

Il servizio idrico integrato in Emilia-Romagna: tra esigenze di aggregazione e nuovi municipalismi

di Camilla Mancuso

Sommario

1. Introduzione. – **2. La normativa di riferimento:** tra leggi statali e regionali, ordinamento generale e discipline di settore. – **3. L'affidamento del servizio.** – **4. La proprietà delle reti.** – **5. La regolazione del servizio.**

1. Introduzione

Il dato di partenza dal quale prende avvio la presente indagine è la constatazione della progressiva riduzione del ruolo che i Comuni hanno storicamente esercitato nella programmazione, gestione e regolazione del ciclo delle acque, oggi fortemente ridimensionato a vantaggio di soluzioni aggregative nelle quali l'autonomia comunale risulta, se non sacrificata, quanto meno compressa.

È questa una conseguenza inevitabile dei cambiamenti che, nell'ultimo decennio, hanno condizionato non solo la disciplina, ma lo stesso modo di concepire i servizi afferenti alla gestione delle risorse idriche: servizi che, investendo aspetti delicatissimi della vita umana e dell'ecosistema, impongono la ricerca di modelli organizzativi capaci di assicurare uniformi criteri di erogazione e adeguati standard di qualità.

Da qui la scelta di abbandonare i tradizionali sistemi in cui tutto era deciso dal Comune titolare del servizio (offerta delle prestazioni, regolazione delle tariffe, rapporti con i gestori e con gli utenti), per aderire ad un modello il cui le determinazioni individualmente assunte dall'ente locale lasciano il posto ad

interventi e soluzioni di “area vasta”.

Il processo inizia nell’anno 1994, quando il legislatore, consapevole della frammentazione che per troppo tempo aveva caratterizzato il mercato dei servizi idrici, ha voluto porvi fine, obbligando all’individuazione di livelli sovracomunali entro i quali organizzare l’offerta delle prestazioni.

A tale scopo la l. 5 gennaio 1994, n. 36 (cd. legge “Galli”) ha attribuito alle Regioni il compito di suddividere il territorio in ambiti ottimali, all’interno dei quali favorire forme di gestione integrata del servizio idrico ⁽¹⁾.

Per tale via, anche la nozione di servizio idrico subisce una trasformazione profonda, che unifica in un unico ciclo di prestazioni attività fino a quel momento separatamente considerate e conseguentemente organizzate secondo soluzioni particolari.

E così il servizio idrico diventa “integrato”: un ampio contenitore, che raccoglie al suo interno il complesso dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, oltre che di fognatura e depurazione delle acque reflue ⁽²⁾.

L’intento è quello rimediare alla “parcellizzazione” operativa che i vecchi meccanismi avevano generato, con migliaia di strutture deputate alla gestione e una certa dispersione di risorse economiche.

Il tutto aggravato da una forte commistione tra funzioni di regolazione e gestione, nella maggior parte dei casi concentrate in un unico soggetto giuridico (l’ente locale), non abituato ad operare secondo criteri aziendalistici e piuttosto portato all’applicazione di logiche politico-redistributive anche in un settore, come quello in esame, dall’indubbia rilevanza economica.

La misura prescelta per fronteggiare le descritte criticità è stata, appunto, la costituzione di circoscrizioni sovracomunali entro le quali avviare esperienze produttive unitarie, affidate alle mani di un unico gestore e consegnate al governo di un’unica Autorità.

(1) Cfr. art. 8, l. n. 36/1994.

(2) È questa la definizione di servizio idrico integrato contenuta nell’art. 4, c. 1, lett. f), l. n. 36/1994 e nell’art. 141, c. 2, d.lgs. n. 152/2006.

Nel quadro così disegnato, il gestore unico avrebbe consentito la realizzazione di adeguate economie di scala e di elevati livelli prestazionali, perché individuato tra imprenditori selezionati secondo meccanismi competitivi e in base a criteri di efficienza ed economicità.

L'Autorità unica, dal canto suo, avrebbe garantito una uniformità nello svolgimento di tutte le funzioni afferenti al governo e alla regolazione del settore: pianificazione delle politiche produttive, scelta delle modalità di gestione, selezione del gestore, regolazione dei rapporti con le imprese e con gli utenti, controllo delle prestazioni erogate.

Il legislatore, sia nazionale che regionale, ha dimostrato di credere fortemente nei vantaggi di questa soluzione organizzativa, tanto da estenderla anche ad altri ambiti, in cui altrettanto avvertita è l'esigenza di uniformità e integrazione, oltre che di promozione della libera concorrenza tra aspiranti gestori ⁽³⁾.

(3) Così è avvenuto nel settore dei rifiuti, pure caratterizzato dal principio che la gestione del servizio debba avvenire in ambiti territoriali ottimali, identificati, salvo diversa disposizione stabilita con legge regionale, con il territorio delle Province. All'interno di tali circoscrizioni territoriali opera l'Autorità d'ambito, il cui compito è quello di assicurare una gestione unitaria dei rifiuti urbani e di predisporre piani di gestione dei rifiuti, sentiti i Comuni, in applicazione degli indirizzi e delle prescrizioni del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (cfr. art. 23 d.lgs. n. 22/1997, cd. decreto Ronchi). Così si è pure verificato nel sistema dei trasporti pubblici locali, dove sono state le leggi regionali a dar vita ad organismi di garanzia, investiti del compito di verificare e promuovere i principi del pluralismo e della libera concorrenza tra gestori, gestire le procedure concorsuali e monitorare i contenuti e l'esecuzione dei contratti di servizio (cfr. art. 15, l.r. Lombardia n. 22/1998, che istituisce l'Organo di garanzia del trasporto pubblico, con compiti di verifica, tutela e controllo dei diritti dell'utenza, della qualità e dell'efficienza dei servizi di trasporto pubblico locale, del pluralismo e della libera concorrenza tra i gestori; art. 25, c. 5, l.r. Puglia n. 18/2002, che istituisce l'Agenzia per la mobilità nella regione Puglia, con funzioni di supporto alla Regione e, ove richiesto, agli enti locali nei processi di pianificazione e monitoraggio del sistema dei trasporti, di gestione delle procedure concorsuali per l'affidamento dei servizi di trasporto, di redazione dei contratti di servizio, di vigilanza sullo svolgimento dei servizi, di gestione della politica tariffaria; artt. 21 e 28, l.r. Campania n. 3/2002, che prevedono l'istituzione di un'Agenzia regionale e di singole Agenzie territoriali per la mobilità sostenibile, con funzioni di supporto alla Regione e agli enti locali per la gestione dei processi di pianificazione e monitoraggio del sistema dei trasporti, nonché delle procedure concorsuali di affidamento del servizio; art. 18, c. 1, lett. a) e art. 19, c. 3, lett. c), l.r. Emilia-Romagna n. 30/1998, che disciplinano le Agenzie locali per la mobilità e il trasporto pubblico locali, forme associative costituite da Province e Comuni nell'ambito di ciascun territorio provinciale, con compiti di progetta-

In effetti, investendo dei compiti di regolazione autorità esterne all'ente locale, è possibile aspirare ad una maggiore correttezza nell'esercizio di quei poteri di vigilanza che, sottratti al Comune di riferimento, possono esplicarsi senza le influenze derivanti da una contiguità troppo stretta con l'affidatario del servizio. Soprattutto, assicura una maggiore imparzialità del controllo quando il gestore sia una società partecipata dall'ente locale, riducendo il rischio di conflitti di interesse e realizzando quella separazione tra gestione e regolazione tanto esaltata dalle recenti riforme in materia di servizi pubblici locali.

Tali motivazioni, certamente condivisibili in astratto, rivelano, però, una certa fragilità nel settore che ci occupa.

È infatti vero che la normativa del servizio idrico integrato non configura le Autorità d'ambito come organismi tecnici in posizione di indipendenza rispetto ai singoli enti locali, ma modella tali istituzioni come forme associative, anche a carattere obbligatorio, tra Comuni e Province ricadenti nel medesimo ambito ottimale. Spetta alla Regione definire, con legge, le modalità della cooperazione tra gli enti locali collocati nello stesso livello territoriale⁽⁴⁾.

Trattasi, dunque, di soggetti certamente terzi nella forma, ma non esenti da quei condizionamenti politici inevitabili, quando si prendono in esame organismi composti da membri espressi da istituzioni rappresentative.

Il fatto che l'Autorità sia un'aggregazione di enti locali esclude inoltre, *ipso facto*, una piena separazione tra regolatore e gestore, quando l'impresa che eroga il servizio sia una società partecipata dai soggetti aderenti alla stessa Autorità titolare del potere di affidamento e vigilanza.

La circostanza, poi, che le quote di partecipazione all'ente associativo non siano paritarie, ma commisurate alla popolazione degli associati, determina la tendenziale prevalenza del volere dei Comuni più grandi, rispetto ai quali le aspirazioni

zione, organizzazione e promozione dei servizi pubblici di trasporto; gestione delle procedure concorsuali per l'affidamento dei servizi; controllo dell'attuazione dei contratti di servizio).

(4) Cfr. art. 9, c. 2 e 3, l. n. 36/1994 e art. 148, c. 2, d.lgs. n. 152/2006.

degli enti minori sono di norma destinate al fallimento.

È allora facile comprendere la diffusa sofferenza che molti Comuni, soprattutto i più piccoli, manifestano rispetto a questo stato di cose.

Nel settore in esame, essi non solo difettano del potere di assumere autonome scelte organizzative del servizio, ormai quasi interamente riservate alle Autorità d'ambito, ma se non assistiti da adeguate "sponde" all'interno dell'organo assembleare, rischiano di non potere nemmeno concorrere alla formazione del volere dell'Autorità, restando il loro punto di vista in posizione di minoranza.

Come è facile intuire, l'assetto che ne deriva appare fortemente divergente dai tradizionali modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali, in cui i Comuni sono normalmente i principali attori delle iniziative che riguardano il proprio territorio.

Nel campo del servizio idrico integrato, invece, l'autonomia decisionale dei Comuni cede il passo a determinazioni rimesse all'Agenzia d'ambito, titolare del potere di disporre degli affidamenti e, conseguentemente, di elaborare le concrete politiche di gestione dei servizi pubblici locali.

La riluttanza di certi Comuni ad abbracciare il descritto sistema è peraltro avallata dalle peculiarità del comparto che ci occupa, dove l'omogeneità di scelte imposte dall'alto non sempre si attaglia all'esistenza di situazioni locali spesso lontanissime tra loro, e perciò bisognose di soluzioni diversificate in base alle distinte realtà di riferimento.

Si pensi, ad esempio, a certi territori di montagna o dalle particolari condizioni morfologiche, dove l'esperienza ha dimostrato che i Comuni possono dare prova di soddisfacenti gestioni in economia.

