

16 NOVEMBRE 2018

Le società pubbliche e i servizi di  
interesse economico generale:  
l'impatto del d.lgs. n. 175/2016  
sull'affidamento e sulla gestione del  
servizio idrico integrato

di Roberto Miccù

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma

e Michele Francaviglia

Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale  
Sapienza – Università di Roma



# Le società pubbliche e i servizi di interesse economico generale: l'impatto del d.lgs. n. 175/2016 sull'affidamento e sulla gestione del servizio idrico integrato \*

**di Roberto Miccù**

Professore ordinario di  
Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma

**e Michele Francaviglia**

Dottore di ricerca in Diritto pubblico,  
comparato e internazionale  
Sapienza – Università di Roma

**Sommario:** 1. Introduzione: oggetto del contributo. 2. L'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: l'accidentata traiettoria dell'ultimo ventennio tra gestione pubblica e ricorso al mercato. 3. La mancata riforma dei servizi pubblici locali: le linee essenziali dello schema di decreto legislativo. 4. Il Servizio Idrico Integrato: il quadro normativo dalla Legge 'Galli' ad oggi. 5. La problematica giurisprudenza della Corte costituzionale nell'evoluzione del servizio idrico integrato. 6. L'evidenza pubblica nella gestione dell'acqua: le possibili interazioni fra il nuovo Codice dei contratti pubblici e la disciplina del Servizio Idrico Integrato. 7. Ipotesi conclusiva: la gestione del servizio idrico integrato mediante *l'in house providing*.

**Abstract [It]:** L'obiettivo del presente contributo è individuare e valutare le principali ricadute applicative del d.lgs. n. 175/2016, come modificato dal decreto legislativo correttivo n. 100/2017, nei confronti dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, e in particolare del servizio idrico integrato (SII). Le peculiarità di quest'ultimo settore, alimentate anche da eventi referendari e da una giurisprudenza problematica della Corte costituzionale, rivelano e misurano l'effettiva portata 'ordinamentale' del nuovo testo unico sulle società partecipate, nonché le scelte di politica del diritto che, in linea con i principi generali di derivazione eurounitaria, si stanno consolidando in tema di servizi pubblici. Ricostruita la fitta trama normativa e giurisprudenziale che regola il settore idrico, il contributo si concentra sull'applicabilità ad esso di alcuni dei principi contenuti nel d.lgs. n. 175/2016 e nel d.lgs. n. 50/2016, evidenziando alcuni punti di attrito tra le discipline in esame, specie con riferimento all'esatta configurazione del modello di gestione in house.

**Abstract [En]:** The objective of this contribution is to identify and evaluate the main application implications of Legislative Decree No. 175/2016, as amended by the corrective legislative decree No. 100/2017, towards the local public services of economic importance, and in particular the integrated water service (SII). The peculiarities of the latter sector, also nourished by referendum events and by a problematic jurisprudence of the Constitutional Court, reveal and measure the effective 'ordering' scope of the new consolidated text on investee companies, as well as the choices of law policy which, in compliance of the general principles of EU law, are consolidating on the field of public services. Reconstructed the dense regulatory and jurisprudential framework that regulates the water sector, the contribution focuses on the applicability to it of some of the principles contained in the Legislative

---

\* Articolo sottoposto a referaggio. Pur essendo il presente lavoro frutto della riflessione congiunta degli Autori, a R. Miccù sono da attribuire il § 1 e il § 2, mentre a M. Francaviglia i §§ 3, 4, 5 e 6; il § 7 è scritto congiuntamente.

Decree. No. 175/2016 and in the Legislative Decree. No. 50/2016, highlighting some points of friction between the disciplines in question, especially with reference to the exact configuration of the in-house management model.

## 1. Introduzione: oggetto del contributo

Quello dei servizi di interesse economico generale è uno dei settori maggiormente influenzati dalla nuova disciplina sulle società a partecipazione pubblica; il testo unico di cui al d.lgs. n. 175/2016 (come modificato dal d.lgs. n. 100/2017) regola, infatti, le forme societarie mediante le quali alla pubblica amministrazione è consentita l'organizzazione e la gestione di siffatti servizi<sup>1</sup>.

Al riguardo, il mancato esercizio dell'altra delega prevista dalla l. n. 124/2015, avente ad oggetto 'il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale', rappresenta certamente un'occasione persa rispetto alla pressante esigenza di riordinare e razionalizzare un tessuto normativo estremamente frammentario: una disciplina organica, coordinata con quella in commento (e con il d.lgs. n. 50/2016), avrebbe infatti sgombrato il campo da ricorrenti incertezze applicative, fornendo all'interprete un quadro più nitido dell'intera materia.

Quest'ultima, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 e s.m.i., sconta invece una irriducibile asimmetria fra le compiute previsioni attinenti ai soggetti gestori di servizi pubblici a rilevanza economica (il 'chi'), e quelle disorganiche e lacunose, relative alle modalità di affidamento, organizzazione e gestione degli stessi (il 'come'). Tanto premesso, è pur vero che nel settore *de quo* è rilevabile un rapporto di vicendevole influenza tra i due piani – soggettivo e oggettivo – e così le previsioni riguardanti la natura e le caratteristiche di una determinata tipologia di soggetti affidatari di un servizio pubblico ben possono riflettersi sulle quelle regolanti le modalità di organizzazione e gestione, contribuendo a dare al servizio stesso una diversa fisionomia.

---

<sup>1</sup> La letteratura sui servizi pubblici è sterminata; senza pretese di completezza, cfr., U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; Cfr. F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *N. ssimo Dig. it.*, XVII, 1970, 217; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 362; C. PINELLI, *Privatizzazione dei servizi pubblici e autonomie locali*, in C. AMIRANTE – A. SACCOMANNO (a cura di), *Il nuovo ordinamento locale*, Messina, 1995; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, 2003, p. 2581; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5517; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (dir.), VI, Milano, 2006, p. 5527; M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007; AA. VV. (a cura di V. Italia), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010; 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, e degli sviluppi successivi*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, vol. IV, pp. 2073 e ss; V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, 2012, pp. 2900 ss; F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, 30 maggio 2012, pp. 2 ss.

Prendendo le mosse da siffatto rapporto, il presente lavoro ha per oggetto l'individuazione e la valutazione delle principali ricadute applicative del d.lgs. n. 175/2016, come modificato dal decreto legislativo correttivo n. 100/2017, nei confronti dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, e in particolare del servizio idrico integrato (SII)<sup>2</sup>.

Le ragioni di un simile *focus* sono presto dette.

Ciò che si vuole verificare è se la disciplina posta dal d.lgs. n. 175/2016 sia in grado di incidere anche su quei servizi pubblici dotati di un regime giuridico speciale, proprio come il SII, orientandone così le future linee di sviluppo. Una verifica del genere, infatti, rivelerebbe ad un tempo la reale portata 'ordinamentale' (o, se si vuole, sistemica) del testo unico in commento, nonché le scelte di politica del diritto che, anche in tema di servizi pubblici locali e in particolare nel settore idrico, si stanno consolidando per il suo tramite<sup>3</sup>.

## **2. L'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: l'accidentata traiettoria dell'ultimo ventennio tra gestione pubblica e ricorso al mercato**

L'analisi delle interrelazioni fra la nuova disciplina sulle società pubbliche e quella dei servizi di interesse economico generale non può prescindere da una breve ricostruzione del quadro normativo che regola

---

<sup>2</sup> Con riferimento al servizio idrico integrato in generale, v. da ultimo AA.VV. (a cura di S. Staiano), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2018; V. CERULLI IRELLI, *La disciplina delle acque e servizio idrico integrato*, in M. GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare. Atti del Convegno, Sassari 20 maggio 2011*, Napoli 2012; M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23 febbraio 2011; P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8 aprile 2015; E. FURNO, *La determinazione della tariffa del servizio idrico integrato al vaglio della Consulta tra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza (commento a Corte costituzionale n. 67 del 12 aprile 2013)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013; V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. II, Padova, 2013, 12; A. BOTTASSO – M. CONTI, *La governance del settore idrico italiano e le recenti riforme dei servizi pubblici locali: tanto rumore per nulla?*, in *Economia dei Servizi*, n. 2, 2011, pp. 161 ss.; P. CARROZZA, *La riforma dei servizi pubblici locali. Il caso dei servizi idrici*, in *Stato e mercato*, n. 98, 2011, pp. 162 ss.; E. LEONETTI, *La disciplina del servizio idrico integrato: un quadro di sintesi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2010, pp. 90 ss.; M. BENVENUTI – E. GENNARI, *Il servizio idrico*, in M. BIANCO – P. SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Bologna, 2010, pp. 144 ss.; A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, pp. 2505 ss.; P. RUBINO, *L'evoluzione dell'esperienza economica dei servizi pubblici locali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008. M. P. CHITI, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria del 2002*, in *Urb. App.*, 2002, pp. 377 e ss.; D. CORTESI, *Il servizio idrico integrato*, in A. TRAVI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, pp. 67 ss.; per una comparazione fra i servizi idrici di alcuni Paesi europei, nell'ambito della comune cornice normativa europea, cfr. A. AMATO, *L'industria idrica in alcuni paesi europei. Assetti istituzionali e organizzativi*, Milano, 2008.

<sup>3</sup> Una funzione di 'cartina di tornasole' del bene comune 'acqua' rispetto alle trasformazioni dell'intero ordinamento è rilevata da ultimo da G. BUCCI, *L'acqua bene comune e la gestione dei servizi integrati tra pubblico, privato e democrazia*, in AA.VV. (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 167 e ss.

attualmente i secondi; tale approfondimento, peraltro, appare necessario anche ai fini del successivo *focus* sul servizio idrico integrato, onde meglio individuarne i caratteri di specialità.

La regolazione dei servizi pubblici ha origini risalenti e una lunga storia alle spalle, sulle quali non si ritiene di dare conto in questa sede perché ben note e molto approfondite in letteratura<sup>4</sup>; più interessante, e meno scontata, è invece la ricostruzione dell'ultimo 'tratto di strada' percorso dal legislatore nazionale (insieme a quello sovranazionale): un tragitto lungo il quale non sono mancate importanti 'deviazioni' ad opera della Corte costituzionale o su indicazione dell'elettorato ( *i.e.* con il Referendum del 2011). In linea generale, si può affermare che nell'ultimo decennio il settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica è stato oggetto di continui interventi legislativi statali, i quali però hanno portato a una forte frammentazione e disorganicità della materia.

Il primo tentativo di disciplinare in modo organico i servizi pubblici locali risale all'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 t.u.e.l.: la formulazione originaria di servizi pubblici era abbastanza ampia, ricomprendendo “*la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*” (testo originario dell'art. cit.). In particolare, quella disciplina prevedeva quattro forme di gestione e segnatamente: “*a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'articolo 116*”.

Per quanto qui di interesse, merita osservare come nella disposizione in parola affiorasse già una prima versione della *summa divisio* tra servizi pubblici a rilevanza economica e servizi privi di tale caratterizzazione, sebbene il legislatore dell'epoca si fosse ben guardato dal fornire una definizione puntuale degli stessi, lasciando così alla giurisprudenza amministrativa ampi margini di manovra in ordine all'identificazione, sul piano sostanziale, di una linea di demarcazione tra i due ambiti<sup>5</sup>. Tale distinzione,

---

<sup>4</sup> Cfr. *supra* nota 2 e gli Autori ivi richiamati.

<sup>5</sup> La giurisprudenza amministrativa, com'è noto, ha individuato un criterio di discriminazione nell'impatto che l'attività potrebbe avere sul libero mercato e sull'assetto della concorrenza, e dunque sulla redditività della stessa: “*in questa prospettiva deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesti in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività e, quindi, una competizione sul mercato*” (cfr. *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5781 e sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072). Vero è che la Corte costituzionale ha, poi, ritenuto sussistere la rilevanza economica anche quando l'attività in cui il servizio si esplica è finalizzata alla sola copertura dei costi mediante i ricavi. Cfr. Corte cost. n. 325/2010, su questi aspetti v. *infra* § 5.

peraltro, era funzionale, più che altro, ad estendere la formula organizzativa dell'azienda speciale – attesa l'autonomia strutturale e gestionale di questa – allo svolgimento di servizi pubblici suscettibili di essere gestiti con metodo imprenditoriale e concedibili a terzi.

Ciò che rileva, ad ogni modo, è che la scelta del modello gestionale dipendeva in modo diretto ed esclusivo dalla conformazione oggettiva che un determinato servizio veniva ad assumere in un dato ambito territoriale (e in presenza di certe condizioni di mercato, se esistente), non rilevando l'esistenza di monopoli naturali e le connesse esigenze di realizzazione e tutela di *standard* minimi di concorrenza.

Quest'ultime hanno ispirato, invece, i successivi interventi normativi: ci si riferisce in particolare agli artt. 35, comma 1, l. n. 448/2001 (finanziaria per il 2002), 14, comma 1, Decreto-legge n. 269/2003, conv. in l. n. 326/2002 e 4, comma 234, l. n. 350/2003.

