

## **Alceste Santuari**

### Abstract

#### Italiano

Il servizio idrico integrato, come é noto, costituisce una componente fondamentale della più ampia definizione di servizi di interesse generale.

In Italia, il servizio idrico integrato è stato oggetto di numerosi interventi normativi, tra cui ricordiamo il referendum del mese di giugno 2011, con il quale sono state abolite alcune disposizioni riguardanti la gestione e le tariffe del servizio in parola.

Il contributo intende ripercorrere i principali elementi normativi che definiscono la fattispecie del servizio idrico integrato, anche attraverso l'analisi dello specifico contesto regionale veneto.

#### English

The water supply service represents a major component of the Services of General Interest. In Italy, it has undergone a number of law reforms, among which one has to remember the referendum of June 2011, which repealed some of the provisions concerning the managing and the costs connected to the service under consideration.

The paper intends to summarise the legal framework in which the water supply service is provided also by analysing the specific legal context of the Veneto Region.

### **1. Premessa di inquadramento**

Le modifiche normative ed organizzative che hanno interessato il comparto delle *public utilities*, da un lato, e gli assetti istituzionali attraverso cui gli enti locali sono oggi chiamati ad assolvere le funzioni fondamentali, dall'altro, hanno costretto gli enti pubblici territoriali ad assumere un nuovo

orientamento nella gestione degli interventi a rilevanza collettiva. In questa direzione, si è invero assistito al passaggio da un modello di “*government*” ad un modello di “*governance*”. Mentre il primo è impostato sul tradizionale schema di funzionamento dell'autorità pubblica e sulla produzione diretta di beni e servizi, il secondo assicura l'erogazione dei servizi di propria competenza, che possono essere organizzati e gestiti anche a mezzo di società “*collegate*” all'ente locale ovvero agli enti locali.

E' questo il contesto in cui si colloca il servizio idrico integrato, servizio pubblico di interesse locale e a forte connotazione comunitaria che, specie a seguito dell'esito del referendum abrogativo del giugno 2011 e della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, attribuisce un ruolo fondamentale agli enti locali e alle loro decisioni circa le forme di gestione del servizio stesso, da individuarsi da parte di apposite autorità chiamate a svolgere funzioni di regolazione in ambiti territoriali ottimali.

## **2. Il quadro normativo ed istituzionale dei servizi pubblici a rilevanza economica**

Negli ultimi decenni, il settore dei servizi pubblici locali in Italia è stato interessato da ripetuti interventi normativi che, spesso, sovrapponendosi gli uni agli altri, anche alla luce del mutato riparto delle competenze tra Stato ed autonomie territoriali, è lungi dal poter essere considerato in termini unitari. La disciplina dei servizi pubblici locali e delle relative modalità di affidamento è stata completamente ridisegnata, dapprima, dall'articolo 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133 e, successivamente, riscritta dall'articolo 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito nella legge 20 novembre 2009, n. 166. L'articolo 23-*bis* individuava quale modalità ordinaria di conferimento della gestione l'espletamento di “*procedure competitive ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi del Trattato (...) e dei principi generali relativi ai contratti pubblici*”. Tale modalità poteva essere derogata qualora ricorressero “*situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto*”

*territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, in quanto rispettose dei “principi della disciplina comunitaria”.*

L'articolo 15 del decreto legge n. 135 del 2009 altresì menzionava espressamente l'istituto dell'*in house providing* come modalità derogatoria di affidamento, il cui ricorso doveva essere giustificato sulla base di *“situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato”*. Il quadro normativo veniva poi completato con il Regolamento attuativo dell'art. 23-bis (D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168), il quale si innestava sulla disciplina *ex art. 113 T.U.E.L.* e si applicava a tutti i servizi, fatta eccezione per la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale, il trasporto ferroviario regionale e le farmacie comunali, settori di intervento per i quali valgono le norme di settore.

### **2.1. Il referendum del giugno 2011 e l'impatto sulle gestioni *in house***

L'assetto della disciplina riguardante i servizi pubblici locali di rilevanza economica, così come sinteticamente descritta nel par. 2, si è modificata all'indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. Come è noto, il referendum ha prodotto il risultato giuridico di espungere dall'ordinamento giuridico italiano la disciplina dei servizi pubblici locali così come era stata regolata nell'art. 23-bis. L'abrogazione dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008, nella sua formulazione introdotta dall'articolo 15 del d.l. n. 135/2009, ha, infatti, “resettato” l'intera disciplina dei SPL di rilevanza economica faticosamente elaborata nel corso degli ultimi dieci anni.

Ma quali sono stati realmente gli effetti del referendum abrogativo? Pare evidente che l'intera materia, in attesa di una nuova disciplina nazionale (che sarebbe stata poi approvata con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148 e, successivamente, dall'art. 9, l. 12 novembre 2011, n. 183 – Legge Stabilità 2012), dovesse mutuare le relative norme dai principi generali posti dal dettato comunitario e dalla giurisprudenza sviluppata nel tempo dalla Corte di Giustizia e dagli organi di giustizia amministrativa interni.

La *vacatio iuris* che si è venuta a creare per effetto dell'abrogazione della disciplina dei SPL di rilevanza economica ha trovato la sua naturale rete di contenimento legislativa proprio nelle disposizioni contenute nel TCE e, più precisamente, nell'articolo 86, paragrafo 2, trasfuso nell'articolo 106 del TFUE. La norma in parola stabilisce che *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

Alla luce di quanto sopra espresso, avuto riguardo ai meccanismi di affidamento della gestione, si deve, dunque, ribadire che l'espunzione dal sistema ordinamentale dell'articolo 23-bis non ha determinato automaticamente il divieto di utilizzo del sistema di gestione dei SPL di rilevanza economica, così come delineato dall'architettura della disciplina abrogata. In quest'ottica, conseguentemente, gli affidamenti *in house*, coerentemente al dettato comunitario, hanno continuato a costituire una forma di affidamento (meglio sarebbe dire di gestione, in quanto trattasi di un modello che rientra nell'attività di autoproduzione della P.A.) del tutto eccezionale, ancorata alla ricorrenza degli specifici presupposti individuati dalla giurisprudenza europea: “controllo analogo” e “prevalenza dell'attività”. In altri termini, una volta rispettati i presupposti di cui sopra, l'ente locale può ricorrere a propri modelli di gestione, con ciò attivando una modalità diversa rispetto all'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica. In generale, è, quindi, possibile affermare che è restata del tutto immutata la libertà dell'ente pubblico di scegliere tra le diverse seguenti opzioni gestionali:

1. ricorso al privato (in forma singola o associata),
2. a moduli societari misti ovvero
3. all'autoproduzione.

## **2.2. L'art. 4 della l. n. 148/2011 (manovra finanziaria di “Ferragosto”)**

A distanza di pochi mesi dal referendum abrogativo che ha determinato la caducazione dell'art. 23-bis, l. 133/2008 s.m.i. e del relativo Regolamento attuativo (D.P.R. 168/2010), la manovra aggiuntiva varata dal Governo con il d.l. n. 138/2011, recante "Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo", convertita in l. 14 settembre 2011, n. 148, pubblicata in G.U. il 16 settembre 2011, è intervenuta a disciplinare la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Anche in questa circostanza, il legislatore nazionale sembra essere stato spinto ad intervenire sulla materia al fine di contemperare la vigente disciplina comunitaria, relativa alle regole concorrenziali minime, con una ulteriore disciplina nazionale, destinata ad integrare la prima in quanto pro concorrenziale.

L'articolo 4 della legge n. 148/2011, rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea", racchiudeva la disciplina generale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Le disposizioni del citato articolo, come nelle precedenti "versioni", prescrivevano all'ente affidante l'obbligo di procedere, in via preliminare e con cadenza periodica, alla verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando i diritti di esclusiva (art. 4, commi 1, 2, 3, 4). A tal fine, era prevista l'adozione di una "delibera quadro" da pubblicizzare e trasmettere alla Autorità Antitrust, che evidenziasse l'istruttoria compiuta, nonché, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Quanto alle modalità di affidamento dei servizi in questione, le nuove norme riproducevano l'impianto proprio dell'art. 23-bis, prevedendo in via ordinaria che il conferimento avvenisse tramite procedura ad evidenza pubblica in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituiti, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (art. 4, comma 8).<sup>1</sup> Quindi, si

---

<sup>1</sup> "Appare, quindi, evidente che il legislatore, in continuità con il previgente sistema delineato dall'art. 23 *bis* e dal regolamento di attuazione, privilegi la scelta del gestore mediante gara quale procedura principale di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, precisando che alla gara possono partecipare

riproponevano le prescrizioni, relativamente al contenuto di bando di gara e lettera di invito, già previste all'art. 3 del Regolamento attuativo dell'art. 23-bis sopra citato, tra le quali si rammentano:

- il divieto di considerare come elemento discriminante nella valutazione delle offerte la disponibilità delle reti, degli impianti o di altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi sostenibili ed essenziali per il servizio;
- l'obbligo di stabilire che i suddetti requisiti siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio;
- la necessità che la durata dell'affidamento non superi il periodo di ammortamento degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitoli di gara a carico del soggetto gestore;
- la facoltà di esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedano singolarmente i requisiti di partecipazione; l'adozione di carte dei servizi; e così seguendo (art. 4, comma 11).

Tra le effettive novità rispetto al passato si segnala, invece, il nuovo rapporto tra disciplina generale e discipline di settore, eventualmente con essa incompatibili, posta l'assenza dell'espressa "clausola di prevalenza", invece presente nell'abrogato art. 23-bis, comma 1. Conformemente alla volontà referendaria, inoltre, il regime delle esclusioni dall'ambito di applicazione della disciplina generale di cui all'art. 4 in esame viene esteso ricomprendendovi anche il servizio idrico integrato, fatta eccezione per le norme in tema di incompatibilità (art. 4, comma 34). Elementi di novità riguardavano altresì la disciplina dell'affidamento *in house* in favore di società a capitale totalmente pubblico aventi i requisiti a tal fine richiesti dall'ordinamento europeo. Al riguardo, la nuova normativa ridimensionava notevolmente il controllo dell'Antitrust in materia, che era stato previsto nell'articolo 23-bis e subordinava, più semplicemente, la legittimità dell'affidamento *in house* al rispetto di una predeterminata soglia quantitativa massima, pari a 900.000

---

anche le società interamente pubbliche, salvo gli specifici divieti di legge". E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 10-2011, p. 25.

euro annui in relazione al valore economico del servizio oggetto dell'affidamento (art. 4, comma 13).

