
MEMORANDUM

A: Forum italiano dei movimenti per l'acqua

Da: Rocco Panetta

Oggetto: Sugli effetti dell'abrogazione referendaria della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Roma, 1 marzo 2012

Viene richiesto un parere in merito agli effetti dell'abrogazione referendaria della disciplina dei servizi pubblici locali, anche alla luce della nuova disciplina relativa alla gestione del servizio idrico integrato di cui al d.l. 13 agosto 2011, n. 138, sull'adozione di ulteriori misure urgenti per far fronte alle conseguenze sui mercati finanziari del debito pubblico e dei rischi connessi alla correlativa solvibilità, come modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148, che, all'articolo 4, ha dettato disposizioni rubricate "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea*".

Come noto, infatti, lo scorso mese di giugno si è tenuta una consultazione referendaria avente ad oggetto – oltre ad un quesito in materia di energia atomica, dal titolo "*Abrogazione delle nuove norme che consentono la produzione nel territorio nazionale di energia elettrica nucleare*", ed un altro relativo all'abrogazione della disciplina del legittimo impedimento a comparire in udienza per i titolari di cariche governative – rispettivamente:

- a) l'abrogazione dell'articolo 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133 (di seguito, "Articolo 23-*bis*"), recante "*Servizi pubblici di rilevanza economica*";
- b) l'abrogazione dell'articolo 154, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (di seguito, "Codice dell'Ambiente"), rubricato "*Tariffa del servizio idrico integrato*", relativamente alla parte in cui prevedeva che i proventi ricavati dal sistema tariffario del servizio idrico integrato avrebbero dovuto remunerare in maniera

“adeguata” anche il capitale investito dal gestore per la realizzazione e la manutenzione straordinaria delle infrastrutture funzionali all’erogazione di tale servizio.

Il referendum si è concluso con una netta vittoria del c.d. “fronte del sì”, a seguito della quale si è aperto un ampio dibattito giuridico e politico circa le conseguenze che da tale risultato sarebbero derivate, in primo luogo, sull’ammissibilità o comunque sulla validità ed efficacia degli affidamenti dei servizi pubblici locali a soggetti terzi, rilasciati in base alla normativa previgente – considerato che, come testualmente affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 26 gennaio 2011, n. 24, “(...) *all’abrogazione dell’articolo 23-bis (...) conseguirebbe l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica (...)*” – e, in secondo luogo, su un’altra tematica fondamentale oggetto dei quesiti referendari: quella relativa all’ammontare della tariffa del servizio idrico integrato.

La modifica all’articolo 154 del Codice dell’Ambiente, conseguenza del secondo quesito referendario, infatti, è avvenuta eliminando dal testo di tale disposizione di legge esclusivamente le parole “*dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito*”, con la conseguenza che, allo stato attuale, sussiste, tra gli operatori del settore, grande incertezza non soltanto sulle nuove modalità di determinazione delle tariffe, ma anche sulle ricadute, più o meno automatiche, che ne deriverebbero in capo agli utenti, soprattutto per quanto riguarda le tempistiche di attuazione della relativa decurtazione in “bolletta”.

Su tali premesse ci è stato chiesto, pertanto, di evidenziare le implicazioni di natura giuridica derivanti dal nuovo assetto della gestione del servizio idrico integrato, con particolare riferimento ai modelli organizzativi ed ai profili di natura strettamente economico-tariffaria anche, e soprattutto, alla luce delle recentissime dichiarazioni del Ministro dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (cfr. Nota prot. 2012-0001192 del 24 febbraio 2012) nelle quali si sottolinea l’esigenza di dare concreta attuazione al riordino complessivo della gestione del sistema idrico italiano per assicurare l’uso efficiente e ben distribuito dell’acqua.

1. IL PRIMO QUESITO REFERENDARIO

1.1. L'Articolo 23-bis: profili generali

Come sopra anticipato, il primo quesito referendario aveva ad oggetto l'abrogazione dell'Articolo 23-bis, una disposizione introdotta nel nostro ordinamento al fine di agevolare la liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con esclusione soltanto di quelli relativi all'energia elettrica e al gas, nonché delle farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale.

Le misure di liberalizzazione consistevano essenzialmente nella marginalizzazione del modello dell'*in house providing*, e nell'introduzione di vincoli all'utilizzo di società miste, che veniva ammesso soltanto "*per situazioni eccezionali 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*".

La valutazione di congruità circa la sussistenza dei suddetti requisiti era, inoltre, sottoposta al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, salvo che per i servizi pubblici locali di dimensioni modeste, e cioè aventi un valore economico inferiore ai 200.000 euro annui (cfr. D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168). Per le società miste, invece, era stabilita al 40% la partecipazione minima al capitale sociale da parte dei privati, i quali comunque avrebbero dovuto essere scelti mediante gara, al fine di attestarne anche le capacità operative.

Sempre nella prospettiva della liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'Articolo 23-bis disponeva l'incompatibilità tra l'essere beneficiari di affidamenti diretti e la gestione diretta o indiretta di altri servizi in ambiti territoriali diversi, rinviando, poi, ad apposito regolamento l'adozione di ulteriori misure di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, quali (i) la previsione della separazione tra le funzioni di regolazione e quelle di gestione di detti servizi, (ii) la riduzione delle ipotesi di loro gestione in regime di esclusiva, (iii) l'applicabilità del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. "Codice dei Contratti Pubblici") per l'acquisto di beni e servizi e (iv) della disciplina per il reclutamento del personale alle dipendenze delle amministrazioni da parte delle società miste e *in house*.

L'Articolo 23-bis, infine, al comma 8, prevedeva un regime transitorio cui tutti gli affidamenti non conformi alla disciplina sopra illustrata avrebbero dovuto essere assoggettati¹.