Le disposizioni citate, da un lato, hanno separato la gestione delle strutture/reti da quella della erogazione del servizio vero e proprio, mentre dall'altro hanno esplicitato la distinzione tra servizio pubblico locale di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza, utilizzando la stessa quale criterio discrezionale tra differenti modelli gestionali e di affidamento: i cc.dd. 'servizi sociali' potevano (e tuttora possono) essere affidati direttamente ad aziende speciali, anche consortili, ovvero a società a capitale interamente pubblico, con esclusione dei privati e delle società miste (art. 113-*bis*, d.lgs. cit.), mentre con riguardo all'erogazione di servizi a rilevanza economica, l'art. 113, comma 5, t.u.e.l., individuava tre modalità di affidamento e gestione: a) affidamento a società di capitali, mediante procedure ad evidenza pubblica; b) affidamento diretto a società a capitale misto pubblico privato in cui il socio privato sia scelto mediante procedure ad evidenza pubblica; c) affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante dell'attività con gli enti che la controllano (il c.d. *in house providing*).

Questa normativa, inderogabile e integrativa delle singole discipline di settore<sup>6</sup>, era (ed è rimasta, nelle sue parti ancora vigenti) fortemente orientata alla tutela (*rectius*: alla promozione) della concorrenza, prevedendo – a differenza del precedente regime – il superamento da parte degli enti locali degli assetti

---

<sup>6</sup> Sul punto, merita ricordare che la Corte costituzionale ha precisato che “l'art. 14 si può dunque sostanzialmente considerare una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica” e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali?” (Corte cost., sent. n. 272/2004).

monopolistici allora esistenti e informando le procedure per la selezione dei soggetti privati al perseguimento del migliore livello di qualità e sicurezza del servizio.

L'art. 113, comma 7, d.lgs. cit., così come riformato dagli interventi legislativi statali sopra richiamati, poneva persino una serie di criteri sulla base dei quali gli enti locali avrebbero dovuto valutare e selezionare i soggetti (o i soci) privati affidatari del servizio e conformare lo stesso contratto di servizio. Si trattava, invero, di una disposizione estremamente dettagliata, dal tenore autoapplicativo, che non lasciava spazio alcuno alla discrezionalità degli enti affidanti: *“La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali. La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio. Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore”*. Non stupisce, dunque, che parte di questi criteri di valutazione – segnatamente quelli indicati al secondo periodo<sup>7</sup> – siano stati dichiarati incostituzionali dalla Corte costituzionale proprio per il loro carattere puntuale: le disposizioni in questione, andando a comprimere in modo eccessivo le discipline regionali di settore, non risultavano proporzionate rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza (così Corte cost., sent. n. 272/2004).

Ciononostante, l'impianto generale della novella – contestato in quell'occasione dalla Regione Toscana sotto il profilo di una lesione delle competenze regionali in materia di servizi pubblici – aveva superato indenne lo scrutinio di legittimità costituzionale, ben potendosi configurare una normativa di principio di origine statale che, facendo leva su un'accezione 'dinamica' della tutela della concorrenza (*“ben nota al diritto comunitario”*), andasse 'oltre' la mera *“regolazione e [il] ripristino di un equilibrio perduto”*: la tutela della concorrenza, secondo la Corte, va intesa in un senso 'dinamico' che *“giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»* (sentenza n. 14 del 2004). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato. Alla stregua dei principi espressi da questo indirizzo giurisprudenziale, dunque, [...] la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato” (Corte cost., sent. cit.).

---

<sup>7</sup> I primi sono una serie di *standard* – coerenti con quelli contenuti nella direttiva 2004/18/CE – nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta e aggiudicata.

Dalla sentenza in parola scaturiva, quindi, una disciplina che, sebbene preservasse un minimo margine di discrezionalità in capo agli enti regionali e locali circa alcune scelte organizzative fondamentali, orientava l'intero sistema dei pubblici servizi verso la creazione di modelli concorrenziali e caratterizzati da un certo grado di trasparenza.

Tale assetto è stato, poi, ulteriormente modificato (*rectius*: implementato) dall'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, introdotto in sede di conversione dall'art. 1, l. n. 133/2008, che stabiliva il ricorso al mercato quale 'regola generale' per gli affidamenti di servizi pubblici economici, con deroghe specifiche per fattispecie che non permettessero siffatto ricorso<sup>8</sup>. L'intervento rappresentava un ulteriore passo verso la creazione di un mercato dei SIEG<sup>9</sup> all'interno del quale gli operatori economici privati fossero i protagonisti pressoché esclusivi, secondo un disegno di matrice chiaramente europea<sup>10</sup>.

La nuova disciplina non era però priva di difetti, specie di coordinamento con il tessuto normativo vigente sul quale si innestava: essa infatti, da un lato, prevedeva che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire 'in via ordinaria' a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, mentre dall'altro stabiliva l'abrogazione dell'art. 113, t.u.e.l. "*nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo*" (art. 23-*bis*, comma 11, d.l. cit.), delegando così all'interprete il delicato compito di individuare, caso per caso, i modelli organizzativi e le procedure di affidamento vigenti e applicabili. Fra le molte incertezze operative, l'unico punto fermo era costituito dalla scelta di relegare ad ipotesi marginali (in sostanza, ai soli casi di fallimento di mercato) il ricorso all'*in house providing*<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. art. 23-*bis*, comma 3, d.l. cit., ai sensi del quale "*in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per 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, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*".

<sup>9</sup> Cambia anche il lessico del legislatore che fa espresso riferimento ai servizi di interesse economico generale; per avere un'idea del 'segno' e degli obbiettivi dell'intera riforma apportata dall'art. 23-*bis* cit., basta leggerne il primo comma: "*Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.*"

<sup>10</sup> Sulle ragioni sottostanti questa accelerazione dell'ordinamento interno rispetto alla normativa europea, e in particolare con le direttive nn. 92/50/CEE sugli appalti di servizi e 93/38/CEE sui settori esclusi, cfr. F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *federalismi.it*, 20 aprile 2016, pp. 8 ss.

<sup>11</sup> È appena il caso di notare, peraltro, come la situazione non si chiarì neanche con l'art. 12, comma 2, d.p.r. n. 168/2010, a tenore del quale "*le leggi, i regolamenti, i decreti, o altri provvedimenti, che fanno riferimento al comma 7 dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, abrogato dal comma 1, lettera a), si intendono riferiti al comma 1 dell'articolo 3 del presente regolamento*", mentre quest'ultima norma disponeva che "*le procedure competitive*



Una scelta, quest'ultima, confermata dai successivi interventi modificativi dell'art. 23-*bis*, d.l. cit., a partire dall'art. 15, d.l. n. 135/2009, conv. con l. n. 166/2009: in base a quest'ultimo, i SIEG dovevano essere affidati in via ordinaria a: a) imprenditori o società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; b) società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica aventi ad oggetto, al contempo, la qualità di socio e l'assegnazione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, con attribuzione al medesimo di una partecipazione non inferiore al 40 per cento. Lo svolgimento *in house* del servizio – caratterizzato dai consueti indici della partecipazione totalmente pubblica, del controllo analogo e dell'attività prevalente nei confronti della PA partecipante – era, invece, possibile solo in presenza di “*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato*” (art. 23-*bis*, comma 3, d.l. cit. come modificato dal d.l. n. 135/2009)<sup>12</sup>.

Il ricorso al mercato diveniva così una scelta obbligata, con un rigore anche superiore a quello richiesto dalla normativa europea (si veda, ad es., la previsione di una quota minima del 40% da assegnare al socio privato nelle società cc.dd. miste).

Ad imprimere un significativo cambio di rotta alla navigazione fu, com'è noto, il Referendum del 2011 riguardante, nonostante il tenore della campagna referendaria, l'intera disciplina dei settori pubblici locali e solo in parte quella relativa al servizio idrico integrato. Uno dei quesiti referendari ammessi dalla Corte costituzionale era, infatti, relativo all'abrogazione dell'intero art. 23-*bis* cit. e, quindi, alla disciplina generale dei servizi pubblici a rilevanza economica.

La prevalenza dei ‘Sì’ – unitamente al raggiungimento del *quorum* di validità della consultazione – determinarono l'abrogazione della disposizione in parola, ponendo il difficile problema (ancora una volta) di rintracciare e sistematizzare la normativa ‘di risulta’, onde colmare l'importante vuoto normativo formatosi nella materia<sup>13</sup>. Un compito non semplice, posta la necessità di rispettare la normativa europea e i principi in essa enucleati, primo fra tutti quello della promozione e della tutela della concorrenza.

---

*ad evidenza pubblica, di cui all'art. 23-bis, comma 2, sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza, di essa dagli enti affidanti”.*

<sup>12</sup> Per un'analisi critica dell'esperienza dell'*in house providing* in Italia e della sua evoluzione normativa con il testo unico in commento, oltre ai saggi contenuti nel presente volume, cfr. da ultimo anche F. FIMMANÒ, *La crisi delle società in house di gestione dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 407 e ss.

<sup>13</sup> L'abrogazione referendaria aveva infatti travolto una disciplina di carattere generale (inderogabile e integrativa delle singole discipline di settore).

L'intervento statale non si fece attendere: l'art. 4, d.l. 138/2011 colmò la suddetta lacuna, riproponendo – con espressa esclusione del servizio idrico integrato<sup>14</sup> – la disciplina di cui all'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008<sup>15</sup>. Anche questa normativa ebbe, però, vita breve: la Corte costituzionale, con la sentenza n. 199/2012, dichiarò l'illegittimità dell'art. 4 del d.l. 138/2011 per violazione dell'art. 75. Cost., in quanto diretto a ripristinare norme abrogate dalla volontà popolare con il referendum del 2011<sup>16</sup>: secondo la Consulta, infatti, *“la normativa all'esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti» (sentenza n. 68 del 1978), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo. Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata”*. L'intera materia tornava, dunque, ad essere disciplinata in modo indiretto da istituti e principi di origine sovranazionale, e in assenza di un contesto di diritto positivo nazionale certo e definito.

A fronte di questa situazione, si è intervenuti negli ultimi anni sia sul fronte istituzionale-organizzativo che, nuovamente, su quello relativo alle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali.

Con riguardo al primo aspetto, il riferimento è all'art. 3-*bis* nel d.l. n. 138/2011 (introdotto dall'art. 25, comma 1, d.l. n. 1/2012, c.d. d.l. Liberalizzazioni) che impone alle Regioni l'individuazione degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei (*“tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio”*) e riserva agli enti di governo dei medesimi (sempre istituiti o designati dalle Regioni) le funzioni di organizzazione del servizio, di scelta della forma di gestione, di affidamento e controllo della gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza.

---

<sup>14</sup> Cfr. art. 4, comma 34, d.l. n. 138/2011, ad eccezione dei commi da 19 a 27 del medesimo articolo.

<sup>15</sup> Per un commento alla disciplina in parola cfr. A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3, 2011.

<sup>16</sup> La Corte costituzionale, in quell'occasione, aveva rilevato come questa normativa rendesse ancora più marginali le ipotesi di affidamento diretto del servizio, in quanto *“non solo limita, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-*bis* (comma 3) del d. l. n. 112 del 2008, ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale [...] determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti”*. Attesa, dunque, l'identità della *ratio* ispiratrice rispetto all'art. 23-*bis* del d. l. n. 112 del 2008, *“le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano [...] la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere”* (così Corte cost., sent. n. 199/2012). Per un commento alla decisione in parola, cfr. M. RUOTOLO, *Non “ce la chiede l'Europa” e non “la vogliono i cittadini”*. *Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2012; A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità patto di stabilità interno alle S.p.A. in house ed alle aziende speciali*, in *federalismi.it*, 26 settembre 2012, 18; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, in *federalismi.it*, n. 23, 2012.

Con riferimento, invece, al tema delle modalità di affidamento e gestione, si segnala l'art. 34, commi 20-25, del d.l. 179/2012, convertito con l. n. 221/2012, ai sensi del quale l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica si basa ora su di una *'relazione'* dell'ente affidante – da rendere pubblica sul sito internet dell'ente stesso – all'interno della quale devono essere indicate le ragioni della forma di affidamento prescelta (tra quelle applicabili nel nostro ordinamento, vale a dire: affidamento a imprenditore o società individuata con procedura ad evidenza pubblica, affidamento a società mista pubblico/privato mediante gara a 'doppio oggetto', o *in house providing*) e attestata *"la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo"* per il modello optato. Dalla relazione devono risultare, peraltro, gli specifici obblighi di servizio pubblico e di servizio universale, onde poter così individuare più agilmente i correlativi diritti dell'utenza.

Questa disciplina, peraltro, non individua, né regola espressamente i diversi modelli organizzativi e le connesse modalità di affidamento dei servizi, ma si limita ad effettuare – ancora una volta e con tutte le difficoltà interpretative già sperimentate con il testo dell'art. 23-bis, comma 11, d.l. cit. – un rinvio mobile all'ordinamento europeo in quanto (e per quanto) applicabile alla materia, specie con riferimento all'individuazione dei requisiti per l'affidamento *in house* del servizio<sup>17</sup>.