Fatta eccezione per il servizio idrico, dunque, la disciplina in commento comportava un restringimento delle ipotesi in cui era consentito l'*in house* rispetto a quanto consentito agli effetti della normativa "di risulta" *post referendum*. Tali società:

- a) sono assoggettate dal decreto al patto di stabilità interno nonché, unitamente alle società miste, alle regole in materia di acquisto di beni e servizi di cui al Codice dei contratti pubblici e di reclutamento del personale e conferimento incarichi di cui al D. Lgs. n. 165/2001 e al D. Lgs. n. 112/2008 s.m.i. (art. 4, commi 14, 15, 17);
- b) sono sottoposte alla verifica del rispetto del contratto di servizio, nonché di ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso;
- c) sono sottoposte alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli artt. 234 ss. del D. Lgs. n. 267/2000 (art. 4, comma 18).

Ai commi 6 e 7 del decreto si richiamavano, inoltre, come applicabili ai gestori di servizi pubblici locali, le disposizioni della l. n. 287/90, e, in particolare, l'art. 9 (relativo all'autoproduzione di beni e servizi contro corrispettivo) e l'art. 8, commi 2-bis e 2-quater (sull'attività in mercati diversi). Da segnalare poi le disposizioni del decreto in tema di incompatibilità – non aventi, tuttavia, valenza sui rapporti in essere – con riguardo agli amministratori, ai dirigenti e responsabili di cui ai commi 19 -27.

L'art. 4 ribadiva la proprietà pubblica delle reti (art. 4, comma 28) e la disciplina dei beni strumentali, necessari per la prosecuzione del servizio. In caso di subentro, i commi 29-31, che ricalcavano sul punto le disposizioni del caducato Regolamento attuativo dell'art. 23-bis, stabilivano l'obbligo a carico del precedente gestore, alla scadenza della gestione o in caso di cessazione anticipata, di cedere tali beni al gestore subentrante, salvo eventuale indennizzo e comunque con salvezza di eventuali diverse norme o accordi in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto.

Al fine del graduale passaggio alla nuova disciplina, il decreto introduceva un nuovo regime transitorio con scadenze ravvicinate per gli

affidamenti in essere non conformi alle nuove norme (art. 4, comma 32), già contestato dall'Antitrust in quanto tendente ad ampliare eccessivamente la platea dei soggetti che possono continuare a gestire i servizi pubblici locali senza aver vinto una gara. L'art. 4 della manovra riproduceva i divieti all'attività *extra moenia* per gli affidatari diretti (ivi incluse le società affidatarie con gara cd. "a doppio oggetto") negli stessi ampi termini previsti dall'abrogato art. 23-bis, comma 9, con esclusione delle sole società quotate e delle relative controllate nonché del socio privato selezionato con la predetta gara "a doppio oggetto". Anche ai sensi della nuova disciplina, era consentito, tuttavia, derogare ai predetti divieti, consentendosi la partecipazione alla "prima gara" successiva alla cessazione del servizio (art. 4, comma 33). Nulla mutava, dunque, rispetto al quadro previgente: piuttosto, si alimentava il contrasto interpretativo, mai chiuso, in ordine alla applicabilità e ai limiti delle predette restrizioni. Infine, l'articolo 4 conteneva la clausola che faceva salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto (art. 4, comma 35).

Particolare attenzione in materia meritano le previsioni che precedono e seguono l'art. 4 in commento e segnatamente:

a) l'art. 3, commi 1 e 4, precisa che l'adeguamento degli enti territoriali al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere, imposto al comma 1 dell'art. citato, costituisce elemento di valutazione della "virtuosità" dei predetti enti ai sensi dell'art. 20, comma 3, del d.l. n. 98/2011, convertito in legge n. 111/2011;

b) l'art. 5, invece, destina una quota del Fondo infrastrutture ad investimenti degli enti territoriali che procedano, rispettivamente entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, *ad esclusione del servizio idrico*.

### **2.3. L'art. 9 della "Legge di Stabilità 2012" (l. 12 novembre 2011, n. 183)**

L'art. 9 (Liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) della l. n. 183/2011 introduceva alcune "specificazioni" rispetto al



contenuto dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148. Le modifiche proposte erano giustificate dalla necessità di “realizzare un sistema liberalizzato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso la piena concorrenza nel mercato e di perseguire gli obiettivi di liberalizzazione e privatizzazione dei medesimi servizi secondo quanto previsto dall'articolo 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, nonché di assicurare, mediante un sistema di *benchmarking*, il progressivo miglioramento della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi”.<sup>2</sup>

Dell'art. 9 in parola preme, ai fini del nostro inquadramento, segnalare quanto segue:

- a) gli enti locali, con la medesima delibera con cui definiscono i servizi pubblici locali sottratti alle regole di mercato (concorrenza) e quindi da affidare in esclusiva, valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali, laddove sia possibile dimostrare che la scelta operata risulti economicamente vantaggiosa;
- b) gli enti locali, qualora la verifica circa i possibili settori che possono essere sottratti alle regole di mercato fosse negativa ovvero in assenza della relativa delibera, non possono procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva;
- c) agli enti locali è fatto divieto, al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento;
- d) al fine di verificare e assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al comma 32 dell'art. 4, l. 14/09/2011, n. 148 (regime transitorio degli affidamenti in essere), il prefetto accerta che gli enti locali abbiano attuato, entro i termini stabiliti, quanto previsto dalla norma (cessazione affidamenti). In caso di inottemperanza, assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente

---

<sup>2</sup> L'art. 9 in parola, secondo alcuni interpreti, “ha inciso sull'impianto dell'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011 conferendo al medesimo un migliore “equilibrio” rispetto al quadro legislativo ed alla cornice giurisprudenziale europea e nazionale venutosi a creare nel corso del tempo”. G. GUZZO, *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità*, in [www.dirittodeiservizipubblicilocali.it](http://www.dirittodeiservizipubblicilocali.it), 6 dicembre 2011, p. 1.

detto termine, il Governo, ricorrendone i presupposti, esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, comma secondo, della Costituzione e secondo le modalità previste dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131;

- e) i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13 dell'art. 4 (valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui);
- f) al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, gli enti affidatari sono tenuti a rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione necessaria alle predette finalità;
- g) un decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, da adottarsi entro il 31 gennaio 2012, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata, determinerà:
- i criteri per la verifica che gli enti locali debbono svolgere sui servizi pubblici locali da affidare ovvero da ri-affidare;
  - i criteri per l'adozione della delibera quadro che gli enti locali sono tenuti a produrre ad esito della verifica di cui sopra;
  - le modalità attuative per la comparazione delle diverse gestioni, anche tenendo conto delle diverse condizioni di erogazione in termini di aree, popolazioni e caratteristiche del territorio servito.

Si evidenzia che i contenuti dell'art. 9 si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, nonché

esse sono applicabili al trasporto pubblico regionale e locale: avuto riguardo al solo trasporto pubblico regionale, sono fatti salvi gli affidamenti già deliberati in conformità all'art. 5, par. 2, del Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007.

#### **2.4. L'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1**

La nota crisi economico-finanziaria che il nostro Paese attraversava alla fine del 2011 e inizi 2012, a distanza di poco più di un mese dal provvedimento sopra citato, ha sollecitato il Governo ad adottare un provvedimento urgente, con il quale ribadire l'importanza di adeguare la gestione dei servizi pubblici locali in senso maggiormente competitivo. Di seguito, si riportano, le principali novità introdotte dal d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, nella l. 24 marzo 2012, n. 27 (G.U. n. 71 del 24 marzo 2012, Supplemento Ordinario n. 53), che si ritiene abbiano qualche riferimento al SII.

##### *a) Gestione dei servizi pubblici locali per ambiti territoriali*

Dopo l'art. 3 del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 146/2011 è stato inserito l'art. 3-bis rubricato "Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali".

1. A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, entro il termine del 30 giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n.

267. Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma, é fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali di dimensione non inferiore a quelle indicate nel presente comma. Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.”

Si prevede la possibilità di derogare all'identificazione dell'ambito ottimale di servizio con l'estensione provinciale. Le Regioni, in questo senso, possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio economica, anche su proposta dei Comuni da presentare entro il 31 maggio 2012. Ne discende che qualora la specificità territoriale risulti debitamente motivata, l'ambito comunale potrà rappresentare il “bacino ottimale” di riferimento.

*b) Favor per la tutela dell'occupazione e virtuosità nella valutazione dei finanziamenti*

L'art. 25 del d.l. n. 1/2012 stabilisce una preferenza per gli affidamenti che si impegnino a tutelare l'occupazione e considera le “gare” quale elemento virtuoso nella definizione dei finanziamenti pubblici agli enti locali:

“2. In sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta.

3. A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della

virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità.

4. Fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa.”

#### *c) Vincoli derivanti dal patto di stabilità interno*

In linea con altre disposizioni normative approvate in questi ultimi anni, l'art. 25, d.l. n. 1/2012 ribadisce l'assoggettamento delle società affidatarie di servizi pubblici locali di rilevanza economica alle previsioni del patto di stabilità interno, ivi compresa la disciplina riguardante il reclutamento del personale:

“5. Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

6. Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e

successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori”.

*d) Modifiche all'art. 4, d.l. n. 138/2011*

*1. Contenuti degli obblighi del servizio pubblico e universale*

Il d.l. n. 1/2012 stabilisce che gli enti locali, in via prodromica rispetto alla verifica della contendibilità sul mercato di un servizio pubblico locale, debbano “individuare i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale”.

*2. Il ruolo dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato*

In ordine al parere da richiedere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il d.l. 1/2012 introduce i seguenti commi:

“3. Per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma 2 e' adottata previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali. La delibera e il parere sono resi pubblici sul sito internet, ove presente, e con ulteriori modalità idonee”;

4. L'invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per il parere obbligatorio, della verifica di cui al comma 1 e del relativo schema di delibera quadro di cui al comma 2, é effettuato entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi

ordinamenti degli enti locali. La delibera quadro di cui al comma 2 é comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi, entro trenta giorni dal parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In assenza della delibera, l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo”.

*e) Realizzazione di economie di scala*

Dopo la lett. b), comma 1, dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, è inserita la lett. b-bis). Rispetto alla disciplina dell'evidenza pubblica, che rappresenta lo strumento di affidamento principale individuato dal d.l. n. 1/2012, l'articolo in parola introduce due importanti novità per quanto attiene ai criteri che debbono presidiare ed essere utilizzati per il confronto tra gli operatori qualificati che si contenderanno il servizio pubblico locale di rilevanza economica. In primis, viene affermato che nei nuovi affidamenti i gestori dovranno impegnarsi a conseguire economie di gestione, i cui risultati dovranno essere utilizzati per ridurre le tariffe per gli utenti e per realizzare processi di efficientamento relativi al personale. In secondo luogo, proprio con riferimento alle risorse umane, viene prevista una garanzia specifica, poiché – come peraltro già segnalato – nelle regole di gara gli enti affidanti indicheranno i criteri per il passaggio dei dipendenti del gestore uscente a quello che subentra nel servizio pubblico locale di rilevanza economica, prevedendo tra gli elementi di valutazione dell'offerta l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione:

“Al comma 11:

4.1) dopo la lettera b) é inserita la seguente:

“b-bis) prevede l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e prevede altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale;»;

4.2) dopo la lettera g) é aggiunta la seguente:

«g-bis) indica i criteri per il passaggio dei dipendenti ai nuovi aggiudicatari del servizio, prevedendo, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione».