Tali interventi, come detto, si proponevano il fine di liberalizzare il settore dei servizi pubblici di rilevanza economica, fino a quel momento caratterizzato da una prevalenza di affidamenti diretti secondo il modello *in house*. In particolare, la normativa di cui all'Articolo 23-bis rientrava nel novero delle misure legislative volte ad assicurare procedure ad evidenza pubblica finalizzate a realizzare la "*più ampia apertura del mercato a tutti*

1

Nello specifico:

- a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008, affidate conformemente ai principi comunitari in materia *in house*:
- sarebbero cessate, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;
 - sarebbero cessate alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011, le amministrazioni avessero ceduto almeno il 40% del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2 (*"Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: (...) b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento"*);
- b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio fosse avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2 (*"Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: (...) a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità"*), e non aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, sarebbero cessate, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;
- c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio fosse avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, sarebbero cessate alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ottobre 2003, a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del Codice Civile, sarebbero cessati alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a

gli operatori economici” (cfr. Corte Costituzionale Sent. 17 novembre 2010, n. 325), tutelando la concorrenza ed il mercato.

A seguito del referendum è stata, invece, nuovamente espansa l'autonomia di scelta degli enti locali, i quali possono ora riaffermare la loro libertà di auto-organizzazione, con il solo limite, per così dire, “esterno”, del rispetto della normativa comunitaria.

1.2. La situazione *post*-referendaria

1.2.1. La ripubblicizzazione del servizio idrico integrato

Con la sentenza del 26 gennaio 2011, n. 25, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile il quesito referendario relativo all'abrogazione dell'articolo 150 del Codice dell'Ambiente (di seguito, “Articolo 150”).

L'auspicata abrogazione di tale articolo, rubricato “*Scelta della forma di gestione e procedure di affidamento*”, si proponeva come obiettivo principale la ripubblicizzazione del servizio idrico integrato, con la conseguenza che, qualora il quesito referendario in esame fosse stato ammesso, e l'Articolo 150, per effetto dell'espressa volontà popolare, fosse stato abrogato, la gestione del servizio idrico sarebbe ricaduta nell'ambito di operatività dell'articolo 114 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”, di seguito “TUEL”), in quanto normativa di risulta. Più nel dettaglio, stante l'assenza di disposizioni relative ai servizi pubblici di rilevanza economica avrebbe potuto trovare applicazione, per via analogica, la disciplina di natura

condizione che la partecipazione pubblica si fosse ridotta, anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si fossero verificate, gli affidamenti sarebbero cessati improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;

- e) le gestioni affidate non rientranti nei casi di cui alle lettere da a) a d) sarebbero cessate comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

pubblicistica concernente la gestione dei c.d. “servizi sociali”, con la conseguente esclusione di qualsiasi forma di gestione privata.

Ed infatti, prima delle recenti riforme, per individuare le forme di affidamento del servizio idrico, l’Articolo 150, comma 1 del Codice dell’Ambiente richiamava espressamente l’articolo 113, comma 5, del TUEL, secondo il quale il servizio poteva essere alternativamente affidato a società di capitali tramite gara, ovvero, in alternativa, in via diretta, a società a capitale misto pubblico-privato, purché il socio privato venisse scelto a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, ovvero, infine, in via diretta, a società totalmente partecipate dagli enti pubblici, al ricorrere delle condizioni specificate al paragrafo 1.2.2 che segue.

Si tratta di un assetto, ormai, superato. L’articolo 113 del TUEL è stato, infatti, sostituito dall’Articolo 23-*bis* e dal suo regolamento attuativo che lo ha abrogato per le parti con esso incompatibili, prevalendo altresì sulle discipline di settore, e dunque, anche sull’Articolo 150. Tra l’altro il comma 1 di tale disposizione, è stato, successivamente, parzialmente abrogato dall’articolo 12, comma 1, lettera b) del regolamento attuativo dell’Articolo 23-*bis*. Siffatta riforma avrebbe trovato applicazione nei confronti di tutti i servizi pubblici locali, con la sola espressa esclusione dei servizi di trasmissione dell’energia elettrica, di distribuzione del gas e del trasporto pubblico locale. Essa valeva, dunque, anche per i servizi idrici.

Su tali basi, e considerato che all’abrogazione dell’Articolo 23-*bis* “*non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo*” (cfr. sentenza 26 gennaio 2011, n. 24), riteniamo di poter fondatamente affermare che l’Articolo 150 sia stato “svuotato” della sua portata applicativa per incompatibilità con l’Articolo 23-*bis* ed il suo regolamento attuativo, con la conseguente possibile applicazione dell’articolo 114 del TUEL anche in relazione alla gestione del servizio idrico integrato.

Tale impostazione è, peraltro, in linea con quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza del 26 gennaio 2011, n. 25, in cui è dato leggere che “*il referendum n. 2 ha per oggetto soltanto l’art. 150 del codice dell’ambiente, il quale è stato già in buona parte abrogato, sia in modo espresso, sia per incompatibilità, dall’art. 23-bis (direttamente e per mezzo del regolamento di delegificazione autorizzato dallo stesso art. 23-bis). Più precisamente, l’art. 150 del codice dell’ambiente rinvia all’art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), il quale (...) è stato abrogato (in*

parte) dal citato art. 23-bis, anche mediante il suddetto regolamento di delegificazione”.

Alle medesime conclusioni, si potrebbe giungere anche facendo proprie alcune considerazioni generali circa la c.d. “valenza espansiva” dell’istituto del referendum abrogativo, rispetto a disposizioni legislative incompatibili con la volontà manifestata dagli elettori, riconosciuta in passato dalla stessa Corte Costituzionale.

Ed infatti, nonostante la l. 25 maggio 1970, n. 352 e s.m.i., recante “*Norme sul referendum previste dalla Costituzione e sull’iniziativa legislativa del popolo*”, non abbia disciplinato questo aspetto, nella giurisprudenza della Consulta si possono rintracciare spunti di riflessione volti a suffragare il principio in virtù del quale il positivo esito referendario è idoneo a determinare l’abrogazione tacita anche delle ulteriori norme incompatibili con gli esiti della consultazione popolare.

