

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

NUMERO 1-2/2012

ALESSANDRA PIOGGIA

*La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house
o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*



G. Giappichelli editore

ALESSANDRA PIOGGIA*

La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La disciplina comunitaria e la gestione *in house*. - 3. La presenza del pubblico nella gestione del servizio idrico in Europa. - 4. La gestione diretta del servizio attraverso azienda speciale. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Come è noto, la questione della gestione dei servizi idrici è stata all'origine dell'iniziativa referendaria che lo scorso anno¹ ha portato all'abrogazione della disciplina contenuta nell'articolo 23 *bis* della legge 133 del 2008 nella formulazione introdotta dall'articolo 15 del d.l. n. 135/2009, relativa, per l'appunto, alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali².

La scelta del legislatore di trattare il servizio idrico integrato come un servizio locale di rilevanza economica, senza distinguerne la regolazione dagli altri servizi³, ha determinato un duplice effetto: da un lato ha innescato l'abrogazione

* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Perugia.

¹ Si tratta del referendum svoltosi il 12 e il 13 giugno del 2011, il cui esito abrogativo è stato reso esecutivo con d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113. In proposito v. N. LUGARESI, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in G. SANTUCCI - A. SIMONATI - F. CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Trento, 2011, 43.

² Sulla evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali si vedano da ultimo G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 381; D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir amm.*, 2010, 1; G. DI GASPARE, *I servizi pubblici in trasformazione*, Padova, 2010; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011; AA.VV., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010; G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 218 ss.

³ A. BARTOLINI, *Il servizio idrico integrato tra diritto europeo e Codice dell'ambiente*, in M. IMMORDINO - S. RAIMONDI - F. SALVIA - M. CHITI - R. URSI (a cura di), *Studi sul codice dell'ambiente*, Torino, 2009; V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, in ID. (a cura di) *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2010, 114; M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in www.federalismi.it, 2011.

delle norme di settore che regolavano le modalità di affidamento del servizio idrico⁴, eliminando fra l'altro la possibilità di concessione del servizio ad una società partecipata direttamente e totalmente dagli enti locali come modalità di gestione ordinaria, dall'altro ha determinato il coinvolgimento di tutta la regolazione dei servizi in una iniziativa referendaria preoccupata essenzialmente della gestione pubblica dell'acqua.

All'indomani del referendum la disciplina dei servizi locali di interesse economico e quella del servizio idrico apparivano però di nuovo separate.

Il legislatore, infatti, è intervenuto quasi subito a ripristinare la disciplina dei servizi pubblici locali secondo l'impostazione che aveva già seguito nelle norme abrogate dal referendum⁵, nel senso di favorire le liberalizzazioni e limitare in maniera estremamente restrittiva il ricorso a società interamente partecipate, ma da questa regolazione ha espressamente escluso il servizio idrico⁶.

A riportare ad unità la disciplina dei servizi pubblici è intervenuta però da ultimo la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 199 del 2012, ha dichiarato incostituzionali, e di conseguenza annullato, le previsioni con le quali il legislatore, nonostante l'esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, aveva inteso ristabilire per tutti gli altri servizi locali l'impianto regolatorio eliminato dall'intervento referendario, senza modificare né i principi ispiratori né i contenuti normativi essenziali, in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo.

Ad oggi, quindi, manca una organica disciplina nazionale dei servizi pubblici locali, stante anche l'impossibilità della riviviscenza delle norme originariamente abrogate dalla legislazione poi divenuta oggetto di referendum⁷. Questo tuttavia, come implicitamente ammesso anche dalla stessa Corte

⁴ L'articolo 23 *bis*, comma 1, che dichiara abrogate le norme di settore incompatibili e l'articolo 12 del d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, che individua come abrogato parte del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

⁵ Con l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, successivamente integrato e modificato da disposizioni contenute nei decreti legge 1 del 2012, e 83 del 2012, rispettivamente convertiti con l. n. 27 del 2012 e n. 134 del 2012.

⁶ Sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali si vedano M. CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2159 ss.; V. AVATRONI, *L'assetto della disciplina del SII dopo il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 - note d'approfondimento*, in www.dirittodeiservizi.it.

⁷ Corte Cost., sent. 26 del 2011 relativa all'ammissibilità del quesito referendario proposto per l'abrogazione del citato articolo 23-*bis* e secondo la quale "all'abrogazione dell'art. 23-*bis*, da un lato, non conseguirebbe alcuna riviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (...); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria ... relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".

costituzionale⁸, non costituisce un incolmabile vuoto normativo, stante la presenza di numerose previsioni comunitarie applicabili alla materia e in grado di costituire riferimenti idonei a soddisfare il principio di legalità.

Con specifico riferimento all'organizzazione e alla gestione del servizio idrico, che qui direttamente ci interessa, si potrà quindi provvedere a ricostruire il regime applicabile tenendo conto, da un lato, di quanto disposto in generale sui servizi pubblici a livello di ordinamento comunitario⁹ e, dall'altro, di quanto resta in vigore nell'ordinamento nazionale della disciplina di settore. Nell'effettuare tale ricognizione, tuttavia, anche al fine di sfuggire al pericolo che l'analisi si risolva in una mera elencazione di norme, pare interessante concentrarsi sulla questione che nella sostanza è stata all'origine dell'ultima campagna referendaria in materia: quella della gestione pubblica diretta del servizio idrico¹⁰.