*f) La gestione in house dei servizi*

Il *favor legis* nei confronti delle procedure ad evidenza pubblica che caratterizza l'intera impostazione del d.l. n. 1/2012 si può desumere anche dalle disposizioni riguardanti il c.d. "in house providing", istituto disciplinato dall'art. 4 della l. n. 148/2011. Si evidenzia che la soglia di valore annuo di un servizio entro la quale il particolare modulo *in house* risulta compatibile scende dai 900.000 euro annui ai 200.000 euro annui.

Il d.l. 1/2012 stabilisce che tutti gli affidamenti "non competitivi" debbano cessare alla data del 31 dicembre 2012. In deroga, l'affidamento per la gestione *in house* può avvenire a favore di azienda risultante dalla integrazione operativa, perfezionata entro il termine del 31 dicembre 2012, di preesistenti gestioni dirette o *in house* tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell'articolo 3-bis.". In tal caso il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di performance (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell'efficacia e dell'efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell'Autorità di regolazione di settore. La durata dell'affidamento *in house* all'azienda risultante dall'integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni". Si tratta di una previsione che ha come obiettivo quello di facilitare la costituzione di soggetti più forti, capaci di affrontare con maggiori possibilità di successo le future gare d'ambito:

"5) al comma 13, le parole: «somma complessiva di 900.000 euro annui» sono sostituite dalle seguenti: «somma complessiva di 200.000 euro annui»;

6) al comma 32:

6.1) alla lettera a), in fine, le parole: «alla data del 31 marzo 2012» sono sostituite dalle seguenti: «alla data del 31 dicembre 2012. In deroga, l'affidamento per la gestione può avvenire a favore di un'unica società *in house*



risultante dalla integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto e gestioni in economia, tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell'articolo 3-bis. La soppressione delle preesistenti gestioni e la costituzione dell'unica azienda in capo alla società in house devono essere perfezionati entro il termine del 31 dicembre 2012. In tal caso il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di performance (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell'efficacia e dell'efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell'Autorità di regolazione di settore. La durata dell'affidamento in house all'azienda risultante dall'integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni a decorrere dal 1° gennaio 2013. La deroga di cui alla presente lettera non si applica ai processi di aggregazione a livello di ambito o di bacino territoriale che già prevedano procedure di affidamento ad evidenza pubblica.».

*g) Termine cessazione affidamenti a società miste*

Le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2013.

*h) Eventuale proroga delle gestioni dei servizi*

Il d.l. n. 1/2012, inserendo l'art. 32-ter nell'art. 4, stabilisce, forse prevedendo la difficoltà di rispettare il rollino di marcia individuato nelle varie disposizioni circa le cessazioni delle attuali modalità di gestione ed organizzazione del servizio, che

“Fermo restando quanto previsto dal comma 32 ed al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza

economica, i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione dei servizi pubblici locali assicurano l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze ivi previste, ed in particolare il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi del servizio pubblico locale di cui all'articolo 2, comma 3, lett. e), del presente decreto, alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio e dagli altri atti che regolano il rapporto, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza. Nessun indennizzo o compenso aggiuntivo può essere ad alcun titolo preteso in relazione a quanto previsto nel presente articolo."

*i) Modifiche all'art. 114, d. lgs. n. 267/2000 (TUEL)*

Il d.l. n. 1/2012, inserendo il comma 5-bis, apporta anche importanti modifiche nel contesto delle forme giuridiche di diritto pubblico di cui gli enti locali possono avvalersi per l'erogazione dei servizi pubblici locali. Invero, l'articolo in parola stabilisce che le aziende speciali e le istituzioni rientrano a pieno titolo tra le formule giuridico-organizzative che debbono essere sottoposte ai vincoli previsti dal Patto di stabilità interno. Sono escluse soltanto, a riprova del fatto che le disposizioni contenute nel d.l. n. 1/2012 riguardano i servizi pubblici locali a rilevanza economica, le aziende speciali e istituzioni che gestiscono farmacie, servizi socio-assistenziali, educativi e culturali.

Si segnala, inoltre, che la norma stabilisce in diritto positivo quanto già è previsto nella larghissima maggioranza degli statuti delle aziende speciali, ossia che il piano programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale, i bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale, il conto consuntivo e, infine, il bilancio di esercizio – che costituiscono gli atti fondamentali delle aziende speciali – siano sottoposti all'approvazione dei consigli comunali:

“5-bis. A decorrere dall'anno 2013, le aziende speciali e le istituzioni sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per gli affari regionali, il turismo e lo sport, sentita la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, da emanare entro il 30 ottobre 2012. A tal fine,

le aziende speciali e le istituzioni si iscrivono e depositano i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno. L'Unioncamere trasmette al Ministero dell'economia e delle finanze, entro il 30 giugno, l'elenco delle predette aziende speciali e istituzioni ed i relativi dati di bilancio. Alle aziende speciali ed alle istituzioni si applicano le disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché le disposizioni che stabiliscono, a carico degli enti locali: divieto o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali. Gli enti locali vigilano sull'osservanza del presente comma da parte dei soggetti indicati ai periodi precedenti.

Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente comma aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie.»;

b) al comma 8 dopo le parole: «seguenti atti» sono inserite le seguenti: «da sottoporre all'approvazione del Consiglio Comunale.

#### *l) Contenuto delle Carte dei servizi*

L'art. 8 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 così dispone:

“1. Le carte di servizio, nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito, indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura.

2. Le Autorità indipendenti di regolazione e ogni altro ente pubblico, anche territoriale, dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, definiscono gli specifici diritti di cui al comma 1. Sono fatte salve ulteriori garanzie che le imprese che gestiscono il servizio o l'infrastruttura definiscono autonomamente.”

## **2.5. La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012**

La sentenza della Corte Costituzionale 20 luglio 2012, n. 199, decidendo sulla base dei ricorsi proposti da sei Regioni italiane (Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna), ha cancellato definitivamente dall'ordinamento giuridico l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e successive modificazioni ed integrazioni (anche ad opera dei recenti provvedimenti del Governo Monti: "Salva Italia" e "Cresci Italia"), ritenendo tale disposizione in contrasto con la volontà popolare espressa in occasione della consultazione referendaria del mese di giugno 2011.

La Corte ha motivato l'incostituzionalità del relativo disposto con il fatto che esso detta una disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la quale "non solo è contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel D.P.R. n. 168/2010. Nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato, risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e l'identità della *ratio* ispiratrice". Pertanto, secondo i giudici costituzionali, l'articolo 4 del d.l. n. 138/2011 viola il divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria, di cui all'articolo 75 della Costituzione. In altri termini, la Consulta boccia l'intervento legislativo che ha inteso ripristinare nell'ordinamento la normativa abrogata dal corpo elettorale e, quindi, in ossequio alla previsione contenuta nell'articolo 136 della Costituzione, "quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

In un momento storico in cui, anche attraverso la c.d. "spending review", l'ordinamento giuridico ha previsto nuove restrizioni in capo alle società/aziende pubbliche che gestiscono servizi a favore della comunità, la pronuncia in esame, al contrario, sembra confermare l'impianto (comunitario)

della normativa italiana, secondo cui, conseguentemente, gli enti locali non sono (più) obbligati ad “aprire al mercato” le proprie partecipate. Preme evidenziare che l’art. 4, d.l. 138/2011, e successive modifiche ed integrazioni, stabiliva un iter che avrebbe dovuto traghettare la gestione dei servizi pubblici locali dal radicato regime di monopolio alla concorrenza nel mercato, mediante un processo di liberalizzazione caratterizzato da un crono programma stringente, nel quale gli Enti locali, sulla base di un’analisi di mercato e mediante l’adozione di un’apposita delibera quadro, avrebbero dovuto liberalizzare le attività economiche, oppure, in alternativa, procedere all’attribuzione di diritti di gestione in esclusiva. In quest’ultimo caso, sarebbe stato un preciso onere delle Amministrazioni indire gare a evidenza pubblica per conferire la gestione dei servizi sul mercato, dopo aver comunque accertato, con la suddetta delibera quadro, che “la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità” (articolo 4, commi 1 e 8 del Dl 138/2011). Al contrario, la sentenza n. 199/2012 ribadisce la piena legittimità di gestione diretta del servizio pubblico da parte degli enti locali in conformità alla disciplina comunitaria, in specie alla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia in materia di *in house providing*.<sup>3</sup>

Ma quale é l’effetto della sentenza n. 199/2012? La sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012 “restituisce” ai comuni un protagonismo che le precedenti riforme in materia di servizi pubblici locali avevano appannato. Sono, infatti, gli enti locali i protagonisti spesso muti e inermi di una stagione di interventi, modifiche, deroghe e discipline speciali che hanno contribuito ad aumentare il senso di frustrazione degli amministratori locali. E ciò esce confermato anche dalla sentenza n. 199/2012, in quanto essa, abrogando l’articolo 4 e le regole in esso dettate per avviare il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali sul territorio, sancisce l’automatica decadenza delle procedure finalizzate ad attuarlo, mediante disposizioni di rango secondario. Ci si riferisce, al riguardo, allo schema di regolamento previsto dall’articolo 4, comma 33-ter del decreto legge n. 138, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di

---

<sup>3</sup> Si vedano, per tutte, le sentenze della Corte europea di giustizia Teckal (18 novembre 1999, causa C-107/98) e Parking Brixen GmbH (13 ottobre 2005, causa C-458/03).

rilevanza economica, nonché per l'adozione della relativa delibera quadro da parte degli Enti locali.<sup>4</sup>

In quest'ottica, invero, il contenuto delle disposizioni dell'impugnato art. 4 del d.l. n. 138/2011, anche nelle sue "versioni" integrate e modificate dalle successive disposizioni, comprimendo le ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali, è stato considerato dalla Corte costituzionale tanto "prescrittivo" e limitante la sfera delle competenze regionali da far ritenere "le predette questioni – in forza del principio di effettività della tutela costituzionale[...] estese alla nuova formulazione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (sentenza n. 142 del 2012)". Si può, infine, affermare che la sentenza n. 199/2012 abbia tracciato un *discrimen* netto e chiaro. Essa, invero, prima ancora che sotto il profilo strettamente giuridico ed interpretativo, ha operato un decisivo riconoscimento delle autonomie territoriali, in uno con la "valorizzazione" della disciplina comunitaria. E', conseguentemente, al quadro normativo europeo e all'autonomia decisionale, istituzionale, gestionale e organizzativa degli enti locali che nel prossimo futuro si dovrà fare riferimento per identificare un armonico e moderno sviluppo dei SIEG. Un tale cammino non potrà essere comunque implementato senza un adeguato riconoscimento e (quindi, definizione) dei livelli essenziali dei diritti civili e delle prestazioni e, conseguentemente, di accesso ai servizi medesimi. Si tratta – come acutamente osservato da attenta dottrina – di apprestare "un modello costituzionale dei diritti essenziali". E questa, come noto, è una espressa competenza dello Stato centrale.

