

Il Servizio Idrico Integrato tra liberalizzazione ed "incerta" privatizzazione

di Rocco Cifarelli

Sommario: 1. Premessa; 2. Le modalità di affidamento; 3. L'affidamento e la gestione del servizio idrico integrato nelle recenti pronunce della Consulta e nelle segnalazioni dell'Autorità Antitrust; 4. I quesiti referendari relativi al servizio idrico integrato; 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Com'è noto, a ciascuno di noi è riconosciuto il diritto all'acqua inteso sia come libertà di ognuno di ricevere la quantità minima necessaria per la propria sopravvivenza, sia come dovere delle organizzazioni statuali di assicurarlo nella stessa misura. Tale ricostruzione viene condivisa anche dalla Consulta che, nella sentenza n. 259 del 1996, ha definito l'acqua "bene primario della vita dell'uomo (...) in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale", qualificandola come risorsa "salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà" riconnessa "al diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche"¹.

A tale diritto fondamentale, tuttavia, corrisponde il dovere, altrettanto fondamentale, di farsi carico dei costi necessari. In sostanza, l'acqua è un diritto naturale fondamentale la cui distribuzione deve essere organizzata e gestita², atteso che "benché sgorgi naturalmente dalla terra, l'acqua deve essere ricondotta attraverso condutture e pompe al fine di essere utilizzata e distribuita"³.

2. Le modalità di affidamento.

Proprio in relazione alla gestione di condotte e di pompe, occorre ricordare che il legislatore italiano, dall'Unità in poi, ha adottato le più svariate forme di gestione. In particolare, dalla fine dell'Ottocento sino agli anni Novanta, il servizio di distribuzione dell'acqua potabile e il servizio di

* Dottorando in diritto pubblico e cultura dell'economia nell'Università degli Studi di Bari - A. Moro).

¹ Sul riconoscimento dell'acqua come diritto fondamentale si veda Frosini T.E., Dare un diritto agli assetati, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2010, 30 ss. L'Autore rileva che «le affermazioni della Corte non devono essere stati ritenuti sufficientemente validi a quel legislatore che, il 22 luglio 2008, ha presentato una proposta di legge costituzionale intitolata: Modifica all'articolo 2 della Costituzione, concernente il riconoscimento del diritto all'acqua" e consistente nell'aggiunta di un comma finale all'art. 2 Cost., che dovrebbe così recitare: "La Repubblica riconosce, tra i diritti inviolabili dell'uomo, il diritto all'acqua". Debbo dire che il limite proprio di questa proposta è in ciò che propone, perché chiedendo che venga codificato costituzionalmente il diritto all'acqua ne disconosce la sua intrinseca costituzionalizzazione. Perché vuole imporre la letteralità in luogo dell'effettività. Direi che invece si può prescindere dalla sua formalizzazione testuale perché il diritto all'acqua è, innanzitutto e soprattutto, una declinazione del diritto alla vita, che trova in svariate norme costituzionali un suo naturale svolgimento (...).».

² Così Nuzzo A., Valensise P., Editoriale, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2010, 3 ss.

³ Frosini T.E., Dare un diritto agli assetati, cit., 33.

fognatura sono stati disciplinati come servizi pubblici comunali⁴ e, pertanto, sono stati gestiti per molto tempo da numerose aziende pubbliche (oltre 9.000 enti gestori).

Con la legge 5 gennaio 1994, n. 36, recante "Disposizioni in materia di risorse idriche" (cosiddetta legge Galli), il legislatore ha cercato di dettare una disciplina organica dell'intero settore, riconoscendo, tra gli altri, quali principi fondamentali della riforma, "la gestione unitaria ed integrata del servizio idrico"⁵, il superamento delle gestioni preesistenti e l'individuazione di una dimensione ottimale di gestione a livello di ambito⁶, la distinzione tra programmazione della risorsa idrica e programmazione e gestione del servizio idrico, la separazione tra funzione di programmazione indirizzo e controllo del servizio idrico integrato, da un lato, e gestione del servizio stesso, dall'altro, il perseguimento dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità nella gestione attraverso la definizione di una tariffa quale corrispettivo del servizio, idonea a garantire, tra l'altro, un costante miglioramento dei livelli qualitativi del servizio stesso"⁷. La legge Galli, inoltre, si proponeva di innovare il sistema attraverso l'affidamento del servizio a società a capitale interamente pubblico (*in house providing*); a società mista pubblico-privato, nella quale il socio privato sia stato scelto con gara; a società di capitali attraverso l'espletamento di una gara⁸. La legge n. 36/94 ha previsto anche l'istituzione a livello nazionale di un comitato di vigilanza sull'uso delle risorse idriche, che avrebbe avuto il compito di fissare i criteri del sistema tariffario e di verificare la qualità del servizio.