2. La disciplina comunitaria e la gestione *in house*.

La disciplina comunitaria in materia di pubblici servizi discende da una serie di atti diversi non sempre oggetto di univoca interpretazione. La risposta alla domanda relativa a quali limiti pone l'ordinamento comunitario alla gestione diretta di un servizio come quello idrico non è, quindi, semplice né scontata. Occorre infatti preliminarmente sgombrare il campo da alcuni dubbi e fraintendimenti indotti dal legislatore nazionale che ha scelto di disciplinare l'affidamento *in house* come unica forma eccezionale di diretta gestione di un servizio pubblico e, a dire il vero, coltivati anche dalla giurisprudenza, compresa quella costituzionale.

Come noto, con la formula dell'*in house* la giurisprudenza comunitaria ha qualificato quelle società a totale partecipazione pubblica sulle quali gli enti titolari del capitale sociale esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri organi e apparati e che realizzano la parte prevalente della propria attività per gli enti controllanti¹¹.

⁸ Sent. n. 199 del 2012.

⁹ L'acqua, diversamente da altri ambiti di servizio, non è oggetto di una disciplina comunitaria di settore.

¹⁰ V. anche Corte Cost., sent. n. 24 del 2011 che ricostruisce l'intento referendario come volontà di «escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)».

¹¹ In materia si vedano R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir.*

L'ambito nel quale tale figura è stata isolata per la prima volta è quello della fornitura di servizi alla pubblica amministrazione e non dei servizi pubblici alla collettività. Le due tipologie di servizio sono differenti e richiedono un'impostazione diversa quando si discute della loro gestione. I servizi pubblici in senso proprio, infatti, si qualificano per la specifica doverosità della loro fornitura posta in capo all'amministrazione e per la presenza di previsioni legislative che ne prevedano l'istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimettono l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione¹². Diversamente, invece, i servizi all'amministrazione costituiscono attività commerciali in senso stretto (riscaldamento, pulizia dei locali, manutenzione dei macchinari, ecc...) che non acquistano di per sé caratteristiche particolari per il fatto di essere volte a favore di un ente pubblico, piuttosto che di un'organizzazione privata.

Nel primo caso in cui la questione dell'*in house* è venuta in rilievo, il noto caso Teckal¹³, la controversia riguardava proprio questa seconda tipologia di prestazioni, concernendo l'affidamento diretto del servizio di riscaldamento dei locali comunali. La Corte di giustizia in quella occasione ha chiarito come l'unica eccezione ammissibile alla disciplina sugli appalti pubblici di servizi e, quindi, alla gara per l'affidamento della gestione, sia l'autoproduzione del servizio da parte dell'amministrazione, ovvero l'affidamento ad un apparato che nella sostanza si configura come una "porzione" dell'amministrazione stessa. Il soggetto affidatario del servizio, quindi, pur se formalmente titolare di una personalità giuridica distinta, non deve sostanzialmente delinearci come soggetto separato ed "altro" rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, ma ne deve costituire una sorta di propaggine operativa. Perché ciò possa concretizzarsi occorre allora che quest'ultima eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che l'affidataria svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice che ne detiene il controllo.

L'intento del giudice comunitario era evidente: evitare l'aggiramento della disciplina sugli appalti attraverso l'affidamento diretto delle forniture e dei servizi dei quali l'amministrazione necessita per il suo funzionamento a società partecipate. Di qui l'interpretazione restrittiva della nozione di controllo analogo, che è stata progressivamente specificata dalla giurisprudenza successiva¹⁴. Ma di

pubbl. com., 2010, 61; M. PROTTO, *Ancora su in house e controllo analogo*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 20.

¹² In questo senso anche da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4870.

¹³ 18 novembre 1999, in causa C -107/98.

¹⁴ La Corte di Giustizia, in particolare, con la sentenza *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03, ha sottolineato che il controllo analogo non può ritenersi sussistente quando la società sia partecipata da privati, atteso che «*qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati*», rifuggendo da «*considerazioni ed esigenze proprie del*

qui, soprattutto, la qualificazione come “eccezionale” del ricorso all'*in house* rispetto all'approvvigionamento di beni e servizi attraverso il ricorso al mercato. In altre parole, trattandosi di forniture e prestazioni strumentali all'attività dell'amministrazione, in nessun modo riservate alla doverosità della sfera pubblica e normalmente offerte da una pluralità di imprenditori, l'autoproduzione tramite società *in house* rappresenta effettivamente una scelta derogatoria rispetto al normale ricorso al mercato, e quindi alla selezione concorrenziale dell'impresa fornitrice¹⁵.

La questione dell'ammissibilità dell'affidamento diretto ad una società *in house* si è successivamente posta anche con riferimento ai servizi propriamente pubblici, servizi cioè rivolti alla collettività e della disponibilità e delle caratteristiche dei quali l'amministrazione ha l'esclusiva responsabilità.