In linea generale, si può dunque osservare come, fermo il *favor* nei confronti del ricorso al mercato<sup>18</sup> – assunto quale strumento infungibile per realizzare la *"parità tra gli operatori, [e] l'economicità della gestione"* (art. 34, comma 20, d.l. cit.) –, sia tornato in capo alle amministrazioni locali (*rectius*: agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei) un discreto margine di scelta in ordine alle modalità di affidamento dei servizi, con il solo obbligo di dare conto alla collettività di riferimento – mediante la suddetta relazione – *"delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta"*.

A valle di un simile *excursus* normativo (e giurisprudenziale), v'è da rilevare che il settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica versa oggi in una condizione prossima al *caos*. Né si può sostenere che la normativa nazionale, per il solo fatto di rinviare al diritto europeo (e alla lettura che di esso dà la

---

<sup>17</sup> Sul punto cfr. C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013, 196, nota 271.

<sup>18</sup> V. al riguardo quanto disposto dall'art. 34, comma 22, d.l. cit. in merito agli affidamenti diretti in essere alla data di entrata in vigore del decreto: *"Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile alla medesima data, 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. Gli affidamenti diretti a società poste, successivamente al 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea applicabili allo specifico affidamento cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018 o alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, se anteriori"*.

Corte di giustizia), sia adeguata a governare l'evoluzione di un ambito così complesso, nel quale occorre coordinare (e coniugare) ben tre livelli normativi – quello sovranazionale, appunto, quello statale e quello regionale – e bilanciare diversi interessi.

Al contrario, l'impressione è che la disorganicità degli interventi sin qui richiamati – ancora parzialmente vigenti –, unita alla superficialità di alcuni di essi, abbia finito per disorientare gli enti locali (o gli enti di governo degli ambiti), i quali sono costretti a procedere per tentativi: si pensi, ad esempio, alla 'relazione' prevista dall'art. 34, comma 20, d.l. cit.: non è dato capire quale sia la sua natura, né se debba avere un contenuto minimo, ovvero se debba motivare la forma organizzativa prescelta solo sotto il profilo tecnico-giuridico o anche sotto quello economico<sup>19</sup>. E la lista delle incertezze operative, ma anche teoriche, ben potrebbe proseguire.

### **3. La mancata riforma dei servizi pubblici locali: le linee essenziali dello schema di decreto legislativo**

Una ricostruzione del quadro normativo dei servizi pubblici non potrebbe dirsi completa se non accennasse brevemente allo schema di decreto legislativo di riordino dei servizi pubblici locali<sup>20</sup>.

Come detto più sopra, tale decreto – anche per l'intervento della Corte costituzionale sulla legge di delega con la sent. n. 251/2016<sup>21</sup> – non è stato mai adottato e i termini della relativa delega sono ormai scaduti; ciononostante richiamarne lo schema in questa sede sembra utile sotto due profili: da un lato, esso rappresenta la 'prova' stessa della frammentarietà emersa nel precedente paragrafo, mentre dall'altro l'analisi dei suoi contenuti può aiutare a prevedere alcune linee di sviluppo della materia, dal momento

---

<sup>19</sup> Su questo aspetto v. *infra* § 6.

<sup>20</sup> Il testo esaminato nel testo è quello reperibile *on line* all'indirizzo: <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-03-2016/dlgs-servizi-pubblici-locali>; in dottrina cfr. sul disegno complessivo della riforma Madia, A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2 novembre 2016; F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 aprile 2016, nonché da ultimo l'analisi di G. MELONI, *L'opportunità mancata di un testo unico sui servizi pubblici locali: spunti critici pro futuro per ridefinire ruolo e funzioni delle amministrazioni territoriali*, in AA.VV. (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 593 e ss.

<sup>21</sup> Tra i numerosi e diversi commenti alla sentenza citata v., senza pretesa di completezza, R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1 febbraio 2017; C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope ... allo specchio*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. n. 1/2017, R. LUGARÁ, *Sentenze additive di procedura...legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1 del 2017; A. STERPA, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17 maggio 2017; D. MARTIRE, *Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. n. 1/2017.

che l'approccio nei confronti di quest'ultima è rimasto stabile nel corso di diverse legislature e maggioranze<sup>22</sup> e non può escludersi una riproposizione di queste misure.

Com'è noto, l'obiettivo del decreto era quello di consolidare il quadro normativo relativo ai SIEG, riordinandolo (e integrandolo) all'interno di un testo organico. Di seguito se ne richiamano i tratti caratterizzanti.

Secondo lo schema in parola, prodromica a qualsiasi tipo di determinazione da parte dei singoli enti locali (o di governo) è la valutazione in ordine all'assunzione del servizio: su di essi incombe l'onere di verificare che una determinata attività di produzione di beni e servizi di interesse economico generale non sia già fornita da operatori privati in regime di libera concorrenza e a condizioni coerenti con il pubblico interesse; solo in tal caso, l'ente delibera l'assunzione del servizio (art. 5);

L'attribuzione di un determinato servizio a uno o più operatori economici può, poi, avvenire nei seguenti modi: a) affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, rinviando alle disposizioni del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016); b) affidamento a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica *“secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 1242”* (i.e. il testo unico in commento); c) gestione diretta mediante affidamento *in house “nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del testo unico sulle partecipazioni pubbliche”*; d) per i servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante azienda speciale: in questo caso, l'ente effettua la scelta del modello mediante provvedimento motivato che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti per la forma prescelta (art. 7).

Appare chiaro, dunque, come l'obiettivo di riordino e consolidamento della disciplina relativa ai servizi pubblici fosse perseguita dal Governo mediante (ancora una volta) la tecnica dei rinvii<sup>23</sup>: di natura sia mobile, per ciò che riguarda i limiti di origine europea, che fissa, richiamando in modo diretto le disposizioni poste dal nuovo codice dei contratti pubblici e dal testo unico in commento.

Quest'ultimo rinvio avrebbe, quindi, esplicitato quel nesso tra le due discipline che il presente lavoro intende approfondire, rendendo chiari ed evidenti gli effetti che il d.lgs. n. 175/2016 s.m.i. è in grado di produrre sulle modalità di affidamento e gestione dei servizi di interesse economico generale, ivi compresi quelli speciali. Dalla disciplina contenuta nello schema di decreto, infatti, sarebbero stati esclusi alcuni

---

<sup>22</sup> Rileva il dato P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali*, op. cit., p. 14.

<sup>23</sup> Per una completa teorizzazione di questi fenomeni giuridici aspetti v. le pagine classiche di A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966, nonché di A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano 1961.

settori speciali<sup>24</sup>, tra i quali il Servizio idrico integrato, con l'unica eccezione delle disposizioni riguardanti le modalità di affidamento: quest'ultime – coincidenti con il cuore dell'intervento normativo – avrebbero comunque integrato e prevalso su tutte le normative di settore, ivi compresa quindi quella del SII (art. 3, comma 2).

Con riferimento, invece, allo *status* giuridico delle reti *nihil novi sub sole*: lo schema specifica che indipendentemente dalla titolarità della proprietà, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali, sono vincolati all'uso pubblico e ne deve essere garantita la disponibilità al fine dell'affidamento della gestione (art. 9, comma 2).

Anche per quanto riguarda la competenza a organizzare i servizi (dalla scelta del modello di gestione, alle procedure di affidamento del servizio, alla determinazione delle tariffe, alla vigilanza e al controllo, etc.), la disciplina echeggia chiaramente quella del d.l. n. 138/2011: questa spetta ai comuni e alle città metropolitane per i SIEG non a rete, mentre i SIEG a rete sono organizzati per ambiti o bacini territoriali ottimali (con estensione non inferiore al territorio provinciale) e la loro gestione spetta agli enti di governo preposti (artt. 12 -13).

Tra le altre disposizioni<sup>25</sup>, merita infine fare un cenno a quella riguardante le tariffe dei servizi: lo schema di decreto, tra i vari elementi da garantire, prevedeva anche l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito (art. 25). L'indicazione non è secondaria, dal momento che rivela la chiara scelta 'ordinamentale' di (continuare a) incentivare l'ingresso di capitali e soggetti privati nella gestione dei servizi pubblici.

#### **4. Il Servizio Idrico Integrato: l'evoluzione del quadro normativo dalla Legge 'Galli' ad oggi**

Ricostruito il quadro *de iure condito* (e, in parte, quello *de iure condendo*) dei servizi pubblici locali, occorre ora prendere in esame l'evoluzione che ha subito negli anni il servizio idrico integrato onde individuare, rispettivamente, le linee di tendenza comuni ai primi e i tratti di specialità: un'analisi 'comparativa' delle

---

<sup>24</sup> *Id est* della distribuzione del gas naturale, della distribuzione di energia elettrica, della gestione integrata dei rifiuti, del trasporto pubblico locale, della gestione delle farmacie comunali.

<sup>25</sup> Tra le altre disposizioni, si segnala inoltre: a) nell'ambito delle rispettive competenze, spetta alle Autorità indipendenti di regolazione settoriale stabilire schemi di bandi di affidamento e contratti tipo; se non esiste un'Autorità di settore tale competenza spetta all'ANAC (art. 15); b) viene confermata e implementata la distinzione tra funzioni di regolazione, indirizzo e controllo e quelle di gestione dei SSPPL di interesse economico generale (art. 18-19); c) i rapporti tra ente affidante e soggetto affidatario vengono regolati da un contratto di servizio (art. 21).

due discipline resa ancor più necessaria dalla circostanza che molta parte degli interventi modificativi riguardanti i servizi pubblici in generale hanno prodotto, come si vedrà, effetti anche su quello idrico<sup>26</sup>. Com'è noto, il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione dell'acqua ad usi civili, di fognature e di depurazione delle acque reflue, secondo un'impostazione 'omnicomprensiva' della risorsa idrica (e del suo 'ciclo') che affonda le proprie radici nella l. n. 36/1994 (c.d. 'Legge Galli').

È bene precisare che la disciplina del SII riguarda l'uso dell'acqua<sup>27</sup> e non lo statuto giuridico della risorsa idrica quale bene pubblico, o secondo alcuni bene comune<sup>28</sup>, laddove quest'ultimo profilo certamente incide sulle modalità concrete di svolgimento e cura del servizio idrico – dovendosi garantire determinati standard di qualità, di sostenibilità e di accessibilità della risorsa a tutti i consociati/utenti in quanto strettamente funzionale alla soddisfazione dei relativi bisogni fondamentali –, ma non sembrerebbe riflettersi in modo diretto sulla scelta di affidare lo stesso a un soggetto privato o a un ente pubblico<sup>29</sup>. Tale assunto trova, peraltro, indiretta ma significativa conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, non a caso, ha da sempre sottolineato che “la *"pubblicità delle acque"* ha riguardo al

---

<sup>26</sup> Senza contare che tale relazione è biunivoca: le istanze referendarie di modifica della disciplina del SII hanno infatti portato alla modifica di quella dei servizi pubblici in generale (mediante l'abrogazione dell'art. 23-bis, d.l. cit.)

<sup>27</sup> Tale profilo è peraltro ben distinto da quello relativo al regime delle infrastrutture acquedottistiche, sul punto cfr. da A. SCOGNAMIGLIO, *Regime proprietario delle reti idriche e possibile conferimento a società di capitali*, in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 497 e ss.

<sup>28</sup> Non è questa la sede per affrontare il complesso nodo teorico riguardante la categoria dei beni comuni, la quale proprio in relazione al bene dell'acqua ha maggiormente stimolato la riflessione giuridica in Italia; per questo dibattito, cfr. P. GROSSI, *“Un altro modo di possedere”. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in Enc. Dir., Annali, Vol. V, Milano, 2012, 1122; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; ID., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *www.costituzionalismo.it* (2014); A. SAIITTA, *I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale*, in (a cura di) L. D'ANDREA – G. MOSCHELLA – A. RUGGERI – A. SAIITTA, *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, pp. 213 ss; L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *www.rivistaaic.it* (2015), pp. 5 s.; e ID., *I beni comuni tra pubblico e privato*, in *Dir. e soc.*, 2016, pp. 433 ss; per una – ragionevole – critica nei confronti di una categoria dai contorni troppo incerti, e caratterizzata da una forte carica ideologica, cfr. le riflessioni di S. STAIANO, *“Beni comuni” categoria ideologicamente estenuata*, ora in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 57 e ss; I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, ora in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 81 e ss; F. PALAZZOTTO, *Lo statuto giuridico dell'acqua tra beni demaniali e beni comuni*, in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 207 e ss

<sup>29</sup> Sul punto cfr. F. SORRENTINO, *L'acqua come bene comune e come servizio pubblico*, in *Dir. e soc.*, 2016, p. 546; S. SILEONI, *L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale all'acqua*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2010, 867; M. ANDREIS-R. MICALIZZI, *Acqua bene e servizio pubblico: prospettiva di riforma*, in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 290 e ss; nonché R. MICCÙ – F. PALAZZOTTO, *Smoke on the water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'Amministrazione*, in *Nomos*, fasc. 3-2016; V. CERULLI IRELLI, *La disciplina delle acque e servizio idrico integrato*, op. cit.; *contra*, per una inscindibilità concettuale tra il momento gestionale e il titolo di proprietà, cfr. U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, op. cit., 1122.