Non è raro che in tali situazioni gli enti locali "spogliati" della gestione mal sopportino l'idea di doversi affidare a società esterne: soggetti imprenditoriali che non conoscono il territorio e, ispirandosi a logiche prevalentemente aziendalistiche, rischiano di sacrificare sull'altare del profitto quei valori di efficacia e completezza del servizio, che specialmente in aree im-

pervie (dove l'erogazione del servizio presenta costi più alti e maggiori difficoltà operative) potrebbero non continuare ad essere assicurati a tutti i cittadini.

L'anomalia è tanto più evidente se si considerano gli effetti che potrebbero derivare dall'aggiudicazione del servizio a società completamente estranee al Comune e magari partecipate da altri enti locali appartenenti al medesimo bacino idrografico. In questo caso il singolo Comune, eventualmente rimasto in posizione di minoranza nella scelta del gestore, non ha nemmeno il potere di influire sulle scelte tecnico-gestionali ed economiche relative allo svolgimento del servizio, non essendo socio della società chiamata ad erogare le relative prestazioni.

Il tema è delicatissimo, perché involge equilibri politici che, messi a confronto con il dato della verifica empirica, rischiano di rivelare tutta la loro debolezza.

Ci si riferisce, in primo luogo, alle conflittualità che possono instaurarsi all'interno dell'Autorità, quando tra i soggetti aderenti non esista uniformità di vedute.

Ma ci si riferisce anche alle problematiche che un simile regime determina nei rapporti tra l'ente locale e la propria cittadinanza. Nella prospettiva dei fruitori del servizio, infatti, è sempre il Comune il soggetto responsabile dell'efficienza delle prestazioni.

Qualora queste ultime non raggiungano livelli di sufficiente adeguatezza, a risponderne politicamente sarà comunque il singolo ente locale, ancora avvertito come l'autore di tutte le scelte organizzative e operative.

Perfino quando il Comune non avrà concorso (ad esempio, per non avere aderito) ad una decisione prevalsa in seno all'Autorità ma rivelatasi fallimentare, il suo operato non sarà esente da censure. Nel comune sentire, l'ente locale sarà infatti sempre ritenuto "colpevole", per non avere saputo difendere i bisogni della propria comunità di fronte a soluzioni esterne, che lo hanno relegato in una posizione di soccombenza.

Per non parlare della negativa risonanza che, nell'opinione pubblica, può avere la scomparsa di storiche esperienze aziendali comunali, in passato dimostratesi soddisfacenti e pertanto

avvertite come garanzia di efficienza e stabilità.

A tali iniziative dovrà ora certamente rinunciarsi, se le società di scopo costituite dal singolo Comune non otterranno il benessere dell'Autorità, con ogni conseguenza in termini di "gradimento" di politici e amministratori.

A parere di chi scrive, sono queste non sterili questioni di "campanile", ma problematiche che toccano nel profondo quei valori autonomistici, fortemente esaltati nel contesto istituzionale disegnato dal Titolo V, Parte II della Costituzione.

Da qui il bisogno di interrogarsi sui limiti di legittimità di un sistema in cui l'economicità prevale sempre sulla municipalità, salvo recuperare, nelle strette maglie delle norme sul servizio idrico integrato, spazi in cui l'autonomia del singolo Comune è ancora in grado di esplicarsi e svilupparsi.

A questa ricerca saranno dedicate le pagine che seguono. In esse si cercherà di individuare se, al di là del mero concorso alla formazione della volontà dell'Autorità (con i descritti limiti del principio maggioritario), gli enti locali singolarmente considerati possano ancora giocare un ruolo effettivo nei processi decisionali che governano il settore.

L'indagine avrà di mira, in special modo, la situazione emiliano-romagnola, dove da tempo risultano avviati i percorsi procedurali voluti dal legislatore, con la costituzione di nove Autorità d'ambito, l'esperienza dei primi affidamenti e l'espletamento della fase di prima attivazione del servizio.

Non è anzi azzardato affermare che nella Regione Emilia-Romagna i tempi appaiono maturi per un bilancio delle riforme, così da verificare se quelle esigenze di uniformità e garanzia di economicità alla base della normativa vigente siano effettivamente prioritarie e tali da legittimare quel sacrificio dell'autonomia comunale, altrimenti non giustificato da mere esigenze di rinnovamento del comparto.

2. La normativa di riferimento: tra leggi statali e regionali, ordinamento generale e discipline di settore

Sulla natura di servizio pubblico delle attività connesse alla gestione del ciclo delle acque non paiono esservi dubbi ⁽⁵⁾.

In questo senso è chiara la definizione legislativa di servizio idrico integrato, individuato come l'“insieme dei “servizi pubblici” di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue” ⁽⁶⁾.

Si tratta, poi, certamente di servizio pubblico locale, concretandosi in un fascio di prestazioni materiali imputabili a Comuni e Province, investiti del compito di organizzarne l'erogazione e di garantire forme di gestione efficienti, efficaci ed economiche ⁽⁷⁾.

Più nel dettaglio, le attività che compongono il servizio idrico integrato appartengono, nel loro insieme, alla categoria dei servizi a rilevanza economica, siccome disciplinati dall'art. 113 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”).

Il nostro ordinamento, come noto, non fornisce una nozione legislativa di servizio pubblico locale a rilevanza economica: locuzione introdotta dall'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326, che alla precedente *summa divisio* dei servizi pubblici locali nelle due categorie dei servizi dotati o privi di rilevanza industriale (risalente all'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448) ha sostituito, appunto, il nuovo *discrimen* della rilevanza economica.

Dare una qualche precisazione di tale concetto risulta, tuttavia, imprescindibile nell'attuale quadro giuridico, perché

(5) Sul punto G. PIPERATA, *Il servizio idrico tra monopolio e concorrenza*, in N. LUGARESÌ, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Rimini, 2003, p. 294. Sul vivacissimo e mai sopito dibattito dottrinale intorno al concetto di servizio pubblico si rinvia a M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 807.

(6) Cfr. art. 4, c. 1, lett. f), l. n. 36/1994 e art. 141, c. 2, d.lgs. n. 152/2006.

(7) Così art. 9, c. 1 e 2, l. n. 36/1994 e art. 142, c. 3, d.lgs. n. 152/2006.

dall'appartenenza del servizio all'una o all'altra classe discende l'applicazione di una disciplina diversa e specifica.

Rectius, nel vigente panorama normativo, ricondurre un'attività al novero dei servizi pubblici locali a rilevanza economica significa poter "contare" su un sistema di regole positive, rappresentate dall'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 e dalle eventuali discipline di settore che a tale articolo si affiancano.

Così non è, invece, per i servizi privi di rilevanza economica, in passato disciplinati dall'art. 113 *bis* d.lgs. n. 267/2000 e oggi travolti dal vuoto legislativo determinato dalla sentenza della Corte costituzionale 27 luglio 2004, n. 272 ⁽⁸⁾.

Un vuoto che permarrà fintanto che le Regioni, cui spetta la disciplina di tali servizi ai sensi dell'art. 117, c. 4, Cost., o anche i singoli enti locali, nell'ambito dell'autonomia normativa ad essi riconosciuta dall'art. 117, c. 6, Cost. per la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle loro funzioni, non individueranno le soluzioni su cui modellare la gestione dei servizi a rilevanza non economica.

Il problema della classificazione dei servizi pubblici locali pare oltremodo complesso, in un sistema legislativo che non offre argomenti letterali a chi si proponga un qualsiasi intento definitorio.

Eppure, la concreta qualificazione del servizio idrico integrato come servizio dotato o privo di rilevanza economica assume un valore determinante, perché da tale classificazione dipende la veste organizzativa impiegabile per la sua gestione.

Se, infatti, per i servizi a rilevanza economica l'ordinamento prevede modalità di gestione ispirate ad una rigorosa tutela della concorrenza, per i servizi privi di detta caratteristica sono ipotizzabili forme gestionali meno rispettose di tali esigenze, per la minore incidenza del servizio in termini di impatto economi-

(8) Già prima che la Consulta intervenisse a dichiarare incostituzionale il disposto dell'art. 113 *bis*, d.lgs. n. 267/2000, non sono mancati gli Autori che dubitavano della legittimità della norma. Così F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 55; M. DUGATO, *La legge collegata alla finanziaria 2004 e pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 122.

co.

E così, alle teorie che si rifanno all'interpretazione aziendalistica di economicità, intesa come capacità di recuperare i costi e il capitale investito con i ricavi conseguiti (attraverso una tariffa remunerativa), si affianca quell'orientamento secondo cui il servizio è economico indipendentemente dall'astratta idoneità dell'attività ad essere remunerativa. Ciò che importa è che l'ente locale intenda organizzare il servizio in regime di profitto per il gestore ⁽⁹⁾.

Di contro, sarebbe servizio privo di rilevanza economica quello consistente nell'erogazione di prestazioni secondo criteri politici o redistributivi, assicurando la copertura dei costi mediante il ricorso alla fiscalità generale.

Non offre maggiori indicazioni il diritto comunitario, che pure qualifica come servizi di interesse economico generale le attività consistenti nell'offerta di beni e servizi su un dato mercato in base a criteri efficientistici ⁽¹⁰⁾.

I dubbi rimangono tanti, posto che i servizi pubblici locali sono tutti attività astrattamente suscettibili di essere organizzate in forma d'impresa e che l'economicità è presupposto di sopravvivenza di ogni soggetto impegnato nella gestione.

Proprio per superare questi ostacoli interpretativi c'è chi ha individuato nella presenza di reti e impianti l'indice rivelatore della rilevanza economica. Questo perché solo per tali servizi è prevista una disciplina speciale relativa a simili dotazioni: dal che discenderebbe l'identificazione dei servizi a rilevanza economica con quelli che appunto necessitano di reti e impianti per la loro erogazione ⁽¹¹⁾.

(9) Sul concetto di rilevanza economica si veda M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, Tomo III, Milano, 2003, p. 2590; T. TESSARO, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d'Italia*, n. 5/2004, p. 28.

(10) In proposito si vedano la Comunicazione della Commissione *I servizi di interesse generale*, 20 settembre 2000, COM (2000) 580; la relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken *Servizi di interesse generale* del 17 ottobre 2001, COM (2001) 598; il *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM (2003) 270.

(11) Così M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2590.

Oppure si può fare riferimento alle scelte in concreto operate dall'ente locale, che discrezionalmente decide se organizzare il servizio in regime di profitto o a condizioni politiche ⁽¹²⁾, a seconda delle caratteristiche oggettive di quella specifica attività (ad esempio, per le sue apprezzabili dimensioni economiche).

Da ultimo la giurisprudenza ha ritenuto di rintracciare il carattere della rilevanza economica nei servizi caratterizzati non solo da uno scopo lucrativo che renda l'attività, in astratto, remunerativa, ma soprattutto nella concreta esistenza di un mercato concorrenziale entro il quale organizzare il servizio ⁽¹³⁾. Secondo questa impostazione il servizio dovrebbe, quindi, considerarsi a rilevanza economica quando involga un settore nel quale esiste una redditività almeno potenziale e, quindi, una competizione nel mercato.

Alla luce di quanto detto, il servizio idrico integrato può a buon diritto essere ascritto alla categoria disciplinata dall'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 ⁽¹⁴⁾.