Al riguardo, nella sentenza 12 gennaio 1995, n. 3 è dato leggere che “*l’eventuale esito positivo dell’iniziativa referendaria (...) determina in modo automatico l’inoperatività*” anche di “*altre norme che si ricollegano, sul piano degli effetti pratici, a quelle oggetto del quesito*”; ed ancora, nella sentenza 2 febbraio 1990, n. 63, la Corte fa rilevare come, esclusa mediante referendum la possibilità di emettere certi provvedimenti cui è collegato un onere tributario, “*non può non discendere anche l’eliminazione dei relativi oneri, che verrebbero meno in ogni caso, ossia anche se non espressamente compresi nella richiesta di referendum*”.

Su tali basi, e considerato l’esito positivo del primo quesito referendario, volto a contrastare la privatizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riteniamo di poter allo stesso modo concludere che l’abrogazione dell’Articolo 23-bis abbia avuto delle inevitabili ripercussioni anche sull’Articolo 150, con la conseguente possibile applicazione dell’articolo 114 del TUEL anche in merito alla gestione del servizio idrico integrato.

1.2.2. La sorte degli affidamenti e delle gestioni “in essere”

Fermo restando quanto sopra, e prescindendo da ogni considerazione in merito alla disciplina relativa alle gestioni e agli affidamenti futuri, che saranno oggetto del successivo paragrafo, è necessario, ai fini del presente parere, prestare particolare attenzione alle eventuali conseguenze che l’esito del referendum ha prodotto sulle c.d. “gestioni in essere”, cioè quelle

situazioni concluse nel vigore della normativa abrogata, e regolate in base a tale disciplina.

Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale pare pronunciarsi nel senso della non incidenza del referendum abrogativo sulle valutazioni relative alla loro legittimità in base al principio *tempus regit actum*, ferma restando la necessità che queste rispettino la normativa e i principi europei in tema di gare pubbliche ed affidamento *in house*.

Le situazioni concluse nel vigore di una normativa abrogata (e regolate in base a tale disciplina), infatti, continuerebbero ad esplicare i propri effetti anche per il futuro, in quanto “ *tempus regit actum* ” vuol dire che la validità degli atti è e rimane regolata dalla legge vigente al momento della loro formazione e perciò, lungi dall’escludere, postula al contrario che a tale legge gli operatori giuridici debbano fare riferimento quando siano da valutare atti anteriormente compiuti” (Corte Costituzionale, 2 aprile 1970, n. 49, conformi, *ex plurimis*, 11 giugno 2010, n. 209; 1 aprile 2010, n. 124; Cons. Stato 9 agosto 2011, n. 4738; 27 aprile 2011, n. 2469; 29 settembre 2010, n. 7187; 4 giugno 2010, n. 3546; 3 settembre 2009, n. 5195; 16 novembre 2007, n. 5843).

L’effetto abrogativo conseguente al referendum, infatti, dispiegherebbe i propri effetti in maniera sostanzialmente diversa rispetto a quanto avviene nel caso di annullamento di una norma a seguito della sua dichiarazione di incostituzionalità. Ed infatti, nel primo caso, la legge abrogata continuerebbe a far parte dell’ordinamento giuridico, pur con efficacia temporalmente delimitata (c.d. “efficacia *ex nunc*”), mentre nel secondo, si colpirebbe retroattivamente, con il marchio dell’illegittimità, la mancata conformità di una determinata disposizione di legge alle norme ed ai principi di rango costituzionale (c.d. “efficacia *ex tunc*”).

Questo consolidato principio ha trovato di recente una rilevante limitazione nella sentenza 26 gennaio 2011, n. 24, nella quale la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che, in caso di vittoria del “sì”, si sarebbe verificata una situazione tale da determinare “*l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica*”.

Di conseguenza, considerato che, a seguito del referendum, è venuto meno il regime transitorio delineato al precedente paragrafo 1.1, si ritiene che possa affermarsi con fondate ragioni che l’esito della consultazione

popolare abbia sortito effetti anche in relazione agli affidamenti diretti già deliberati ed assentiti.

Ed invero, a seguito dell'abrogazione dell'Articolo 23-*bis*, gli atti di affidamento contrastanti con la normativa ed i principi di matrice comunitaria potrebbero essere (genericamente e con tutti i *caveat* del caso) oggetto di una procedura di infrazione comunitaria, ai sensi degli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Come noto, infatti, la valutazione della compatibilità con il diritto comunitario degli atti e dei comportamenti degli Stati membri dell'Unione Europea (intendendosi per Stato membro lo Stato-organizzazione, comprensivo quindi di ogni sua articolazione) è sottoposta al controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia, che su ricorso della Commissione Europea effettua l'accertamento formale, mediante sentenza, della corretta applicazione delle norme del Trattato da parte dei singoli Stati.

La Commissione ha il potere discrezionale di decidere se avviare o meno la procedura di infrazione, così come ha piena autonomia sul momento in cui presentare il ricorso alla Corte di Giustizia. Essa esercita d'ufficio il proprio potere di controllo, ma il suo intervento può essere sollecitato da singoli cittadini od operatori mediante la presentazione di un reclamo (cfr. Comunicazione della Commissione Europea COM (2002) n. 141 del 20 marzo 2002).

Ciò detto, ai fini del presente parere, è opportuno sottolineare come, a livello comunitario, risulta essere legittimo l'affidamento diretto, senza previa gara, di un servizio pubblico di rilevanza economica ad una persona giuridicamente distinta dall'ente di riferimento, qualora quest'ultimo eserciti un "controllo analogo" a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la prima realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (cfr. Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal).

Nello specifico, la sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su di essa un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi (cfr. C. Giust.

CE, sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05; 21 luglio 2005, C-231/03; 11 gennaio 2005, C-26/03).

Occorre, quindi, che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria della gestione di un determinato servizio pubblico (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica debba essere comunque superiore al 99%), ma non solo. Sono inoltre, necessari (C. Giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1 giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. Giust. CE, 10 novembre 2005, C-29/04, 13 ottobre 2005, C-458/03);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

In sostanza, si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

Da ultimo, sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si ritiene essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente: il controllo del bilancio; il

controllo sulla qualità dell'amministrazione; la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; la totale indipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategia e politiche aziendali.