*regime dell'uso di un bene divenuto limitato*” (Corte cost., sent. n. 259 del 1996, v. *infra* § 5), mettendo in secondo piano la questione della definizione del bene in sé.

Ad oggi, la disciplina del SII consta di un complesso intreccio di norme nazionali e sovranazionali, preordinate alla tutela di distinti interessi (*i.e.* tutela dell’ambiente, della risorsa idrica in sé, nonché della concorrenza) e con contenuti precettivi di diversa portata (talvolta di principio, altre di dettaglio), la cui ricostruzione è, anche in questo caso, demandata all’interprete; un compito non semplice per il quale è necessario utilizzare molteplici criteri ermeneutici, dall’interpretazione letterale a quella sistematica, passando per l’interpretazione conforme a costituzione e al diritto europeo<sup>30</sup>.

Il processo di ristrutturazione e razionalizzazione dei servizi idrici, come detto più sopra, ha preso avvio in Italia con la ‘Legge Galli’; in base ad essa, il territorio nazionale venne suddiviso – ad opera delle Regioni – in ambiti territoriali ottimali (ATO), prevedendo per ciascuno di essi l’affidamento ad un unico Gestore dei servizi idrici relativi all’intero ciclo delle acque. L’obiettivo era quello di superare quell’assetto ‘atomizzato’ della gestione dell’acqua che, negli anni precedenti, ebbe effetti più che negativi sulla qualità e l’efficienza del servizio e, di conseguenza, sugli *standard* di fruibilità e di accesso ad un bene strettamente connesso al diritto alla vita<sup>31</sup>. Un’esigenza, quella di far coincidere – per quanto possibile – gli AATTOO con i bacini idrografici dei relativi territori (onde ottimizzarne il governo), resa ancor più pressante dalla crescente scarsità della risorsa idrica.

Oltre all’individuazione di ambiti territoriali ottimali, la legge Galli prevedeva la gestione di questo ‘sistema integrato’ fosse di natura imprenditoriale, nonché informata a criteri di efficienza, efficacia ed economicità<sup>32</sup>. Di conseguenza, la tariffa del servizio doveva tener conto “*della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell’entità dei costi di gestione delle opere*”, nonché “*dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio*” (art. 13, comma 2).

---

<sup>30</sup> Sul tema dell’interpretazione conforme la lettura scientifica è amplissima; senza pretesa di completezza v. da ultimo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, e i richiami di dottrina e giurisprudenza ivi contenuti, nonché gli spunti critici di C. PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. cost.*, 2008, 1364 ss.

<sup>31</sup> Così S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all’acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *federalismi.it*, 9 marzo 2011; parzialmente diversa è, invece, la lettura della Corte costituzionale sul punto, la quale ha definito l’acqua un “*bene primario della vita dell’uomo [...] in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale*”, una “*risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà [...] riconnessa al diritto fondamentale dell’uomo (e delle generazioni future) all’integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche*” (Cfr. Corte cost. sent. n. 259 del 1996).

<sup>32</sup> Ciò detto, le forme per la gestione del servizio erano individuate dall’art. 9, comma 2, mediante rinvio alla l. n. 142/1990, come integrata dall’art. 12, l. n. 498/1992.



Dal punto di vista istituzionale, la legge Galli prevedeva poi che i comuni e le province ricadenti in ciascun ambito territoriale organizzassero il loro servizio idrico integrato attraverso le forme e i modelli di cooperazione tra enti locali predisposti dalle Regioni di riferimento<sup>33</sup>: al riguardo, l'art. 9, comma 3, secondo periodo, l. n. 36/94, stabiliva che *“nei casi in cui la forma di cooperazione sia attuata per gli effetti dell'articolo 24 della legge 8 giugno 1990, n. 142, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano individuano gli enti locali partecipanti, l'ente locale responsabile del coordinamento, gli adempimenti e i termini previsti per la stipulazione delle convenzioni di cui all'articolo 24, comma 1, della legge 8 giugno 1990, n. 142”*.

A fronte di questa disciplina nazionale, merita ricordare che il Parlamento e il Consiglio dell'Unione europea adottavano la direttiva 2000/60/CE (c.d. 'Direttiva acque') che poneva in capo agli Stati membri obiettivi sicuramente ambiziosi in tema di tutela delle risorse idriche e idrogeologiche (attraverso un uso di esse sostenibile, equilibrato ed equo, cfr. art. 1, dir. cit.)<sup>34</sup>. Per quanto qui di interesse, la Direttiva acque ha inciso in modo significativo sulle modalità di determinazione delle tariffe per il servizio di fornitura idrica, imponendo agli Stati membri di tenere conto dei 'costi ambientali' e di quelli relativi alle risorse impiegate, secondo il principio «chi inquina paga» (Art. 9, dir. cit.).

In attuazione di questo principio e degli altri obiettivi ivi indicati, la disciplina del SII venne, dunque, trasposta e integrata nel d.lgs. n. 152/2006 (c.d. codice dell'ambiente)<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Per avere un'idea dell'intelaiatura istituzionale che con la legge Galli si è venuta a delineare, si può richiamare il caso della Regione Lazio e, in particolare, dell'ATO 2 Lazio Centrale-Roma; detta Regione ha provveduto, ai sensi della legge in parola, all'individuazione di cinque AATTOO con l.r. n. 6/1996; la medesima disciplina regionale individuava, inoltre, due strumenti, a disposizione dei Comuni e le Province ricadenti nel medesimo ambito, per la gestione unitaria del Servizio idrico integrato: *i*) la stipula di una Convenzione di Cooperazione tra gli Enti Locali interessati o *ii*) la costituzione di un Consorzio tra gli Enti stessi. I comuni rientranti nell'ATO 2 Lazio Centrale-Roma optarono per il primo modello di cooperazione, stipulando in data 9 luglio 1997 una Convenzione di Cooperazione (ex art. 4, l.r. n. 6/1996). Sulla base di questa Convenzione venne poi istituita un'Autorità d'Ambito, la quale è, a sua volta, costituita da una Conferenza dei Sindaci di tutti i Comuni dell'ATO ed è coordinata e presieduta dal Presidente della Provincia di Roma. Alla Conferenza dei Sindaci sono affidate le decisioni di organizzazione, indirizzo, pianificazione, programmazione, controllo del servizio nonché quelle relative alle tariffe, mentre alla Provincia di Roma, nella figura del Presidente, spetta – oltre a un ruolo di coordinamento generale dell'ambito – l'esecuzione delle determinazioni della Conferenza dei Sindaci, nonché la stipula, su delega e per conto dei Comuni, della Convenzione di Gestione con il Gestore unico. Quest'ultimo è stato individuato dalla Conferenza, mediante le procedure e nelle forme di cui alla l. n. 142/1990, nella società Acea S.p.A. per il tramite di Acea ATO 2 S.p.A., società a prevalente capitale pubblico locale all'uopo costituita.

<sup>34</sup> V. ancora R. MICCÙ – F. PALAZZOTTO, *Smoke on the water o della ripubblicizzazione dell'acqua*, op. cit., 4, nt. 8; è appena il caso di precisare che la fornitura idrica è intesa dalla Unione europea come servizio di interesse generale (cfr. considerando n. 15 della direttiva acque, con conseguente applicazione dell'art. 106 TFUE, su questi aspetti v. *infra* § 5).

<sup>35</sup> La legge n. 36/1994 veniva interamente abrogata dall'art. art. 175, comma 1, lett. u) del d.lgs. n. 152/2006.

Sotto il profilo organizzativo, restò inalterato il modello di gestione unitaria e integrata del servizio (che copre, quindi, l'intero ciclo dell'acqua<sup>36</sup>) all'interno di singoli ambiti territoriali ottimali – a loro volta coincidenti con un bacino idrografico<sup>37</sup> e governati da un ente cui partecipano obbligatoriamente i comuni e le province del territorio interessato<sup>38</sup> –, mentre le principali novità si ebbero in ordine alle modalità di affidamento del servizio, orientate maggiormente al ricorso al mercato. Un'evoluzione del tutto analoga a quella che stava prendendo corpo nell'ambito dei servizi pubblici locali in generale, basata sul nesso tra realizzazione di un assetto concorrenziale dei servizi e miglioramento della qualità dei medesimi<sup>39</sup>.

In questo senso, l'art. 150, d.lgs. cit., prevedeva che l'Autorità d'ambito “*nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione fra quelle di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*” (art. 150, comma 1, cit.). Non solo, il comma 2 dell'art. 150 prevedeva, altresì, che “*l'autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*”; mentre il terzo comma precisava che “*la gestione può essere altresì affidata a società*

---

<sup>36</sup> Resta in piedi il cuore della legge galli; sul punto M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, op. cit., 7, “*il Decreto recepisce dalla Legge Galli il concetto di “Servizio Idrico Integrato”. La nuova disciplina prevede una 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. Il legislatore ha ritenuto opportuno operare in una visione globale, tenendo sotto controllo l'intera filiera idrica, nell'idea che il superamento della segmentazione gestionale (attraverso l'integrazione verticale delle diverse fasi del ciclo) consente di conseguire un maggior sfruttamento delle economie di scala*”.

<sup>37</sup> Cfr. art. 147 del Codice dell'Ambiente che prevede 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.

<sup>38</sup> Per ciò che concerne gli AATTOO la formulazione originaria dell'art. 148, D.lgs. n. 152/2006 prevedeva che “*1. L'Autorità d'ambito è una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1. 2. Le regioni e le province autonome possono disciplinare le forme ed i modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, prevedendo che gli stessi costituiscano le Autorità d'ambito di cui al comma 1, cui è demandata l'organizzazione, l'affidamento e il controllo della gestione del servizio idrico integrato*”. La disposizione in parola è stata poi abrogata dalla l. n. 191/2009, come modificata dal d.l. n. 216/2011, ma la partecipazione obbligatoria degli enti locali nell'ente di governo dell'ambito è oggi prevista, *mutatis mutandis*, dall'art. 147, comma 1, terzo periodo, (come modificato da art. 7, comma 1, lett. b), n. 1, d.l. n. 133/2014): “*Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche*”. Non è questa la sede, peraltro, per occuparsi delle vicende relative alle autorità d'ambito (ovvero degli enti di secondo livello o ‘intermedi’ preposti alle attività di programmazione e affidamento del servizio) delle quali la l. n. 2/2010 ha previsto la soppressione.

<sup>39</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, op. cit., 6, secondo la quale “*la normativa vigente in materia di risorse idriche ha proprio l'obiettivo di superare la fase di emparse e di dare nuovo impulso all'attuazione, da parte degli enti delegati, della disciplina del servizio idrico integrato, nel rispetto dei principi di tutela dell'ambiente, sussidiarietà dell'intervento pubblico, e delle competenze costituzionali (ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione)*”.

*partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, secondo la previsione del comma 5, lettera c), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o a società solo parzialmente partecipate da tali enti, secondo la previsione del comma 5, lettera b), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al comma 2”.*

Siffatto rinvio (materiale) alla normativa del t.u.e.l. (e ai principi dell'ordinamento europeo) faceva sì che, per ciò che concerneva le procedure di affidamento e le modalità di gestione del servizio, la disciplina del SII mantenesse un certo grado di omogeneità (*rectius*: identità) con la disciplina generale dei servizi pubblici di rilevanza economica (sulla quale v. *supra* § 2), al dichiarato fine di favorire l'ingresso di capitali privati anche nella gestione dei servizi idrici. Va da sé, quindi, che i successivi interventi normativi in materia di affidamento dei servizi pubblici economici *tout court* dovessero ritenersi applicabili, *ratione temporis*, anche al servizio idrico integrato.

Mediante questo ‘giuoco di rinvii’, si è assistito infatti all’abrogazione implicita ad opera dell’art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 dell’art. 150 del codice dell’ambiente nella parte in cui richiamava, per la disciplina delle modalità di affidamento del servizio, l’art.113 t.u.e.l., con l’ulteriore conseguenza che anche le successive novelle all’art. 23-*bis* cit., come quelle apportate dall’art. 15, comma 1, d.l. n. 135/2009 (conv., con modificazioni, con l. n. 166/2009), dovevano essere estese dall’interprete alla disciplina del SII.

La ricostruzione in parola, avvalorata anche dalla dottrina<sup>40</sup>, trovava un riscontro positivo sia nel medesimo art. 23-*bis*, comma 1, primo periodo, d.l. cit., ai sensi del quale “*le disposizioni contenute nel presente articolo applicano a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sia sulle norme relative ai singoli settori con esse incompatibili di fonte statale o regionale*”<sup>41</sup>, sia nel regolamento di attuazione dell’art. 23-*bis* cit., adottato con d.p.r. n. 168/2010<sup>42</sup>. Quest’ultimo, tra le disposizioni abrogate dal d.l. 112/2008 individuava, infatti, le seguenti disposizioni: “*a) articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15- quater, del*

<sup>40</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, op. cit., 13 ss.