Esso, infatti, consiste in attività prestate dietro pagamento di una tariffa remunerativa ⁽¹⁵⁾. Come tale è certamente in grado di generare profitto per i gestori, che si contendono l'affidamento in un mercato concorrenziale. Le prestazioni in cui si sostanzia, inoltre, richiedono reti e impianti per poter essere erogate: il che consente di ammetterne l'economicità anche in base al criterio ermeneutico che fa leva sulla necessaria presenza di simili dotazioni.

(12) G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 3 ss.

(13) TAR Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318; TAR Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 1022; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 7 novembre 2003, n. 13382; TAR Umbria, 24 ottobre 2003, n. 821.

(14) A. FIORITTO, *I servizi idrici a dieci anni dalla riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 686; L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 594.

(15) Ai sensi dell'art. 13, c. 2, l. n. 36/1994 e, oggi, dell'art. 154, c. 1, d.lgs. n. 152/2006, la tariffa "è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio".

Del resto, la riconducibilità del servizio idrico integrato al novero dei servizi regolati dall'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 è un dato su cui concorda anche la giurisprudenza, che vi ha attribuito rilevanza imprenditoriale ⁽¹⁶⁾.

Dalla accertata riconducibilità del servizio idrico integrato alla nozione di servizio dotato di rilevanza economica, discende la sua sottoposizione al regime previsto dall'art. 113, d.lgs. n. 267/2000.

Trattasi di un nucleo variegato di norme, che riguarda non solo le modalità di affidamento e di gestione del servizio, ma anche la proprietà e la gestione delle reti.

I principi salienti della relativa disciplina possono così riassumersi:

- separazione tra proprietà delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniali dalla erogazione del servizio;
- eventuale separazione tra proprietà delle reti e degli impianti dalla gestione degli stessi, ove previsto dalle discipline di settore;
- tendenziale esclusione degli affidamenti diretti, con conseguente obbligo di confronto concorrenziale tra gli aspiranti alla gestione del servizio.

Resta da vedere in che modo le regole dettate nell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, genericamente riferite all'intera categoria dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, si concilino con la disciplina specificamente rivolta al settore dei servizi idrici.

È infatti vero che, in questa materia, il generale principio secondo cui la legge speciale prevale sempre su quella generale trova un temperamento nello stesso art. 113, d.lgs. n. 267/2000, così testualmente formulato: "le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione

(16) TAR Piemonte, Sez. II, 21 febbraio 2004, n. 311, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 421; TAR Marche, 30 aprile 2003, n. 246.

di specifiche normative comunitarie” (cfr. art. 113, c. 1, d.lgs. n. 267/2000, siccome modificato dall’art. 14, d.l. n. 269/2003).

Nasce allora un problema di coordinamento tra disposizioni speciali e norme generali, che il legislatore dichiara comunque prevalenti, laddove esprimano quei principi di apertura al mercato direttamente discendenti dal diritto comunitario e, dunque, considerati inderogabili.

Né può ignorarsi come in questo reticolato normativo siano molto spesso coinvolte anche le leggi regionali, più volte intervenute a disciplinare specifici profili attinenti all’organizzazione dei servizi pubblici locali.

Ne deriva un complesso groviglio di regole, da districare ricorrendo ad alcuni accorgimenti.

Secondo le indicazioni del Testo unico enti locali, nel rapporto tra leggi generali e di settore, queste ultime dovrebbero comunque prevalere laddove riguardino aspetti diversi dalle modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali. Tali profili, infatti, non toccano aspetti per i quali sia necessario garantire il rispetto della concorrenza e, dunque, possono continuare ad essere disciplinati anche secondo prescrizioni non conformi all’art. 113 T.U.E.L.

Diverso è il caso delle norme di settore aventi ad oggetto le forme di gestione del servizio.

Quanto alle previsioni che, all’epoca dell’entrata in vigore dell’art. 14, d.l. n. 269/2003, avessero già dettato una disciplina delle forme di gestione del servizio, queste ultime dovrebbero dirsi superate dall’art. 113, d.lgs. n. 267/2000, se contrarie a quei principi di tutela della concorrenza, cui le riforme del 2003 si sono apertamente ispirate⁽¹⁷⁾.

In tutti gli altri casi, in applicazione dei principi generali sul rapporto tra leggi, l’art. 113 T.U.E.L. dovrebbe ritenersi solo integrativo delle discipline speciali, con la conseguenza che, finché non intervengano successivi interventi normativi di adeguamento, le precedenti disposizioni di settore dovrebbero con-

(17) Così TAR Calabria, Reggio Calabria, 22 marzo 2004, n. 230, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 836.

siderarsi salve.

In base ai descritti criteri, non dovrebbero esservi ostacoli giuridici a che le norme di settore introducano regole ancora più rigorose in punto a tutela del mercato e volte ad assicurare una maggiore concorrenzialità tra gli aspiranti gestori del servizio ⁽¹⁸⁾.

Applicando detti principi al caso dei servizi idrici integrati, ne viene la certa sopravvivenza dell'ordinamento di settore disegnato con l. n. 36/1994, per quella parte che non tocca le modalità di affidamento del servizio.

Qualora, invece, la legge si spinga a disciplinare simili profili in senso eventualmente non conforme alle regole del mercato, essa dovrebbe lasciare il posto all'applicazione dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 e, segnatamente, alle forme di gestione del c. 5.

A questa impostazione ha dimostrato di aderire il recentissimo d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (cd. Codice dell'ambiente), che all'art. 150, c. 1, ha appunto stabilito l'estensione, al settore idrico, delle forme di gestione previste dall'art. 113, c. 5, d.lgs. n. 267/2000. Ne viene, indirettamente, la conferma che il servizio idrico integrato appartiene alla classe dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica.

L'innovazione normativa è importante, perché segna il definitivo tramonto del modello concessorio, cui continuava a fare riferimento l'art. 20, l. n. 36/1994 ⁽¹⁹⁾ e che oggi deve ritenersi inesorabilmente superato dal più moderno schema dell'affidamento stabilito dall'art. 113, c. 5, d.lgs. n. 267/2000.

Quanto ai principi che la l. n. 36/1994 dedicava alla programmazione e regolazione del servizio, ivi comprese quelle sull'organizzazione per ambiti territoriali ottimali, pare invece corretto affermare la loro perdurante vigenza, trattandosi di disposizioni che senza entrare nel dettaglio delle forme di gestione, sono solo integrate dalla disciplina dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000. In questo senso è indicativo l'impianto del Codice

(18) G. CAIA, *op. cit.*, p. 10.

(19) S. VARRONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, p. 315.

dell'ambiente, che nell'abrogare formalmente la l. n. 36/1994, ha comunque confermato tutte le direttrici che la legge Galli aveva tracciato sul punto.

Rimane da chiarire come si collochino, nell'attuale panorama normativo, le leggi regionali.

Il tema è delicato, per la massiccia presenza, in questa materia, di norme regionali dettate a completamento dell'impianto della l. n. 36/1994.

Norme che sono, peraltro, spesso il frutto di un rinvio esplicito della legge statale, la quale rimanda a successive leggi regionali per la specificazione di alcuni istituti⁽²⁰⁾.

Il più rilevante tra questi rinvii è, per quanto qui di interesse, quello contenuto nell'art. 9, c. 3, l. n. 36/1994 e, oggi, nell'art. 148, c. 2, d.lgs. n. 152/2006. In base a queste disposizioni, il legislatore statale ha devoluto alle Regioni il compito di regolare "le forme ed i modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale", anch'esso individuato con atto regionale.

In applicazione di tali rimandi, tutte le Regioni si sono dotate di una legge di attuazione della l. n. 36/1994⁽²¹⁾. Così ha fatto pure l'Emilia-Romagna, con una scelta tutta peculiare: quella di accorpate in un unico *corpus* normativo, la l.r. 6 settembre 1999, n. 25, la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani⁽²²⁾.

(20) Così gli artt. 5 e 6, l. n. 36/1994, che demandano alle Regioni il compito di adottare norme e misure per favorire la riduzione dei consumi e degli sprechi, il riciclo dell'acqua e il riuso delle acque reflue depurate; l'art. 8, che devolve alle Regioni il compito di adottare norme integrative per il controllo degli scarichi degli insediamenti civili e produttivi allacciati alle pubbliche fognature, per la funzionalità degli impianti di pretrattamento e per il rispetto dei limiti e delle prescrizioni previsti dalle relative autorizzazioni; l'art. 12, che rimette alle Regioni la disciplina del trasferimento ai soggetti gestori del servizio idrico integrato del personale appartenente alle Amministrazioni comunali, dei consorzi, delle aziende speciali e di altri enti pubblici già adibito ai predetti servizi.

(21) Sull'organizzazione del servizio idrico integrato nelle leggi regionali si veda G. PIPERATA, *op. cit.*, p. 317 ss.

(22) Sulle ragioni che hanno indotto ad un'unica impostazione normativa per i servizi integrati di acqua e rifiuti si rinvia a Autorità regionale per la vigilanza dei servizi idrici e di gestione dei rifiuti urbani – Regione Emilia-Romagna, *Relazione annuale sullo stato dei servizi idrici e di gestione dei rifiuti urbani e sull'attività svolta*, Anno

Le difficoltà che nascono da una simile stratificazione di regole non riguarda tanto le disposizioni regionali riferite all'organizzazione degli ambiti territoriali ottimali, quanto piuttosto le norme che entrano nella disciplina degli affidamenti.

Ciò sia per le problematiche già descritte riguardo al rapporto tra art. 113, d.lgs. n. 267/2000 e normative di settore, sia perché una rigorosa esegesi dell'art. 117 Cost. impone di tracciare limiti precisi ad una disciplina regionale in materia di servizi aventi rilevanza economica.

Il punto è ben chiarito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 272/2004⁽²³⁾, la quale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 113 *bis*, d.lgs. n. 267/2000 e di parte del comma 7 dell'art. 113 del medesimo testo legislativo, ha fornito indicazioni importanti nel senso di qualificare i servizi pubblici locali come una materia trasversale, che tocca molteplici aspetti: alcuni attinenti alla tutela della concorrenza, di sicura competenza statale⁽²⁴⁾ (art. 117, c. 2, lett. *e*), Cost.); altri imputabili all'organizzazione, la cui disciplina dovrebbe essere ripartita tra Regioni ed enti locali, a seconda delle rispettive attribuzioni.

Nel contesto inaugurato dalla sentenza n. 272/2004, l'unico modo per salvare quelle fonti regionali che entrano nel dettaglio delle forme di gestione e degli affidamenti, è fare leva sull'inciso, contenuto nel punto 4 in diritto della sentenza n. 272/2004, secondo cui la legislazione statale in materia di concorrenza deve limitarsi ad un "quadro di principi" capaci di orientare "regolazioni settoriali di fonte regionale". Solo appellandosi alla possibilità, ammessa dalla stessa Consulta, di discipline regionali attuative dei principi concorrenziali fissati dallo

2005, p. 16, in www.ermesambiente.it/autoridrsu/documenti/rapporti%202005.