Di conseguenza, soltanto gli affidamenti dei servizi effettuati a società pubbliche *in house providing* che soddisfano i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria potrebbero rimanere attivi fino alla loro naturale scadenza, tutti gli altri, invece, laddove ad essa non conformi potrebbero eventualmente costituire oggetto di una procedura di infrazione a livello comunitario.

A loro volta, gli enti locali sarebbero legittimati ad agire in autotutela ai sensi degli articoli 21-*quinquies* (nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario) e 21-*nonies* (per ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole) della l. 7 agosto 1990, n. 241.

In particolare, l'articolo 21-*quinquies* stabilisce che, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse – e la quasi plebiscitaria votazione referendaria potrebbe a ragione essere uno di questi – ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo possa essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. L'articolo 21-*nonies*, invece, al comma 1, sancisce che: “*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*”.

Occorre, pertanto, analizzare nel dettaglio ogni singolo atto di affidamento, al fine di valutare se, ed in quale misura, ciascuno di essi sia conforme o meno ai principi fissati in ambito comunitario. Solo allora potrà essere valutata l'opportunità di azionare gli strumenti previsti a livello europeo (primo fra tutti, la presentazione di un'istanza alla Commissione Europea) al fine di ottenere la condanna delle Amministrazioni, che hanno dato adito a situazioni di illegittimità, al pagamento di sanzioni pecuniarie.

Queste, laddove siano particolarmente onerose, potrebbero indurre gli enti locali a revocare gli affidamenti concessi, anche (e soprattutto) al fine di evitare l'irrogazione di nuove sanzioni (ricordiamo infatti che se la Commissione ritiene che lo Stato membro non abbia preso i provvedimenti

che l'esecuzione della sentenza emessa dalla Corte comporta, allora può dar corso ad una ulteriore procedura di infrazione e ad un nuovo giudizio innanzi alla stessa Corte per l'esecuzione della sentenza, chiedendo il pagamento di una somma forfettaria) oltre a penalità di mora.

Con riferimento all'operatività del soprarichiamato canone del *tempus regit actum*, inoltre, riteniamo che la deroga prevista dalla sentenza della Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n. 26, con riguardo alla tariffa del servizio idrico integrato, e costituita dal principio dell' "immediata applicabilità" della normativa residua ("*la normativa residua, immediatamente applicabile, data proprio dall'art. 154 del d.lgs. n. 152, non presenta elementi di contraddittorietà*"), possa essere intesa estensivamente quale clausola a carattere generale, non solo limitatamente all'operatività dell'art. 154, ma anche in relazione agli affidamenti già deliberati ed assentiti, stante la chiarezza, univocità ed omogeneità delle disposizioni di risulta.

Di conseguenza, gli affidamenti non conformi alla normativa risultante dalla consultazione referendaria, potrebbero costituire oggetto di impugnative dinanzi i competenti organi di giustizia.

1.3. La situazione *post*-referendaria: un *focus* sulle gestioni future

1.3.1. Profili generali

Per quanto riguarda il quadro generale in materia di affidamenti e gestioni future dei servizi idrici, le conseguenze del referendum sembrano essere essenzialmente due.

In primo luogo, è stato superato l'esplicito divieto per gli enti locali di affidare la gestione di tali servizi ad aziende *in house*; è quindi venuto meno l'obbligo per le stazioni appaltanti di avviare, a tal fine, una apposita procedura ad evidenza pubblica. L'Articolo 23-*bis*, infatti, pur prevedendo alcune eccezioni, aveva stabilito delle regole più rigorose rispetto a quelle previste a livello europeo ed aveva reso più difficile la possibilità di affidare servizi pubblici di rilevanza economica ad aziende pubbliche, controllate al 100% dagli enti locali, senza che fosse regolarmente indetta una gara.-

La Corte Costituzionale, al riguardo, con sentenza 17 novembre 2010, n. 325, ha avuto modo di affermare che *“la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall’ordinamento una protezione assoluta e possono, quindi, subire limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti”*. La possibilità per l’ente locale di gestire un servizio pubblico in via autonoma, con strutture amministrative proprie e con gli strumenti tipici dell’azione amministrativa, è stata ammessa anche da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552), secondo cui la gestione diretta di un servizio è *“sempre praticabile dall’ente locale”*.

Il secondo effetto è lo stop alla stagione delle gare per l’affidamento dei servizi idrici a nuovi gestori che avrebbe dovuto essere avviata alla fine del 2011, per proseguire fino al 2015, al fine di rimediare alla scadenza anticipata delle gestioni illegittime (concessioni senza gara a privati e ad aziende pubbliche *in house*). Perde ogni significato, quindi, anche quella privatizzazione del 40% delle aziende pubbliche cui gli enti locali sarebbero stati chiamati nel solo caso in cui, rifiutandosi di affidare i servizi con procedure ad evidenza pubblica, avessero preferito gestirlo direttamente attraverso proprie aziende.

1.3.2. Il servizio idrico integrato come “servizio privo di rilevanza economica” e relative conseguenze sulle sue modalità di affidamento

L’abrogazione referendaria dell’Articolo 23-*bis*, di parte dell’articolo 154 del Codice dell’Ambiente, e le disposizioni di adeguamento agli esiti della consultazione popolare, di cui all’articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, come modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148, inducono a ritenere che il servizio idrico integrato non possa più essere considerato *tout court* alla stregua di un “servizio pubblico locale di rilevanza economica”, come era stato invece sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza 17 novembre 2010, n. 325, in cui è dato leggere che una normativa regionale non può in alcun modo *“disciplinare il servizio idrico integrato (...) come servizio privo di rilevanza economica”*, stabilendo *“autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere, in quanto essa si pone in contrasto con gli artt. 141 e 154 del d.lgs. 152 del 2006 l’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, il d.l. n. 135 del 2009 e l’art. 113 TUEL –*

d.lgs. 267/2000, che ricomprendono il servizio idrico integrato tra i servizi dotati di rilevanza economica”.

L’abrogazione dell’Articolo 23-*bis* e la disciplina contenuta nel citato articolo 4, infatti, sembrano contenere indicazioni di segno contrario rispetto a quanto affermato dalla Consulta nel citato provvedimento. In particolare, tale ultima norma di legge, che contiene disposizioni di adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica agli esiti del referendum, reca, al comma 34, una clausola di esclusione che opera proprio in relazione al servizio idrico integrato (“*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono esclusi dall’applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato (...)*”).