⁴ Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione storica del servizio idrico si rinvia a Bercelli J., voce Servizi idrici, in Sabino Cassese (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, vol. VI, 2006, 5513, laddove si ricorda che "la l. 22 dicembre 1888 («Legge per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica») qualificava come servizio pubblico comunale obbligatorio il servizio di distribuzione dell'acqua potabile, inteso come distribuzione tramite fontane pubbliche. Con la l. 29 marzo 1903, n. 103, sia il servizio di distribuzione dell'acqua potabile sia il servizio di fognatura vennero inseriti tra i servizi municipalizzabili. Con la l. 10 maggio 1976, n. 319, venne considerato, per la prima volta, il servizio di depurazione delle acque, resosi necessario per la forte urbanizzazione e per l'espansione della produzione industriale".

⁵ Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. f, della legge Galli, per servizio idrico integrato devono intendersi i servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue.

⁶ L'art. 8 della legge Galli prevede che ogni Regione debba suddividere il proprio territorio in ambiti territoriali ottimali, delimitati secondo criteri di rispetto dell'unità dei bacini idrografici, del superamento della frammentazione della gestione e del conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico amministrative. L'art. 9 della medesima legge prevede che i comuni e le province ricadenti in ciascun ambito territoriale debbano realizzare una modalità di cooperazione, in forma consortile o convenzionale, denominata autorità di ambito, ente di ambito o agenzia di ambito, attraverso la quale esercitare in forma associata o coordinata la titolarità del servizio idrico integrato. Cfr., in tal senso, Bercelli J., Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico integrato, Rimini, 2001, 125 ss.

⁷ Pasquini G., La concessione a terzi del servizio idrico integrato, in Giorn. Dir. Amm., 2001, 1235. Per il commento delle disposizioni contenute nella legge Galli si rinvia a Pototschnig U., Ferrari E. (a cura di), Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche, Padova, 2000; Carullo A., Prime riflessioni sul gestore del servizio idrico integrato, in Dir. Ec., 1995, 87; Guarnieri F., Rosci A., In materia di risorse idriche. Considerazioni sulla legge 5 gennaio 1994, n. 36, in Nuova. Rass. Leg., 1995, 1150.

⁸ Cfr. Art. 9, comma 2, della legge 36/94: "I comuni e le province provvedono alla gestione del servizio idrico integrato mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, come integrata dall'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498". Il disposto della legge 142/90 verrà in seguito recepito, con marginali cambiamenti, nell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, su cui interverrà in modo radicale l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448 e successivamente l'art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326. Infine, con il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008, n. 133, il legislatore ha ulteriormente tentato di innescare una dinamica concorrenziale nell'ambito dei servizi pubblici locali. Sulle riforme relative ai servizi pubblici locali si rinvia a Di Gaspare G., I servizi pubblici locali verso il mercato, in Dir. Pubbl., 1999, 797 ss.; Caia G., Le prospettive di riforma dei servizi pubblici locali e i principi in materia di servizi pubblici, in Nuova Rass., 1997, 1996 ss.; Piperata G., I servizi pubblici locali: ragioni e contenuti di una riforma "difficile", in Ist. Federalismo, 2000, 397 ss.; Ferri M., Baldanzi P., I servizi pubblici locali: liberalizzazione, regolamentazione, forme di privatizzazione, Rimini, 2000, 199 ss.

Il decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice dell'Ambiente) ha, in seguito, sostanzialmente riprodotto i principi generali della legge Galli: priorità del consumo umano, razionalizzazione degli usi, equilibrio del bilancio idrico, valorizzazione del risparmio idrico⁹. Il decreto, infatti, ha confermato l'organizzazione del servizio idrico integrato sulla base degli ambiti territoriali ottimali e non ha modificato le forme di gestione del servizio. In particolare, in caso di affidamento del servizio a terzi, si privilegia la soluzione dell'aggiudicazione tramite confronto concorrenziale da effettuarsi con una procedura aperta che preveda l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Anche nel caso di affidamento a società miste, il socio privato deve essere scelto con gara espletata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; mentre l'affidamento a società a capitale interamente pubblico deve "essere giustificato da obiettive ragioni tecniche ed economiche" (art. 150).