In quest'ambito il ricorso all'*in house* si profila in maniera parzialmente differente rispetto a quanto accade nel settore degli appalti di servizi e, nell'ordinamento europeo, rappresenta non tanto l'eccezione al normale ricorso al mercato, quanto una variabile organizzativa delle forme di diretta gestione dei servizi che le amministrazioni possono sempre porre in essere. In realtà per alcuni servizi pubblici, come quello idrico, che non è oggetto di disciplina comunitaria e per di più presenta anche i caratteri del monopolio naturale, non avrebbe neanche senso parlare di “eccezione”, dal momento che non esiste una regolazione che imponga il generale ricorso al mercato per la sua fornitura. L'ordinamento comunitario ritiene infatti che spetti alle autorità pubbliche decidere se fornire i servizi di interesse generale direttamente, tramite la propria amministrazione, oppure affidarli a terzi¹⁶.

La scelta dell'*in house* si inserisce quindi fra le diverse possibilità di gestione diretta, insieme all'ente pubblico, all'azienda speciale, all'istituzione, ecc... La peculiarità, più che l'eccezionalità, di questa formula organizzativa risiede nella sua natura, che la rende solo formalmente una soggettività distinta da quella dell'amministrazione responsabile del servizio, dal momento che, laddove ricorrano i requisiti dell'*in house* (proprietà delle azioni, controllo analogo,

perseguimento di obiettivi di interesse pubblico» che devono caratterizzare «*il rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi*». Con le sentenze Carbotermo, 11 maggio 2006, C-340/04 e *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-458/03, i giudici europei hanno specificato che, ai fini del riconoscimento della sussistenza di tale requisito, accanto alla “dipendenza finanziaria”, risultante dalla detenzione pubblica dell'intero capitale della società affidataria (requisito codificato a livello nazionale dall'art 113 del T.U.E.L.), rilevano profili di natura prettamente gestionale.

¹⁵ Vedi la già citata sentenza Carbotermo, in merito all'affidamento di un appalto relativo alla fornitura di combustibili, alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del comune di Busto Arsizio.

¹⁶ Così nel *Libro verde sui servizi di interesse generale* (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, al punto 79.

destinazione dell'attività), nella sostanza consente la sua qualificazione come struttura di gestione interna all'amministrazione responsabile del servizio, inquadrandola fra gli strumenti di autoorganizzazione di quest'ultima. La prevalenza della dimensione sostanziale su quella formale richiede, naturalmente, una rigorosa verifica dei requisiti, nonché una garanzia della loro permanenza nel tempo¹⁷. In questa prospettiva si può al più parlare di tassatività dell'*in house*, nel senso che la sua effettiva ricorrenza è da verificarsi in maniera rigida, non potendosi rimettere alle singole amministrazioni la qualificazione di un affidamento ad una società partecipata (anche totalmente) come scelta di autoorganizzazione.

In estrema sintesi, può dirsi quindi che per l'ordinamento comunitario, stante la generale legittimità della scelta di una amministrazione di svolgere una attività di pubblico servizio attraverso una articolazione della propria organizzazione, per poter ritenere che anche l'affidamento ad una società per azioni rientri in tale ipotesi, occorre che la società stessa presenti i rigorosi requisiti dell'*in house*¹⁸. Diversamente, laddove la società non fosse qualificabile come *in house*, ci si troverebbe di fronte ad una concessione/affidamento di pubblico servizio, non direttamente disciplinata dalla normativa sugli appalti, ma sicuramente soggetta alle regole generali di non discriminazione e di parità di trattamento e quindi da aggiudicarsi previa selezione concorrenziale¹⁹.

A questo punto, la domanda relativa alla compatibilità con l'ordinamento comunitario della scelta di gestire direttamente il servizio idrico integrato per mezzo dell'affidamento ad una società per azioni che abbia tutte le caratteristiche dell'*in house*, riceve una risposta sicuramente positiva²⁰.

¹⁷ Con riferimento a quest'ultimo aspetto vedi la sentenza della Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, C-29/04. Ma anche Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in cui si segnala la necessità che lo statuto della società non consenta che parte del capitale sociale possa essere ceduto a soggetti privati. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591.

¹⁸ Si veda questo passaggio di una delle massime della citata sentenza *Stadt Halle*: «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice».

¹⁹ In materia si veda comunque la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione* (COM(2011)897), la cui adozione è prevista per la fine dell'anno 2012.

²⁰ Lo stesso non si potrebbe dire invece relativamente alla eventuale scelta di affidamento diretto ad una società che pur interamente partecipata dagli enti locali non avesse tutte le caratteristiche rigorosamente richieste per la ricorrenza dell'*in house*, dal momento che in questa ipotesi non ci si troverebbe più di fronte ad una decisione inerente la propria autoorganizzazione e perciò sottratta alla

Se questo è il quadro, mal si comprende allora l'affermazione della nostra Corte costituzionale secondo la quale proprio dalle sentenze della Corte di giustizia in materia di *in house*²¹ si ricaverebbe che la normativa comunitaria consente agli Stati membri di prevedere solo "in via di eccezione e per alcuni casi determinati" la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, da giustificarsi sulla base delle esigenze di perseguimento di una missione di interesse generale che sconsiglierebbe il ricorso al mercato (art. 106 TFUE)²². Se infatti si esaminano le sentenze alle quali la Corte rimanda, e in particolare quella che sarebbe all'origine di tale pretesa tendenza giurisprudenziale²³, si comprende immediatamente che il caso di fronte al quale subentra l'onere di dimostrare «*l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga*» alle regole concorrenziali riguarda il ricorso ad un organismo distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, nello specifico una vera e propria impresa, e non la scelta di autoproduzione del servizio.