(23) Per un commento della sentenza della Corte costituzionale si rinvia a G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7-8/2004; L. OLIVIERI, *È esclusiva la competenza legislativa dello Stato sulla materia dei servizi pubblici a rilevanza economica?*, in www.lexitalia.it, 7-8/2004; T. TESSARO, *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in www.lexitalia.it, 7-8/2004; M. LUCCA, *Il paradosso degli affidamenti in house nei servizi pubblici locali, tra meccanismi di incompiuta liberalizzazione e incompatibilità comunitaria*, in www.lexitalia.it, 9/2004.

(24) Cfr. Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272, punto 4 in diritto.

Stato, è possibile risolvere i descritti problemi di legittimazione normativa, riconoscendo alle previsioni regionali esistenti in materia di servizio idrico integrato una qualche copertura costituzionale.

Per tale via dovrebbero così “salvarsi” le modalità di affidamento ideate dalle fonti regionali ⁽²⁵⁾. Ad una condizione: che si tratti comunque di meccanismi rispettosi della concorrenza, posto che, in caso contrario, tali previsioni dovrebbero comunque lasciare il posto alla disciplina dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, “battezzata” come inderogabile dallo stesso legislatore statale.

Tornando alla situazione emiliano-romagnola, il legislatore regionale ha risposto all'invito della l. n. 36/1994 di istituire ambiti territoriali ottimali, entro i quali gli enti locali devono organizzarsi per la concreta predisposizione del servizio idrico.

Lo ha fatto non solo con l.r. n. 25/1999, ma con una serie di atti amministrativi dal contenuto diverso, spesso riconducibili alla volontà di non lasciarsi sfuggire la disciplina dei rapporti tra enti locali e gestori del servizio.

In questo filone si collocano le delibere di Giunta 3 dicembre 2001, n. 2680 e 28 luglio 2003, n. 1550, che a norma dell'art. 9, l.r. n. 25/1999 tracciano gli indirizzi e le linee guida per l'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato, e la delibera di Giunta 3 dicembre 2001, n. 2679, recante ap-

(25) Importanti indicazioni sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali si rinvencono nella recentissima sentenza n. 80, emessa dalla Corte costituzionale in data 3 marzo 2006. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune disposizioni regionali afferenti alla determinazione del periodo transitorio in cui è ammessa la proroga degli affidamenti diretti del servizio di trasporto locale (art. 2, c. 2, l.r. Liguria n. 17/2003; art. 3, c. 1, l.r. Veneto n. 30/2004; art. 1, c. 11, lett. b) ed f) l.r. Calabria n. 36/2004; art. 25, l.r. Veneto n. 8/2005), la Consulta ne ha dichiarato l'incostituzionalità. Dette norme, invero, introducendo una proroga degli affidamenti preesistenti rispetto al termine previsto dal legislatore statale, sono state considerate invasive della sfera di competenza esclusiva riservata allo Stato dall'art. 117, c. 2, lett. e) Cost. in tema di tutela della concorrenza. La pronuncia si pone in rapporto di continuità con la precedente sentenza n. 272/2004 e infine, da ultimo, con la sentenza 23 gennaio 2006, n. 29, pure inerente al riparto di competenze legislative in materia di servizi pubblici locali. Per un primo commento si rinvia a L. LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella Costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

provazione della convenzione-tipo per regolare i rapporti tra l'Agenzia d'ambito ed il gestore del servizio.

Disposizioni cruciali, che completano il regime del servizio idrico integrato, toccando fondamentali aspetti non solo dell'organizzazione (piani d'ambito, piani per la prima attivazione del servizio), ma anche della gestione (*in primis*, criteri per l'individuazione del soggetto gestore) e della regolazione (predisposizione di un modello convenzionale valido per tutti gli affidamenti).

Rispetto a questo stato di cose, non può che prendersi atto del vasto quadro normativo che attualmente compone la disciplina del servizio idrico integrato: un complesso sfaccettato di fonti, che si intrecciano e completano, conferendo precisione sempre maggiore ai principi fissati dalla legge statale.

Alcuni dubbi permangono su quelle previsioni che, riguardando specificamente gli affidamenti in senso non sempre conforme alla legge statale e ai principi della concorrenza, sollevano le perplessità sopra descritte. Ma si tratta, probabilmente, di un male necessario, cui si è dovuto fare ricorso per attraversare il difficile passaggio dal vecchio al nuovo regime, nell'attesa di avviare la prima stagione delle gare.

3. *L'affidamento del servizio*

La norma di legge regionale relativa all'affidamento del servizio idrico integrato è l'art. 8 *ter*, l.r. n. 25/1999. Esso assegna alle Autorità d'ambito, che in Emilia-Romagna prendono il nome di Agenzie d'ambito per i servizi pubblici ⁽²⁶⁾, il compito di procedere all'affidamento delle attività di erogazione del servizio.

I modelli ammissibili secondo il menzionato articolo sono due:

- selezione del gestore a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ispirate a criteri di pubblicità, trasparenza e concor-

(26) Cfr. art. 3, c. 2, l.r. Emilia-Romagna n. 25/1999.

renzialità;

- affidamento diretto a società a prevalente capitale pubblico effettivamente controllate dai Comuni rientranti nell'ambito territoriale ottimale e che esercitano nei confronti dei medesimi la parte più importante della propria attività.

Dal confronto con la disciplina degli affidamenti contenuta nell'art. 113, c. 5, d.lgs. n. 267/2000 emergono alcune divergenze o, meglio, alcune lacune della normativa regionale rispetto alla legge statale.

Diversamente dal testo statale, la disciplina regionale non contempla, invero, l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, sulle quali l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi e che realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano⁽²⁷⁾. Sono le cd. società Teckal, che in quanto interamente pubbliche si considerano escluse dal mercato e sottratte alle regole della concorrenza⁽²⁸⁾.

La norma regionale, inoltre, non prevede espressamente che l'affidamento diretto a società mista possa avvenire solo se il socio privato sia stato scelto con gara⁽²⁹⁾.

(27) Sulle forme di affidamento diretto consentite dall'art. 113, c. 5, d.lgs. n. 267/2000 si veda G. DI CHIO, *L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2004.

(28) Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, 18 novembre 1999, causa C-107/98, in *Foro amm.*, 2001, p. 795 ss., con nota di R. IANNOTTA. Per un'analisi delle caratteristiche dei cd. affidamenti *in house* consentiti dalla disciplina europea si rinvia a C. BONORA, M. CALCAGNILE, *Le caratteristiche delle società in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *www.giustamm.it*, n. 8/2005; E. VARANI, "L'in house providing": il concetto di "controllo analogo" tra disciplina comunitaria e normativa interna, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2005; M. RICCIO, *La dubbio sanabilità degli affidamenti "in house providing"*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 689 ss.; A. MASSERA, *L'"in house providing": una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 849 ss.; M. LUCCA, *Il paradosso degli affidamenti in house nei servizi pubblici locali, tra meccanismi di incompiuta liberalizzazione e incompatibilità comunitaria*, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2004; G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461 ss.

(29) L'obbligo di gara per la scelta del socio privato è esplicitamente previsto solo dall'art. 14, c. 2 bis, l.r. Emilia-Romagna n. 25/1999, relativamente al caso del gestore che operi a mezzo di società operative da esso controllate. In questa ipotesi, è sta-

Per le motivazioni esposte nel paragrafo precedente, è ragionevole concludere per l'applicazione di dette previsioni anche al caso dei servizi idrici.

Induce ad una simile soluzione la formula del primo comma dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, che, se da un lato fa salve le normative di settore, dall'altro espressamente qualifica tutte le previsioni del medesimo articolo come inderogabili ed integrative delle discipline dei singoli settori del servizio pubblico locale.

La conseguenza di tale intreccio normativo non può che essere, allora, l'allargamento anche al regime delle acque delle modalità di affidamento descritte dalla legge statale.

Detta ricostruzione è stata da ultimo confermata dall'art. 150, c. 3, d.lgs. n. 152/2006, che recependo le previsioni dell'art. 113 TUEL, ha appunto stabilito la possibilità di affidamenti diretti a vantaggio di società partecipate esclusivamente dagli enti locali presenti nell'ambito territoriale ottimale o a società partecipate solo parzialmente da tali enti, purchè il socio privato sia stato scelto con gara.

Sulla validità delle previsioni contenute nell'art. 8 *ter*, l. n. 25/1999 non paiono, invece, porsi dubbi insuperabili.

Vero è, infatti, che queste prescrizioni, pur disciplinando forme di affidamento del servizio e, dunque, toccando la materia "tutela della concorrenza", non paiono lesive del mercato. Così sono da intendersi sia l'obbligo di scelta concorsuale del gestore, sia l'affidamento senza gara in caso di società partecipate dagli enti locali, con l'ovvia precisazione che il socio privato sia scelto con procedura ad evidenza pubblica.

Non è poi privo di rilievo che le medesime disposizioni ricalchino, sia pure parzialmente, modalità di affidamento già stabilite nella legge statale, con ciò dimostrando di muoversi in quel "quadro di principi", entro cui la sentenza della Corte costituzionale n. 272/2004 ammette "regolazioni settoriali di fonte regionale".

bilito che il socio privato delle società operative sia selezionato con procedure ad evidenza pubblica.

Senonchè su questo scenario, si sono di recente innestate alcune decisive pronunce della Corte di giustizia europea, tese a circoscrivere l'operatività degli affidamenti diretti.

Il riferimento è, in primo luogo, alla sentenza della Corte CE 11 gennaio 2005 n. 2603, C-26/03 ⁽³⁰⁾ (Stadt Halle), che ha da ultimo statuito l'illegittimità degli affidamenti diretti a vantaggio di società miste.

La decisione, già nota per la sua dirompente innovatività, chiarisce come basti una partecipazione anche minoritaria di soggetti privati al capitale sociale, per escludere che la società sia sottoposta a quella speciale influenza dell'ente locale indispensabile, secondo le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, per legittimare affidamenti senza gara.

Ciò per una elementare considerazione: il socio privato mira per sua natura a realizzare un proprio interesse imprenditoriale, non coincidente con l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione; di qui l'impossibilità di classificare la società come organo indiretto dell'amministrazione, dalla quale l'organismo societario si emancipa da un punto di vista sia formale che sostanziale ⁽³¹⁾.

Nel presente scenario, l'unico residuo margine di operatività degli affidamenti diretti dovrebbe allora limitarsi alle sole società interamente pubbliche, che, se rispondenti ai rigorosi requisiti dell'*in house providing*, sarebbero "dispensate" dal vincolo della gara.

Secondo le stingenti enunciazioni della Corte europea, ove Comuni e Province intendano perseguire la via dell'affidamento diretto, dovranno dunque "plasmare" le proprie iniziative so-

(30) Per una disamina della sentenza si rinvia a R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 295 ss.; C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 271 ss.; G. MARCHEGIANI, *Gli affidamenti "in-house" e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2005; A. VIGNERI, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in *www.astrid-online.it*, p. 13 ss.