<sup>41</sup> ...sia sulle norme dell’articolo 113 del decreto legislativo 267 del 2000 – come espressamente previsto dal comma 11 dell’art. 23-*bis*.

<sup>42</sup> Si trattava, com’è noto, di un regolamento di delegificazione; in particolare il comma 10 dell’ art. 23-*bis*, tra le ‘finalità’ che detto regolamento avrebbe dovuto perseguire, comparivano: “*d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l’affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua; g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d’esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale; m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo*”; che previsioni del genere non possano qualificarsi come ‘norme generali regolatrici della materia’ ai sensi dell’art. 17, comma 2, l. n. 400 appare del tutto evidente; sul fenomeno della delegificazione in generale, e sulla prassi distorsiva degli ultimi anni, cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2015, 196 ss.

decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni; b) articolo 150, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'Ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione" (art. 12, d.p.r. cit.).

Il regolamento in esame, proprio con riferimento alla gestione del servizio idrico integrato, prevedeva inoltre il mantenimento dell'autonomia gestionale del soggetto affidatario, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, "nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse, ai sensi dell'articolo 15, comma 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166" (art. 1, comma 2, d.p.r. cit.)<sup>43</sup>. Merita osservare, peraltro, come la disposizione testé citata si limiti a reiterare i contenuti normativi di una novella all'art. 23-bis occorsa *medio tempore*, e ciò dà la misura sia dell'affastellarsi caotico di interventi nella materia (e dell'assenza di coordinamento fra di essi), sia della volontà del legislatore (e del Governo) di preservare, nonostante tale *caos*, alcuni tratti di specialità del SII, connessi alla peculiarità del bene ad esso connesso.

Come accennato più sopra, il referendum del 2011 ha, poi, radicalmente modificato l'orizzonte normativo. L'abrogazione sia dell'art. 23-bis cit. che dell'art. 154, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, limitatamente alle parole "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito", ha determinato infatti un'attenuazione del *favor* nei confronti del ricorso al mercato per la gestione dei servizi pubblici e del SII in particolare, tornando a espandersi, correlativamente, le ipotesi in cui è possibile l'affidamento diretto dei medesimi; l'unico limite risiede nelle garanzie minime della concorrenza stabilite dal diritto dell'Unione europea, che diviene così la principale fonte della materia<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Proprio a conferma dell'omogeneità sostanziale che si intendeva perseguire in tutto macro-settore dei servizi pubblici a rilevanza economica, cfr. l'art. 15, comma 1-ter del d.l. n. 135/2009, n. 135 (aggiunto in sede di conversione nella legge n. 166/2009), a tenore del quale "tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-Legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio"

<sup>44</sup> Il punto era stato chiarito nel 2011 dalla stessa Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità del primo quesito referendario, secondo la quale all'abrogazione dell'art. 23-bis cit. "non conseguirebbe alcuna *reviviscenza* delle norme abrogate da tale articolo (*reviviscenza*, del resto costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 – sia da quelle della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato)", ma "l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto del referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica" (Corte cost., sent. n. 24/2011).

Come puntualmente osservato in dottrina<sup>45</sup>, all'indomani del *referendum*, il diritto dell'Unione europea rappresentava invero l'unico punto fermo – positivamente identificabile – in tema di affidamento e gestione del SII (così come di tutti gli altri servizi pubblici a rilevanza economica non speciali), restando aperti notevoli problemi circa l'individuazione delle disposizioni interne applicabili.

Sul punto si è aperto un ampio dibattito, in seno al quale si è autorevolmente sostenuto che, fra le poche disposizioni ancora in vigore, vi fossero i citati commi 2 e 3 dell'art. 150, d.lgs. 152/2006<sup>46</sup>.

Senonché una ricostruzione del genere non convince pienamente poiché si scontra con la ben nota impossibilità di far 'rivivere' la precedente disciplina abrogata dall'art. 23-*bis* cit., ivi comprese quelle disposizioni del t.u.e.l. richiamate dall'art. 150, D.lgs. cit. e (solo) individuate come abrogate dall'art. 12, d.p.r. n. 168/2010<sup>47</sup>. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si deve invece ritenere che il quadro delle regole sull'affidamento del SII fosse composto in modo esclusivo dal diritto europeo, dall'art. 15, comma 1-*ter*, d.l. n. 135/2009<sup>48</sup>, nonché da alcune disposizioni contenute nell'art. 113 t.u.e.l. e riguardanti il regime degli impianti, quello delle reti e i rapporti tra gestore ed enti locali<sup>49</sup>.

Queste fonti delineavano un sistema non molto diverso da quello ricavabile dall'art. 113, t.u.e.l. nel testo 'ante art. 23-*bis*': con particolare riferimento all'*in house providing*, salvo quelli di origine europea, venivano a cadere i limiti al valore del servizio affidato, mentre per ciò che riguardava l'affidamento a società miste, permaneva l'obbligo di scegliere il socio privato in relazione agli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, secondo quanto previsto in sede europea<sup>50</sup>.

Questa impostazione, peraltro, è rimasta pressoché immutata anche dopo i più recenti interventi di modifica, dei quali occorre dare conto onde ricostruire l'attuale disciplina del SII e in particolare quella riguardante le modalità di affidamento del servizio<sup>51</sup>: ci si riferisce all'art. 7, comma 1, lett. *d*), d.l. n. 133/2014, conv. con modificazioni dalla l. n. 164/2014, che ha introdotto l'art. 149-*bis* al Codice dell'ambiente<sup>52</sup>, e all'art. 1, comma 615, l. n. 190/2014 che ha apportato alcune modifiche al medesimo art. 149-*bis* cit.

---

<sup>45</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *La disciplina delle acque*, op. cit., 47.

<sup>46</sup> In questi termini cfr. V. CERULLI IRELLI, *La disciplina delle acque*, op. cit., 54, il quale però, tra le disposizioni ancora vigenti, richiama anche l'art. 15, comma 1-*ter*, d.l. n. 135/2009 e alcune disposizioni dell'art. 113 t.u.e.l., il che è da condividere.

<sup>47</sup> L'art. 12, lett. a), d.p.r. cit., infatti, richiama espressamente l'articolo 113, commi 5, 5-*bis*, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-*bis*, 15-*ter* e 15-*quater*, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>48</sup> V. *supra* nt. 40.

<sup>49</sup> Ci si riferisce nello specifico all'art. 113, commi 1-4, 5-*ter*, 9-13, del t.u.e.l.

<sup>50</sup> Cfr. sul punto la Comunicazione della Commissione europea del 5 febbraio 2008.

<sup>51</sup> Ai recenti interventi richiamati nel testo si aggiunge da ultimo la l. n. 221/2015 (cd. Collegato ambientale).

<sup>52</sup> Il medesimo articolo, correlativamente, ha previsto l'abrogazione espressa dell'art. 150, d.lgs. n. 152/2006.

La disposizione in parola, infatti, prescrive al primo comma che l'ente di governo “*delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo*”, e richiede al medesimo che provveda all'affidamento “*nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica*”. Gli affidamenti diretti, invece, possono “*avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale*”. Nell'economia della disposizione, non deve stupire il mancato riferimento all'evidenza pubblica nelle procedure di selezione del gestore, giacché la sua applicazione è strettamente connessa alla forma di gestione prescelta dall'ente di governo ‘*fra quelle previste dall'ordinamento europeo*’.

Per individuare l'esatta portata normativa del rinvio (mobile) contenuto nella disposizione in esame – congegnato per mantenere un certo grado di omogeneità tra la disciplina dell'affidamento del SII e quella relativa ai servizi pubblici economici *tout cour* – è necessario, pertanto, tenere conto sia dell'*assenza* di una compiuta ‘*normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali*’, sia dei più recenti interventi legislativi statali di recezione e attuazione dei principi europei in tema di servizi di interesse economico generale, di evidenza pubblica e di *in house providing*, vale a dire i decreti legislativi nn. 50/2016 s.m.i. e 175/2016 s.m.i.

## **5. La problematica giurisprudenza della Corte costituzionale nell'evoluzione del servizio idrico integrato**

Prima di esaminare i rapporti intercorrenti tra la disciplina del SII e quelle in tema di evidenza pubblica e di società partecipate, è necessario fare un cenno alla giurisprudenza costituzionale che sulla prima si è venuta consolidando in questi anni, giacché anch'essa ha contribuito non poco a conformarne l'attuale assetto.

Com'è noto, la Corte costituzionale si è occupata di gestione delle risorse idriche, e in particolare di servizio idrico integrato, quasi con esclusivo riferimento al riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni, ancorando gli interventi legislativi del primo ai titoli competenziali della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente<sup>53</sup>. In sostanza, secondo questo orientamento, la disciplina del SII,

---

<sup>53</sup> Per questa giurisprudenza cfr. Corte cost. nn. 246/2009, 29/2010, 142/2010, 325/2010, 128/2011, 187/2011, 62/2012, 67/2013, 228/2013, 32/2015, 117/2015, 93/2017 e 229 del 2017. In particolare la competenza esclusiva dello Stato viene ricondotta dalla Corte riconduce ai titoli di competenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) e s), Cost., sia con riferimento alla tariffa del servizio idrico integrato (sentt. nn. 67/2013, 142/2010, 29/2010, 246/2009), sia riguardo le forme di gestione e le modalità di affidamento al soggetto gestore (sentenze n. 117/2015, 32/2015, 228/2013, 62/2012, 187/2011, 128/2011, 325/2010, e *recentissime* 93/2017). In dottrina, su questo orientamento della Corte costituzionale cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, fasc. n. 1, 2010, p. 150; L. MUZI, *Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di servizio idrico integrato*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2012; G. CRISAFI, *Forme di gestione del servizio*

da un lato, persegue il superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, funzionale alla razionalizzazione, efficienza e concorrenzialità del relativo mercato<sup>54</sup>, mentre dall'altro fissa dei livelli uniformi di tutela dell'ambiente onde garantire un uso delle risorse idriche improntato a 'criteri di solidarietà', e salvaguardare *“le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale”*<sup>55</sup>.

Sarebbe lecito chiedersi se questa impostazione – mantenuta costante negli anni dalla Corte, salvo marginali eccezioni<sup>56</sup> – sia stata dettata più dalla necessità di non lasciare spazio ad *“eventuali competenze regionali, che ne risultano così corrispondentemente limitate”* (Corte cost. n. 325/2010)<sup>57</sup>, che da altre (e più alte) ragioni costituzionali, fatto sta che essa rappresenta l'orizzonte all'interno del quale si è mossa tutta la successiva giurisprudenza costituzionale in materia: quest'ultima, infatti, ha sempre scrutinato (e fondato) la legittimità costituzionale della disciplina del SII sulla base dei soli principi della concorrenza e della tutela dell'ambiente, lasciando in disparte la particolare natura del 'bene' oggetto del servizio, inteso come *“bene primario della vita dell'uomo”* (Cfr. Corte cost., sent. n. 259 del 1996<sup>58</sup>).

I riferimenti che si rinvencono nella giurisprudenza in parola a un *“diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche”* e alla necessità di un 'uso solidale' di quest'ultime, ci fanno capire che la Corte ha ben presente la reale portata degli interessi in giuoco<sup>59</sup>, tuttavia i medesimi non hanno condotto ad un ampliamento dei paradigmi

---

*idrico integrato tra tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni. Commento alla sentenza Corte cost., 12 marzo 2015, n. 32, in Osservatorio costituzionale AIC, giugno 2015; nonché F. GUELLA, Le acque pubbliche tra “bene comune” e tutela della concorrenza: limiti e spazi per l'autonomia speciale nella disciplina del servizio idrico integrato, in federalismi.it del 26 luglio 2017; R. BASILE, La tutela delle acque e il servizio idrico integrato nella Regione siciliana tra esigenza di una disciplina uniforme e istanze di differenziazione normativa, in federalismi.it del 6 giugno 2018.*

<sup>54</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 325/2010, nonché sentt. nn. 142 e 29 del 2010 e 246 del 2009.

<sup>55</sup> Cfr. Corte cost., sent. nn. 29/2010 e 246/2009.

<sup>56</sup> La principale eccezione è finora rappresentata da Corte cost. sent. n. 307/2009, nell'ambito della quale la Corte ha ricondotto la competenza legislativa esclusiva dello Stato sui servizi idrici all'art. 117, comma 2, lett. p), vale a dire alla disciplina delle funzioni fondamentali degli enti locali; sul punto cfr. P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali*, op. cit., 17.

<sup>57</sup> Sempre con riguardo al settore idrico, la Corte ha peraltro precisato che le regioni possono dettare norme che tutelino più intensamente la concorrenza rispetto a quelle poste dallo Stato (Cfr. Corte cost., sent. n. 307/2009).

<sup>58</sup> In quella sentenza (redattore Chieppa), nella quale si scrutinava la legge Galli, la Corte precisava da un lato che *“la “pubblicità delle acque” ha riguardo al regime dell'uso di un bene divenuto limitato”*, mentre dall'altro avvertiva che *“la dichiarazione anzidetta di pubblicità di tutte le acque non deve indurre ad un equivoco: l'interesse generale è alla base della qualificazione di pubblicità di un'acqua, intesa come risorsa suscettibile di uso previsto o consentito; ma questo interesse è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua, suscettibile, anche potenzialmente, di utilizzazione collimante con gli interessi generali”*.