A tale "cattiva" lettura della giurisprudenza comunitaria si aggiunge anche un fraintendimento di fondo: la Corte applica ai servizi pubblici la logica che i giudici europei hanno sviluppato con riferimento agli appalti di servizi strumentali al funzionamento dell'amministrazione, in cui l'autoproduzione è effettivamente una scelta eccezionale, trattandosi di prestazioni fornite liberamente sul mercato da una pluralità di imprese. Quando si tratta invece di servizi pubblici, che, come il servizio idrico, non sono oggetto di una disciplina comunitaria speciale, per l'ordinamento della Comunità la scelta della fornitura diretta non deve essere giustificata dall'eccezionalità delle condizioni che richiedono di non ostacolare la speciale missione dell'ente pubblico. Si tratta infatti di una decisione inerente l'organizzazione di proprie funzioni riservate, che la sfera pubblica effettua, per così dire, in uno spazio intangibile all'ordinamento comunitario²⁴.

3. *La presenza del pubblico nella gestione del servizio idrico in Europa.*

disciplina comunitaria, ma al ricorso a terzi, come tale soggetto al principio della concorsualità nella scelta dell'affidatario.

²¹ Le sentenze della Corte di giustizia citate dalla Corte costituzionale sono la sentenza, già qui ampiamente citata, *Stadt Halle*, punti 48 e 49, che a sua volta rinvia alla sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, punto 58, e la sentenza 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea s.r.l.*

²² Si tratta della sentenza n. 325 del 2010 (corsivo dell'autore).

²³ Sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, *cit.*

²⁴ A proposito del fatto che «*nella prospettiva europea... la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato*», Corte Cost., sent. n. 439 del 2008.

A quanto sopra considerato con specifico riferimento all'atteggiamento comunitario nei confronti della gestione diretta dei servizi pubblici, è utile aggiungere qualche osservazione di massima sulla politica europea in materia di acque. In quest'ambito, diversamente da quanto è accaduto in altri settori interessati dai servizi pubblici²⁵, il legislatore europeo sembra infatti aver fino ad ora privilegiato un approccio rivolto a promuovere linee di intervento comuni orientate alla tutela dell'ambiente, piuttosto che all'apertura al mercato²⁶. La direttiva 2000/60/CEE ne è un significativo esempio. Essa non è affatto costruita come base per una regolazione strutturale²⁷, ma è intesa per funzionare piuttosto come piano di azione per la protezione della risorsa idrica. Le finalità sono, come è noto, molteplici; in estrema sintesi rilevano l'esigenza di impedire un ulteriore deterioramento delle acque, di proteggere e migliorare lo stato degli ecosistemi acquatici e di quelli da essi dipendenti; di agevolare un utilizzo idrico sostenibile; di mirare alla protezione e al miglioramento dell'ambiente acquatico; di assicurare la graduale riduzione dell'inquinamento delle acque sotterranee e impedirne l'aumento, e, infine, di contribuire a mitigare gli effetti delle inondazioni e della siccità.

Un simile approccio giustifica anche il silenzio del legislatore europeo in materia di promozione di forme di apertura alla concorrenza nei servizi idrici. La particolare natura del bene coinvolto nella gestione e le ricadute delle modalità del suo impiego su una serie di diritti e interessi fondamentali quali, solo per ricordarne due fra i più significativi: ambiente e salute, sono del resto all'origine in Europa di una presenza pubblica mediamente più consistente di quella che si riscontra negli altri servizi alla collettività.

Nei principali Paesi europei la responsabilità nella fornitura del servizio idrico è riconosciuta in via di massima agli enti territoriali in forma singola o associata²⁸. Normalmente le amministrazioni titolari del servizio hanno la possibilità di scegliere fra diverse forme di gestione che vanno dall'esercizio del servizio in economia, all'affidamento a strutture pubbliche dedicate (quali aziende speciali o società *in house*), fino alla concessione/affidamento a società partecipate o imprese interamente private.

²⁵ Si vedano i casi del servizio elettrico o di quello di telecomunicazioni: dir. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, completata dalle altre direttive di "seconda generazione".

²⁶ G. CORDINI, *Tutela dell'ambiente idrico in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 699 ss.

²⁷ A. TARZIA, *Il principio europeo di continuità dei contratti come (primo) argine alle politiche di prezzo in contesti di structural regulation*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2005, 387 ss.

²⁸ Per un'ampia e interessante ricostruzione del regime delle acque in prospettiva comparata v. A. SIMONATI, *Il regime pubblicistico delle acque: profili comparatistici*, in G. SANTUCCI - A. SIMONATI - F. CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Trento, 2011, 89 ss.