(31) Analoghi principi sono affermati nella ancora più recente sentenza della Corte di giustizia europea 10 novembre 2005, C-29/04. Da ultimo, si veda pure Corte CE, Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04.

cietarie sul modello delle cd. società Teckal, le uniche ammesse a beneficiare dei limitati spazi di esenzione dall'obbligo di gara⁽³²⁾.

Oltre a conferire il capitale di dotazione della società, l'ente locale dovrà coordinare ogni aspetto della vita societaria, in forza di un controllo assoluto che rende la società un organismo saldamente in mani pubbliche⁽³³⁾. Dovrà, ad esempio, individuare lo scopo statutario e gli indirizzi sociali, approvare gli atti fondamentali, esercitare poteri di vigilanza, finanziare l'attività, nominare direttamente i membri degli organi sociali. Inoltre, la società dovrà prevalentemente operare per l'ente costituente, in tal modo dimostrando la sua accessorietà rispetto a quest'ultimo, del quale costituisce una propaggine organizzativa.

Solo in presenza di questi presupposti è infatti configurabile quel modello di delega interorganica che, rivelando la società come un'articolazione organizzativa dell'ente socio, integra una unità sostanziale tra i due soggetti giuridici⁽³⁴⁾.

Trattasi di requisiti estremamente rigorosi, negli ultimi anni oggetto di definizione sempre più puntuale anche da parte dei giudici nazionali⁽³⁵⁾, ormai attestati nel senso di consentire de-

(32) Sulla legittimità degli affidamenti diretti a società *in house* si è espressa la recentissima sentenza Corte CE, Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, in *Guida al diritto*, n. 17/2006, p. 116.

(33) Sui requisiti dell'*in house providing* si veda anche la circolare n. 12727 del 19 ottobre 2001, con cui il Dipartimento per le politiche comunitarie ha contribuito a chiarire i connotati della delegazione interorganica.

(34) Come ha rilevato C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.* 2001, p. 513 ss., la giurisprudenza comunitaria ha posto come elemento centrale di giustificazione del rapporto diretto la "dipendenza" della società dall'ente: dipendenza formale, economica, amministrativa (quest'ultima, in termini sia gestionali, sia organizzativi).

(35) Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2005, secondo cui l'affidamento *in house* può aver luogo solo se la società si configura come amministrazione indiretta dell'ente locale, in virtù di un controllo assoluto sull'attività sociale, che deve a sua volta essere istituzionalmente destinata ad operare in favore dell'ente socio. Interessanti indicazioni si rinvencono pure in TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, 15 luglio 2005, n. 634, in *www.giustamm.it*, n. 8/2005, che, con riferimento alle società partecipate da più amministrazioni locali, ha affermato la necessità di istituire un ufficio comune, con il compito di coordinare e collegare la volontà dei vari enti soci al fine di realizzare un controllo congiunto sulla società. Nello stesso senso si colloca TAR Lombardia, Bre-

roghe al mercato solo quando la società sia istituzionalmente destinata ad operare in favore dell'ente socio. Una rigida applicazione delle regole comunitarie, secondo cui ogni "strappo" ai principi della concorrenza deve essere interpretato in modo restrittivo⁽³⁶⁾, porta a ritenere che questa sia l'unica conclusione ammissibile.

Ma non è tutto. In quanto tesi ad escludere una concorrenza "per il mercato", gli affidamenti diretti, ove possibili, richiedono anche uno specifico e puntuale obbligo di motivazione da parte del soggetto affidatario⁽³⁷⁾, il quale dovrà dar conto delle ragioni di interesse pubblico ostative all'espletamento della gara per la scelta del gestore.

Lo ha di recente confermato il d.lgs. n. 152/2006, che nella norma dedicata agli affidamenti diretti (art. 150, c. 3), ha stabilito come tale modalità di gestione sia possibile "qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche o economiche".

scia, 2 maggio 2006, n. 433. In argomento si veda anche la nota Commissione UE del 26 giugno 2002, in cui trovano ulteriore specificazione i poteri di direzione, coordinamento e controllo che l'ente pubblico deve esercitare perché si abbia con la società un rapporto di delegazione interorganica. Infine, la Corte di giustizia europea, con sentenza del 13 ottobre 2005, C-458/03 (*Parking-Brixen*) ha affermato che per ritenere sussistente il requisito del controllo analogo non è sufficiente il possesso della maggioranza delle quote societarie, ma occorre un esercizio di fatto del controllo, attraverso meccanismi di *governance* che consentano di realizzare la più totale ingerenza sulla società. Per un commento di tali pronunce si rinvia a A. SCARASCIA, *I limiti degli affidamenti in house dei servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it, n. 10/2005; A. LE DONNE, C. PIEROTTI, *Gestione in house dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni*, in www.astrid-online.it; M. CHIAPPETTA, *L'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, in www.lexitalia.it, n. 4/2006.

(36) Il principio è stato da ultimo ribadito da Corte CE, 11 gennaio 2005 n. 2603, C-26/03, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 294 ss.

(37) In questo senso si è espressa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel parere 19 settembre 2005, AS 211 e, con specifico riferimento al servizio idrico integrato, la circolare del Ministero dell'ambiente e la tutela del territorio 6 dicembre 2004. Del resto, l'obbligo di motivare la scelta di una particolare forma di gestione è principio pacifico in giurisprudenza: Cons. St., Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro it.*, 1991, III, p. 370; TAR Lazio, Sez. II *ter*, 16 dicembre 2004, n. 16254, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 3718. Si vedano, in argomento, J. BERCELLI, *Le società miste e le società in house per i servizi pubblici locali: la legge e le ipotesi interpretative*, in www.giustamm.it, n. 3/2005; A. LUCCHETTI, *Il quadro istituzionale dei servizi di interesse economico generale: la gestione del servizio idrico integrato nelle recenti pronunce giurisprudenziali nazionali e comunitarie*, in www.astrid-online.it, p. 26 ss.

Ancora, sempre con recentissima pronuncia, la Corte europea (sentenza 21 luglio 2005 n. 2603, C-231/03, CO.NA.ME) ha affermato l'impossibilità di procedere ad affidamenti diretti ove la partecipazione dell'ente locale al capitale sociale sia così esigua da non consentire alcun controllo diretto sulla gestione della società: il che porta inevitabilmente a restringere il capo dell'affidamento diretto alle società multi-comunali da parte di quegli enti locali che non dispongano della maggioranza del capitale.

Descritti, sia pure brevemente, i principi interpretativi recentemente affermatasi in materia affidamenti diretti, si tratta ora di vedere quali ricadute, nel prossimo periodo, tali indirizzi avranno sul sistema dei servizi idrici.

Il primo problema riguarda l'affidamento del servizio a società miste.

Secondo lo schema dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (recepito dall'art. 150, c. 3, d.lgs. n. 152/2006) e in base ad un consolidato orientamento interpretativo⁽³⁸⁾, la gara per la scelta del socio privato⁽³⁹⁾ è sempre stata considerata alternativa alla gara per l'affidamento del servizio.

Si ritiene che tale soluzione debba continuare ad essere praticata, nonostante i giudici comunitari abbiano affermato l'illegittimità degli affidamenti diretti a società solo partecipate dagli enti locali. Prima di tutto perché le citate sentenze della Corte di giustizia non affrontano specificamente il tema dell'affidamento a società mista in cui il socio privato sia stato selezionato con procedura ad evidenza pubblica⁽⁴⁰⁾. Secondariamente

(38) I giudici nazionali sono stati finora orientati per la legittimità degli affidamenti diretti a società miste, il cui socio privato sia stato selezionato con procedura ad evidenza pubblica. Cfr. Cons. St., Sez. V, 3 marzo 2005, n. 272; Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2000, n. 2297, in *Foro it.*, 2002, III, p. 553; Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864; Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192; *contra*, da ultimo, Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2005, n. 1074, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2005.

(39) La gara per la selezione del socio privato è da ritenersi principio generale e inderogabile. Cfr., per tutte, Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192.

(40) Così R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 305; A. GRAZIANO, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24.11.2003 n. 326 e alla l. 24.12.2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia*, in *www.giustizia-amministrativa.it/documen-*

perché la scelta di sottomettere la società mista all'espletamento di due distinte procedure concorsuali (una per la scelta del socio privato, l'altra per l'aggiudicazione del servizio) appare macchinosa e irragionevole, non ponendosi ulteriori esigenze di tutela del mercato una volta che il socio privato abbia superato un confronto competitivo con altre imprese concorrenti.

Più delicato è il problema della compatibilità comunitaria degli affidamenti a vantaggio di società a capitale interamente pubblico, dove non è detto che vi siano enti locali detentori di quella maggioranza del capitale necessaria, secondo la sentenza della Corte CE, 21 luglio 2005 n. 2603, C/231-03 (Co.Na.Me), per legittimare affidamenti diretti.

Ma pure se si verificasse la partecipazione maggioritaria di un ente locale, la sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, C-458/03 (Parking-Brixen) consentirebbe l'affidamento diretto solo se, oltre al controllo delle quote societarie, il Comune esercitasse sulla società anche un controllo effettivo, attraverso meccanismi di *governance* tali da consentire la più totale ingerenza sulla vita dell'ente.

Le difficoltà maggiori riguardano il fatto che, nelle società multicomunali, può esservi al massimo un solo Comune che ha il controllo dell'organismo. Tuttavia, poiché il modello *in house* richiede che la società svolga la maggior parte della sua attività a vantaggio dell'ente affidante, secondo la citata giurisprudenza lo schema dell'affidamento diretto non sarebbe a rigore utilizzabile nel settore dei servizi idrici, che per legge devono essere resi non nel territorio di singoli Comuni, ma nell'intero ambito territoriale ottimale.

Eppure, proprio le peculiari caratteristiche del servizio idrico integrato consentono di mitigare gli effetti che una rigorosa applicazione delle pronunce comunitarie finirebbe per determinare.

Si è detto che la gestione del ciclo delle acque è un servizio reso non nel territorio del singolo Comune, ma in un'area più vasta, i cui confini coincidono con quelli dell'ambito territoria-

tazione, p. 16 ss.

le ottimali.

Inoltre, nel settore che ci occupa, gli affidamenti non sono disposti dall'ente locale individualmente considerato, ma da una struttura operativa che associa tutti gli enti locali presenti nell'ambito territoriale ottimale (l'Autorità d'ambito).

E allora, posto che nel servizio idrico integrato il punto di riferimento non sono mai singoli territori comunali o singoli Comuni, ma ambiti sovracomunali e forme associative intercomunali, è possibile affermare che i principi da ultimo espressi dalla giurisprudenza comunitaria permettano margini di affidamento diretto a vantaggio di società multicomunali, a condizione che si verifichino due presupposti:

- che la società sia costituita per operare a vantaggio non del territorio di singoli Comuni soci, ma di tutta l'area sovracomunale;

- che gli enti locali soci, considerati nel loro complesso, abbiano la maggioranza del capitale e adottino strumenti operativi (es. patti di sindacato) capaci di garantire un'influenza effettiva sulla gestione della società.