Come si debbono, dunque, atteggiare e comportare gli enti locali in questo contesto d'incertezza normativa? Si ritiene che essi, *in primis*, debbano riprendere "in mano", laddove già abbiano proceduto in tal senso, le scelte strategiche da operare in ordine alla gestione dei servizi pubblici, riconsiderando, in tal senso, il ruolo delle società da essi partecipate.

## **2.6. IL d.l. n. 179/2012**

---

<sup>4</sup> Si tratta di un regolamento che avrebbe dovuto vedere la luce entro il 31 marzo 2012, sul cui schema la Conferenza unificata Stato Regioni, con la decisione del 19 aprile 2012, aveva espresso parere favorevole.

A seguito della sentenza n. 199/2012, quasi a voler affermare in diritto positivo i contenuti della pronuncia dei giudici costituzionali, il Governo ha approvato l'art. 34, commi 20-27, d.l. n. 179/2012, recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, reca ulteriori modifiche all'impianto dei servizi pubblici locali. Il comma 20 recita: "Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste."

La proposta governativa non introduce, nei fatti, una novità assoluta, se non forse per la modalità elettronica di pubblicità che l'ente affidante deve assicurare. Invero, sia sotto il profilo di buon andamento della P.A. sia avuto riguardo alle ultime novità introdotte dalla disciplina di settore sui spl, l'ente locale è comunque tenuto a motivare adeguatamente la scelta di ricorrere a "proprie" società per la gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. In questo senso, si può affermare che il Governo abbia voluto rendere prontamente in dispositivo normativo quanto "affermato" dalla sentenza n. 199/12 della Corte costituzionale.

Non sfugga all'attenzione che questa disposizione deve essere "letta" alla luce delle disposizioni dell'art. 9, comma 6 d.l. n. 95/12. Esse – ricordiamolo – stabiliscono un divieto generale in capo agli enti locali di istituire organismi, aziende ed enti comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118, della Costituzione. Si potrebbe ipotizzare – soprattutto alla luce degli effetti abrogativi conseguenti alla sentenza n. 199/12 – che per quanto attiene alle società in house, conformi al diritto comunitario, il divieto di cui al comma 6 citato non si applichi.

Il comma 21 recita: "Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea

devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013, pubblicando entro la stessa data, la relazione prevista dal comma 20. Per gli affidamenti per i quali non è prevista una data di scadenza, gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.”

In questo caso, concentrando l'attenzione sul secondo periodo del comma citato, la disposizione introduce un obbligo di *deadline* in capo agli affidamenti in house da inserire in quei contratti di servizio che ad oggi non prevedono nessuna scadenza. La sanzione prevista è la cessazione dell'affidamento (diretto) entro il 31 dicembre 2013.

Il comma 22 prevede quanto segue: “Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020.”

Il comma 23 recita: “Dopo il comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente:

“1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi di cui al comma 1 del presente articolo”.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Con la sentenza 13 marzo 2013, n. 46, la Corte costituzionale è intervenuta a dichiarare legittimi gli ambiti territoriali ottimali, così come formulati dal d.l. n. 138/2011 e s.m.i. Invero, la sentenza n. 199/2012 ha sì dichiarato illegittimo l'art. 4, d.l. n. 138/2011, ma nulla ha statuito circa l'art. 3-bis del medesimo decreto legge, recante ulteriori modalità di organizzazione per il sistema dei SPL a rete con rilevanza economica. Detto articolo, inserito nel d.l. n. 138/2011 dall'art. 25, comma 1, lett. a) del d.l. n. 1/2012, convertito in l. 24/03/2012, n. 27, prevede quanto segue:



Si tratta di una previsione coerente con un impianto regolatorio (in specie previsto per taluni settori specifici, quali i rifiuti, per esempio) che intende favorire, in linea di continuità con l'aggregazione degli enti locali sul territorio (unioni e convenzioni) che dispone ora anche circa l'affidamento dei servizi in parola. Quindi, ai bacini ottimali spetta tutta la "filiera" dei servizi pubblici locali: l'individuazione, la programmazione, la gestione, nonché la supervisione e verifica dei risultati.<sup>6</sup>

- 
- a) le Regioni definiscono gli ambiti territoriali ottimali (ATO) con dimensione di norma almeno pari a quella provinciale, per consentire economie di scala e per massimizzare l'efficienza del servizio (comma 1);
  - b) i SPL sono affidati esclusivamente dagli Enti di governo degli ATO istituiti come sopra (comma 1 bis);
  - c) in sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta (comma 2);
  - d) ai fini del Patto di Stabilità interno dal 2013 è parametro di virtuosità l'applicazione di procedure a evidenza pubblica di affidamento dei servizi pubblici locali (comma 3);
  - e) le società in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite di cui all'art. 18, comma 2-bis, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 133/2008 e successive modificazioni (comma 5).

La Regione Veneto ha proposto ricorso per veder dichiarata l'incostituzionalità di molte disposizioni contenute nell'art. 3 bis in parola. Secondo la Regione Veneto, l'articolo citato violerebbe l'art. 118 Cost., determinando "una compressione dell'autonomia regionale nell'esercizio delle funzioni amministrative (...) sotto il profilo di gestire liberamente l'affidamento e il servizio magari tenendo in conto, alla luce dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, delle specificità territoriali proprie".

I giudici costituzionali, al contrario, hanno ritenuto legittimo l'art. 3-bis, atteso che lo Stato ha legiferato nell'ambito della piena titolarità assegnata dalla Costituzione allo Stato medesimo in materia della tutela della concorrenza. Conseguentemente, il giudice delle leggi ritiene legittima la disposizione stabilita nell'articolo in argomento secondo il quale, in sede di affidamento del servizio mediante procedura a evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta (art. 3 bis, comma 2). Preme evidenziare che tra le questioni respinte dalla Consulta rientra il ricorso avverso la legittimità costituzionale dell'art. 3 bis, comma 5, afferente l'assoggettamento delle società affidatarie in house al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'art. 18, comma 2-bis, del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008. La Corte Costituzionale, coerentemente con il *trend* normativo ed interpretativo, sia della giurisprudenza contabile sia di quella amministrativa recente, conferma la riconducibilità dei soggetti societari partecipati dalla P.A. nel perimetro del Patto di stabilità interno, quanto meno sotto il profilo della sua compatibilità con il riparto di competenze istituzionali previsto dalla Costituzione. In termini conclusivi, è opportuno segnalare che benché la sentenza in argomento non contenga novità di rilievo in ordine al processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, essa conferma, invece, la "bontà" organizzativa dei servizi pubblici a rete da erogarsi sul nostro territorio, da individuare negli ambiti territoriali ottimali. E' sulla definizione e la successiva gestione degli stessi che gli enti locali, specie oggi chiamati a formulare nuovi scenari e assetti di gestione associata delle funzioni, sono costretti "a fare i conti". E ciò in particolare, in quanto negli ambiti così individuati i comuni e le unioni dei comuni debbono anche operare la ricognizione dei soggetti partecipati operanti per comprenderne il futuro ovvero ipotizzare nuovi strumenti e modalità di intervento.

<sup>6</sup> E' opportuno richiamare che, tuttavia, il comma 1 bis dispone in ordine all'"esercizio delle funzioni" che risultano attribuite agli enti di governo (ex ATO), mantenendo, pertanto, le "funzioni" in capo agli enti locali. Per quanto concerne il servizio idrico integrato, il comma 1 bis in parola deve essere riaccolto con le lettere a), b) e c) del comma 1 dell'art. 147, d. lgs. n. 152/2006, che stabilisce che i servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (comma 1). Le regioni, ai sensi del comma 2 dell'art. 147 possono modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi:

Il comma 24 abroga l'art. 53, comma 1, lett. b) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 rubricato "Misure per accelerare l'apertura dei servizi pubblici locali al mercato".<sup>7</sup>

Il comma 25 ribadisce che rimangono esclusi dalle previsioni contenute nei commi da 20 a 22 (sopra richiamati) il comparto della distribuzione del gas naturale, delle farmacie comunali, della distribuzione dell'energia elettrica. Parimenti confermate risultano le previsioni normative contenute nell'art. 37, d.l. n. 83/2012, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 riguardante la disciplina delle gare per la distribuzione di gas naturale e nel settore idroelettrico.

Il comma 26 introduce una novità per quanto riguarda l'illuminazione votiva, prevedendo che i Comuni, per l'affidamento del servizio di illuminazione

- 
- a) unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati;
  - b) unitarietà della gestione e, comunque, superamento della frammentazione verticale delle gestioni;
  - c) adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici.

<sup>7</sup> Riportiamo di seguito l'art. 53, comma 1, lett. b) inciso dal comma 24 in oggetto:

"Art. 53 – Modificazioni al decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148

1. Al decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 3-bis, comma 1, primo periodo, sono apportate le seguenti modificazioni:

1) dopo le parole «di rilevanza economica», la parola «in» e' sostituita dalle seguenti: «definendo il perimetro degli»;

2) dopo le parole «massimizzare l'efficienza del servizio», sono inserite le seguenti: «e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi»;

3) (( al quarto periodo, )) dopo le parole: «Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma» sono inserite le seguenti: «che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti»;

4) al quarto periodo, le parole: «di dimensione non inferiore a quelle» sono sostituite dalle seguenti: «in coerenza con le previsioni».

b) all'articolo 4 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 3, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo le parole «la delibera di cui al comma 2» sono inserite le seguenti: «nel caso di attribuzione di diritti di esclusiva se il valore economico del servizio e' pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui»;

b) le parole «adottata previo» sono sostituite dalle seguenti: «trasmessa per un»;

c) le parole: «dell'Autorità» sono sostituite dalle seguenti: «all'Autorità»;

d) le parole «che si pronuncia entro sessanta giorni» sono sostituite dalle seguenti: «che può pronunciarsi entro sessanta giorni»;

e) le parole «dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza» sono eliminate;

f) alla fine del primo periodo, dopo le parole «di una pluralità di servizi pubblici locali.» sono inserite le seguenti:

«Decorso inutilmente il termine di cui al periodo precedente, l'ente richiedente adotta la delibera quadro di cui al comma 2.»

votiva, debbano applicare le disposizioni del Codice dei Contratti, in specie l'art. 30 (il quale fa riferimento alla concessione dei servizi) e, qualora ne ricorrano le condizioni, l'art. 125 (che si riferisce ai lavori, servizi e forniture in economia).