Con la rilevante eccezione del Regno Unito che privilegia la partecipazione di imprese private sia nella gestione del servizio, sia nella proprietà delle reti, il ricorso al mercato per la fornitura del servizio è spesso minoritario rispetto all'esercizio pubblico. Nel caso della Germania, ad esempio, il modello di gestione più diffuso è quello dell'azienda autonoma (circa 50% dei gestori e 25% dell'acqua distribuita) seguito da quello delle società private a capitale pubblico (più del 20% dell'acqua distribuita)²⁹. In Svezia, in Belgio e in Danimarca si riscontra una prevalenza del capitale pubblico nella gestione del servizio idrico e anche in Finlandia la quasi totalità dei servizi idrici è in mano pubblica. In Olanda dal 2004 vige addirittura una disciplina che impone la gestione da parte di s.p.a. interamente pubbliche del servizio di distribuzione dell'acqua potabile, mentre in Spagna la presenza di capitale pubblico e privato nella gestione dei servizi sono praticamente equivalenti.

In Francia, nonostante la prevalenza del modello della concessione a terzi (fatto salvo il servizio fognario che è gestito per la metà circa direttamente dalle amministrazioni municipali), il settore mostra una certa dinamicità³⁰. Le municipalità, infatti, possono sempre riportare *in house* il servizio idrico, come recentemente fatto a Parigi che, dal 2010, è tornata ad assumerne la gestione diretta dopo alcuni decenni di conduzione affidata a operatori privati.

La situazione italiana non è difforme da quella della maggior parte dei Paesi europei. Nella gestione dei servizi idrici è prevalente il capitale pubblico e, in particolare, risultano predominanti i casi di ricorso ad affidamenti a società *in house*, spesso anche in assenza dei requisiti originariamente previsti dalla normativa ora soppressa in via referendaria³¹.

Come sopra considerato, stante l'abrogazione della disciplina che vietava la gestione diretta dei servizi locali e prevedeva il ricorso all'*in house* come eccezionale, una gestione del servizio idrico integrato tramite affidamento a società per azioni avente le caratteristiche dell'*in house*, deve attualmente ritenersi ammissibile. In materia manca una disciplina statale specifica e, di conseguenza, si applica la normativa comunitaria, che, come sopra ampiamente visto, consente

²⁹ L. BRACCHITTA - E. STEFANINI - A. TARZIA, *I servizi idrici in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 858.

³⁰ E. CHONG - F. HUET, *Partenariats public-privé et investissements de fin de contrat: le cas de l'industrie de l'eau en France*, in *Recherches économiques de Louvain*, 2011, 4.

³¹ Si veda in questo senso la relazione annuale sullo stato dei servizi idrici presentata dal presidente della Commissione Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche (CO.N.VI.R.I.), Prof. Roberto Passino il 22 luglio 2010. Significativamente nei quattro casi in cui in quel periodo è stato richiesto il parere dell'AGCM ai fini del riconoscimento delle condizioni che eccezionalmente legittimavano la concessione del servizio *in house*, l'Autorità ha risposto sempre in senso negativo. Su questo si veda F. Di CRISTINA, *I pareri dell'AGCM sull'affidamento "in house" dei servizi pubblici locali (agosto 2009-marzo 2011)*, in *Concorrenza e mercato* 2011, 173 ss.,

l'autorganizzazione del servizio da parte dell'amministrazione, salvo pretendere il rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione laddove invece si intenda ricorrere all'affidamento a terzi.

4. *La gestione diretta del servizio attraverso azienda speciale.*

Una ulteriore possibile forma di gestione diretta del servizio è quella dell'azienda speciale. Su di essa attualmente si è concentrata una grande attenzione, dal momento che diverse realtà locali si stanno muovendo verso questa soluzione organizzativa come modalità di gestione del servizio idrico integrato, in alternativa proprio alla società *in house*, in quanto, per certi versi questa via appare più coerente proprio con lo "spirito" del referendum³².

Non manca tuttavia in dottrina chi, anche autorevolmente, ritiene che tale soluzione non sia percorribile in assenza di una disciplina statale che espressamente la consenta³³. La tesi si basa sulla considerazione per cui, essendo l'azienda speciale una figura soggettiva di diritto pubblico, occorrerebbe una previsione legislativa specifica per consentirne l'istituzione ai fini della gestione del servizio idrico. Previsione allo stato mancante, dal momento che la disciplina di settore, costituita dall'articolo 150 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 nel testo conseguente all'abrogazione disposta con l'articolo 12, comma 1°, lett. b) del d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, non annovera, neppure per rinvio, l'azienda speciale. Anche in tale prospettiva, quindi, tale dottrina non considera dirimente il riferimento che l'articolo 114 del d.lgs. 267 del 2000 (testo unico degli enti locali) fa all'azienda speciale, in primo luogo perché ad esso l'articolo 150 citato non fa esplicito rinvio e in ogni caso perché mancherebbero comunque le norme (che erano rappresentate dagli originari artt. 113 e 113-bis del t.u.e.l) di indicazione delle attività che possono essere espletate mediante azienda speciale.

Tali argomenti tuttavia non appaiono del tutto convincenti.

³² G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 663, osserva come «la trasformazione delle esistenti società (ancorché a partecipazione pubblica) in aziende speciali, e dunque il mutamento formale del modulo organizzativo, vorrebbe — appunto — sottolineare il carattere peculiare della risorsa idrica, che — in quanto tale — richiederebbe una gestione da parte di soggetti e strutture non societarie, che meglio possano attuare le esigenze collettive e sociali sottese». I casi più noti sono quello di Napoli, di cui dà, fra le altre cose, conto L. LONGHI, *Brevi considerazioni sulla possibilità della gestione del servizio idrico integrato attraverso aziende speciali*, in <http://www.giustamm.it/>; e della gestione dell'Acquedotto Pugliese, di cui si dirà oltre nel testo.