Di recente, con l'art. 23-bis del D.L. n. 11/2008¹⁰, successivamente modificato nel 2009¹¹, e con il legislatore ha distinto tra modalità ordinarie e modalità derogatorie di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. La disciplina per il conferimento di tali servizi prevede tre ipotesi: 1) la gestione è affidata ad un soggetto totalmente privato: deve essere scelto con gara, secondo i principi comunitari; 2) il conferimento avviene ad una società mista, pubblico-privata. Anche qui il socio privato, cui deve essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40%, deve essere scelto tenendo conto degli specifici compiti operativi che sarà chiamato a svolgere; 3) la gestione è affidata *in house* – cioè ad una società completamente partecipata dall'ente locale - su cui esso deve esercitare un controllo analogo a quello che eserciterebbe su una propria divisione interna¹².

In altri termini, oggi è possibile individuare per il servizio idrico integrato e, più in generale, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, tre modelli di gestione: a) concorrenziale aperto a soggetti pubblici o privati. Possono partecipare alla gara imprenditori o società in qualunque forma costituite; b) non concorrenziale aperto a soggetti misti pubblico-privati, a condizione che la selezione del socio avvenga attraverso una gara tra privati; c) non concorrenziale fondato

⁹ Di Gaspare G., La gestione delle risorse idriche e il servizio idrico integrato nel decreto legislativo n. 152/2006, attuativo della legge di delega n. 308/15 dicembre 2004, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2006, 5.

¹⁰ Sulle recenti modifiche riguardanti l'art. 23 bis si rinvia ad Alla L., La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'articolo 15 del d.l. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2010, 6.

¹¹ D.L. 25 settembre 2009, n. 135, conv. in l. 20 novembre 2009, n. 166.

¹² Così Satta F., Quale destino per le società degli enti locali?, in www.apertacontrada.it, 2010, 1. L'Autore rileva che "ciò che qui veramente rileva sono le norme transitorie, le norme cioè che regolano il passaggio dal regime in vigore alla data di entrata in vigore della legge ed il nuovo. Si può dire che il legislatore abbia usato la scure. Durano fino alla scadenza naturale le sole gestioni affidate a società miste, pubblico-privato, in cui la gara per la scelta del socio abbia avuto ad oggetto tanto la qualità di socio quanto l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Tutte le altre, sia quelle affidate a società a capitale misto, pubblico-privato, in cui il privato *non* sia stato scelto anche in funzione dei compiti operativi affidatigli, sia quelle *in house*, cessano *ex lege* ed improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2011. C'è solo un limite per le gestioni *in house*: possono durare fino alla scadenza naturale se, entro il 31 dicembre 2011, le amministrazioni cedono almeno il 40% del capitale ad un socio con compiti operativi, scelto attraverso una gara in cui si valuti appunto questa funzione che gli deve essere assegnata. Tutti gli altri affidamenti – sostanzialmente quelli diretti, fatti senza scelta del socio in gara – cessano addirittura al 31 dicembre 2010. Una norma molto singolare è quella dettata per gli affidamenti assentiti a società a partecipazione pubblica, quotate in borsa. Qui vi è una prima singolarità: affidamenti e quotazione in borsa hanno una data di riferimento molto precisa: il 1° ottobre 2003. Gli affidamenti con queste caratteristiche – in essere a tale data, ed a tale data a favore di società quotate in borsa – cessano alla scadenza contrattuale a condizione che la partecipazione pubblica al capitale della società scenda sotto il 40% entro il 30 giugno 2013 ed al 30% entro il 31 dicembre 2015; se ciò non accade, a queste date gli affidamenti vengono meno. È superfluo spendere anche una sola parola sulla portata traumatica di una norma di questo genere. Qualunque speculazione, mirata a ridurre al massimo il valore delle azioni, è possibile".