<sup>59</sup> Cfr. da ultimo Corte cost., sent. n. 229 del 2017.

costituzionali rilevanti o quanto meno dei titoli competenziali coinvolti e, dunque, ad una diversa (e forse più approfondita) caratterizzazione della disciplina del servizio idrico integrato<sup>60</sup>.

Solo per fare un esempio, non sembra adeguatamente valorizzato, né esplicitato, il riferimento ad un uso delle risorse idriche secondo ‘criteri di solidarietà’, laddove non è chiaro se tale solidarietà possa, o debba, essere declinata non solo in senso inter-generazionale, ma anche in senso infra-generazionale (magari con riferimento al diverso grado di accessibilità alla risorsa idrica all’interno di uno stesso ambito territoriale o fra diversi ambiti), e soprattutto se ciò possa tradursi in un qualche limite alla discrezionalità del legislatore statale in ordine alle forme di affidamento e gestione del SII, ovvero ai modelli tariffari.

A ben vedere, la concreta articolazione dei modelli di gestione del servizio idrico è stata esaminata dalla Corte solo alla luce del principio della concorrenza<sup>61</sup>, restando così in ombra altri importanti aspetti del tema, fra i quali il rapporto che intercorre tra le concrete modalità di gestione del servizio e il regime d’uso (di pubblico e generale interesse<sup>62</sup>) delle risorse idriche rientranti nel SII<sup>63</sup>, laddove il primo incide non poco sui caratteri del secondo.

Non stupisce, dunque, che questa giurisprudenza non solo ha impiegato in modo disinvolto alcuni concetti di matrice europea – relativi al più generale settore dei servizi pubblici e alla normativa sui servizi pubblici locali (e al SII) – ma si è rifiutata di andare oltre la ricognizione di una “*identità del “verso” delle discipline interna e comunitaria*”<sup>64</sup>. Decisione esemplare di questo approccio è la sentenza della Corte

---

<sup>60</sup> Il punto sembra essere condiviso da P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali*, op. cit., 35, secondo il quale “*dalla l. n. 142 del 1990 che indirizzava i servizi pubblici locali a “realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”, si è passati, soprattutto per la decisiva azione del diritto eurounitario, al d. lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), che faceva esplicito riferimento alla tutela della concorrenza, che è poi diventato il vero leitmotiv dell’intera disciplina successiva sui servizi pubblici locali. È da sottolineare, come abbiamo già visto, che è stata la stessa Corte costituzionale a ricondurre la normativa sui servizi pubblici locali (di “rilevanza economica”) e sul servizio idrico integrato alla materia “tutela della concorrenza” (quindi di competenza statale, ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost.), mettendo decisamente in secondo piano altri beni costituzionali [...] la “tutela della concorrenza” assurge a principio non bilanciabile con altri principi o norme costituzionali, che pure possono assumere rilievo nella disciplina di settore”;* cfr. M. CECCHETTI, *L’organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato*, op. cit., 79, secondo il quale la tutela della concorrenza “*viene ad assumere i caratteri di una competenza statale davvero «onnivora»*”.

<sup>61</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 246/2009, secondo la quale “*la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso, disciplinate dall’art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, sono da ricondurre alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale, trattandosi di regole «dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l’efficienza, l’efficacia e l’economicità della gestione medesima*”.

<sup>62</sup> Sull’attitudine agli usi di pubblico e generale interesse di tutti i corpi idrici, in un contesto di risorsa limitata, e dunque sull’estendibilità ai medesimi del regime pubblicistico cfr. V. CERULLI IRELLI, *La disciplina delle acque*, op. cit., 38 ss.

<sup>63</sup> È la stessa Corte che ha chiarito che il baricentro del sistema delle acque pubbliche è spostato “*verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà*” (Corte cost., sent. n. 259/1996).

<sup>64</sup> Cfr. Corte Cost., sent. n. 325/2010.



costituzionale n. 325 del 2010<sup>65</sup>, vera *'milestone'* nell'evoluzione della materia, della quale merita qui richiamare due passaggi problematici e, al tempo stesso, significativi: l'uno relativo al raffronto tra l'art. 23-*bis*, d.l. n.112/2008 (allora vigente e impugnato dinanzi la Corte) e la disciplina europea dei servizi pubblici di interesse economico generale, e l'altro inerente l'individuazione della nozione di «rilevanza economica» nell'ambito della normativa statale sui servizi pubblici locali.

Con riferimento al primo punto, occorre rilevare come la Corte, in quell'occasione, si limitò ad affermare che la disciplina interna dei servizi pubblici – e, in particolare, quella riguardante le eccezioni alla regola dell'affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica – non costituisse “*né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale*”, ma fosse “*semplicemente con questa compatibi[le], integrando una delle diverse discipline possibili*”. In altre parole, l'art. 23-*bis*, recando una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto eurounitario, non poteva ritenersi imposta da quest'ultimo, ma neppure in contrasto con il medesimo: “*al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario*”. La lettura della disciplina dei servizi pubblici operata dalla Corte è, quindi, totalmente assorbita dal principio della tutela della concorrenza, rispetto al quale la stessa “*normativa comunitaria costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri*”.

Una ricostruzione del genere, però, rischia di apparire troppo semplicistica. Come sottolineato dai ricorrenti di allora – e in particolare dalla Regione Marche<sup>66</sup> –, la verifica di compatibilità dell'art. 23-*bis*

---

<sup>65</sup> Tra i commenti della dottrina a questa sentenza, si vedano, oltre alla dottrina più sopra citata, F. CASTOLDI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica al vaglio della Corte Costituzionale: i riflessi di alcune delle questioni trattate dalla sentenza sul servizio idrico integrato nazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 260 ss; F. COSTANTINO, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1, 2011; S. SPUNTARELLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al vaglio della Corte e il caso del servizio idrico integrato*, in *Giur. It.*, 8-9, 2011, 1770ss; A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss; P. SABBIONI, *La Corte equipara Servizi pubblici locali di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4654 ss.

<sup>66</sup> La circostanza merita di essere approfondita anche ai fini dell'esatto perimetro del *petitum* e del *thema decidendum* sottoposto in quell'occasione alla Corte: quest'ultima aveva, infatti, ben colto tutte le sfumature delle doglianze della Regione Marche, dandone piena contezza nella ricostruzione del fatto, senza però esprimersi con eguale completezza nella parte in diritto; cfr. Corte cost., sent. n. 325/2010, § 10.1.5 del ritenuto in fatto: “*Ad avviso della Regione, da tali norme comunitarie risulterebbe che, “per perseguire gli obiettivi di coesione e solidarietà sociali, fatti propri anche dall'Unione europea, il diritto di questo ordinamento esclude che ai servizi di interesse generale debbano senz'altro applicarsi le norme del mercato interno*”. E, anzi, nella materia considerata avrebbero predominanza gli obiettivi di coesione sociale sottostanti ai servizi di interesse generale: quali che siano le cause che impediscono al sistema concorrenziale di mercato di raggiungere in modo soddisfacente e generalizzato questi obiettivi, siano esse di diritto o di fatto, non devono essere applicate le norme del mercato interno a questi servizi. [...] Tra i servizi di interesse generale – prosegue la Regione – è annoverabile anche il servizio idrico integrato [...] Le ragioni del dedotto contrasto delle norme censurate con l'evocato parametro risiederebbero, dunque, nel fatto che esse, «conformando il servizio idrico

con i parametri interposti degli artt. 14 e 106 del TFUE avrebbe dovuto accertare il rispetto non tanto dei livelli minimi europei di tutela della concorrenza, ma dei limiti posti al ricorso al mercato da quegli stessi articoli: si trattava di verificare se in concreto quella particolare disciplina interna dei servizi pubblici a rilevanza economica (ivi compreso il SII) impedisse ai medesimi di assolvere in modo efficace ai propri compiti, funzionalmente connessi alla ‘promozione della coesione sociale e territoriale’. Su questi aspetti la Corte ha taciuto, perdendo così l’occasione di rilevare il carattere strumentale della tutela della concorrenza rispetto alla *mission* di un determinato servizio pubblico, specie se esso ha ad oggetto la risorsa idrica.

Altro passaggio della sentenza meritevole di riflessione è, poi, quello relativo alla nozione di «rilevanza economica» di un servizio pubblico: alla Corte era stata infatti prospettata la questione se allo Stato dovesse competere, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali un servizio pubblico debba ritenersi di «rilevanza economica» oppure se la decisione di attribuire una siffatta qualificazione fosse riservata, dal diritto comunitario o comunque dalla Costituzione, alla Regione od all’ente locale. La Corte, com’è noto, sciolse il nodo in favore della competenza esclusiva dello Stato, essendo quello della rilevanza economica un “*criterio discrezionale per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi*”, derivandone quindi che, “*proprio per tale suo ambito di utilizzazione, la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di «tutela della concorrenza», ai sensi del secondo comma, lettera e), dell’art. 117*”. Prima di arrivare a questa conclusione, però, la Corte si propone di individuare “*la portata della nozione di «rilevanza economica»*”, e lo fa attraverso un *iter* argomentativo chiaro, ma dagli esiti discutibili: rilevata l’omologia tra «servizi pubblici locali di rilevanza economica» e «servizi pubblici di interesse economico generale in ambito locale» (di matrice europea)<sup>67</sup>, la Corte ne desume che la nozione di «rilevanza economica» dell’ordinamento nazionale si identifichi con quella comunitaria di «interesse economico generale», come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea. Per «interesse economico generale», si deve dunque intendere “*un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell’esercizio di un’attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato*

---

*come servizio necessariamente a rilevanza economica, abbiano imposto la applicazione delle regole del mercato interno in via generale per tutto il territorio nazionale, prescindendo del tutto dalle diverse condizioni e circostanze che nelle diverse realtà possono ravvisarsi. Ciò che risulta precluso dal diritto comunitario, in definitiva, non è la scelta di un determinato modello per la conformazione dei servizi di interesse generale, ma l’adozione di decisioni generalizzate che non siano in grado di tenere conto delle peculiarità in cui i servizi devono essere svolti*”.

<sup>67</sup> Cfr. in questi termini Corte cost., sent. n. 272/2004, richiamata puntualmente nella sent. n. 325/2010; sulla distinzione, per certi versi labile, tra SIEG e SIG, cfr. invece R. MASTROIANNI – L. DELLA CORTE, *Servizi idrici: alcuni profili di diritto dell’Unione europea*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2012, 255.

mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi? (Corte cost., sent. n. 325 del 2010, cons. dir. 9.1).

Ebbene, la definizione di ‘metodo economico’ appena esposta, inteso come sola copertura dei costi, desta qualche perplessità. In disparte il contrasto con alcune precedenti statuizioni della Corte<sup>68</sup>, e forse con la realtà delle cose<sup>69</sup>, la riconduzione dei servizi pubblici economici ad un metodo ‘economico non imprenditoriale’ non sembra compatibile con la lettura della disciplina del settore in termini di tutela della concorrenza.

Del resto, o tali attività s’intendono finalizzate solo alla copertura dei costi, senza alcun profitto, ed allora non è dato individuare una sola ragione perché dei capitali privati debbano finanziare e gestire dette attività<sup>70</sup>, dovendosi contemplare le stesse come esclusivamente pubbliche, o le attività in parola, in quanto economicamente rilevanti, possono produrre profitto (anche solo in potenza, e comunque sulla base di “un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore”<sup>71</sup>), ed allora ha senso che si crei concorrenza “per” il mercato, inteso quale ‘mercato a monte’ tra soggetti privati e autorità pubbliche. In altre parole, l’attuale assetto ‘pro-concorrenza’ della disciplina dei servizi pubblici a rilevanza economica (e, a maggior ragione, del SII) non sembra poter prescindere dalla natura (potenzialmente) imprenditoriale della gestione degli stessi, pena l’incoerenza fra detta disciplina e il titolo competenziale sul quale il medesimo è fondata<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Il punto è colto da A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. n. 1, 2014, 131, il quale ricorda che la stessa Corte “nell’esaminare possibili livelli di ‘compressione’ dell’iniziativa economica privata aveva concluso che doveva comunque essere salvaguardata ‘la necessità di lasciare all’operatore un ragionevole margine di utile’, eccedente per definizione rispetto alla semplice copertura dei costi” (così Corte cost., sent. n. 200/1975).

<sup>69</sup> Cfr. le critiche alla sentenza formulate da M. CECCHETTI, *L’organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni. Un colosso giurisprudenziale dai piedi d’argilla*, in M. GIGANTE (a cura di), *L’acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare. Atti del Convegno, Sassari 20 maggio 2011*, Napoli 2012, 59 e spec. 75.

<sup>70</sup> ...e quindi si debba porre un problema di concorrenza, anche solo per “creare un «mercato a monte», e cioè un mercato «in cui le imprese trattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi» agli utenti” (così Corte cost., sent. n. 325/2010).

<sup>71</sup> Cfr. Corte cost., n. 325/2010.