³³ In questo senso, G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, cit., 667 ss.

In primo luogo la natura sicuramente pubblica dell'azienda speciale non ne impone necessariamente una disciplina dettagliata da parte della legge dello Stato. Nella misura in cui essa è utilizzata come soluzione organizzativa delle attività degli enti locali, occorre ritenere che il suo impiego e la tipologia di attività che possono essere svolte attraverso di essa rientrino in ampia parte nella potestà di autoorganizzazione delle autonomie locali³⁴, se pure per il tramite della decisione dell'ente al quale le leggi regionali trasferiranno le competenze dell'Autorità d'ambito territoriale ottimale³⁵.

L'attuale distribuzione costituzionale delle competenze normative vede infatti il legislatore statale abilitato a disciplinare l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa unicamente di Stato ed enti pubblici nazionali; in materia di organizzazione degli enti locali, la disciplina statale può riguardare soltanto "gli organi di governo" e, di conseguenza, non gli altri uffici o le articolazioni organizzative dell'amministrazione.

Se pure può concordarsi sulla considerazione per cui il ricorso ad una figura organizzativa dotata di personalità giuridica di diritto pubblico richiede che essa trovi un fondamento nella legge, non essendo sufficiente che essa sia prevista *ex novo* da una fonte locale, non può invece condividersi l'osservazione per cui sarebbe necessaria una fonte primaria statale anche per regolarne nel dettaglio attività e organizzazione interna.

Per questo motivo si ritiene che il ricorso all'azienda speciale per la gestione del servizio idrico integrato sia possibile in considerazione della sola previsione di tale modello organizzativo da parte del legislatore nazionale, anche in carenza di un esplicito rinvio ad esso da parte della disciplina statale che regola il servizio idrico integrato e anche in mancanza di una normativa che elenchi le attività che attraverso tale soggetto l'ente locale può concretamente esercitare.

Non si ignora, tuttavia, che una possibile obiezione a tale ultima affermazione potrebbe essere quella per cui, essendo il servizio idrico un servizio

³⁴ Su cui sia consentito rinviare a A. PIOGGIA, *I principi come limiti dell'organizzazione degli enti locali*, in F. ASTONE - M. CALDARERA - F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo e autonomie territoriali*, Torino, 2007, 83 ss., le considerazioni svolte nel quale sono peraltro ampiamente adesive all'impostazione propria di E. CARLONI, *Lo stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004.

³⁵ Si veda, in proposito, il disposto del terzo periodo del comma 186-bis dell'art. 2 della legge n. 191 del 2009 (inserito dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni, dalla legge 26 marzo 2010, n. 42), in forza del quale alla legge regionale spetta disporre ad altro ente l'attribuzione delle funzioni delle soppresse Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), «*nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*». Da segnalare comunque che, con l'ennesima proroga, il d.l. dicembre 2011, n. 216 ha stabilito che le Autorità d'ambito possono restare "in vita" fino al 31 dicembre 2012.

avente rilevanza economica³⁶, la sua disciplina anche organizzativa rientrerebbe nella competenza della legge statale in materia di tutela della concorrenza.

L'argomento è centrale, ma, per poterne verificare la capacità dirimente nel caso preso in considerazione, occorre fare dei preliminari distinguo. In primo luogo viene in considerazione la qualità della competenza normativa assegnata dall'articolo 117 comma 2, lettera e) della Costituzione al legislatore nazionale. Si tratta, infatti, di una materia cosiddetta trasversale o meglio "di scopo", che non riguarda, cioè, ambiti predefiniti, ma che legittima l'intervento statale in tutti quei casi in cui l'obiettivo ultimo sia la garanzia della concorrenza. La legge, in tale prospettiva, potrebbe scegliere di rendere l'esercizio del servizio idrico integrato aperto alla concorrenza fra gli aspiranti gestori, potrebbe prevederne e imporre specifiche forme di gestione che garantiscono obiettivi concorrenziali, potrebbe addirittura vietarne la gestione diretta da parte dell'ente locale, ecc... Ma nella misura in cui la legge, non esprimendosi sul punto, rimetta all'autonomia degli enti locali la scelta di affidare o meno il servizio al mercato, non potrà imporre le modalità attraverso le quali la libera decisione di gestire il servizio in forma diretta, e quindi farne una parte dell'amministrazione locale, sia realizzata nel concreto. In altri termini, la competenza statale in materia di tutela della concorrenza si "attiva" nel momento in cui l'organizzazione delle modalità di gestione del servizio di interesse economico appare in grado di condizionare il mercato. Se invece la scelta a monte della individuazione della soluzione organizzativa è quella (legittima, dal momento che manca un vincolo in senso opposto) di gestire direttamente il servizio, il modo in cui questa attività sarà organizzata, se attraverso una spa tutta pubblica, o una azienda, o altra modalità prevista dalla legge, rientra nella competenza di autoorganizzazione delle proprie funzioni da parte degli enti locali.