sull'affidamento diretto senza gara ad una società di capitali pubblica, al quale è possibile ricorrere unicamente in presenza di situazioni eccezionali che non consentono il ricorso al mercato¹³. Infine, con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato, il Regolamento¹⁴ attuativo del decreto Ronchi ribadisce espressamente il principio secondo il quale restano ferme l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse (art. 4, comma 2). Per i servizi relativi al settore idrico, nella richiesta del parere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in house non distortiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento: a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico; b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento; c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore; d) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore. Infine, l'ente affidante deve valutare annualmente il permanere di tali condizioni di efficienza ed inviare gli esiti di tale verifica all'Autorità e, in caso di esito negativo, anche su segnalazione della stessa Autorità, l'ente dovrà procedere alla revoca dell'affidamento diretto (art. 4, comma 4).

3. L'affidamento e la gestione del servizio idrico integrato nelle recenti pronunce della Consulta e nelle segnalazioni dell'Autorità Antitrust.

La complessa regolamentazione del servizio idrico integrato costituisce un terreno su cui si è "misurato, definendosi nel tempo, l'equilibrio tra l'esercizio delle potestà legislative statali e regionali" in ordine alle modalità di erogazione e di gestione del servizio stesso.

Con specifico riferimento all'affidamento dei servizi idrici, la Corte Costituzionale ha ricondotto alla materia della tutela della concorrenza la norma che disciplina la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso (art.150 del d.lgs. n. 152 del 2006)¹⁵. La

¹³ Lucarelli A., I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2010, 129.

¹⁴ Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168 (*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133*).

¹⁵ ART. 150 (scelta della forma di gestione e procedure di affidamento): 1. L'Autorità d'ambito, nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unitarietà della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione fra quelle di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. 2. L'Autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, secondo modalità e termini stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare nel rispetto delle competenze regionali in materia. 3. La gestione può essere altresì affidata a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, secondo la previsione del comma 5, lettera c), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o a società solo parzialmente partecipate da tali enti, secondo la previsione del comma 5, lettera b), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al comma 2. 4. I soggetti di cui al presente articolo gestiscono il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale, salvo quanto previsto dall'articolo 148, comma 5.

Consulta ha ritenuto che le regole previste in tale decreto fossero dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione medesima (sentenza n. 246 del 2009; in senso analogo, n. 272 del 2004). La riserva a livello statale della determinazione delle modalità e dei termini di aggiudicazione, infatti, non opererebbe, secondo la Consulta, un'illegittima compressione della competenza legislativa regionale poiché l'aggiudicazione, essendo lo strumento attraverso il quale si realizza l'affidamento del servizio, rientra a pieno titolo nella materia della tutela della concorrenza che, come noto, rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato.

In secondo luogo, la Corte ha riconosciuto alle Regioni la possibilità di adottare misure che garantissero una maggiore concorrenza nelle procedure di affidamento. In particolare, la Consulta ha ritenuto legittima rispetto al parametro dell'art. 117, comma 2, lett. e della Cost. (tutela della concorrenza) la legge della Regione Lombardia n. 26/2003 nella parte in cui, con riferimento all'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, compreso il servizio di erogazione idrica, consente in parziale difformità dalla disciplina statale, solo l'affidamento mediante gara pubblica, essendo consentito alla Regione di dettare norme che "tutelino più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato" (sentenza n. 307/2009).

Infine, non si può non rilevare che l'attuazione del decreto Ronchi, con specifico riferimento al settore idrico, ha dato luogo ad una sorte di crociata delle Regioni contro la c.d. privatizzazione dell'acqua. In particolare, alcune Regioni¹⁶ hanno proposto dinanzi alla Consulta una serie di ricorsi volti ad ottenere la declaratoria d'incostituzionalità del nuovo statuto generale dei servizi pubblici locali previsto dall'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 e s.m.i. Secondo le Regioni, infatti, l'incostituzionalità dell'art. 23-bis si fonderebbe sulla pretesa violazione della discrezionalità delle autonomie territoriali in ordine alla scelta delle forme di gestione del servizio idrico e ciò in considerazione del fatto che la compressione di detta discrezionalità, attraverso l'obbligo dell'ente affidante di rivolgersi primariamente al mercato, non sarebbe peraltro in alcun modo imposta dal diritto comunitario¹⁷.