<sup>72</sup> Sul punto cfr. ancora A. TRAVI, *La disciplina tariffaria*, op. cit., 130 e ss., il quale rileva che la pronuncia in parola postula la distinzione tra un modello economico ed uno imprenditoriale di gestione: “il primo modello ha di mira anch’esso l’efficienza del servizio, ma tende a realizzarlo in un contesto di copertura dei meri costi gestionali e d’investimento. Invece il secondo modello si ambienta in un contesto concorrenziale, che non può ignorare l’apporto di un capitale e pertanto la necessità della sua remunerazione”; l’A., significativamente, conclude che “una gestione che ignori la remunerazione del capitale può essere soltanto pubblica”.

Ebbene, nonostante le forzature interne appena descritte, questa giurisprudenza ha pienamente avallato una evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali (e del SII in particolare) che ha messo al centro il ricorso al mercato, trovando come unico limite – peraltro dai contorni estremamente incerti<sup>73</sup> – l'esito della consultazione referendaria del 2011.

## **6. L'evidenza pubblica nella gestione dell'acqua: le possibili interazioni fra il nuovo Codice dei contratti pubblici e la disciplina del servizio idrico integrato**

Chiarire i termini del rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e quella del servizio idrico integrato, come si è visto nel § 4, è essenziale al fine di ricostruire le esatte modalità di affidamento del servizio stesso ai sensi dell'art. 149-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, specie allorché l'ente di governo decida di rivolgersi a soggetti privati<sup>74</sup>.

Il d.lgs. n. 50/2016, com'è noto, non pone una disciplina specifica per tale servizio di interesse economico generale<sup>75</sup>, il quale forma oggetto di espressa esclusione ad opera dell'art. 12<sup>76</sup>. Come nella precedente codificazione, però, l'acqua rientra nei cc.dd. 'settori speciali', il che implica l'applicazione del Codice (*recte*: della speciale, e più elastica, disciplina dettata dal Titolo VI, Capo I in esso contenuta) a determinate tipologie di lavori o servizi commissionati dal Gestore del servizio<sup>77</sup>.

Tale particolare regime fa sì che, con riferimento alle modalità di affidamento del SII, trovino applicazione i soli principi previsti per i cc.dd. 'contratti pubblici esclusi' di cui all'art. 4, d.lgs. n. 50/2016, vale a dire

---

<sup>73</sup> Cfr. P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali*, op. cit., ult. loc. cit., 35 e *passim*.

<sup>74</sup> Per un'analisi, invece, delle potenzialità del nuovo Codice dei contratti in ordine ai fabbisogni tecnici dei soggetti gestori del SII, v. A. GIANNELLI – S. VACCARI, *I fabbisogni del servizio idrico integrato, le recenti prospettive di regolazione e le possibilità offerte dal nuovo codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 515 e ss.

<sup>75</sup> Com'è noto, le ragioni di una simile scelta risiedono, sembrerebbe, nell'importanza dell'acqua come bene della collettività che richiede una particolare e specifica considerazione; cfr. al riguardo il considerando n. 30 della direttiva 2014/23/UE e il considerando n. 7 della direttiva 2014/25/UE.

<sup>76</sup> L' Art. 12, d.lgs. n. 50/2016, rubricato 'esclusioni specifiche per le concessioni nel settore idrico', recita così: "1. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni aggiudicate per: a) fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile; b) alimentare tali reti con acqua potabile. 2. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni riguardanti uno o entrambi dei seguenti aspetti quando sono collegate a un'attività di cui al comma 1: a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio; b) smaltimento o trattamento delle acque reflue."

<sup>77</sup> L'art. 117 del Codice dei contratti fa riferimento alle seguenti attività: a) messa a disposizione e/o di gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico, in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile e all'alimentazione di tali reti con acqua potabile; b) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'alimentazione con acqua potabile rappresenti più del 20 % del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o di drenaggio; c) smaltimento o trattamento delle acque reflue.

quelli “di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica”.

Le disposizioni appena richiamate potrebbero far ritenere quindi che il SII, sotto questo profilo, sia disciplinato in modo diretto dal solo art. 149-*bis*, d.lgs. n.152/2006 (e dalle norme di diritto europeo da esso richiamate), senonché il quadro normativo vigente risulta più complesso di quanto appaia, rivelando una ricca trama di collegamenti tra le discipline in esame, per analizzare la quale occorre prendere le mosse dal momento ‘genetico’ del servizio stesso, vale dire quello della scelta da parte dell’ente di governo del modello di gestione.

Premesso il carattere discrezionale di tale determinazione – con conseguente sottrazione della medesima alla cognizione del giudice amministrativo (salvo manifesta illogicità, ragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti)<sup>78</sup> –, il vero *discrimen* tra le opzioni valutabili dall’ente è, ovviamente, tra il ricorso al mercato e l’affidamento diretto<sup>79</sup>: mentre per il ricorso al mercato, stante la vigenza anche per i settori esclusi dei principi di cui all’art. 4, d.lgs. n. 50/2016, non pare possano esserci dubbi circa l’applicazione delle regole sull’evidenza pubblica<sup>80</sup>, occorre formulare qualche precisazione circa l’eventuale gestione *in house* del SII.

La disposizione dell’art. 149-*bis* cit., per ciò che concerne i requisiti per l’*in house providing*, rinvia infatti all’ordinamento europeo e quindi – indirettamente – agli artt. 5, d.lgs. n. 50/2016 e 16, d.lgs. n. 175/2016, che attualmente esplicitano siffatti requisiti. Le discipline in parola presentano, però, formulazioni tra loro non perfettamente collimanti, ponendo così più di qualche problema di coordinamento fra di loro che con la normativa del SII<sup>81</sup>.

Occorre, poi, ricordare che la stessa opzione della gestione *in house* deve essere congruamente motivata dall’ente di governo, sia in relazione agli elementi tecnico-giuridici legittimanti siffatta opzione, sia in relazione agli aspetti economico-finanziari (determinati dal contesto territoriale) propri del servizio da affidare: tale onere motivazionale ‘aggravato’, se era ben chiaro alla giurisprudenza amministrativa<sup>82</sup>, è

---

<sup>78</sup> Proprio con riferimento a casi di affidamento diretto del SII ad una società consortile a tale scopo costituita, cfr. Cons. St. sez. V, 10 settembre 2014 n. 4599, nonché Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5080.

<sup>79</sup> In dottrina, l’idea che il modello di affidamento *in house* non rappresenti una deroga al principio concorrenziale – essendo quest’ultimo irrilevante in caso di impossibilità di ricorrere al mercato – sembrerebbe ormai pacifica; cfr. sul punto, da ultimo, R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L’integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, 23 ss.

<sup>80</sup> Anche se si tratta di società mista, v. al riguardo l’art. 5, comma 9, D.lgs. n. 50/2016.

<sup>81</sup> Su questi aspetti v. *infra* § 7.

<sup>82</sup> Cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599; Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762.

oggi espressamente previsto, *ca va sans dire*, dall'art. 192, comma 2, Codice appalti<sup>83</sup>: ai fini dell'affidamento diretto è necessario che l'ente di governo effettui una preventiva “*valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*” (art. 192 cit.)<sup>84</sup>.

Sotto questo profilo, è dunque possibile sciogliere in senso positivo la questione dell'applicabilità o meno anche al SII di disposizioni di derivazione europea recepite nel nuovo codice dei contratti pubblici, giacché l'articolo in esame sembrerebbe rappresentare un'attuazione concreta di quei principi di economicità, efficacia e trasparenza, cui anche i settori esclusi, come quello in esame, devono soggiacere. L'obbligo di valutare la “*congruità economica dell'offerta dei soggetti in house*”, peraltro, ben si collega – costituendone una puntuale specificazione – all'art. 34, comma 20, d.l. 179/2012, ai sensi del quale, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'affidamento del servizio (ivi compreso il servizio idrico integrato) deve essere effettuato sulla base di apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta<sup>85</sup>.

Una valutazione, quest'ultima, che evidentemente non potrà prescindere dalla circostanza che, nell'abito del SII, “*il modello gestionale ed organizzativo definisce la struttura operativa mediante la quale il gestore assicura il servizio all'utenza e la realizzazione del programma degli interventi*” (art. 149, comma 5, d.lgs. n. 152/2006).

## **7. Ipotesi conclusiva: la gestione del servizio idrico integrato mediante l'in house providing**

A questo punto è possibile spostare il fuoco dell'analisi sull'impatto del testo unico in commento, così come modificato dal d.lgs. correttivo n. 100/2017, sul sistema dei servizi pubblici a rilevanza economica e in particolare sul servizio idrico integrato. Più precisamente, si valuterà se e come le disposizioni del

---

<sup>83</sup> Il punto è colto dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto legislativo recante il Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: “*Si tratta di un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche*” (Cons. St., parere n. 855 del 1° aprile 2016).

<sup>84</sup> Tale onere motivazionale è stato, peraltro, di recente valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa; sul punto cfr. in particolare TAR Lombardia, Milano, sez. III, del 3 ottobre 2016 n. 1781, che annulla l'affidamento *in house* del SII da parte della Provincia di Varese e del relativo ATO.

<sup>85</sup> Per una ricostruzione parzialmente differente cfr. A. RALLO, *Lo spessore degli obblighi motivazionali come strumento di indirizzo nella scelta del modello di gestione per il Servizio Idrico Integrato*, in AA.VV., (a cura di S. Staiano), *Acqua*, op. cit., 470 e ss, secondo il quale, sebbene a fronte di una necessaria ‘interazione’ tra l'art. 147 e ss del Codice dell'Ambiente e l'art. 5, D.lgs. n. 175/2016, “*gli oneri motivazionali non potranno essere i medesimi, perché diversamente si ricadrebbe quasi certamente in quel momento discriminatorio verso le gestioni dirette dei servizi idrici, di latitudine ampiamente maggiore di quanto non legittimato dal rapporto eccezione-regola e già sanzionato dagli esiti referendari del 2011*”.

d.lgs. n. 175/2016 incidano sulla disciplina vigente del SII, come derivante dal referendum del 2011 e, soprattutto, come declinata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Al riguardo, occorre premettere che, tra le finalità perseguite dall'intervento normativo in commento, vi è quella della *“tutela e promozione della concorrenza e del mercato”* (art. 1, comma 2), sicché è possibile rilevare una certa ‘identità di verso’ – per utilizzare la formula utilizzata dalla Corte costituzionale – tra questa disciplina e quelle, come si è visto, dei servizi pubblici locali e del SII. Il dato non è di secondaria importanza, dal momento che tale finalità vincolerà l'interprete a leggere in modo restrittivo tutte quelle disposizioni del testo unico che derogano al principio concorrenziale<sup>86</sup>.

Sempre in via preliminare, merita qualche riflessione anche la definizione di «servizi di interesse economico generale» fornita dall'art. 2, comma 1, lett. i) del testo unico, in base alla quale detti servizi sono quelli *“erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”*. Il concetto di ‘corrispettivo economico’, viepiù calato all'interno di una dinamica di mercato, sembra sottintendere una capacità del servizio stesso di essere remunerativo per il soggetto (pubblico o privato) che lo eroga, sconfessando così quella problematica impostazione della Corte costituzionale secondo la quale la ‘rilevanza economica’ del servizio pubblico consisterebbe nella semplice copertura dei costi (Corte cost., sent. n. 325/2010, v. *supra* § 5).

Con riferimento, poi, alla definizione degli ambiti di attività delle società pubbliche<sup>87</sup>, elencati dall'art. 4, comma 2, del testo unico, si può notare come le relative lettere a) e c) parlino solo di ‘servizi di interesse generale’; tale circostanza, però, non deve ingannare: le disposizioni in parola riguardano chiaramente anche i servizi d'interesse economico generale (e, quindi, gli omologhi servizi pubblici a rilevanza economica), non solo per l'espressa previsione dell'art. 2, comma 1, lett. h), del testo unico, ma anche per ragioni di carattere sistematico all'origine, in ambito europeo, del concetto stesso di ‘servizi di interesse generale’. Quest'ultimo, com'è noto, *“non è presente nel Trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione “servizi di interesse economico generale” che invece è utilizzata nel Trattato. È un'espressione più ampia di*

---

<sup>86</sup> Tale circostanza era stata rilevata, specie con riferimento all'interpretazione dell'istituto dell'*in house providing*, dal Consiglio di Stato nel primo parere sullo schema di testo unico in commento (par. n. 968/2016). Secondo il Collegio, il principio generale di tutela della concorrenza *“deve informare, alla luce di quanto prescritto dall'art. 1, l'impostazione sistematica dell'intero testo unico. Questo vale soprattutto nel settore dei servizi di interesse economico generale: il ricorso al mercato e non all'in house può, infatti, costituire esso stesso, permettendo l'accesso di nuovi operatori, un utile strumento di liberalizzazione economica”*.

<sup>87</sup> Tale elencazione, secondo il Consiglio di Stato (parere n. 968/2016), rappresenterebbe *“una delle più rilevanti dello schema di decreto perché definisce il nuovo perimetro entro cui le società pubbliche possono operare”*, attraverso la posizione di un ‘vincolo di attività’, ulteriore rispetto a quello ‘di scopo’ sancito dal primo comma del medesimo articolo.