Il comma 27, infine, cancella il limite dei 200.000 euro stabilito dall'art. 4, comma 8, d.l. n. 95/2012 per gli affidamenti diretti, limite che rendeva gli affidamenti medesimi alle società in house più restrittivo rispetto alla normativa comunitaria e contrastante con la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, proprio laddove quest'ultima ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'intero impianto dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, sul quale si era poi innestato il limite quantitativo sopra richiamato.

## **2.7. L'autonomia organizzativa degli enti pubblici**

La serie di riforme dei servizi pubblici locali approvate (e puntualmente disattese se non addirittura abrogate) sembra essere attraversata da un assioma di carattere generale: gli enti locali e territoriali debbono provvedere a realizzare gli interessi economici, di sviluppo e di crescita delle proprie comunità a mezzo di società e/o soci individuate con gare ad evidenza pubblica. Solo residualmente, di conseguenza, gli stessi enti locali possono (o forse dovremmo dire potevano, alla luce del referendum abrogativo del 2011 e della recente sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012) intervenire "direttamente" con "proprie" società, siano esse controllate in modo totalitario ovvero maggioritario.<sup>8</sup> Quest'ultima "*deminutio*" a sfavore dell'azione degli enti locali deve essere interpretata e letta alla luce di un principio fondamentale dell'agire delle pubbliche amministrazioni, segnatamente, il principio della autonomia privata degli enti pubblici. Al riguardo, in passato la dottrina

---

<sup>8</sup> Sulla (recuperata) legittimità da parte degli enti locali di provvedere all'erogazione dei servizi di interesse economico generale a mezzo di proprie società ovvero attraverso società miste, si segnala la deliberazione della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20, nella quale i giudici contabili ribadiscono che "risulta censurabile ogni restrizione (ulteriore rispetto a quelle consentite) della regola generale comunitaria che impone l'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica" e che "risulta consentita un'espansione dell'ambito di applicazione della stessa regola ad opera del legislatore nazionale che introduca limitazioni ai casi di affidamento in house (prevedendo un limite di valore) o a società miste (richiedendo un limite minimo alla quota di partecipazione del socio privato). Allo stato, però, essendo venute meno le norme nazionali, che tale espansione prevedevano, conseguentemente alla consultazione referendaria del giugno 2011 (l'art. 23 bis del D.L. n. 112 del 2008) ed alla sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale (l'art. 4 del D.L. n. 138/2011), appare indubitabile che l'affidamento diretto in house ed a società mista possa avvenire in conformità alle suesposte regole del diritto europeo".

giustamministrativistica, in linea generale, riconosceva agli enti pubblici, salve espresse disposizioni legislative in senso diverso, ampia capacità di utilizzare gli strumenti forniti dal diritto privato per conseguire i propri fini istituzionali. Si affermava, al contempo, che una tale capacità avrebbe dovuto pur sempre ritenersi circoscritta e strumentale, per l'appunto, al conseguimento dei soli fini istituzionali propri degli enti pubblici medesimi, escludendo, per questi ultimi, la possibilità di perseguire fini diversi mediante lo svolgimento di attività di diritto privato. Di qui la nota teorica della "attività amministrativa di diritto privato" ossia:

1. "privata" limitatamente allo strumento giuridico utilizzato, ma "pubblica" nel perseguimento dei soli fini predeterminati dalle norme, nonché
2. il riconoscimento, in relazione all'agire privatistico degli enti pubblici, della operatività dei principi della "aderenza allo scopo" e della "necessaria attuazione dello scopo".

Dall'assunto di cui sopra, discende, ancora, il principio, riferito alla generalità degli enti pubblici, secondo il quale "la loro autonomia è, per definizione, una autonomia funzionale", cioè pur sempre limitata al perseguimento degli scopi che le figure soggettive pubbliche devono perseguire *ex lege*. Si tratta di un principio che poi è stato esteso anche all'attività di impresa svolta dagli enti pubblici economici, atteso che anche quest'ultima attività risultava comunque circoscritta, dalle stesse leggi istitutive di tali enti, ad appositi settori della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

A partire dagli inizi degli anni Settanta del Secolo scorso e sino all'ultimo decennio di esso, tuttavia, una dottrina molto autorevole, affrontando la medesima problematica, è giunta a soluzioni diametralmente opposte a quelle sin qui sinteticamente richiamate. Secondo questo orientamento, la posizione di *autonomia privata* e la legittimazione negoziale delle amministrazioni pubbliche devono essere regolate dalle norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche. Se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, *per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse*

*regole*, non sussistendo norme che ad esse, per dette persone, derogano. Deroghe sussistono per singoli enti pubblici o per singoli tipi di enti pubblici, se e in quanto previste da norme espresse. Se esistono, esse peraltro non vanno spiegate in termini di limitazione di capacità o di capacità speciali, ma, come in diritto privato, in termini di legittimazioni negoziali limitate. Detto riconoscimento in capo ai soggetti giuridici di diritto pubblico delle “prerogative” di diritto privato appare corrispondente al contenuto dell’art. 41, comma 3, della Costituzione, dalla quale (specialmente se letta alla luce di quanto dispone il successivo art. 43 Cost.) non sembra affatto escluso che le imprese pubbliche possano perseguire scopi lucrativi. In questo senso, si può affermare che:

1. le imprese private perseguano di norma scopi lucrativi, e
2. la richiamata norma costituzionale sottoponga, almeno in linea programmatica, alla stessa disciplina sia le imprese private che le imprese pubbliche, entrambe indirizzate e coordinate a fini sociali.

Da tali assunti deriva che, evidentemente, questi ultimi fini, in sé e per sé considerati, non necessariamente collidono con lo scopo di lucro dell’impresa, che quindi ben può essere perseguito anche dall’impresa pubblica. Conseguentemente, l’intervento (pubblico) è consentito soltanto laddove abbia in se stesso, analizzando cioè le singole imprese poste ad operare per il raggiungimento di quelle finalità, una ragione economica, che si accompagni al perseguimento delle altre finalità. In altri termini, l’iniziativa, valutata in tutte le sue componenti, deve risultare rapportabile, almeno in astratto, a quella che un operatore privato delle stesse dimensioni potrebbe intraprendere. Per contro, l’intervento pubblico ricadrebbe inevitabilmente nell’ambito della normativa di divieto degli aiuti di Stato.

In questo senso, si può affermare che la costituzione di un’impresa pubblica (ad esempio, di una società a capitale pubblico, totalitario ovvero maggioritario) per intervenire in un settore di rilevanza strategica in un determinato contesto socio-economico sia legittima. Si tratta di scopi di interesse pubblico che gli enti pubblici possono legittimamente e doverosamente perseguire. Preme evidenziare che, nonostante sia gestita da un ente pubblico, è necessario che l’impresa sia dotata di un piano industriale, di

un programma di azione, finanziario e produttivo, capace di prefigurare, anche in termini medio-lunghi, che non corrisponderebbero alla ordinaria azione degli operatori privati, una concreta possibilità di ritorno economico. In questi termini, l'intervento pubblico nell'economia attraverso imprese, la cui costituzione e il cui operare in un determinato contesto persegue scopi di utilità sociale, risulta del tutto ammissibile, al di là delle deroghe specificamente ammesse dalla normativa europea.<sup>9</sup> Possiamo affermare che, in questa prospettiva, l'intervento pubblico rappresenti invero l'effettiva implementazione del perseguimento di fini di utilità sociale.

Si aggiunga – per completezza di esposizione – che gli interventi pubblici collocati nel contesto sopra descritto non possono essere “contestati” dal principio di sussidiarietà *ex art. 118, ult. co. Cost.* Preme ribadire che il principio di sussidiarietà in parola non contiene un divieto implicito per gli enti pubblici di perseguire, mediante l'impresa pubblica, scopi lucrativi, ritenuti *naturaliter* di esclusiva pertinenza delle imprese private. L'art. 118, comma 4 Cost. postula invece la necessità che gli enti pubblici (nazionali o decentrati che siano) favoriscano l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività che vengono testualmente definite “di interesse generale” e non già “economico-lucrativa”. Si tratta a ben vedere di locuzioni che sottendono importanti conseguenze sul piano della legittimazione degli enti pubblici di porre in essere iniziative, attività ed interventi in comparti che *potrebbero* essere “materia” delle imprese private. Infatti, se ci si riferisse ad una attività di “interesse generale” quale attività che contestualmente risulti anche una attività oggettivamente e soggettivamente lucrativa, perché essa non potrebbe essere svolta, sulla scorta di ponderate e ragionevoli decisioni politiche degli enti territoriali che ritengano insufficiente l'iniziativa dei soli soggetti privati, anche da soggetti pubblici, i quali sono istituzionalmente deputati a perseguire interessi generali? *A contrariis*, se si riconosce che la locuzione “attività di interesse generale” non si riferisce alle attività economico-lucrativa, non si potrebbe sostenere che dal principio di sussidiarietà orizzontale derivi un

---

<sup>9</sup> La sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale, al riguardo, ha inteso evidenziare che la normativa comunitaria “[...] consente, anche se non impone (sentenza n. 325/2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la “speciale missione” dell'ente pubblico (art. 106 TFUE).

divieto per gli enti pubblici di porre in essere, mediante le loro imprese, attività economico-lucrative.

### **3. Il servizio idrico quale servizio pubblico locale**

L'art. 112 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, dispone che gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedano alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Pertanto, per definire correttamente la nozione di servizio pubblico è necessario avvalersi di un criterio soggettivo, in quanto la norma suesposta indica chiaramente la competenza degli enti locali a provvedere alla gestione del servizio *de quo*; di un criterio oggettivo, poiché oggetto del servizio pubblico deve essere la produzione di beni ed attività, nonché di un criterio teleologico, giacché un servizio pubblico presuppone che i beni prodotti e le attività realizzate rispondano ad esigenze essenziali o diffuse della comunità locale e tendano alla realizzazione di fini sociali, economici e civili della medesima.

La nozione estremamente generica di servizio pubblico di cui all'art. 112 del T.U.E.L. trova la propria *ratio* nel fatto che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria. Ciò che rileva per la norma *de quo* è la scelta politico amministrativa dell'ente locale che assume il servizio, ritenendo di soddisfare in modo continuativo, obbiettive esigenze della collettività<sup>10</sup>.

L'assunzione del servizio pubblico locale da parte dell'ente pubblico risponde essenzialmente all'esigenza di:

- rendere accessibile a tutti i cittadini il prezzo del servizio;
- assicurare una migliore qualità del prodotto;
- rimediare ad una situazione di monopolio o di concorrenza imperfetta.