Altro possibile campo di competenza statale potenzialmente idoneo ad incidere sulla questione in esame è quello relativo alla "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" di cui alla lettera s) del secondo comma dell'articolo 117³⁷. Sul punto le considerazioni da svolgere non si discostano troppo da quelle appena esposte. Si tratta, infatti, anche qui di una materia "di scopo" che di nuovo, non a

³⁶ Sulla qualificazione del servizio idrico integrato come avente rilevanza economica la Corte costituzionale si è espressa in senso positivo nella sentenza 325 del 2010, al punto 9.1. Si veda anche Corte Cost., sent. 187 del 2011, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 40, comma 2, della legge regionale Marche n. 16 del 2010, il quale prevedeva testualmente che «*il servizio idrico integrato in quanto di interesse generale riconducibile ai diritti fondamentali della persona non rientra tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica*». In via interpretativa argomenti a favore del fatto che dalla legislazione statale sia ricavabile la qualificazione del servizio idrico come di rilevanza economica potrebbero discendere, se pur indirettamente, anche dalla considerazione per cui all'articolo 141 del d.lgs. 152 del 2006 la competenza della legge dello Stato a disciplinare la gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato viene ricondotta, fra l'altro, alla materia della tutela della concorrenza.

³⁷ In materia M. RENNA - B. POZZO, *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Quaderno n. 15 della *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, 2004.

caso, contiene il riferimento alla funzione di “tutela” che avrebbe l’intervento normativo. Nella misura in cui la disciplina anche organizzativa di rango statale sia funzionale a garantire specifiche finalità di protezione ambientale, quindi, questa deve essere ammessa. Laddove tuttavia essa sia esorbitante da tale scopo, non sarà, invece, da ritenersi rispettosa degli equilibri costituzionali. Sul punto, peraltro, la Corte ha avuto di recente occasione di intervenire³⁸, specificando come sia da ritenersi organizzativamente vincolante, proprio in considerazione di detta materia, la previsione legislativa statale che rimetteva prima all’Autorità d’ambito, ora al diverso ente a tal fine individuato dalla legge regionale, la competenza a deliberare le forme di gestione del servizio idrico integrato. La *ratio*, pur non espressa esplicitamente, di tale collegamento fra tutela dell’ambiente e individuazione del soggetto al quale spetta decidere come gestire il servizio idrico sembrerebbe risiedere nel riferimento agli “ambiti ottimali”³⁹ nel quadro dei quali l’attività deve essere regolata e svolta. Tale previsione è da ritenersi effettivamente finalizzata al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche e alla razionalizzazione del loro uso, anche in considerazione delle interazioni e degli equilibri fra le diverse componenti della biosfera, e quindi pienamente funzionale alla tutela dell’ambiente⁴⁰. Da ciò discende anche la necessaria individuazione di un unico soggetto, originariamente indicato come Autorità d’ambito e ora da individuarsi da parte della regione, al quale affidare le funzioni di governo del servizio nell’ambito territoriale ottimale. Come si vede, tuttavia, da ciò non discende affatto l’estensione della competenza statale a disciplinare nel dettaglio anche le modalità di gestione, anzi la possibilità, legislativamente prevista, di una scelta fra diverse soluzioni conferma quanto sopra positivamente considerato a proposito dell’utilizzabilità anche del modello dell’azienda speciale, pur in assenza di esplicita previsione normativa in tal senso.

Un ultimo possibile ostacolo a tale conclusione potrebbe discendere dalla qualificazione del servizio idrico integrato come appartenente alle “funzioni fondamentali” degli enti locali. Questo, infatti, porrebbe il problema della competenza statale in materia ai sensi della lettera p) del secondo comma dell’articolo 117. Ora, a tal proposito, si può preliminarmente osservare che, se anche così fosse, se anche, cioè, si volesse considerare il servizio idrico una funzione fondamentale, non è certo che il legislatore nazionale, pure astrattamente competente in materia, potrebbe anche disciplinarne nel dettaglio le modalità organizzative. A venire in considerazione è di nuovo la garanzia, anch’essa costituzionale, di una autonomia organizzativa degli enti locali, così come si ricava non solo dall’assenza di una materia “organizzazione locale” fra le competenze

³⁸ Si tratta della sentenza n. 62 del 2012, della quale si dirà anche oltre nel testo.

³⁹ Si veda in proposito l’articolo 147 del d.lgs. 152 del 2006.

⁴⁰ Sentenze n. 168 del 2008, n. 378 e n. 144 del 2007.

statali, ma anche dal riconoscimento di una autonomia statutaria, oltre che regolamentare, che sarebbe un “contenitore vuoto” se non riguardasse anche principi di organizzazione delle funzioni dell’amministrazione. Alla luce di ciò la competenza statale in materia di funzioni fondamentali è più correttamente da intendersi come relativa alla semplice attribuzione di esse e non automaticamente estesa alla disciplina del modo di organizzarne lo svolgimento. A questo si aggiunge che la inclusione del servizio idrico fra le materie fondamentali non è certa, anzi, probabilmente è vero proprio il contrario. La Corte costituzionale sul punto ha assunto una posizione a dire il vero “ondivaga”: in un primo momento ha, infatti, negato con decisione che i servizi pubblici potessero essere in alcun modo considerati funzioni fondamentali degli enti locali⁴¹, salvo poi specificare in una sentenza successiva che tale affermazione non deve intendersi applicabile al caso dei servizi idrici, per ragioni “storico normative” e legate alla “essenzialità del servizio alla vita associata delle comunità”⁴². Da ultimo tuttavia la Corte è tornata sulla questione e, con specifico riferimento proprio al servizio idrico, ha ribadito la sua posizione iniziale, affermando chiaramente che “detto servizio non costituisce funzione fondamentale dell’ente locale”⁴³.