Ebbene, le differenze intercorrenti a livello normativo tra servizi pubblici di rilevanza economica (soggetti ad una disciplina che si propone il fine di favorirne l’apertura al mercato) e servizio idrico integrato sembrerebbero portare ad escludere che quest’ultimo possa, allo stato attuale, essere automaticamente qualificato come “servizio pubblico locale di rilevanza economica”.

Stando così le cose, potrebbe essere legittimamente ripreso un orientamento della giurisprudenza costituzionale che prende le mosse dalla sentenza 13-27 luglio 2004, n. 272, con la quale la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 113-*bis* del TUEL, per violazione dei criteri costituzionali di riparto del potere legislativo tra Stato e Regioni, e conseguente illegittima compressione delle autonomie regionali e locali in materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

Ad avviso della Corte Costituzionale, infatti, la disciplina delle forme di gestione e di conferimento di detti servizi, estranea alla materia della concorrenza, non rientrava nelle materie riservate dall’articolo 117 della Costituzione alla potestà legislativa statale; dunque l’eliminazione del suddetto articolo 113-*bis*, in riespansione della clausola generale di potestà legislativa generale regionale contenuta nell’articolo 117, comma 3, della Costituzione, avrebbe favorito la creazione di uno “*spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale*” nella materia in esame.

Particolarmente significativo, ai fini del presente parere, è il seguente passaggio testuale della citata pronuncia: “*La tutela della concorrenza e*

l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come 'di rilevanza economica', di cui all'articolo 113, e non già in riferimento ai servizi 'privi di rilevanza economica', previsti dall'articolo 113-bis". La denominazione di questi servizi, già di per sé, può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non sia applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

A questo proposito, la Commissione Europea nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” del 21 maggio 2003, ha avuto modo di affermare come non sia possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “economica”, stante il carattere dinamico ed evolutivo della distinzione intercorrente tra attività economiche e non economiche.

Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza non si potrebbe, dunque, far ricorso all'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, della loro erogazione tramite attività d'impresa svolta nel mercato, la quale garantisca la remunerazione efficace del capitale (che, in relazione al servizio idrico integrato, è peraltro venuta meno a seguito dell'abrogazione parziale dell'articolo 154 del Codice dell'Ambiente), nel senso che nell'organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) debba remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione.

Qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici, e comunemente considerata priva di rilevanza economica, può essere svolta in forma di impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un'istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni. In definitiva, *“la scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende (...) più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi”* (così, Cons. di Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529).

Su tali basi, pertanto, anche alla luce degli esiti della consultazione referendaria, riteniamo di poter formulare le seguenti osservazioni conclusive:

- a) a seguito dell'abrogazione dell'Articolo 23-bis e dell'introduzione dell'articolo 4, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con l. 14 agosto 2011, n. 148, non può più essere affermata *sic et simpliciter* la rilevanza economica del servizio idrico integrato. La differenza di disciplina intercorrente tra tale servizio ed i servizi pubblici locali di rilevanza economica, infatti, costituisce un chiaro indice di come il Legislatore nazionale abbia inteso creare una netta dicotomia tra una situazione precedente (servizio idrico integrato come servizio pubblico locale di rilevanza economica) ed una attuale (in cui l'esplicita clausola di esclusione contenuta all'articolo 4, comma 34, fa sì che il servizio idrico integrato non possa più essere considerato *de plano* alla stregua di un servizio pubblico locale di rilevanza economica); di conseguenza
- b) la disciplina delle forme di gestione e di conferimento del servizio idrico integrato, non rientrerebbe nelle materie riservate dall'articolo 117 della Costituzione alla potestà legislativa statale; pertanto
- c) gli enti locali competenti (segnatamente, i Comuni) sarebbero liberi di scegliere la concreta struttura del servizio, le modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo nonché la disciplina normativa del servizio; in definitiva
- d) l'ente locale di riferimento potrebbe autonomamente stabilire che il servizio idrico integrato costituisca un "servizio privo di rilevanza economica", decidendo di affidare la gestione del medesimo esclusivamente a soggetti pubblici (azienda, azienda speciale consortile, consorzio fra i Comuni).

1.3.3. Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: la compatibilità del modello dell'azienda speciale con l'attuale assetto normativo

La tematica dell'affidamento del servizio idrico integrato – e, in particolare, la compatibilità del modello dell'azienda speciale con l'assetto normativo venutosi a creare a seguito del referendum – costituisce una delle questioni maggiormente dibattute in sede normativa, già nel vigore della

disposizione di cui all'articolo 113, comma 5, del TUEL, come modificato dall'articolo 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con legge 24 novembre 2003, n. 325.

Mentre, infatti, il profilo dell'organizzazione di tale servizio secondo il modello c.d. "integrato" ed in base ad ambiti territoriali ottimali era stato disciplinato dalla l. 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. "Legge Galli"), successivamente trasfusa nell'Articolo 150, le forme di gestione, di cui al citato articolo 113, comma 5, consistevano essenzialmente: (i) nell'affidamento a società di capitali a mezzo di procedura ad evidenza pubblica; (ii) nell'affidamento a società mista pubblico-privata e (iii) nella gestione secondo il modello dell'*in house providing*.

In ordine all'utilizzo dei modelli organizzativi a gestione diretta e semi-diretta per il servizio idrico integrato, il Ministero dell'Ambiente, con due circolari del 2004, si era già espresso in chiave restrittiva, affermando il carattere residuale della formula *in house* e, in relazione alla società mista, aveva puntualizzato la necessità del previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato e la sua natura di "socio operativo".

Successivamente l'Articolo 150, comma 2, mediante il richiamo espresso all'articolo 113, comma 7, del TUEL, ha inteso applicare all'affidamento del servizio in questione unicamente le procedure di selezione ad evidenza pubblica, espungendo così la possibilità di affidamento *in house*.