Il servizio pubblico presenta i seguenti elementi caratterizzanti:

- il carattere imprenditoriale dell'attività svolta dal soggetto che esercita il servizio, in quanto deve trattarsi di un'attività economica, quale la

---

<sup>10</sup> In questo senso: Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza dd. 13 dicembre 2006 n. 7369, in *Foro Amministrativo*, C.d.S. 2006, 3348 con nota di Perfetti L.

produzione o la fornitura di beni o servizi destinati ad altri soggetti, funzionale alla produzione di utilità in favore della collettività. Parte della dottrina è solita ritenere che il servizio pubblico "*debba vivere nel mercato*" in quanto i prodotti forniti dovrebbero essere acquistati dagli utenti e, conseguentemente, debba essere organizzato in modo imprenditoriale affinché l'equilibrio economico sia raggiunto mediante l'acquisizione dei relativi corrispettivi anche se, in realtà, alcuni servizi hanno un ritorno economico diretto<sup>11</sup>;

- l'offerta indifferenziata al pubblico in quanto la prestazione del servizio deve essere connotata dalla idoneità a soddisfare, in modo diretto ed immediato, esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti anche se individuabili in categorie omogenee, ovvero su richiesta di singoli interessati;
- il soddisfacimento di interessi pubblici in quanto oggetto del servizio pubblico è un'attività essenziale e funzionale a soddisfare interessi generali e destinati a fini sociali. Trattasi di un'attività alla quale la comunità locale non può prescindere, seppur considerando il tempo, il luogo ed il contesto sociale che caratterizza la comunità medesima;
- la possibilità di essere esercitato anche da un imprenditore privato: se fosse esercitabile solo ed esclusivamente da un ente pubblico non si tratterebbe di un pubblico servizio, bensì di una pubblica funzione che implica generalmente l'esercizio di poteri di carattere autoritario.

Ora, la qualificazione di servizio come servizio pubblico locale presuppone il perseguimento di interessi propri di una data comunità locale anche se è il legislatore stesso che precisa i fini cui deve essere indirizzata la produzione di beni ed attività per qualificare come "pubblico" un servizio locale. Su tale presupposto si è ritenuto che il criterio per qualificare un servizio come "pubblico locale" sia proprio il fine, ossia l'obiettivo perseguito in relazione ai bisogni che il servizio è in grado di soddisfare.

In sostanza, la produzione di beni ed attività deve essere rivolta alla realizzazione di fini sociali ed alla promozione dello sviluppo economico e civile

---

<sup>11</sup> R. DELLI SANTI - X. SANTIAPICHI, *La gestione dei servizi pubblici locali*, Ed. Il Sole24ore, Milano, 2000.



delle comunità locali. In ogni caso, non deve sottacersi il fatto che l'ente pubblico debba necessariamente fornire alcuni servizi obbligatori ed indispensabili in base a specifiche disposizioni legislative. Lo studio dell'evoluzione storica della gestione dei servizi pubblici locali mostra un progressivo passaggio dal perseguimento di una finalità sociale all'assunzione di una connotazione economica ed imprenditoriale.

Di conseguenza, oggi nella configurazione di un servizio pubblico locale assumono rilevanza i criteri di remunerazione dell'investimento, della copertura dei costi di gestione e del conseguimento di un utile di impresa. Il perseguimento di obiettivi di efficacia e di economicità nella gestione anche dei servizi pubblici locali ha indotto il legislatore ad avviare una profonda revisione dei modelli organizzativi per la gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, storicamente l'ordinamento giuridico italiano è sempre stato caratterizzato da un principio di tipicità dei modelli gestionali utilizzabili per la produzione ed erogazione dei servizi pubblici locali.

A lungo, si è ritenuto che solo tale principio di tipicità garantisse il conseguimento di taluni valori e presupposti fondanti quali la legalità, la democraticità, la giuridicità dell'amministrazione funzionali a tutelare gli interessi generali della collettività. L'art. 113 del D. Lgs. 267/2000 e s.m., nella versione successiva ai due interventi riformatori succedutisi nel corso degli anni 2002 e 2003, elencava tassativamente i modelli ordinamentali per l'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Infatti, i servizi pubblici locali si distinguono in due categorie:

- il servizio pubblico locale a rilevanza economica;
- il servizio pubblico locale privo di rilevanza economica.

La distinzione è mutuata dall'ordinamento comunitario e, in particolare, dall'art. 86 comma II del Trattato anche se in realtà già l'art. 35 della L. 448/2001 (che riformava interamente l'originario art. 113 TUEL ed inseriva un successivo art. 113 bis ) aveva introdotto la nozione di "servizi pubblici locali di rilevanza industriale" e "servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale" rinviandone ad un regolamento l'elencazione esaustiva in applicazione del predetto criterio. Questa distinzione è stata successivamente variata in "servizi di rilevanza economica" e "servizi privi di rilevanza economica" dall'art. 14 del

Decreto Legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito con la Legge 24 novembre 2003 n. 326.

Manca però nel nostro ordinamento giuridico una disposizione normativa che fornisca una definizione esaustiva della nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica, tanto che la giurisprudenza in più occasioni ha sottolineato la necessità di ricostruire tale nozione in via interpretativa. In particolare, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica pare debba considerarsi la potenzialità dell'attività nel mercato, non assumendo alcun rilievo la valutazione fornita dalla pubblica amministrazione.

Quindi, occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il carattere della "redditività", anche solo in via potenziale<sup>12</sup>, al fine di accertare l'esistenza di aspetti lucrativi che possono essere dedotti non solo dall'oggetto del servizio, ma anche dalla modalità di gestione, nonché dall'interesse economico globalmente perseguito dal soggetto affidatario. In particolare, parte della giurisprudenza ha definito il servizio pubblico locale a rilevanza economica come il servizio che richiede l'impiego da parte del concessionario di capitali, mezzi e personale da destinare ad un'attività economica rilevante *"in quanto suscettibile, quantomeno potenzialmente, di produrre un utile di gestione e quindi di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore"*.<sup>13</sup> Parte della dottrina ha precisato che la rilevanza economica non riguarda solo il carattere strutturale e di produzione, ma anche profili relativistico - relazionali in quanto essa dipende anche dalla situazione relativa, cioè dalla specifica attività svolta dal gestore per il servizio richiesto. In sostanza, trattasi della rilevanza (economica) che vi può essere per il soggetto che deve avere (o aspirare ad avere) rapporti con l'ente locale, titolare del servizio pubblico.<sup>14</sup>

Tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica deve necessariamente ascriversi il **servizio idrico integrato**. Quest'ultimo è stato definito per la

---

<sup>12</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 27 agosto 2009 n. 5097 e Consiglio di Stato, sentenza 30 agosto 2006 n. 5072.

<sup>13</sup> Si vedano, in argomento, T.A.R. Toscana Firenze, sentenza 8 settembre 2009 n. 1430 e Consiglio di Stato, sentenza 5 dicembre 2008 n. 6049.

<sup>14</sup> G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in [www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi](http://www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi), 13.

prima volta dall'art. 4 comma 1, lett. f) della legge 5 gennaio 1994 n. 36, meglio nota come “Legge Galli”, come l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. La portata innovativa delle norme introdotte con la Legge Galli si fondava sul fatto che essa ha segnato il passaggio da un sistema frazionato e difficilmente controllabile e conducibile verso livelli standard di qualità ad una gestione di tipo imprenditoriale, affidata ad operatori specializzati sul mercato. In sintesi, la l. n. 26/1994 era caratterizzata dai seguenti aspetti qualificanti:

1. individuazione di Ambiti Territoriali Ottimali (ATO) intesi quali dimensioni tali da assicurare il conseguimento di adeguate gestioni del servizio e il superamento della frammentazione degli interventi;
2. la gestione integrata dell'intero ciclo dell'acqua inteso come l'insieme dei servizi di captazione, adduzione e distribuzione di acqua potabile, di fognatura e di depurazione delle acque reflue;
3. la natura imprenditoriale della gestione definita da criteri di efficienza, efficacia ed economicità;
4. una politica tariffaria tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio, con una tariffa unica per ciascun ATO e compensativa dei servizi di distribuzione, fognatura e depurazione.

Nel 2006, il “codice dell'ambiente” (d. lgs. n. 152/2006), rispetto all'impostazione della Legge Galli, ha introdotto una serie di ulteriori novità, in specie relative alle procedure per l'affidamento del servizio idrico integrato, in un'ottica di promozione della concorrenza e, quindi, di industrializzazione del sistema, anche al fine di sviluppare maggiori investimenti infrastrutturali (articolo 150). L'impianto del decreto legislativo in parola è basato sui seguenti principi:

- l'obbligo della programmazione delle risorse idriche attraverso il Piano Regolatore Generale degli Acquedotti ed il Piano d'Ambito Ottimale;

- l'organizzazione dei servizi idrici integrati secondo il ciclo integrato dell'acqua.

Come la legge Galli, anche il d. lgs. n. 152/2006 fa propria la disciplina delle gestione unitaria del servizio idrico, che comprende tutte le competenze riguardanti il ciclo completo dell'acqua, con l'obiettivo di dare al sistema un assetto tecnico ed economico ottimale. L'articolo 147 del decreto stabilisce che le Regioni hanno il compito di determinare gli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), ossia porzioni di territorio individuate in base ai criteri di cui alla Legge 5 gennaio 1994, n. 36 (rispetto dell'unità di bacino idrografico, superamento della frammentazione delle gestioni, conseguimento di adeguate dimensioni gestionali), disciplinando le forme ed i modi di cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale. Nello specifico, l'articolo 147, come risultante dopo la modifica operata dall'articolo 2, comma 13, del d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, individua tre criteri per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali:

- a) l'unità del bacino idrografico o del *sub* bacino, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine in favore dei centri abitati interessati;
- b) l'unitarietà della gestione, e comunque il superamento della frammentazione verticale delle gestioni;
- c) l'adeguatezza delle dimensioni gestionali da definire sulla base di parametri fisici, demografici e tecnici.

In forza dell'impianto normativo sopra richiamato, le regioni e le province autonome hanno potuto disciplinare le forme e i modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito territoriale ottimale, prevedendo che gli stessi costituiscano le c.d. Autorità d'Ambito, strutture con personalità giuridica autonoma, alle quali i predetti enti sono tenuti a partecipare e alle quali è trasferito l'esercizio delle loro competenze in materia di risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'art. 143, comma 1. A tali autorità è quindi in particolare attualmente demandata l'organizzazione, all'affidamento e al controllo della

gestione del servizio idrico integrato. L'effettiva gestione del servizio dovrebbe, invece, di norma essere affidata, salvo le deroghe di cui all'articolo 148, comma 5, ad un unico gestore all'interno del medesimo Ambito Territoriale Ottimale.

Il sistema disegnato dal d.lgs. n. 152/2006 è stato inciso dalla legge 26 marzo 2010, n. 42 - di conversione del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, recante "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni", che ha previsto la soppressione delle Autorità d'Ambito. In particolare, l'art. 1, comma 1-*quinquies* della legge in parola, aggiungendo il comma 186-*bis* all'art. 2 della Legge 23 dicembre 2009 n. 191 (legge Finanziaria 2010), aveva stabilito che: *"Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità di ambito territoriale ottimale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità di ambito territoriale ottimale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le Regioni attribuiscono con Legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006 sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della Legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge"*.

