scambi intracomunitari, e, di conseguenza, a ritenere che non vi sia un aiuto di Stato.

Per le ipotesi di compensazioni di minore entità, la CE, adottando la decisione 842/2005, ha previsto che esse, pur costituendo aiuti di Stato, possono essere esentate dalla notifica di cui all'art. 108 TFUE, sempreché, tuttavia, siano rispettate determinate condizioni.

Tuttavia, il *favor* della CE nei confronti delle compensazioni di minore importo presuppone l'esistenza di un aiuto di Stato, rispetto al quale anche il piccolo ente - contraddistinto da risorse umane e finanziarie limitate - deve effettuare una serie di valutazioni giuridiche e di attività amministrative con riguardo alla possibile applicazione delle relative norme.

La decisione di esenzione rivela, però, due forti limiti:

- a. la dimostrazione dell'assenza di aiuti di Stato (il rispetto dei quattro criteri Altmark) è talmente difficile che taluni enti potrebbero essere indotti a utilizzare la decisione di esenzione anche per fattispecie di non aiuto, per cui si avrebbe, nella sostanza, una *fiction iuris* in base alla quale sarebbero esentati dalla notifica benefici che non sono aiuti di Stato e che, quindi, non andrebbero affatto notificati;
- b. i piccoli enti sono comunque tenuti a svolgere valutazioni e attività amministrative, di per sé impegnative, che, in proporzione alle risorse umane strumentali disponibili, si rivelano estremamente onerose, oltre che del tutto ingiustificate (e sproporzionate) per misure di basso importo.



In relazione ai SIEG contraddistinti da un limitato impatto, quindi, si pone il problema di individuare possibili criteri per la loro individuazione, alternativi rispetto a quelli del *test Altmark*, che consentano di pervenire alla conclusione di assenza di aiuti di Stato senza gli oneri amministrativi che attualmente presentano i criteri del *test Altmark*.

In altri termini, occorre esplorare l'ipotesi secondo la quale il carattere puramente locale dei SIEG è idoneo a determinare una sorta di soglia di non rilevanza del SIEG medesimo, sotto il profilo comunitario.

Tra tali ma meccanismi alternativi, uno di quelli che presenta indubbe caratteristiche di semplicità e di minimo impatto sulle amministrazioni è quello della popolazione interessata.⁴

Tale indicatore può essere utilizzato per individuare la dimensione del bacino d'utenza, il quale a sua volta, è uno dei parametri per valutare la dimensione economica del servizio. Tale criterio può essere facilmente riportato a quello della popolazione residente, sebbene talvolta i due valori non siano esattamente coincidenti.

Tuttavia, sembra comunque necessario che tale possibile criterio alternativo della popolazione sia configurato in maniera tale da evitare il rischio che una attività economica, contendibile sul mercato, sia affidata ad un operatore (pubblico o privato) del mercato in questione a discapito dei principi del mercato interno.

Sembra dunque inevitabile condizionare la utilizzazione del criterio della popolazione alla circostanza che i fornitori affidatari del SIEG di rilevanza esclusivamente locale non siano in concorrenza in nessun altro luogo per questo tipo di servizio.

Entro i descritti limiti, l'indicatore della popolazione residente presenterebbe l'indubbio pregio di essere facilmente e immediatamente accertabile dall'ente locale, che dovrebbe solo verificare se il numero degli abitanti residenti nel territorio di riferimento rientri o meno al di sotto di una certa soglia.

Detta soglia dovrebbe essere individuata di comune accordo con gli altri SM e coinvolgendo nel dibattito tutte le DG interessate della CE.⁵

⁴ In Italia, il numero complessivo dei comuni è di 8100 (circa). A titolo meramente esemplificativo, si segnala che i comuni con popolazione inferiore a 1000 abitanti sono 1931; quelli al di sotto di 3000 abitanti sono 4540; quelli al di sotto di 5000 sono 5702; quelli al di sotto di 10.000 sono 6896.