Viceversa, se rilevasse solo il ruolo che il singolo ente locale riveste nella società, pur interamente pubblica, dovrebbe concludersi che nel campo dei servizi idrici l'affidamento diretto non sarebbe mai praticabile.

Prima di tutto, perché qui non è il Comune che effettua l'affidamento, e dunque sarebbe irrilevante che esso esercitasse un'influenza dominante sulla società; secondariamente, perché, dovendo la società svolgere la propria attività nell'intero ambito territoriale ottimale, verrebbe meno il requisito, richiesto alle società *in house*, di erogare i propri servizi a prevalente vantaggio dell'ente locale che le controlla.

Solo ponendo l'accento sul complesso degli enti locali partecipanti alla società, è allora possibile recuperare spazi di affidamento diretto anche nel settore dei servizi idrici integrati.

Le osservazioni svolte mostrano ancora una volta, in tutta la loro criticità, la tendenziale estromissione dei Comuni individualmente considerati dai meccanismi che governano la gestione del ciclo idrico.

Il singolo ente locale, infatti, non solo non dispone del potere di affidamento, spettante all'Autorità d'ambito, ma è altresì di fatto privato della possibilità di aspirare ad affidamenti diretti, pur quando costituisca una società di scopo da esso interamente partecipata.

Ciò per due fondamentali motivi. Il primo è che, nel contesto disegnato dalla legge "Galli", la società affidataria è chiamata a gestire il servizio in un ambito territoriale che va ben al di là dei confini comunali. Se vuole ambire all'affidamento, il Comune deve dunque dotare la propria società di scopo di adeguate risorse finanziarie, professionali e tecniche, che i singoli enti locali (specie i più piccoli) normalmente non possiedono.

Inoltre, per i principi derivanti dal diritto comunitario (e recepiti nell'ordinamento interno ⁽⁴¹⁾), l'affidamento diretto a vantaggio di società costituite dal singolo Comune non sarebbe comunque possibile, perché la società affidataria è chiamata a svolgere la sua attività in un territorio più vasto di quello del Comune di riferimento, con ciò difettando della caratteristica dell'esercizio, nei confronti dell'ente locale medesimo, della parte più importante della propria attività.

L'unica strada per conservare spazi di intervento gestionale a favore del singolo Comune è allora quella di aderire a società costituite o partecipate dagli enti locali presenti nell'ambito territoriale ottimale, e fare in modo di non rimanere in posizione di minoranza nella scelta del gestore.

Si è infatti visto come le Autorità d'ambito siano configurate quali enti associativi, che deliberano a maggioranza.

Così è anche in Emilia-Romagna, dove l'Agenzia d'ambito, ai sensi dell'art. 3, l.r. n. 25/1999, assume la forma della convenzione o del consorzio di funzioni, con quote di partecipazione che sono determinate per un decimo in ragione del numero degli enti locali aderenti e per nove decimi sulla base della popolazione di questi.

Evidente come, in un simile contesto, i Comuni, specie i più piccoli, rischino di non vedere sufficientemente tutelate le pro-

(41) Cfr., da ultimo, art. 150, c. 4, d.lgs. n. 152/2006.

prie posizioni, ove il loro punto di vista non collimi con quello espresso dagli altri membri dell'Agenzia.

È, dunque, nel loro interesse cercare forme di solidarietà politica all'interno dell'Autorità, così da poter contare sull'appoggio di una maggioranza che consenta di fare approvare le iniziative da essi sostenute.

Né può sottovalutarsi come il Comune, pur partecipando ad una società multicomunale affidataria del servizio, non goda di piena libertà di scelta, non potendo disporre, da solo, di decisioni imprenditoriali riservate agli organi sociali.

Ci si chiede, allora, se ai Comuni singolarmente considerati sia concessa qualche altra via per continuare ad esercitare poteri di gestione del servizio, senza incorrere nei limiti che i descritti meccanismi associativi (sia societari, che interni all'Agenzia) pongono alla sua autonomia decisionale.

Una risposta al quesito potrebbe essere rappresentata dal meccanismo della "salvaguardia", prefigurato dall'art. 9, c. 4, l. n. 36/1994 e dall'art. 11, l.r. n. 25/1999 come strumento per favorire un passaggio graduale dal vecchio al nuovo regime.

La salvaguardia consiste nel mantenere in vita alcune gestioni esistenti al momento dell'entrata in vigore della sopra citata normativa e che, anche se non conformi al modello delle società titolate a beneficiare di affidamenti diretti secondo la nuova disciplina, abbiano comunque dato prova di efficienza, efficacia ed economicità.

Ove siano rispettati questi requisiti, l'Autorità può individuare degli organismi cd. salvaguardati, destinati ad operare in aree "ritagliate" all'interno dell'ambito territoriale ottimale.

È altresì richiesto, a norma dell'art. 11, l.r. n. 25/1999, che le gestioni salvaguardate rispondano a criteri di industrialità, non determinino diseconomie di scala o lievitazione di costi pregiudizievoli all'economicità della gestione del servizio idrico, non comportino significative differenziazioni delle tariffe applicate nell'ambito.

Verificata l'osservanza di questi presupposti, l'Autorità stipula con la struttura gestionale esistente una convenzione, in cui è precisata la scadenza della salvaguardia.

Come si vede, si tratta di uno strumento importante messo a disposizione dei Comuni, che presentando domanda di salvaguardia, possono sperare di mantenere perduranti (anche se transitori) spazi di autoproduzione del servizio, da erogare a mezzo di proprie società già presenti e che, al momento dell'attivazione della procedura, abbiano dato soddisfacenti risultati imprenditoriali.

Il problema è che la salvaguardia non è un sistema conforme alle regole concorrenziali, e questo ha indotto a limitarne la durata nel tempo e a circoscriverne anche la concreta portata applicativa. In questo senso si è espressa la giurisprudenza, la quale ha avuto modo di sottolineare come la salvaguardia costituisca un'eccezione alle regole generali: pertanto, essa può aver luogo solo ove risulti più conveniente continuare ad avvalersi di organismi già operanti, che abbiano dimostrato capacità tali da far ritenere maggiormente economico il mantenimento degli stessi ⁽⁴²⁾.

Il ricorso alla salvaguardia è, poi, oltremodo difficile in questa Regione, che per la salvezza delle gestioni esistenti richiede un carattere di industrialità non previsto dalla legge statale e specificato attraverso minuziosi indirizzi della Giunta regionale ⁽⁴³⁾.

Più nel dettaglio, la Regione ha individuato una serie di indicatori di carattere tecnico, economico e gestionale, che consentono letteralmente di "misurare" il livello di efficienza delle gestioni esistenti. Il che, se da un lato conferisce un forte grado di certezza alle valutazioni dell'Autorità d'ambito, riducendone la discrezionalità e consentendone un controllo oggettivo, dall'altro, però, "blinda" eccessivamente l'accesso alla salvaguardia, ancorandone l'ammissibilità a giudizi matematici, che non permettono di considerare le specificità delle singole situazioni locali e dei risultati (più o meno positivi) ivi sperimentati.

Agli enti locali desiderosi di mantenere un ruolo nell'erogazione dei servizi idrici non resta, allora, che ricercare ulteriori

(42) TAR Lazio, Sez. II, 21 ottobre 2003, n. 8887, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 3003.

(43) Cfr. delibera di Giunta regionale 3 dicembre 2001, n. 2680, portante "Indirizzi e linee guida per l'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato".

soluzioni, avviando percorsi che permettano di superare gli ostacoli del meccanismo di salvaguardia e i limiti posti alla loro autonomia decisionale dalle gestioni multicomunali.

Una via d'uscita potrebbe rinvenirsi nella costituzione di enti *holding* a carattere consortile: strutture partecipate da più società, ciascuna avente un proprio ente locale di riferimento.

Ricorrendo a questa strada, potrebbero risolversi i conflitti che normalmente insorgono tra i Comuni partecipanti a società multicomunali quando si tratta di assumere le più importanti scelte di gestione della società.

I Comuni potrebbero ad esempio accordarsi che, una volta ottenuto l'affidamento da parte della *holding*, le società da essi controllate operino ciascuna nel proprio territorio, secondo le direttive impartite dal Comune stesso, eventualmente nell'alveo di principi guida stabiliti dal gruppo.

In questo modo, pur nel doveroso rispetto degli assetti proprietari, ai singoli Comuni sarebbero garantiti maggiori spazi decisionali nella gestione del servizio.

Sarebbe inoltre concesso loro di recuperare, agli occhi della propria cittadinanza, quel *deficit* di autorevolezza determinato dalla perdita del potere di scelta dei gestori e dagli angusti limiti dell'affidamento diretto.

Sarebbe infine possibile assicurare livelli di efficienza probabilmente maggiori rispetto a quelli di società "terze", che non conoscono le peculiarità dei vari territori e non sono sempre in grado di comprendere i bisogni delle singole popolazioni locali.

Chi scrive non ignora le perplessità sollevate, in ordine a questo modello, dalla giurisprudenza, la quale ha posto in evidenza come le società aventi caratteristiche di *holding* e costituite solo per coordinare servizi pubblici affidati a società di scopo comunali non sono contemplate dalla disciplina dei servizi pubblici locali⁽⁴⁴⁾.

Lungo la stessa linea si colloca la circolare del Ministero dell'ambiente e la tutela del territorio 6 dicembre 2004, la quale

(44) TAR Toscana, Sez. I, 15 gennaio 2001, n. 25, in *Foro amm.*, 2001, p. 1280.

ha precisato che alle società *in house* possono partecipare solo enti locali, non società a partecipazione pubblica, neppure totale, o consorzi intercomunali.

Sul punto deve tuttavia osservarsi come le motivazioni poste alla base di tali restrittive indicazioni non siano pienamente condivisibili. L'affidamento a questo tipo di società non sembra cozzare, infatti, né con le regole della concorrenza, né col modello dell'*in house providing*, venendo comunque in rilievo strutture societarie controllate *in toto* da enti pubblici, sia pure attraverso meccanismi di secondo grado.

Sostenerne l'inammissibilità pare, dunque, un eccesso di cautela, non imposto dal diritto comunitario, oltre che non completamente rispettoso dell'autonomia comunale.

Il Codice dell'ambiente da ultimo entrato in vigore sembra aver accolto le suggestioni provenienti dai Comuni più piccoli, che da tempo chiedevano una tutela più forte delle loro prerogative in seno alle Autorità d'ambito e un ruolo più determinante nella gestione del servizio.

Ferma restando la loro necessaria adesione all'Autorità d'ambito, l'art. 148, c. 5, d.lgs. n. 152/2006, con una delle disposizioni più innovative dell'intero testo legislativo, ha riconosciuto agli enti locali minori il potere di gestire il servizio in economia o a mezzo di società interamente partecipate e controllate.