In sintesi, la l. n. 42/2010 aveva disposto a partire dal 1 gennaio 2011:

1. la soppressione delle Autorità ATO;
2. la nullità di ogni atto compiuto dalle Autorità ATO e l'abrogazione degli articoli 148 e 201 del d. lgs. n. 152/2006;
3. l'attribuzione da parte delle regioni, con legge, delle funzioni già esercitate dalle Autorità ATO nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

L'impianto normativo sopra descritto è stato ulteriormente modificato ad opera del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, recante "Proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e interventi urgenti in materia di tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie" (cd. "Milleproroghe"), disponendo che la

soppressione delle Autorità ATO per la gestione di acqua, rifiuti e altri servizi fosse posticipata al 31 marzo 2011.<sup>15</sup>

Come già ricordato nei precedenti paragrafi, in tema di bacini ottimali, l'art. 3-bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 138, introdotto con l'art. 25, comma 1, del d.l. gennaio 2012, n. 1, convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 ha, per quanto qui interessa, previsto che:

- a) le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano organizzano, entro il 30 giugno 2012, lo svolgimento dei SPL “a rete” di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimare l'efficienza del servizio;
- b) la dimensione degli ambiti o bacini territoriali deve essere di norma non inferiore almeno a quella del territorio provinciale, ma le regioni possono individuare, sulla base di criteri e principi stabiliti dalla norma in esame, specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale;
- c) è, comunque, fatta salva l'organizzazione di SPL di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista ai sensi delle discipline di settore vigenti e delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali di dimensione non inferiore a quella del territorio provinciale o di quella diversa individuata dalle regioni nonché in attuazione di specifiche direttive europee.<sup>16</sup>

Avuto riguardo alla qualificazione giuridica del servizio idrico integrato, esso è stato qualificato dalla Corte costituzionale come “servizio pubblico locale di rilevanza economica” (sentenza n. 187 del 2011), pur nel rilievo che tale espressione non è mai utilizzata in ambito comunitario (sentenza n. 325 del 2010). La giurisprudenza costituzionale è inoltre univoca nel ritenere che la disciplina normativa di tale servizio ricade nelle materie della “tutela della concorrenza” e della “tutela dell'ambiente”, entrambe di competenza legislativa

---

<sup>15</sup> Tale *deadline* è stata prorogata al 31 dicembre 2011 dall'art. 1, dpcm 25 marzo 2011 e, successivamente, al 31 dicembre 2012 dall'art. 13, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito nella l. n. 14/2012.

<sup>16</sup> In virtù di tale clausola di salvaguardia appare evidente che le norme recate dal citato art. 3-bis hanno avuto uno scarso impatto sull'organizzazione territoriale del SII, dovendo lo stesso già ora, in applicazione della vigente normativa di settore statale e regionale, essere organizzato sulla base di “ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della l. 5 gennaio 1994, n. 36” (art. 147, comma 1, d. lgs. n. 152/2006).

esclusiva dello Stato. Di conseguenza, la potestà legislativa regionale deve contenersi nei limiti, negativi e positivi, tracciati dalla legislazione statale.

Giova ricordare che con l'abrogazione operata con il d.p.r. 113/2011, emanato a seguito dell'esito positivo del referendum popolare svoltosi il 12/13 giugno 2011, del riferimento al criterio della "adeguatezza della remunerazione del capitale investito", contenuto nel comma 1 dell'art. 154 del d. lgs. n. 152/2006 (c.d. "codice dell'ambiente"), la determinazione della tariffa del SII, persegue "la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua" (Corte cost. 26 gennaio 2011, n. 26). Il carattere remunerativo della tariffa non può, tuttavia, essere considerato elemento caratterizzante la nozione di "rilevanza economica". E', infatti, coesistente alla nozione di "rilevanza" economica del SII l'esercizio dell'attività con metodo economico, "nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici). L'eliminazione del riferimento al criterio della "adeguatezza della remunerazione del capitale investito" non ha, pertanto fatto venir meno la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare "la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio di chi inquina paga" (Corte cost. n. 26/2011, cit.).

Per quanto riguarda le Autorità d'ambito, preposte alla programmazione ed alla gestione del servizio idrico integrato nel territorio delle Regioni, l'art. 2, comma 186-bis, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2010), nel sopprimere le Autorità d'ambito territoriale, di cui agli artt. 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), ha stabilito che "le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza". Con la modifica del 2009, la legislazione statale ha inteso realizzare, mediante l'attuazione dei principi di cui sopra, una razionalizzazione nella programmazione e nella gestione del servizio idrico integrato, superando la precedente frammentazione.

Da questa nuova impostazione discende che risulta necessario che i soggetti cui sono affidate le funzioni abbiano una consistenza territoriale adeguata, ma è anche indispensabile che i piani d'ambito abbiano natura integrata e unitaria, in modo da realizzare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del servizio. L'affidamento della gestione del servizio idrico integrato attiene alla materia tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, riservate entrambe alla competenza esclusiva dello Stato (Corte cost. 21 marzo 2012, n. 62).

L'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (conv. dalla l. n. 133/2008) disposta con d.p.r. n. 113/2001 a seguito dell'esito positivo del referendum popolare svoltosi il 12 e 13 giugno 2011 non ha comportato il venir meno della vigenza del terzo periodo dell'art. 1, comma 1-quinquies del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, conv. dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, in forza del quale alla legge regionale compete soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle sopresse AAT, "nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza" e, non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni, affidando la gestione del SII ad un soggetto determinato. La scelta della forma di gestione del SII spetta, dunque, all'organismo (ente, autorità, ecc.) a cui la regione ha attribuito o attribuirà l'esercizio delle funzioni in tale materia in sostituzione delle sopresse AATO.

E' opportuno subito chiarire che l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008 non ha determinato la "pubblicizzazione" della gestione del SII, ma reso solo più agevole l'affidamento in house del servizio stesso. A tal proposito merita di essere ricordato che la richiesta referendaria tendente, attraverso l'abrogazione dell'art. 150 del d. lgs. n. 152/2006, ad ottenere, appunto, la "pubblicizzazione" del SII (che secondo i promotori del referendum sarebbe potuta avvenire tramite aziende speciali) è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza 26 gennaio 2011, n. 25.

### **3.1. Le forme di gestione del servizio idrico integrato**

La disciplina della gestione e dell'affidamento del servizio idrico integrato è tema di particolare interesse, sul quale è da anni vivissimo il dibattito. Preme



ricordare che il riparto delle competenze sulla gestione e sulle modalità di affidamento dei servizi idrici ha formato oggetto di importanti pronunce della Corte Costituzionale, che, dopo aver escluso che detti servizi possano essere ricondotti nell'ambito delle funzioni fondamentali degli enti pubblici (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004, confermate dalla sentenza n. 325 del 2010), ha testualmente affermato che “la normativa riguardante l'individuazione di un'unica Autorità d'ambito e alla determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di *price cap* (art. 148, d.lgs. n. 152 del 2006) attiene all'esercizio delle competenze legislative esclusive statali nelle materie della tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.) e dell'ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.), materie che hanno prevalenza su eventuali competenze regionali, che ne risultano così corrispondentemente limitate.<sup>17</sup>

In tema di forme di gestione, preme evidenziare che l'art. 4 del d.l. 138/2011 era inapplicabile al SII anche prima della sentenza della Corte costituzionale n. 199/12, per cui a tale servizio non sono neppure applicabili le modalità gestionali previste da tale norma per i SPL aventi rilevanza economica. L'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008 e l'inapplicabilità al SII dell'art. 4 del d.l. 138/2011 non hanno, tuttavia, determinato per tale servizio alcun “vuoto normativo”, ma l'”applicazione immediata nell'ordinamento italiano

---

<sup>17</sup> Ciò in quanto tale disciplina, finalizzata al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, permette la razionalizzazione del mercato ed è, quindi, diretta a garantire la concorrenzialità e l'efficienza del mercato stesso (sentenze della Corte costituzionale n. 246 del 2009, e n. 142 e n. 29 del 2010). Nella sentenza n. 246 del 2009 è stato ulteriormente precisato che la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso, disciplinate dall'art. 150, d. lgs. n. 152/2006, 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» (sentenza n. 325 del 2010). Coerentemente, la stessa Corte ha chiarito che, il legislatore statale, in conformità con la normativa comunitaria in materia di servizi economici di interesse generale (che attribuisce alla nozione un carattere sicuramente oggettivo) e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato (come riconosciuto dalla stessa Corte con la sentenza n. 246 del 2009), ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione. La riserva allo Stato della determinazione delle modalità e dei termini della gestione e dell'aggiudicazione del servizio, non opera pertanto, secondo la Consulta, un'illegittima compressione della competenza legislativa regionale, né delle scelte organizzative degli enti locali.

della normativa comunitaria” concernente i servizi di interesse economico generale (Corte cost. sentenza n. 24/2011).

### **3.1.1. L'affidamento a terzi della gestione del SII mediante procedura ad evidenza pubblica**

L'esito referendario non ha nella pratica esercitato alcuna influenza sulla modalità di affidamento a terzi della gestione del SII mediante procedura ad evidenza pubblica. La procedura competitiva ad evidenza pubblica, deve, invero, anche adesso, sia pure non in virtù del comma 2, lett. a), dell'art. 23-bis e del comma 8 dell'art. 4, ma in applicazione dell'analoga disposizione contenuta nell'art. 30, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) svolgersi nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dei principi di imparzialità, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

### **3.1.2. L'affidamento della gestione del SII a società “mista”**

In questa particolare fattispecie gestionale, né l'abrogazione dell'art. 23-bis né l'inapplicabilità al servizio idrico integrato dell'art. 4 non ha fatto venir meno l'obbligo che:

- a) il partner privato venga scelto mediante selezione pubblica;
- b) la gara sia “a doppio oggetto”, riguardi, cioè, non solo la “qualità di socio”, ma, al tempo stesso, l'attribuzione di “specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”;
- c) il socio privato svolga tali specifici compiti operativi per l'intera durata dell'affidamento del servizio;
- d) nel bando siano previsti criteri e modalità di liquidazione della quota del socio privato alla cessazione della gestione.

Gli obblighi suddetti non sono venuti meno, atteso che essi risultano imposti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale<sup>18</sup> al fine di poter affidare

---

<sup>18</sup> Si vedano, al riguardo, Cons. St., ad plen. 3 marzo 2008, n. 1; sez. II, parere n. 456 del 18 aprile 2007; Corte europea di Giustizia 15 ottobre 2009, C-196/08; Commissione europea, “Comunicazione interpretativa del 5

la gestione di un SPL avente rilevanza economica senza dover ricorrere alla “doppia gara” (quindi, in definitiva, ad affidare il servizio ad una società mista “direttamente”). E’, invece, venuto meno l’obbligo dell’attribuzione al soci privato di una quota di partecipazione al capitale della società mista non inferiore al 40%. Tuttavia, se si considera che anche l’affidamento del SII ad una società mista rappresenta una forma di partenariato pubblico/privato assimilabile alla concessione, ne deve conseguire che la partecipazione del socio privato a detta società non può essere meramente simbolica o, comunque, di scarso rilievo, ma, al contrario, significativa, ossia tale da consentirgli di poter esercitare una effettiva influenza sulla organizzazione, direzione e controllo della società stessa e, perciò, anche sull’erogazione del servizio.