A voler dare credito a tale ultima posizione, e considerati gli argomenti sopra esposti, quindi, non sussisterebbe più alcun ostacolo a considerare praticabile la via dell’azienda speciale per la gestione del servizio idrico integrato.

5. Considerazioni conclusive.

Da ultimo non può non riservarsi qualche considerazione finale alla vicenda della legge regionale pugliese che, successivamente al referendum, ha disposto la

⁴¹ Così nella sentenza 272 del 2004, in cui, con riferimento ai servizi pubblici locali in generale, la Corte ha considerato come «*la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell’ente locale*».

⁴² Così nella sentenza n. 307 del 2009, a proposito della quale si veda F. MERLONI, *Una “new entry” tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le “funzioni fondamentali” degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2010, 794 ss., che, proprio sul punto prima trattato nel testo si esprime in senso critico. La Corte infatti, giustificherebbe impropriamente, attraverso tale titolo di legittimazione, un intervento statale che non si limita alla semplice attribuzione della funzione, ma che pretende di disciplinarne organizzazione e modalità di svolgimento, esorbitando dalla materia e limitando impropriamente l’autonomia locale nell’organizzazione delle proprie funzioni e quella regionale nella disciplina di una materia non rientrante fra i compiti dello Stato.

⁴³ Così nella più volte citata sentenza 325 del 2010.

costituzione di una azienda speciale per la gestione del servizio idrico e contestualmente le ha affidato il servizio stesso⁴⁴.

Contro tale legge il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato varie questioni di costituzionalità, a decidere sulle quali la Corte è di recente intervenuta con la sentenza n. 62 del 2012.

Con tale pronuncia i giudici costituzionali hanno, fra le altre cose, sanzionato con la nullità la decisione legislativa regionale di espropriare il soggetto che esercita le funzioni di autorità di ambito⁴⁵ della possibilità di decidere sotto quale forma gestire il servizio idrico integrato. A tale proposito hanno avuto anche occasione di ribadire come l'abrogazione referendaria delle norme in materia di servizi locali abbia di fatto eliminato qualsiasi obbligo «*di adottare esclusivamente alcune specifiche forme di gestione*». In tale prospettiva il ricorso all'azienda speciale non appare illegittimo in sé, ma solo nella misura in cui rappresenti una modalità obbligata di gestione. La Corte sembra quindi far propria l'idea per cui, in mancanza di disposizioni legislative statali che, a tutela della concorrenza, impongono determinate forme di esercizio dei servizi a rilevanza economica, la scelta in ordine al relativo modello organizzativo spetti all'autonomia locale, se pure esercitata attraverso il soggetto di governo dell'ambito territoriale ottimale.

⁴⁴ Si tratta della legge regionale 20 giugno 2011, n. 11. La vicenda appare particolarmente significativa, sia perché presenta un caso di scelta per la gestione diretta del servizio, sia perché riguarda una realtà territoriale in cui ha sede uno dei più importanti acquedotti del mondo (il terzo) ed il più grande in Europa.

⁴⁵ In Puglia l'ambito territoriale ottimale coincide da sempre con il territorio regionale. In attuazione della legge Galli, la Regione Puglia ha adottato la Legge regionale 6 settembre 1999, n. 28, con la quale ha individuato un unico ambito territoriale ottimale costituito dall'intero territorio regionale, denominato ATO Puglia. In attuazione dell'originario disposto dell'articolo 148 del testo unico sull'ambiente, l'Autorità d'ambito era stata poi costituita in forma di consorzio fra tutti i comuni della regione ai sensi della legge regionale 26 marzo 2007, n. 8. A seguito della già citata soppressione per legge statale delle autorità d'ambito, la regione Puglia ha ricostituito tale soggetto (Autorità idrica pugliese) in forma di ente pubblico "rappresentativo dei comuni pugliesi" con legge regionale 3 giugno 2011, n. 9.

ABSTRACT

Alessandra Pioggia - *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*

Dopo il referendum che ha abrogato la disciplina in materia di affidamento di servizi locali, resta aperta la questione della possibilità di una gestione diretta del servizio idrico integrato da parte dell'amministrazione. Il saggio, in tale prospettiva, si sofferma sugli strumenti della società in house e dell'azienda speciale. Con particolare riferimento a quest'ultima modalità si confronta con la dottrina che ne nega la possibilità di impiego per sostenere una tesi diversa.

Alessandra Pioggia - *The direct management of an integrated water service by societies "in house" or specialized agencies: post-referendum prospectives*

After the referendum which abrogated the regulations on management of local services, there remains the question of the possibility of a direct management of the integrated water service by the administration. The essay, in this perspective, focuses on the instruments of the "in house s.p.a." and "azienda speciale". With particular reference to the latter instrument takes into account the doctrine that denies the possibility of use it, but supports a different view.