In tale contesto regolatorio ed interpretativo, la riforma attuata con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (c.d. "Decreto Ronchi"), convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166, con prevalenza rispetto alle discipline di settore, ha mantenuto ferme per l'affidamento del servizio idrico integrato "*l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle stesse*".

Inoltre, il D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, all'articolo 12, ha abrogato l'Articolo 150, comma 2, nella parte in cui prevedeva l'affidamento del servizio a mezzo di gara, attraverso il richiamo all'articolo 113, comma 7, del TUEL. In sostanza, il sistema di affidamento del servizio idrico integrato delineato dal Decreto Ronchi era incentrato su una generale attenuazione della regola dell'eccezionalità del ricorso all'*in house providing*, basata su una presunzione di legittimità collegata alla sussistenza

delle seguenti condizioni: (i) chiusura in utile del bilancio di esercizio; (ii) reinvestimento nel servizio di almeno l'80% degli utili; (iii) applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore.

Su questo quadro generale si innesta la problematica relativa all'individuazione dei principi che devono presiedere l'affidamento del servizio idrico integrato, alla luce della rilevata "non reviviscenza" – a seguito della cancellazione referendaria dell'Articolo 23-bis – della normativa abrogata dal D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (*"all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (...)"*, Corte Costituzionale, sentenza 26 gennaio 2011, n. 24)

Al riguardo, riteniamo di poter affermare come spetti all'ente locale di riferimento la scelta delle forme di gestione del servizio idrico integrato; un principio, questo, ribadito anche dall'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI) nella nota interpretativa del 14 giugno 2011, dove è dato leggere che *"non v'è dubbio che l'abrogazione dell'art. 23-bis e la 'non reviviscenza' dell'art. 113, comma 5, TUEL, non consentono di immaginare la persistenza di un divieto alla gestione in economia o mediante azienda speciale, che pure la Corte Costituzionale aveva ricostruito in forza della sostanziale continuità di disciplina tra gli artt. 35, l. 488/01 e 14, d.l. 269/03, e l'art. 23-bis; continuità oggi spezzata, appunto, dall'esito referendario e dalla contestuale abrogazione della disciplina del TUEL e di quella del d.l. 112/08"*.

Sussiste, pertanto, in sede di affidamento del servizio idrico integrato, una sostanziale equiparazione delle possibilità di ricorrere sia a moduli organizzativi basati sull'espletamento di procedure ad evidenza pubblica – affidamento a società di capitali e a società miste – che al modello gestionale dell'*in house providing*, sicché oggi può dirsi che non persiste alcun ostacolo, né a livello comunitario né in ambito nazionale, alla gestione, da parte dei Comuni, dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica tramite aziende speciali.

Tale assunto troverebbe ulteriore conferma nell'*iter* che ha recentemente condotto all'approvazione del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. "decreto-legge liberalizzazioni", di seguito "Decreto"). In un primo momento, infatti, i tecnici del Governo Monti avevano inserito, all'articolo 20, comma 1 di tale Decreto, una disposizione rubricata "Aziende speciali e istituzioni", che prevedeva quanto segue: *"all'articolo 114 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, sono*

apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, dopo le parole ‘ente locale’ sono inserite le seguenti: ‘per la gestione di servizi diversi dai servizi di interesse economico generale’”.

Appare evidente come siffatta norma di legge, laddove non fosse stata stralciata dal testo definitivo del Decreto – come poi avvenuto –, avrebbe posto nel nulla gli esiti del referendum. Ed infatti, dando per scontato (come non è) che il servizio idrico integrato possa essere qualificato *tout court* alla stregua di un servizio di interesse economico generale, la gestione di tale servizio avrebbe dovuto essere affidata soltanto a soggetti scelti mediante gara o a società per azioni, così ponendo nel nulla quello che era – e che rimane – l’intento principale dei promotori del referendum: rendere possibile una gestione realmente pubblica del servizio idrico integrato.

L’eliminazione dell’articolo 20 dal testo definitivo del Decreto, approvato ed entrato in vigore il 24 gennaio scorso, pertanto, sta a dimostrare come sia stato il Governo stesso ad aver riconosciuto l’illegittimità di una tale disposizione, che avrebbe messo la parola fine alla possibilità di una gestione direttamente pubblica e partecipata dalle comunità locali del servizio idrico integrato, in aperta e palese contraddizione con il volere espresso da milioni di cittadini nel referendum. Alla luce di queste ulteriori riflessioni, riteniamo di poter ribadire come, allo stato attuale, non sembrano sussistere dubbi circa la possibilità che tale servizio possa essere gestito tramite aziende speciali.

Al riguardo, si fa rilevare come l’affidamento del servizio idrico integrato ad una azienda speciale integri una fattispecie nella quale, pur non provvedendo l’ente direttamente alla gestione del servizio, si utilizza uno strumento organizzativo che fa capo all’ente stesso attraverso le forme di collegamento e sovraordinazione stabilite dall’articolo 114 del TUEL, quindi difforme dall’affidamento del servizio ad un soggetto del tutto estraneo all’amministrazione comunale, quale potrebbe essere l’ipotesi di una società.

Ed infatti, le aziende speciali, seppur dotate di autonomia gestionale, quali organismi strumentali, sono soggetti istituzionalmente dipendenti dagli enti locali e sono parte dell’apparato amministrativo che fa capo al Comune e ad esse l’ente pubblico deve conferire un capitale di dotazione sufficiente a raggiungere le finalità per le quali è costituito, trasferendo definitivamente il personale addetto alle attività che dovranno da loro essere espletate.

E' questa la strada che è stata pionieristicamente seguita dal Comune di Napoli all'indomani della vittoriosa campagna referendaria. L'Amministrazione comunale partenopea, infatti ha recentemente deliberato la trasformazione del soggetto giuridico incarico di erogare il servizio idrico integrato (Arin S.p.A.) da società per azioni in azienda speciale. L'esperienza napoletana ha avuto il merito di dimostrare come l'approdo verso forme di gestione realmente pubbliche del servizio idrico integrato – naturale conseguenza del voto referendario – non soltanto sia possibile ma costituisca il modello cui tutti i Comuni dovrebbero rifarsi al fine di garantire la piena e completa attuazione degli esiti del referendum.