Con la recente sentenza n. 325/2010, depositata il 17 novembre scorso, la Corte Costituzionale ha, innanzitutto, chiarito il rapporto tra le diverse nozioni di servizio pubblico esistenti in ambito comunitario e nazionale. In particolare, secondo la Consulta, in ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detti articoli non fissano le condizioni

Il D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 ha disposto (con l'art. 12, comma 1, lettera b) l'abrogazione dell'articolo 150, comma 1 "ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione".

¹⁶ Regioni Emilia-Romagna (mediante due ricorsi), Liguria (mediante due ricorsi), Piemonte (mediante due ricorsi), Puglia, Toscana, Umbria e Marche e dal Presidente del Consiglio dei ministri (mediante due ricorsi), notificati il 20 ottobre 2008, il 21 gennaio 2010, il 20 ottobre 2008, il 22 gennaio 2010, il 20 ottobre 2008, il 29 gennaio, il 9 gennaio, il 22 gennaio, il 21 gennaio ed il 22 gennaio 2010, il 30 dicembre 2008 e il 20 marzo 2010, depositati in cancelleria il 22 ottobre 2008, il 28 gennaio 2010, il 22 ottobre 2008, il 27 gennaio, il 27 ottobre, il 29 gennaio, il 18 gennaio, il 27 gennaio, il 28 gennaio ed il 29 gennaio 2010, il 2 gennaio 2009 e il 30 marzo 2010, ed iscritti ai nn. 69 del registro ricorsi 2008, 13 del registro ricorsi 2010, 72 del registro ricorsi 2008, 12 del registro ricorsi 2010, 77 del registro ricorsi 2008, 16, 6, 10, 14 e 15 del registro ricorsi 2010, 2 del registro ricorsi 2009, 51 del registro ricorsi 2010.

¹⁷ Così Sticchi Damiani E., Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2010, 174.

di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (ex multis, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo», come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004. Lo stesso denunciato comma 1 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 – nel dichiarato intento di disciplinare i «servizi pubblici locali di rilevanza economica» per favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» – conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai SPL di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di «servizi di interesse generale in ambito locale» di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria.

Inoltre, con specifico riferimento al servizio idrico, la Consulta ha precisato che la forma di gestione tale servizio e le procedure di affidamento dello stesso, disciplinate dall'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, sono da ricondurre alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale, trattandosi di regole «dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione medesima».

In conclusione, secondo la giurisprudenza della Corte, le regole che concernono l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - ivi compreso il servizio idrico – ineriscono essenzialmente alla materia «tutela della concorrenza», di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. La Corte, infatti, nella recente sentenza n. 325/2010, sembra offrire una percezione unitaria della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riconducendola unicamente alla concorrenza, proiettando tutti i fini verso obiettivi mercantili e giammai sociali, sottraendo agli enti infrastatali il potere di decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio, sottraendo quindi di fatto alla regioni e ai comuni il potere di qualificare il servizio idrico servizio privo di rilevanza economica¹⁸.

Il tema dell'affidamento del servizio idrico è stato oggetto anche di numerose segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁹. Con particolare riferimento al contenuto dei bandi aventi ad oggetto l'affidamento di tale servizio, l'Autorità ha individuato e «suggerito» alle amministrazioni alcuni criteri generali da seguire nella predisposizione dei bandi di gara. L'osservanza di tali criteri risulta di fondamentale importanza, in quanto la corretta impostazione dei bandi consente di creare le «pre-condizioni» affinché il confronto tra imprese nell'ambito della gara possa essere informato a criteri di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza (AS493). L'Autorità, infatti, ha rilevato che in molti casi le modalità organizzative e la formulazione dei bandi di gara appaiono ingiustificatamente restrittive della concorrenza. A tal riguardo, l'Autorità ha, ad esempio, rilevato la previsione dei Raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) dovrebbe limitarsi ai casi in cui essi siano effettivamente necessari per aumentare, e non per ridurre, il numero dei partecipanti alla gara. Lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese, infatti,

¹⁸ Così Lucarelli A., Prmissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010, 5.

¹⁹ Sul rapporto tra servizio idrico e tutela della concorrenza sia consentito il rinvio a Cifarelli R., Il servizio idrico integrato e l'Antitrust, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2010, 193 ss.

potrebbe determinare «una diminuzione del grado di concorrenza ove consenta a soggetti in grado di partecipare anche autonomamente di presentarsi insieme ad altri soggetti propri rivali, diminuendo così artificiosamente l'effettività ed estensione della competizione» (AS387). Sarebbe, pertanto, opportuno che le stazioni appaltanti prevedessero nel bando l'esclusione dalla gara di quei raggruppamenti composti da imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti per la partecipazione.