### **3.1.3. L’affidamento in house**

Nel caso di affidamenti diretti in house, l’abrogazione dell’art. 23-bis e l’inapplicabilità al SII dell’abrogato art. 4, con la conseguente immediata (ed esclusiva) applicazione del diritto comunitario, comportano che:

- a) per tali affidamenti è necessario, ma anche sufficiente, che il soggetto affidatario abbia i requisiti della richiamata sentenza Teckal e, cioè:
- che sia a totale partecipazione pubblica,
  - che su di esso l’ente affidante eserciti un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e
  - che il soggetto affidatario svolga la parte “prevalente” della propria attività a favore dell’ente affidante”;
- b) il soggetto affidatario non deve più essere necessariamente una società di capitali, ma può avere una qualsiasi configurazione giuridica prevista dall’ordinamento, purché compatibile con i requisiti indicati nella citata sentenza Teckal.<sup>19</sup>

Recentemente, sul tema delle modalità di gestione del servizio idrico integrato è intervenuto il Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e

---

febbraio 2008, sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati – PPPI.

<sup>19</sup> Si pensi, al riguardo, alla configurazione giuridica dell’azienda speciale ovvero dell’azienda speciale consortile.

del mare che, con una interpretazione,<sup>20</sup> ha precisato il disposto contenuto nell'art. 148, comma 5, del d. lgs. n. 152/2006, riguardante la possibilità per i comuni montani di gestire direttamente il servizio idrico integrato in economia. Confermando una pronuncia della Corte dei Conti per la Regione Abruzzo (29 marzo 2011, n. 16), il Ministero ha ribadito che, ferma restando la partecipazione obbligatoria all'Autorità di ambito di tutti gli enti locali, l'adesione alla gestione unica del servizio idrico integrato è facoltativa per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti inclusi nel territorio delle comunità montane, a condizione che gestiscano l'intero servizio idrico integrato, e previo consenso della Autorità d'ambito competente. Il successivo art. 150, comma 4 conferma l'eccezione, in quanto, richiamando l'art. 148, comma 5, riconosce la possibilità di una forma gestionale (quella in economia) che si pone quale alternativa a quella associata.

L'interpretazione ministeriale merita la nostra attenzione in quanto afferma un altro importante principio: afferma il ministero che l'art. 148, comma 5, del d.lgs. n. 152/2006 non deve ritenersi abrogato ad opera dell'art. 12 DPR n. 168/2010 (attuativo dell'abrogato art. 23-bis, comma 10, lett. m), del d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008. Ne consegue che sulla scorta del parere reso dalla Corte dei Conti sezione controllo per la Regione Abruzzo la norma contenuta nel codice dell'ambiente deve ritenersi tuttora vigente, ammettendo conseguentemente la gestione diretta del servizio idrico integrato per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti inclusi nel territorio di comunità montane, previa valutazione di convenienza economica del servizio di tale forma, e con il consenso dell'Autorità d'Ambito competente.

#### **4. Le norme sul servizio idrico integrato in Regione Veneto**

La Regione Veneto, con l.r. 27 aprile 2012, n. 17, recante "Disposizioni in materia di risorse idriche", ha provveduto ad assegnare le funzioni amministrative già esercitate dalle AATO e relative alla programmazione e controllo del servizio idrico di cui agli artt. 147 e ss., d.l. n. 152/2006, ai Consigli

---

<sup>20</sup> Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, 26 gennaio 2012, n. U.prot. GAB-0001477/UL.

di Bacino, che sono chiamati ad esercitare la propria funzione di regolazione per ciascun ambito ottimale.<sup>21</sup> I Consigli di Bacino sono individuati quali forme, aventi personalità giuridica di diritto pubblico, di cooperazione tra i comuni per la programmazione e organizzazione del servizio idrico integrato (art. 3, comma 1, l. n. 17/12). Tra le funzioni assegnate ai Consigli di Bacino rientra quella di approvare le modalità organizzative del servizio idrico integrato e procedere all'affidamento del medesimo al gestore in conformità alla normativa vigente (art. 4, comma 2, lett. c), l. n. 17/12).<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Si segnala che la Corte costituzionale, con sentenza 12 aprile 2013, n. 67, ha pronunciato la illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 2, lett. e), 7, commi 4 e 5 e 11, comma 1 della legge regionale in parola. Nel dettaglio, i giudici costituzionali hanno ribadito che gli articoli in argomento violano la competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e della concorrenza, con riferimento al procedimento di formazione delle tariffe del servizio idrico integrato. Dal complesso normativo contenuto nel d.lgs. n. 152 del 2006, infatti, si desume che la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua è ascrivibile alla materia della tutela dell'ambiente e a quella della tutela della concorrenza, ambedue di competenza legislativa esclusiva dello Stato (sentenza Corte cost. n. 29 del 2010). Attraverso la determinazione della tariffa, il legislatore statale ha fissato livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e "le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale". La finalità della tutela dell'ambiente viene anche posta in relazione alla scelta delle tipologie dei costi che la tariffa è diretta a recuperare, tra i quali il legislatore ha incluso espressamente quelli ambientali. La disciplina statale relativa alla determinazione della tariffa, è dunque un complesso di norme atte a preservare il bene giuridico "ambiente" dai rischi derivanti da una tutela non uniforme ed a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore del servizio idrico integrato.

<sup>22</sup> Alle Autorità sopra richiamate il legislatore ha affidato i compiti di regolazione, indirizzo e controllo del servizio idrico integrato, nonché le competenze in ordine ad ogni decisione sulla forma organizzativa da prescegliere per l'erogazione del servizio pubblico. Competenze che sembrano escludere iniziative autonome "residuali" in capo ai comuni aderenti all'ambito di riferimento. In questo senso, si segnala la sentenza del TAR Piemonte, sez. I, 10 aprile 2009, n. 1019, che trae origine dalla condotta di alcuni Comuni piemontesi che, anziché aderire alla società *in house* individuata dall'Autorità d'ambito per la gestione del servizio idrico nell'area territoriale di propria competenza, decidevano di costituire un'apposita società pubblica con altri Enti locali, cui affidare il servizio nel rispettivo territorio. Di fronte a questo comportamento degli enti locali, l'Autorità d'ambito decideva di ricorrere al giudice amministrativo avverso le delibere comunali, lamentando la duplice violazione sia dell'art. 9 della legge Galli, che – ricordiamo - fa obbligo agli Enti locali di organizzare la gestione del servizio idrico integrato articolandola secondo gli ambiti territoriali ottimali delimitati a livello regionale, sia dell'art. 148 del d. lgs. n. 152/2006, che consente la deroga, in via del tutto eccezionale, al regime integrato di gestione associata, esclusivamente per i Comuni montani con popolazione non superiore a mille abitanti. In quell'occasione, il TAR Piemonte ha affermato che:

a) un Comune non è legittimato a costituire alcuna società a cui affidare, con gara o meno, la gestione del servizio idrico, il quale è totalmente di competenza dell'Autorità di ambito”;

b) che la gestione integrata del servizio polarizzata su centri unificati a livello sub-regionale ha carattere imperativo, con l'effetto che una volta che il Comune aderisca – come la normativa in fatto prescrive – alla gestione unica d'ambito si ha la duplice, speculare conseguenza per cui, da un lato, l'Autorità d'ambito diventa l'unico soggetto competente ad individuare le formule gestorie del servizio ai sensi dell'art. 113 del TUEL, mentre, dall'altro, il Comune medesimo non è più legittimato a costituire alcuna società cui affidare il servizio di cui trattasi.

Qualora, al contrario, un Comune decida di avvalersi della deroga consentita dall'art. 148, d. lgs. n. 152/2006 e non aderisca legittimamente all'Autorità d'ambito, in questa ipotesi non è ad essa, bensì all'Ente locale che compete la decisione se gestire il servizio idrico in via diretta o se affidarlo invece alla società pubblica *in house*, secondo l'opzione offerta all'Ente affidante dalla norma stessa. Dovrebbe essere questa la fattispecie descritta nell'art. 8, comma 1, l.r. n. 17/2012 e, quindi, applicabile a quegli enti locali che non intendessero prendere

Sul punto dell'organizzazione e della gestione del servizio idrico integrato, l'art. 8, l.r. n. 17/12 contempla la facoltà per i Consigli di Bacino, in forza di particolari ragioni di natura territoriale e amministrativa, nel rispetto dei criteri di interesse generale e di qualità del servizio erogato all'utenza, di affidare il servizio idrico integrato a più gestori, previa acquisizione del parere favorevole del Coordinamento dei Consigli di Bacino (comma 1). Si tratta di una previsione che, in ossequio alle inevitabili differenze territoriali, orografiche, storiche, giuridico-organizzative e gestionali, intende salvaguardare, laddove possibile, l'esistenza e, quindi, il funzionamento positivo di realtà che già operano nel settore dei servizi idrici integrati. In altri termini, dalla disposizione di cui all'art. 8 si può inferire che, qualora gli enti locali siano in grado di dimostrare:

- a) le specificità delle caratteristiche del bacino idrografico locale;
- b) le specificità gestionali, tecniche e amministrative della scelta comunale per l'autoproduzione del servizio idrico integrato;
- c) l'assenza di esternalità negative, sia con riferimento alle aree circostanti sia avuto riguardo all'operatività di altri soggetti gestori limitrofi;
- d) la positività, anche in chiave comparata, delle risultanze economiche, finanziarie e organizzative del modello gestionale applicato da tempo sul territorio di riferimento;
- e) la necessità e l'opportunità di tutelare i beni comunali, tra i quali sono da ricomprendere le quote di partecipazione nello strumento giuridico-organizzativo attraverso il quale il servizio è attualmente erogato alla popolazione;
- f) la volontà di rispettare la pianificazione d'ambito per il settore idrico integrato;
- g) la volontà istituzionale di aderire alla programmazione d'ambito nei settori idrico e ambientale, tra l'altro, contribuendo con lo strumento societario impiegato nell'erogazione del servizio;

---

parte all'unico soggetto gestore individuato dall'Autorità d'ambito.

- h) la sostanziale autonomia del territorio dei comuni interessati a mantenere in essere la gestione attuale relativamente al ciclo dell'offerta di acqua, captazione, distribuzione e vendita
- i) gli enti locali interessati possano continuare ad erogare il servizio alla cittadinanza a mezzo delle strutture giuridico-organizzative già operanti sul territorio, partecipate (e finanche controllate) dagli enti locali medesime (*in house providing*).