Ciò a due condizioni: che si tratti di Comuni di montagna; che la loro popolazione sia inferiore alle mille unità.

Una timida apertura, che nel dischiudere spazi di autonomia gestionale agli enti più piccoli, tuttavia dimostra l'acquisita consapevolezza che l'omogeneità di scelte assunte dall'alto (e sulle quali i Comuni piccoli rischiano di non influire) non sempre si adatta ad esigenze locali spesso diversissime, e perciò bisognose di soluzioni peculiari.

È il caso, appunto, dei territori di montagna, dove non è rara l'esperienza di buone prove gestionali da parte dei Comuni e dove soggetti imprenditoriali esterni potrebbero non garantire adeguati livelli di efficienza, per i costi più alti e le maggiori difficoltà operative che in queste aree l'erogazione del servizio

comporta.

4. *La proprietà delle reti*

Con riguardo alle infrastrutture destinate alla produzione dei servizi a rilevanza economica, la disciplina generale contenuta nell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 prevede due distinti principi:

- separazione tra proprietà delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniali dalla erogazione del servizio;
- eventuale separazione tra proprietà delle reti e degli impianti dalla gestione degli stessi, ove stabilito dalla disciplina di settore.

In particolare, nel contesto delineato dall'art. 113, c. 2 e 13, d.lgs. n. 267/2000, le dotazioni necessarie all'erogazione del servizio sono sottratte alla proprietà privata per essere riservate ad enti pubblici o a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile. È poi obbligo del proprietario mettere a disposizione del nuovo gestore le dotazioni indispensabili all'erogazione del servizio, dietro pagamento di un canone stabilito dall'Autorità di settore.

Scopo di simili previsioni è quello di equilibrare il gioco della concorrenza tra le imprese che ambiscono alla produzione del servizio, negando ai concorrenti privati la titolarità di beni che potrebbero favorirli nell'aggiudicazione del servizio.

Viceversa, la riserva alla mano pubblica della proprietà dell'infrastruttura non ha influenza sulle regole della concorrenza, perché, anche laddove la proprietà fosse attribuita a società pubbliche, il beneficio riguarderebbe soggetti giuridici operanti fuori dal mercato, senza violazione del principio di parità tra imprese.

Se disposto dalle normative di settore, la gestione delle reti può essere disgiunta da quella del servizio e affidata ad imprese scelte con procedura ad evidenza pubblica, o a società a capitale interamente pubblico all'uopo costituite, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino su di esse un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi e che dette

società realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che le controllano.

La disciplina del servizio idrico integrato non contempla una simile separazione tra gestione degli impianti ed erogazione del servizio ⁽⁴⁵⁾. In Emilia-Romagna la descritta separazione è anzi oggetto di esplicito divieto, contenuto nell'art. 8 *bis*, l.r. n. 25/1999.

Chi si aggiudica l'attività di produzione, ha titolo per ottenere l'affidamento in gestione degli impianti necessari all'erogazione delle prestazioni.

La particolarità del settore in esame è che, qui, i beni strumentali alla gestione del servizio appartengono in gran parte alla categoria dei beni demaniali. Così è per gli acquedotti, le fognature e gli impianti di depurazione, che, in quanto infrastrutture non facilmente duplicabili costituenti monopolio naturale, sono stati espressamente ricondotti al demanio pubblico dall'art. 143, c. 1, d.lgs. n. 152/2006.

Sul punto deve anzi osservarsi come proprio l'esistenza di monopoli naturali fa sì che i servizi idrici integrati siano oggetto di una competizione solo "per il mercato" e non anche "nel mercato": da qui l'irrealizzabilità di un disegno in cui gli impianti possono essere gestiti in regime di autorizzazione da una pluralità di imprese che coesistono nello stesso sistema.

La prima difficoltà che pone l'applicazione delle regole relative alla proprietà degli impianti è stabilire quali beni siano soggetti al principio della necessaria proprietà pubblica separata dalla gestione del servizio: principio che, sancito dall'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, si deve ritenere applicabile anche al sistema dei servizi idrici.

La norma ha generato alcuni problemi interpretativi, perché, a parte i beni espressamente contemplati dalla disciplina di settore (es. acquedotti o impianti di fognatura e depurazione), non è chiaro quali infrastrutture siano effettivamente qualificabili come "reti, impianti e dotazioni patrimoniali", ai sensi dell'art.

(45) Il divieto di separare la gestione delle reti da quella del servizio è stato espressamente sancito nel settore del servizio idrico, con circolare del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio 18 marzo 2003.

113, d.lgs. n. 267/2000.

Sul punto, la dottrina è orientata nel senso di conferire tale “etichetta” ai beni che siano ontologicamente finalizzati alla produzione del servizio e che, direttamente inerenti all'erogazione, non siano facilmente riproducibili e reperibili sul mercato.

In particolare, le “reti” sono state definite come attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell'attività; gli “impianti” come strutture connesse ma allocate in un unico luogo e non diffuse, destinate sempre all'attività di produzione; le “altre dotazioni patrimoniali” come beni essenziali per la produzione del servizio, senza le quali quest'ultimo non esisterebbe⁽⁴⁶⁾.

Non dovrebbero, invece, appartenere a questa categoria le dotazioni che, in quanto fungibili con altri beni della stessa specie e disponibili sul mercato (es. automezzi), possono essere sottratte all'applicazione dell'art. 113, c. 2 e 13, TUEL.

Nell'intento che, in premessa, ci si era prefissi di individuare spazi residui di intervento dei Comuni nel governo del settore idrico, le citate disposizioni normative assumono un valore centrale.

Esse, invero, riservano agli enti locali cui sono direttamente asserviti i beni necessari alla produzione del servizio, escludendo le Autorità d'ambito da qualsiasi attribuzione patrimoniale.

In base all'art. 113, c. 13, d.lgs. n. 267/2000, inoltre, sono solo gli enti locali a decidere se conferire detti cespiti a società di capitali interamente pubbliche.

Società nelle quali l'ente locale deve necessariamente possedere almeno una quota partecipativa. Lo imporrebbe l'art. 113 TUEL, che utilizzando il termine “conferimento”, deve appunto essere interpretato nel senso di stabilire la necessaria presenza dell'ente locale nell'organismo cui la proprietà dei beni viene assegnata⁽⁴⁷⁾.

Se così non fosse, non potrebbe negarsi un vero e proprio

(46) Così M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2593.

(47) Secondo la definizione tecnica contenuta nell'art. 2247 c.c., i conferimenti sono i contributi dei soci alla formazione del patrimonio della società.

scardinamento del sistema, venendo il Comune pretermesso, oltre che dall'organizzazione del servizio, anche dalla titolarità di beni su cui, per ovvi motivi di ordine generale, deve continuare a mantenere il controllo (cd. proprietà-funzione).

E così il legislatore dimostra di volere conservare per i beni strumentali al servizio una condizione giuridica tutta particolare, volta a preservarne la finalizzazione a scopi di interesse generale e riassumibile in una intrasferibilità, che tendenzialmente li sottrae a qualsiasi atto di disposizione a favore di terzi.

La conseguenza di questo assetto è che devono considerarsi nulli, per contrarietà a norme imperative, gli eventuali conferimenti disposti a vantaggio di enti diversi da società interamente pubbliche⁽⁴⁸⁾, anche ove realizzati anteriormente all'entrata in vigore della norma in commento.

Verificandosi questa ipotesi, legittima e fondata sarà la pretesa comunale al riscatto delle reti e degli impianti presenti sul proprio territorio. Beni che, in quanto dotati di una immanente vocazione pubblicistica, devono essere ricondotti al loro alveo naturale: quello della irrinunciabile proprietà dell'ente locale e della relativa comunità di riferimento o, al più, di una società interamente pubblica, partecipata dall'ente locale medesimo.

Ne viene, per le stesse ragioni, che se l'ente locale decidesse di recedere dalla società interamente pubblica alla quale avesse precedentemente conferito beni strumentali, esso avrebbe diritto al riscatto di tali dotazioni, salvo conguaglio da corrispondere alla società.

Il principio dovrebbe valere anche per quelle società nate prima dell'entrata in vigore dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (nella versione attualmente vigente), che gli enti locali avevano costituito per la gestione del servizio, conferendo alle stesse anche la proprietà dei beni strumentali all'erogazione delle prestazioni.

Nel contesto attuale, una simile concentrazione in capo alla medesima società del ruolo di proprietario e gestore non è più possibile.

(48) Di questa opinione è M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2596.

La conseguenza è che, ove la società continui da essere affidataria del servizio, i beni dovranno rientrare nella titolarità del Comune.

Lo stesso dovrebbe avvenire qualora il Comune decidesse di recedere dalla compagine societaria. Non può infatti negarsi come, con lo scioglimento del rapporto, viene a mancare sul piano funzionale e teleologico la causa giuridica dell'originario conferimento, disposto perché la società beneficiava anche dell'affidamento del servizio. Per effetto del recesso, inoltre, viene meno anche quel carattere servente della struttura societaria rispetto al Comune, che solo può legittimare l'attribuzione alla società degli impianti in questione.

A norma dell'art. 113, c. 13, d.lgs. n. 267/2000, è il proprietario delle reti il soggetto giuridico abilitato ad affidare al gestore le infrastrutture necessarie all'erogazione del servizio. L'assegnazione avviene in base ad un titolo concessorio, come previsto dall'art. 153, c. 1, d.lgs. n. 152/2006 e, prima ancora, dall'art. 12, c. 1, l. n. 36/1994.

La disciplina regionale del servizio idrico integrato prevede una deviazione rispetto a questo modello, attribuendo alle Agenzie d'ambito l'amministrazione dei beni strumentali ad esse affidati dagli enti locali per l'esercizio dei servizi pubblici (art. 6, c. 3, lett. g), l.r. 25/1999). Si introduce, in sostanza, una sorta di intermediazione tra proprietario e gestore, cui si accompagna l'intermediazione nel percepimento dei canoni annuali, che devono poi essere trasferiti ai Comuni⁽⁴⁹⁾.

L'art. 153, c. 1, d.lgs. n. 152/2006 dispone che la concessione d'uso dei beni della rete acquedottistica e fognaria sia gratuita. Per la valenza di regola generale attribuita all'art. 113, c. 13, d.lgs. n. 267/2000 deve invece ritenersi che l'uso delle altre dotazioni sia condizionato al versamento di un canone.

In ogni caso, il gestore subentra nelle immobilizzazioni, attività e passività del servizio idrico, ivi compresi i mutui e gli oneri di ammortamento.

(49) Cfr. art. 16 della convenzione-tipo per la regolazione del rapporto tra Agenzie d'ambito e gestori del servizio, adottata con delibera di Giunta regionale 3 dicembre 2001, n. 2679.

Un cenno, infine, al tema dei lavori connessi alla rete, che pure possono vedere l'ente locale impegnato in prima linea.

La disciplina di tale aspetto deve essere rintracciata in un *corpus* variegato di norme, in cui si intrecciano le regole generali dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e le disposizioni di settore che la legislazione statale e regionale dedicano all'ambito specifico delle risorse idriche.