Allo stesso tempo, l'Antitrust ha evidenziato la necessità di valutare «con il necessario rigore» l'opportunità di affidare incarichi relativi a procedure di gara ad evidenza pubblica a soggetti che intrattengano o abbiano intrattenuto, nell'immediato passato, rapporti di carattere non episodico con imprese anche solo astrattamente interessate alle medesime procedure.

Nel medesimo bando di gara, inoltre, dovrebbe anche essere evitata la commistione tra gestione di servizi e realizzazione di opere, ovvero non si dovrebbe prevedere che il gestore del servizio idrico debba provvedere direttamente anche all'esecuzione di lavori connessi e funzionali alla gestione stessa (AS486). Tale commistione consente, infatti, la realizzazione di una notevole quantità di lavori relativi al servizio idrico integrato senza il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la selezione del soggetto esecutore, diminuendo così artificiosamente l'effettiva competizione tra i vari operatori. Infine, l'Autorità ha evidenziato la portata anticoncorrenziale delle disposizioni di alcuni bandi di gara che limitano ingiustificatamente la partecipazione delle imprese o che determinino, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra concorrenti. Si pensi, ad esempio, ad alcune disposizioni regionali che, ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio idrico, prevedono tra i «criteri di aggiudicazione» l'attestazione regionale di eccellenza rilasciata all'impresa dalla stessa Regione e non da organismi indipendenti. Tali disposizioni riducono in modo sostanziale il confronto competitivo tra tutti i potenziali partecipanti, in quanto riservano un significativo vantaggio alle imprese che abbiano già operato in una determinata regione (AS512).

Infine, l'Autorità ha osservato che la concorrenza per il mercato presuppone che all'ATO non venga attribuita la facoltà di rideterminare la data di cessazione delle stesse, atteso che tali proroghe impedirebbero, di fatto, ad altri operatori presenti nel mercato di candidarsi alla gestione del servizio idrico (AS510). In particolare, la previsione di tale facoltà in capo alle AATO impedisce, di fatto, agli operatori presenti nel mercato di candidarsi alla gestione del servizio oggetto di affidamento (AS734).

4. I quesiti referendari relativi al servizio idrico integrato.

Nei mesi scorsi sono stati presentati tre quesiti referendari volti all'abrogazione dell'art. 23-bis del decreto Ronchi nella sua interezza, dell'art. 150 del Codice dell'ambiente relativo alle forme di gestione ed alle procedure di affidamento del servizio idrico e dell'art. 154 dello stesso Codice limitatamente a quella parte del primo comma in cui si dispone che la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio ed è determinata tenendo conto dell'adeguata remunerazione del capitale investito.

Secondo i proponenti, il combinato disposto dei tre quesiti sopra descritti comporterebbe, per l'affidamento del servizio idrico integrato, la possibilità del ricorso al vigente art. 114 del Decreto Legislativo n. 267/2000. Tale articolo prevede il ricorso ad enti di diritto pubblico (azienda speciale, azienda speciale consortile, consorzio fra i Comuni), ovvero a forme societarie che qualificherebbero il servizio idrico come strutturalmente e funzionalmente "privo di rilevanza economica", servizio di interesse generale e scevro da profitti nella sua erogazione²⁰.

²⁰ Tali motivazioni sono espressamente indicate dai promotori sul sito www.acquabenecomune.org.

Se, infatti, il servizio idrico assumesse rilevanza non economica, si riespanderebbe la potestà legislativa regionale in ordine alle forme di gestione, non venendo più in rilievo il profilo della tutela della concorrenza ed aprendosi conseguentemente il sentiero dell'affidamento diretto a società o aziende intermanete pubbliche, come peraltro statuito dall'art. 113 bis TUEL (norma statale) prima che la Corte Costituzionale ne dichiarasse l'incostituzionalità per violazione delle prerogative regionali e locali²¹.