2. IL SECONDO QUESITO REFERENDARIO

2.1. La “tariffa del servizio idrico integrato”: profili generali

A seguito dell'abrogazione parziale dell'articolo 154 del Codice dell'Ambiente e della caducazione della parte relativa alla “*adeguata remunerazione del capitale investito*”, uno dei problemi principali che si pone, nel contesto attuale, in relazione al settore idrico, è rappresentato dalla determinazione delle tariffe, che debbono essere rimodulate conformemente alla disciplina ora vigente.

Come è noto, la tariffa del servizio idrico integrato è definita, allo stato attuale, in base ai principi della copertura integrale dei costi di investimento e del canone “chi inquina paga”, desumibili dal suddetto articolo 154 (“*La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio ‘chi inquina paga’. Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo*”).

Non solo. Ai fini della quantificazione degli importi rientranti nella tariffa medesima, è necessario applicare il c.d. “metodo normalizzato”, di cui al decreto ministeriale 1 agosto 1996. Secondo il metodo tariffario, i costi che vanno a comporre la tariffa reale media sono costituiti

rispettivamente dai costi operativi, dagli ammortamenti e dalla remunerazione del capitale investito, che costituisce la redditività dell'azienda (nell'ipotesi in cui essa si dedichi esclusivamente alla gestione del servizio idrico integrato), e si determina applicando al capitale investito medio di periodo – come risultante dai libri contabili e dal piano economico-finanziario – un tasso di remunerazione pari al 7%.

Tanto premesso – tenuto conto del fatto che:

- a) con l'articolo 10, comma 14, lettera d) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni, in l. 12 luglio 2011, n. 106, è stata istituita l'Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in Materia di Acqua, sostitutiva del CO.N.VI.RI.;
- b) con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214) sono state *“trasferite all’Autorità per l’energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici (originariamente conferite all’Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in Materia di Acqua, ndr), che vengono attribuiti all’Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481. Le funzioni da trasferire sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del nuovo decreto”* (articolo 21, comma 19);
- c) nell'attesa che si completi questo passaggio di consegne, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ha avocato a sé tutte le competenze che il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni, in l. 12 luglio 2011, n. 106, avrebbe voluto affidare alla nuova Agenzia, ivi compresa la definizione delle componenti di costo e del metodo tariffario, l'approvazione delle tariffe e dei piani d'ambito predisposti dalle Autorità territoriali, oltre alla vigilanza sulle singole gestioni (fonte: <http://rassegna.governo.it/testo.asp?d=74928400>),

sembra abbastanza pacifico ritenere che, così stando le cose, spetterà *medio tempore* al Ministero il compito di predisporre il nuovo metodo tariffario, in conformità ai principi comunitari ed alla luce dell'esito referendario.

Nelle more di adeguamento alla norma ed adozione del nuovo metodo tariffario, tuttavia, si dibatte circa la possibilità o meno di ritenere che la tariffa relativa al servizio idrico integrato debba rimanere tale fino ad una nuova regolazione, ovvero se i soggetti gestori possano procedere alla immediata rimodulazione della tariffa medesima al fine di decurtare dal computo delle voci che concorrono a comporla, il 7% relativo alla remunerazione del capitale investito.

2.2. La situazione successiva al referendum

La Corte Costituzionale con sentenza 26 gennaio 2011, n. 26, nel dichiarare ammissibile la richiesta di referendum popolare relativo al quesito in parola, ha avuto modo di affermare quanto segue: *“la normativa residua, data proprio dall’art. 154 del D.Lgs. n. 152/2006, è immediatamente applicabile e non presenta elementi di contraddittorietà”*.

Ebbene, la Consulta, nell’affermare il suddetto principio, ha operato un esplicito rinvio alla sentenza della Corte Costituzionale 4 febbraio 1993, n. 32, che, in materia di referendum abrogativo su leggi elettorali relative ad organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, aveva espressamente sancito che, laddove *“i quesiti siano omogenei e riconducibili a una matrice razionalmente unitaria, e ne risulti una coerente normativa residua, immediatamente applicabile (...) è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo, se l’uso di questa tecnica è imposto dall’esigenza di ‘chiarezza, univocità e omogeneità del quesito’ e di ‘una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative’, sì da consentire agli elettori l’espressione di un voto consapevole”*.

Assume, pertanto, rilievo decisivo l’indagine circa la portata da attribuire alla locuzione *“immediata applicabilità della normativa residua”*. Ad avviso di chi scrive, codesta espressione dovrebbe essere intesa nel senso di *“immediata applicabilità della tariffa come risultante dalle modifiche intervenute a seguito del referendum, senza necessità di un ulteriore intervento legislativo”*, con la conseguenza che ben potrebbe legittimarsi una eventuale richiesta di adempimento e di immediata conformazione agli esiti della consultazione popolare da inoltrare tanto ai soggetti gestori, quanto alle Autorità d’ambito territoriale (le c.d. *“A.T.O.”*, la cui attività è stata prorogata per tutto il 2012 dall’articolo 13 del d.l. 29

dicembre 2011, n. 216), deputate all'organizzazione, all'affidamento e controllo della gestione del servizio idrico integrato.

Ed infatti, riteniamo che non sussista alcun ragionevole motivo per dubitare che i quesiti referendari, per la loro intrinseca chiarezza, univocità ed omogeneità, siano idonei a mostrare in maniera inconfutabile quali siano, allo stato attuale le variabili e/o voci di costo che vanno a comporre la tariffa del servizio in parola: (i) qualità della risorsa idrica e del servizio fornito; (ii) opere ed adeguamenti necessari; (iii) entità dei costi di gestione delle opere e costi di gestione delle aree di salvaguardia; (iv) quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, *“in modo tale che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio ‘chi inquina paga’”*.