4. Il test di efficienza comparata

In relazione ai casi – che rappresentano la norma - nei quali non vi sono imprese effettivamente comparabili, dovrebbero essere elaborati parametri trasparenti, definiti *ex ante* che consentano di stabilire un confronto tra impresa e mercato considerato.

Infatti, il quarto criterio prevede che, per i casi nei quali l'autorità non seleziona l'impresa con appalto, l'amministrazione debba necessariamente procedere effettuando il test di efficienza con imprese comparabili. Tale alternativa si presenta eccessivamente rigida e di scarsa utilità pratica.

La regola secondo cui il livello della compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che una impresa media gestita in modo efficiente avrebbe dovuto sostenere, non è di agevole applicazione. Il confronto con una impresa media ben gestita, pur se auspicabile in linea di principio, risulta quantomeno difficile da mettere in pratica.

Poiché è raro che esista un concorrente - con cui fare la comparazione - che opera nello stesso mercato di riferimento, la comparazione andrebbe fatta con una impresa operante su un mercato diverso da quello considerato.

In casi del genere, tuttavia, la comparazione andrebbe effettuata con parametri correttivi che rischiano di risultare poco attendibili e distorcere il *test* di comparazione.

Inoltre, l'obbligo giuridico – certamente condivisibile - di tenere una contabilità separata dei costi e dei ricavi del SIEG rispetto a quelli relativi ad eventuali altri servizi svolti dall'impresa sul libero mercato, non è sufficiente a consentire una effettiva comparazione con una impresa esistente.

Infatti, sebbene costi e ricavi siano nominalmente distinti, non si può escludere che l'attività del SIEG influenzi o sia influenzata dalle altre attività di libero mercato svolte dalla impresa⁶.

⁵ La possibilità di adottare norme, a livello nazionale, che dispongano la gestione in forma associata dei servizi pubblici, appartiene alla competenza esclusiva degli SM e non può quindi in alcun modo rappresentare una soluzione a livello comunitario.

⁶ Si pensi, a titolo di esempio, alle ipotesi di economie di scala derivanti dalla utilizzazione dei medesimi beni strumentali per un maggior numero di attività o, anche, a esternalità del SIEG sulla domanda delle attività in regime di libero mercato.



Infine, nel caso in cui sia necessario ricorrere ad una impresa ipotetica ben gestita, la comparazione risulta di esito ancor più incerto e contestabile.

Tale meccanismo - che implica un notevole margine di valutazione discrezionale da parte della CE - potrebbe comprimere eccessivamente le competenze degli SM, configurandosi come un modo per stabilire, da parte della CE, un “prezzo” al servizio, incidendo sulla qualità del servizio stesso.

5. La delimitazione dell'errore manifesto

La competenza a definire i SIEG spetta agli SM, seppure con il limite dell'errore manifesto.

Quest'ultimo può comunque essere ricondotto alle ipotesi nelle quali non sia possibile ricavare le motivazioni alla base dell'istituzione del SIEG oppure dell'assoggettamento di un determinato servizio a forme di regolazione idonee a distinguerlo da altre attività economiche svolte nel cd. libero mercato, sebbene ciò non consenta di addivenire ad una nozione univoca e precisa di errore manifesto.

Tanto premesso, tuttavia, le esigenze di trasparenza e certezza del diritto inducono a ritenere che sarebbe certamente opportuno circoscrivere la nozione di errore manifesto, mediante l'individuazione di parametri di riferimento indiscussi e condivisi con gli SM e la CE, senza pregiudizio dell'autonomia degli SM.

Infatti, in assenza di parametri di riferimento, una interpretazione estensiva della clausola dell'errore manifesto si tradurrebbe in un intervento ingiustificato degli organismi dell'Unione nella qualificazione di determinati servizi come SIEG. invadendo quindi un campo di competenza esclusiva degli SM.