5. Conclusioni.

Il settore dei servi idrici è oggi caratterizzato, come si è visto nei paragrafi precedenti, da un processo di radicale riorganizzazione, allo scopo di migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi idrici resi ai cittadini. Il quadro dei soggetti pubblici e privati attivi nel settore, infatti, si presenta estremamente variegato. Vi figurano ancora gestioni dirette, aziende speciali e consorzi; imprese totalmente pubbliche e organizzazioni cooperative; società quotate nei mercati regolamentati e vere e proprie multinazionali²².

Tale ampia platea di operatori è accompagnata, purtroppo, da una gestione non sempre efficiente del servizio. Basti pensare, ad esempio, che gli acquedotti italiani perdono fino a 6 litri ogni cento distribuiti, e che servono circa 60 miliardi di euro per riparare la rete²³.

Proprio per sopperire a tali inefficienze, i recenti interventi normativi tendono a soddisfare due esigenze: una più proficua allocazione delle risorse (scarse) ed il riequilibrio nelle relazioni tra amministrazioni locali ed imprese pubbliche, da un lato, e consumatori-utenti-cittadini dall'altro²⁴. In particolare, le disposizioni dettate in tema di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali sono finalizzate a «...favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale», garantendo, al contempo «...il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione» ed «assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione»²⁵.

L'acqua rimane un bene pubblico ed il pubblico continua a tenere le redini: è la parte pubblica a stabilire le condizioni di affidamento e a fissare le tariffe, sono le condizioni pattuite nel contratto di servizio a dettare legge²⁶. Al riguardo, si deve ricordare che se, da un lato, il servizio idrico integrato deve essere annoverato tra i servizi pubblici essenziali (art. 43 Cost.), dall'altro, il legislatore costituzionale non vincola ad una gestione pubblica; né, prima ancora, concepisce de iure condito l'acqua come bene comune insuscettibile di utilizzo economico²⁷.

²¹ Così Sticchi Damiani E., Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato cit., 175.

²² Così Napolitano G., Per un'autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici, in www.astrid-online.it, 2010, 2.

²³ Frosini T.E., Dare un diritto agli assetati, cit., 36.

²⁴ Cammelli M., Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme, Riv. Trim. app., 2003, 513.

²⁵ Art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni con la legge 6 agosto 2008, n. 133.

²⁶ Massarutto A., La cultura del fare (e del disfare): il cantiere infinito della riforma dei servizi idrici, in Analisi giuridica dell'economia, n. 1/2010, 115.

²⁷ Così Nuzzo A., Valensise P., Editoriale, cit., 7.

Le recenti riforme, in conformità al dettato costituzionale, distinguono tra la proprietà pubblica delle infrastrutture e la liberalizzazione dei servizi di gestione associati a tali infrastrutture. Si tratta di una liberalizzazione, quindi, non di una privatizzazione dell'acqua²⁸.

Proprio la distinzione tra proprietà delle reti e gestione del servizio rende necessaria l'individuazione di due distinti momenti regolativi: quello *ex ante*, che dovrebbe acquisire principalmente una valenza programmatica e rimarrebbe di competenza dell'ente locale e quello *ex post*, affidato a regolatori indipendenti, che abbiano il compito di rinegoziare i contratti, di avere l'ultima parola sulla disciplina delle tariffe, di vigilare sulla sostenibilità finanziaria della gestione²⁹. In altri termini, agli enti locali dovrebbe essere affidata la predefinitone delle modalità di affidamento e dei contratti di servizio; mentre il legislatore statale dovrebbe compiere una decisione coerente in materia di Autorità di settore, istituendo una nuova Autorità a livello nazionale o ampliando l'area di competenza del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche. In tal modo, si potrebbero spostare importanti compiti di regolazione dagli enti locali ad una Autorità indipendente, riducendo anche così i problemi di conflitto di interesse a scala locale derivanti dalla compresenza di enti locali regolatori e contemporaneamente soci delle aziende regolate³⁰.

²⁸ Cfr., in tal senso, Ricci A., Sistema Idrico Integrato: ma siamo capaci di fare le gare?, in www.apertacontrada.it, 2009, 1.

²⁹ Cammelli M., Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali, cit., 12.

³⁰ CNEL, Il disegno di legge governativo n.772 in materia di "Delega al Governo per il riordino dei Servizi pubblici locali": Osservazioni e Proposte, in www.astrid-online.it, 2007, 11.