Più precisamente, le previsioni che vengono in rilievo sono:

- l'art. 113, c. 5 *ter*, d.lgs. n. 267/2000, a norma del quale il gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara che lo abbia visto vincitore abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio, sia l'esecuzione dei lavori connessi alla rete. Qualora, invece, la gara abbia riguardato solo la gestione del servizio, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con procedure ad evidenza pubblica;

- l'art. 157, d.lgs. n. 152/2006 (che ha sostituito l'art. 16, l. n. 36/1994), ai sensi del quale ciascun ente locale può realizzare opere necessarie all'adeguamento del servizio idrico in relazione ai piani urbanistici e a concessioni per nuovi edifici in zone già urbanizzate, previo parere di compatibilità con il Piano d'ambito reso dall'Autorità d'ambito e previa convenzione con il gestore del servizio, al quale le opere, una volta realizzate, sono affidate in concessione;

- l'art. 8 *quinquies*, c. 3, l.r. n. 25/1999, secondo cui l'Agenzia di ambito può affidare ai soggetti gestori la progettazione delle opere strumentali alla gestione dei servizi.

Dalla combinazione delle previsioni sopra richiamate è possibile affermare che, in linea di principio, è il soggetto gestore a provvedere ai lavori relativi all'infrastruttura, che può eseguire direttamente o appaltare a terzi, a seconda che la gara per l'affidamento del servizio abbia avuto o meno ad oggetto anche la realizzazione dei lavori.

Su tale quadro generale si inserisce, tuttavia, la normativa di settore, che ammette sempre anche un intervento diretto degli enti locali nella costruzione delle opere funzionali alla gestione del servizio. Ciò a tre condizioni: che si tratti di interventi di

adeguamento dell'infrastruttura alla pianificazione urbanistica vigente o a nuovi permessi di costruire rilasciati in zone già urbanizzate; che sia previamente stipulata una convenzione con il gestore del servizio; che l'Autorità d'ambito esprima parere di compatibilità dell'opera con il Piano d'ambito.

Benché, a prima vista, compromessa dal necessario intervento consultivo dell'Autorità (non previsto nel precedente impianto della legge Galli), l'autonomia che il Comune conserva nel decidere se eseguire opere di adeguamento dell'infrastruttura rimane piuttosto ampia.

Le sue scelte, infatti, non sono subordinate ad un titolo abilitativo rimesso a valutazioni discrezionali dell'Autorità, ma ad un giudizio di compatibilità che, avendo come parametro dati certi (la rispondenza al Piano d'ambito), è atto dovuto in caso di accertata conformità.

Né la legislazione regionale sembra ampliare la sfera di ingerenza dell'Autorità. Il citato art. 8 *quinquies*, c. 3, l.r. n. 25/1999 prevede un intervento dell'Agenzia solo con riferimento ai lavori eseguiti dal soggetto gestore, che potrà realizzare tali opere in presenza di uno specifico atto di affidamento da parte dell'Autorità.

Nessun potere autorizzativo è invece stabilito riguardo alle opere che l'ente locale, nell'ambito delle sue funzioni istituzionali, vorrà realizzare. Del resto, se un permesso preventivo dell'Autorità può giustificarsi in relazione a lavori eseguiti da un soggetto privato chiamato a svolgere in via prevalente la diversa attività di gestione del servizio, lo stesso non può dirsi con riferimento alle costruzioni direttamente realizzate dal Comune, che è l'ente cui gli impianti in oggetto precipuamente pertengono.

5. *La regolazione del servizio*

L'assoluta centralità della regolazione nell'assetto complessivo della gestione del servizio non può sfuggire a chi abbia una qualche conoscenza delle dinamiche, talvolta complesse,

che dopo l'affidamento si innestano tra ente pubblico e soggetto erogatore.

Ruolo decisivo e cruciale è giocato, in questa fase del rapporto, dal contratto di servizio, strumento negoziale⁽⁵⁰⁾ in cui trovano precisazione le reciproche posizioni e gli obblighi delle parti.

Previsto in via generale dall'art. 113, c. 11, d.lgs. n. 267/2000 come fonte di disciplina del rapporto tra ente locale e società investite della erogazione del servizio, il contratto di servizio è l'atto in cui trovano precisazione gli standard di servizio già individuati nei capitolati di gara, con contestuale previsione di adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli stabiliti. Ma è anche il progetto di servizio elaborato dal gestore a contribuire, e in misura determinante, alla formazione dello schema contrattuale, traducendo in obblighi giuridici le condizioni dell'offerta dell'impresa risultata aggiudicataria.

I servizi idrici integrati hanno la particolarità di attribuire alle Autorità d'ambito il ruolo di regolazione altrove spettante agli enti locali titolari del servizio.

La funzione che negli altri servizi a rilevanza economica svolge il contratto di servizio è, inoltre, qui rimessa al più tradizionale strumento della convenzione, predisposto dalle Autorità d'ambito in base a convenzioni-tipo che le Regioni adottano insieme ai relativi disciplinari.

A norma dell'art. 151, d.lgs. n. 152/2006 la convenzione prevede, in particolare, la durata dell'affidamento, che non può superare i trenta anni; i criteri e le modalità di applicazione delle tariffe determinate dall'Autorità; l'obbligo di adottare la carta dei servizi; le modalità di controllo del corretto svolgimento dell'attività; le penali e le sanzioni in caso di inadempimento; le condizioni di risoluzione del rapporto.

Come si vede, la fonte di regolazione del rapporto gestorio è un atto generato dall'intervento di più livelli decisionali, che concorrono a determinarne il contenuto, con un grado sempre

(50) Sulla natura giuridica del contratto di servizio si vedano M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2627; A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasporti*, 1998, p. 613 ss.

maggior di precisazione.

Essi sono: la Regione, che elabora la convenzione-tipo⁽⁵¹⁾; l'Autorità d'ambito, che conferisce concretezza alle previsioni stabilite in astratto della Regione; gli stessi soggetti erogatori del servizio, che dotandosi della carta dei servizi completano il quadro degli obblighi del gestore⁽⁵²⁾.

La scelta di coinvolgere l'impresa nella *policy* del settore è apprezzabile, perché attraverso una partecipazione all'assunzione delle scelte, cresce il senso di responsabilità del gestore (co-decisore delle politiche adottate) e più gravi diventano le conseguenze del suo inadempimento. Conclusione, questa, avvalorata dalla *ratio* e dalla disciplina delle carte dei servizi, prefigurate come efficace ausilio per realizzare fattori di qualità, anche attraverso la valorizzazione della posizione dell'utenza⁽⁵³⁾.

V'è da chiedersi quale ruolo abbiano, in questo variegato quadro, gli enti locali: se cioè, al di là del concorso alle scelte dell'Autorità, essi godano di una qualche specifica competenza nell'attività di regolazione.

La risposta al quesito richiede una minuziosa ricerca nella legislazione vigente e nella normativa di dettaglio, dove tutte le scelte strategiche sembrano essere consegnate all'Autorità.

È questa, infatti, che dispone interamente del rapporto gestorio⁽⁵⁴⁾, provvedendo alla sua instaurazione (mediante l'affidamento), alle eventuali modifiche e alla sua cessazione, sia naturale che anticipata (ad es., pronunciando la decadenza, in caso di inadempienza del gestore⁽⁵⁵⁾).

Oltre a predisporre le regole del rapporto gestorio, attraverso

(51) In Emilia-Romagna la convenzione-tipo è stata adotta con delibera di Giunta regionale 3 dicembre 2001, n. 2679.

(52) La carta dei servizi deve essere adottata dall'impresa affidataria secondo le prescrizioni delle direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 e 29 aprile 1999, nonché degli indirizzi fissati dall'Autorità d'ambito. Cfr. art. 23, l.r. Emilia-Romagna n. 25/1999.

(53) Lo dimostra il ricco contenuto che normalmente caratterizza le carte dei servizi, dove trovano spazio moltissimi indicatori di efficienza del servizio: regolarità e affidabilità delle prestazioni, comportamento del personale, attenzione per l'ambiente, grado di informazione dell'utenza.

(54) In Emilia-Romagna, questi poteri sono esplicitati all'art. 6, c. 1, l.r. n. 25/1999.

(55) Cfr. art. 152, c. 2, d.lgs. n. 152/2006.

l'adozione dell'atto convenzionale, l'Autorità conserva poi il controllo dei servizi affidati ⁽⁵⁶⁾, con titolo ad ottenere dal fornitore tutte le informazioni necessarie all'esercizio dei propri poteri di vigilanza.

È però vero che, in tema di controlli, molto possono fare anche singoli Comuni, che per il radicamento sul territorio in cui le prestazioni sono erogate, hanno l'immediata percezione dei risultati gestionali e la massima facilità nella verifica dei servizi resi.

Ciò anche perché, in quanto enti a finalità generale direttamente esponenziali delle comunità di riferimento, spesso sono proprio i Comuni i primi destinatari delle segnalazioni dei cittadini-utenti, che ad essi possono rivolgersi per denunciare inefficienze del servizio.

Sul punto, è positiva la scelta di alcune Autorità d'ambito di disciplinare convenzionalmente la partecipazione dei Comuni all'attività di vigilanza ⁽⁵⁷⁾.

È ovvio che la massima imparzialità del controllo avrà modo di esplicitarsi quando il gestore sia un soggetto imprenditoriale terzo rispetto ai Comuni.

Il sistema rivela, invece, tutta la sua criticità quando a fornire il servizio sia un organismo legato finanziariamente al controllore, perché partecipato o controllato dagli enti locali investiti del potere ispettivo.

Da questo punto di vista, maggiormente condivisibili appaiono le soluzioni sperimentate in altri settori (es. il trasporto pubblico locale), dove la vigilanza è stata affidata ad organismi tecnici, così superando il rischio di conflitti di interesse inevitabili là dove il controllo è influenzato o influenzabile dalle dinamiche della politica.

Benché essenzialmente deputati ad un ruolo di iniziativa,

(56) La relativa previsione è contenuta nell'art. 152, d.lgs. n. 152/2006 e nell'art. 6, c. 3, lett. f), l.r. Emilia-Romagna n. 25/1999.

(57) Così la convenzione relativa alla costituzione dell'Agenzia d'ambito di Bologna (ATO n. 5), che all'art. 7 prevede la definizione, in seno ai contratti di servizio, dell'ambito di intervento dei Comuni nella verifica e controllo dei servizi erogati a favore del proprio territorio.

non è escluso che proprio nella fase esecutiva del rapporto gestorio i Comuni possano ricercare spazi di dialogo costruttivo con l'Autorità.

È anzi probabile che proprio la scelta di valorizzare interventi partecipativi dei Comuni costituisca la via per realizzare maggiori livelli di efficienza, coinvolgendo nell'attività di regolazione soggetti che, meglio di ogni altro, hanno una visione puntuale delle problematiche inerenti all'adeguatezza del servizio e alla sua rispondenza alle concrete esigenze della comunità.