*“servizi di interesse economico generale” e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico”<sup>88</sup>.*

Queste prime coordinate normative ci restituiscono, dunque, un’idea abbastanza precisa della *ratio* complessiva del d.lgs. n. 175/2016 rispetto al sistema dei servizi pubblici a rilevanza economica: da un lato, si riordina e razionalizza lo strumentario giuridico-formale a disposizione delle pubbliche amministrazioni per mezzo del quale svolgere determinate *“attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”* (art. 4, comma 1), tra le quali appunto la produzione di un servizio di interesse economico generale, mentre dall’altro il principio della tutela della concorrenza (‘per’ il mercato), assunto quale criterio informatore dell’intera disciplina, ribadisce la natura (e il metodo) imprenditoriale dei diversi tipi di società a partecipazione pubblica impiegabili per la erogazione di questa categoria di servizi<sup>89</sup>. In questo senso, risulta evidente la portata ordinamentale del testo unico in commento, tale da consolidare sia la direzione (pro-concorrenziale) intrapresa dalla disciplina sui servizi pubblici locali degli ultimi anni, sia i punti di attrito di siffatta evoluzione con la speciale normativa del SII, come modificata dall’intervento referendario del 2011.

Quanto appena esposto trova delle conferme nella ipotesi – di gran lunga la più interessante (o esemplare) ai fini del presente commento – in cui il soggetto gestore del SII sia una società *in house*, rivelando ancora una volta i complessi intrecci tra il testo unico in commento, il nuovo codice dei contratti pubblici e il d.lgs. n. 152/2006.

Al riguardo, ci si avvede subito di come la disciplina dell’*in house* dettata dall’art. 16, d.lgs. n. 175/2016 vada necessariamente coordinata con quella, avente il medesimo oggetto, posta proprio dall’art. 5, d.lgs. n. 50/2016, giacché le due nozioni non coincidono perfettamente dal punto di vista lessicale<sup>90</sup>. In particolare, si ritiene che qualsiasi dubbio interpretativo debba essere risolto in base alla natura del soggetto *in house* che si ha di fronte: se questo infatti ha una struttura societaria, dovrà trovare applicazione

---

<sup>88</sup> Così il Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003 §§ 16 e 17. È, peraltro, appena il caso di notare che la necessità di inserire un espresso riferimento ai servizi di interesse economico generale era stato segnalato – senza successo – dal Consiglio di Stato con il parere n. 638/2017 sullo schema di decreto correttivo del testo unico in commento.

<sup>89</sup> Il punto è confermato dal Consiglio di Stato nel parere n. 968 del 2016, riguardante il primo schema del testo unico in commento, secondo il quale *“in definitiva, il diritto europeo, nella cornice dei processi di liberalizzazione economica e senza interferire direttamente nei processi di privatizzazione, consente alle società private e pubbliche di svolgere attività di impresa, nonché attività di servizio di interesse generale, economico o non, purché si rispettino le regole antitrust e le procedure di garanzia di scelta del contraente o del socio”*.

<sup>90</sup> Sia in occasione del primo parere sullo schema di decreto (parere n. 968 del 2016), che del secondo parere sul decreto correttivo (parere n. 638 del 2017), il Consiglio di Stato aveva esternato in modo chiaro, ma senza particolare successo, la necessità di pervenire ad una riunificazione della disciplina sull’*in house* e di chiarirne alcuni aspetti.



la disciplina del testo unico in commento – che in questo senso deve ritenersi speciale<sup>91</sup> –, rispetto a quella posta dal nuovo codice dei contratti pubblici che è stata concepita per essere applicata anche a soggetti non aventi forma societaria.

Anche il rapporto tra queste discipline sull'*in house* e quella del servizio idrico integrato risulta estremamente delicato, atteso che i due plessi normativi – separati tra loro da un decennio – presentano diversità sostanziali su alcuni punti cruciali per la *governance* del settore idrico.

Ci si riferisce, in particolare, alla questione dell'ammissibilità di capitali privati all'interno di una società affidataria *in house* di un SII: tali partecipazioni, mentre sono possibili in base al diritto europeo – e, oggi, anche in base a quello nazionale, ai sensi degli artt. 5, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 e 16, comma 1, d.lgs. n. 175/2016<sup>92</sup> –, sembrano invece escluse dall'art. 149-*bis* cit. che indica espressamente le '*società interamente pubbliche*' quali possibili affidatarie dirette del servizio<sup>93</sup>. Il dilemma interpretativo è, peraltro, reso ancor più evidente dalla circostanza che è proprio l'art. 149-*bis* cit. a rinviare all'ordinamento europeo per ciò che concerne i requisiti della gestione *in house*<sup>94</sup>, e dunque a porre un precetto in sé contraddittorio. Si tratta, dunque, di capire se e in che misura detto rinvio al diritto dell'Unione europea sia in grado di produrre effetti nei confronti degli affidamenti diretti del SII.

Ad aggravare ulteriormente il quadro si osservi come la questione in esame sia suscettibile di ricevere soluzioni differenti a seconda del criterio ordinatore dei rapporti tra le fonti che si ritenga di utilizzare: ad esempio, un'interpretazione dell'art. 149-*bis* cit. conforme al diritto europeo<sup>95</sup> implicherebbe che per '*società interamente pubbliche*' si possano intendere anche quelle '*società parzialmente pubbliche*' in possesso dei requisiti europei per l'affidamento diretto di un servizio di interesse economico generale, senonché il tenore letterale dell'art. cit. ('*società interamente pubbliche*') dischiude un *range* di significati molto limitato (se non univoco), tale da impedire un'interpretazione del genere senza comportare, al tempo stesso, un palese aggiramento del senso "*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di*

---

<sup>91</sup> Si pensi alle disposizioni contenute nel testo unico riguardanti la fallibilità delle società *in house* o le finalità della produzione oltre l'80% delle medesime.

<sup>92</sup> A condizione che si tratti di forme di partecipazione previste – vale a dire, imposte per una ragione specifica (cfr. Cons. St., par. n. 968 del 2016) – dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, e che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

<sup>93</sup> Ricostruzione, ad oggi, fatta propria ancora dalla Corte dei conti campana, secondo la quale l'affidamento *in house* del SII può intervenire solo a favore di Società interamente pubbliche (cfr. C. Conti, Sez. contr. per la Campania, delibera del 29 aprile 2016, n. 108)

<sup>94</sup> Si tratta dell'art. 12, della 12, dir. 2014/24/UE per i settori ordinari; disposizione di identico tenore è prevista all'art. 28, dir. n. 2014/25/UE per i settori speciali e all'art. 17, dir. n. 2014/23/UE per le concessioni. Significativamente, il Consiglio di Stato ha osservato come sul punto la dir. 2014/24/UE "*appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione*" (Cons. St., sez. II, parere n. 298/2015).

<sup>95</sup> Sulle peculiari caratteristiche particolare dell'interpretazione conforme al diritto europeo, cfr. l'analisi di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, op. cit., 444 ss.

esse, e dalla intenzione del legislatore” (art. 12, disp. prel. c.c.)<sup>96</sup>. L’applicazione del criterio di specialità condurrebbe, invece, ad esiti opposti a quelli testé prospettati: il carattere, appunto, speciale della disciplina del servizio idrico integrato, in relazione a questo specifico profilo, dovrebbe ritenersi derogatorio anche delle generali prescrizioni in tema di requisiti *in house* – di matrice europea e oggi positivizzate nel nostro ordinamento dal Codice degli appalti e dal testo unico in commento –, con conseguente necessità che i soggetti affidatari diretti del SII siano a totale partecipazione pubblica.

A ben vedere, quest’ultima ricostruzione appare quella preferibile poiché trova positivo riscontro tanto nell’interpretazione letterale che in quella sistematica della disposizione in esame: con riferimento alla prima, si è visto come la locuzione ‘*società interamente pubbliche*’ lasci poco spazio all’attività ermeneutica – il cui perimetro è definito dal testo/oggetto interpretando<sup>97</sup> –, mentre con riferimento alla seconda, occorre mettere in relazione gli assetti societari degli affidatari diretti del SII con l’intervenuta abrogazione referendaria di parte dell’art. 154, D.lgs. n. 152/2006, e dunque del divieto di inserire nella tariffa del servizio l’adeguata remunerazione del capitale.

Che siffatto divieto sia effettivo nel nostro ordinamento è lecito dubitarne, e difatti se ne è autorevolmente dubitato<sup>98</sup>, resta però il fatto che per mezzo di esso è stato definitivamente superato il

---

<sup>96</sup> Chi scrive ritiene il metodo di interpretazione letterale ancora primario, e non ‘primitivo’ (cfr. Corte cost., sent. n. 1/2013), ancorché da coniugare con altri strumenti ermeneutici, e ciò per ragioni non solo di ordine giuridico-costituzionale (quali ad esempio l’effettività del principio della soggezione del giudice alla legge *ex art.* 101, comma 2, cost.), ma di carattere logico, essendo il testo l’oggetto (e dunque il primo limite) dell’attività interpretativa; su questi aspetti cfr. da ultimo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, op. cit., 434 e la dottrina ivi richiamata.

<sup>97</sup> Cfr. su queste posizioni l’analisi di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, op. cit., *ult. loc. cit.*; sulla concezione del testo, non come oggetto, ma come limite all’interpretazione cfr. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 16, 2006, 82; a parere di chi scrive la differenza tra le due posizioni è solo apparente, dal momento che i limiti testuali dell’interpretazione finiscono per confermare che l’oggetto della medesima è appunto il testo, viceversa il testo/oggetto dell’interpretazione, in quanto dotato di determinati *range* di possibili significanti, non può non rappresentare anche un limite alla medesima.

<sup>98</sup> Cfr. sul punto le ben note posizioni di S. RODOTÀ, *Cinque anni fa il referendum. La democrazia, i cittadini e le nuove norme sui servizi idrici*, in *La Repubblica*, 21 marzo 2016, secondo il quale il legislatore, nonostante la consultazione referendaria del 2011, si sta dirigendo verso la ‘consegna ai privati’ della gestione dei servizi idrici: “*il punto chiave è appunto quello della gestione, per la quale le nuove norme e il testo unico sui servizi locali fanno diventare quello pubblico un regime eccezionale e addirittura ripristinano il criterio della ‘adeguatezza della remunerazione del capitale investito’ cancellato dal voto referendario*”; su posizioni analoghe, di forte dubbio circa l’efficacia del vincolo, anche solo ‘politico’, del referendum del 2011 nei confronti del legislatore in ordine alle fondamentali scelte di *governance* delle risorse idriche, cfr. G. AZZARITI, *Audizione presso la Commissione Ambiente del 28 ottobre 2015 nell’ambito dell’esame in sede referente della proposta di legge C. 2212 (“Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico, nonché delega al Governo per l’adozione dei tributi destinati al suo finanziamento”)*; per una critica serrata ad una qualificazione in termini necessariamente pubblicistici della gestione dei servizi idrici si vedano le riflessioni di S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all’acqua*, op. cit., 21, secondo il quale “*occorre anzitutto superare il convincimento, diffuso quanto privo di saldo fondamento, secondo il quale gestione delle risorse idriche da parte di imprese private equivalga a privatizzazione dell’acqua come bene e come risorsa: l’acqua rimane in ogni caso bene pubblico, così qualificato dalla legge, e ciò non*

dogma della necessaria liberalizzazione dei servizi idrici, aprendo la strada ad una nuova pubblicizzazione degli stessi che fa aggio sulla particolare natura, *extracommercium*, della risorsa idrica.

In questo nuovo contesto normativo – tutto interno al d.lgs. n. 152/2006 –, appare chiaro che la scelta dell'amministrazione di non ricorrere al mercato per l'affidamento del SII mal si concilierebbe con la presenza (per quanto ininfluyente) di capitali privati che, per loro statuto ontologico, devono produrre un qualche tipo di profitto.

Resta ovviamente in piedi il problema di tenere insieme una disciplina di questo tipo, orientata all'eliminazione di qualsiasi forma di utile dalla gestione del SII (più che a elidere l'innegabile rilevanza economica del servizio stesso)<sup>99</sup>, con la possibilità per gli enti di governo di affidare ad operatori privati la gestione del servizio in parola: un problema di coerenza interna del sistema che, come si è visto più sopra, è stato alimentato da una giurisprudenza costituzionale quanto meno opinabile e rispetto al quale solo il legislatore statale potrebbe porre rimedio.

---

*può non produrre conseguenza sui modi della gestione, chiunque sia il gestore, pubblico o privato. Occorre, poi, considerare che la gestione pubblica – quale ne sia la forma: diretta in economia, o mediante azienda speciale – non può essere ritenuta affatto garanzia in termini generali e assoluti, come pure si assume, della migliore tutela e della maggiore estensione del diritto fondamentale all'acqua".*

<sup>99</sup> Secondo la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale, l'abrogazione referendaria del 2011 perseguiva proprio "la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua" (Corte cost., sent. n. 26/2011).