Di conseguenza, a nostro parere, non può essere condiviso l'orientamento interpretativo – di cui comunque diamo atto per motivi di completezza espositiva – in base al quale la determinazione di una nuova tariffa che tenga conto degli esiti referendari, sarebbe rimessa ad un emanando decreto ministeriale, da redigere conformemente a quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 154 del Codice dell'Ambiente, ai sensi del quale: *“Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, su proposta dell'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, tenuto conto della necessità di recuperare i costi ambientali anche secondo il principio ‘chi inquina paga’, definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua”*.

Ed invero, affermare che occorre attendere la pubblicazione del suddetto decreto ministeriale per vedere pienamente attuato il volere popolare espresso nel referendum, appare più una forzatura giuridica finalizzata a differire il più possibile l'operatività delle modifiche occorse al soprarichiamato articolo 154, che una reale e valida argomentazione a sostegno di un asserito rispetto di quanto previsto da codesta disposizione di legge. Gli strumenti normativi/operativi necessari per attuare la decurtazione del 7% relativo alla *“remunerazione del capitale investito”*, infatti, sono già a disposizione dei soggetti affidatari della gestione del servizio idrico integrato. A loro spetta, pertanto, il dovere di utilizzarli al fine di provvedere, nel più breve tempo possibile, alla rimodulazione della tariffa relativa a tale servizio, conformemente agli esiti della consultazione referendaria.

3. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene di poter formulare le seguenti riflessioni conclusive.

In via preliminare, preme sottolineare come il servizio idrico integrato, a seguito dell'abrogazione dell'Articolo 23-*bis* e dell'introduzione dell'articolo 4, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con l. 14 agosto 2011, n. 148, possa rivestire, a seconda delle scelte operate dagli enti locali di riferimento, le caratteristiche di "servizio privo di rilevanza economica", con la conseguenza che, per la sua gestione, l'ente locale potrebbe anche decidere di optare, in maniera del tutto legittima, per il modello dell'azienda speciale, di cui all'articolo 114 del TUEL (cfr. ANCI, nota interpretativa del 14 giugno 2011).

Ma vi è di più. Volendo aderire – e noi vi aderiamo – ad un indirizzo dottrinale che vuole l'Articolo 150 sostanzialmente "svuotato" della sua portata applicativa per incompatibilità con l'Articolo 23-*bis* ed il suo regolamento attuativo, non sarebbe soltanto possibile, bensì necessario rifarsi all'articolo 114 del TUEL anche in relazione alla gestione del servizio idrico integrato.

In secondo luogo, con specifico riferimento alle c.d. "gestioni in essere", si fa rilevare come l'abrogazione dell'Articolo 23-*bis* opererebbe *ex nunc*, dispiegando la propria efficacia soltanto a decorrere dal momento del suo verificarsi. Secondo un'interpretazione consolidata degli articoli 11 e 15 delle Disposizioni sulla legge in generale, infatti, l'effetto abrogativo non comporterebbe una vera e propria eliminazione del portato normativo, quanto una mera delimitazione della sfera della sua efficacia da un punto di vista temporale, con la conseguenza che le situazioni concluse nel vigore della normativa abrogata continuerebbero ad esplicare i propri effetti per il futuro, fino almeno al loro naturale spirare, ove previsto.

Al riguardo, la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che *"In virtù del principio 'tempus regit actum', la legittimità degli atti amministrativi va verificata con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della loro adozione"* (Corte Costituzionale, 11 giugno 2010, n. 209), nonché che *"in applicazione del principio 'tempus regit actum', ogni atto amministrativo (anche endoprocedimentale) deve essere conforme alla legge in vigore nel momento in cui viene posto in essere"* (Corte Costituzionale, 1 aprile 2010, n. 124). A ciò si aggiunga la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata al paragrafo 1.2.2, secondo

la quale “*La legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere apprezzata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del ‘tempus regit actum’*” (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato 9 agosto 2011, n. 4738).

E’ comunque opportuno sottolineare come soltanto gli affidamenti dei servizi effettuati a società pubbliche *in house providing* che soddisfino i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria (controllo sul gestore analogo a quello svolto sui propri organi, svolgimento dell’attività in via prevalente per l’amministrazione o le amministrazioni socie, capitale sociale totalmente pubblico) resterebbero attivi fino alla loro scadenza naturale senza subire alcuna conseguenza; tutti gli altri, a seguito del referendum, potrebbero – a seconda del caso – essere oggetto di una procedura di infrazione a livello comunitario, con la possibile condanna dell’amministrazione pubblica di riferimento al pagamento di una sanzione pecuniaria *ex* articolo 260 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea.

A ciò si aggiunga che gli enti competenti, nel caso in cui riscontrino una violazione dei suddetti principi di diritto comunitario, potrebbero agire in autotutela ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Occorrerà, dunque, procedere ad analizzare ogni singolo atto di affidamento, al fine di accertare la conformità o meno di ciascuno di essi alla normativa ed ai principi di diritto europeo, per poi decidere quale strada eventualmente intraprendere, anche e soprattutto a livello comunitario, per contrastare l’efficacia degli affidamenti illegittimi.

Ma non è tutto. Anche con riguardo agli atti di affidamento già deliberati ed assentiti, potrebbe trovare applicazione un principio affermato di recente dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 26 gennaio 2011, n. 26, in relazione alle concrete modalità di determinazione della tariffa del servizio idrico integrato: a parere di chi scrive, infatti, la portata del brocardo del *tempus regit actum*, potrebbe essere limitata o controbilanciata dal principio dell’ “*immediata applicabilità della normativa residua*”, sancito proprio dalla Corte Costituzionale. Questo principio, sembrerebbe idoneo a costituire una deroga al canone ordinario del *tempus regit actum* e renderebbe impugnabili, in sede civile e/o amministrativa, gli atti di affidamento non conformi alla normativa di risulta ora in vigore.

Con riferimento alle tempistiche di adozione della nuova tariffa, come risultante dall'espunzione dal comma 1 dell'articolo 154 del Codice dell'Ambiente, della frase "*dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*", invece, sussiste ad oggi un contrasto interpretativo relativo al concetto di "immediata applicabilità" della normativa di risulta, richiamato dalla succitata giurisprudenza costituzionale, che riteniamo debba essere risolto a favore dell'orientamento dottrinale che vuole la tariffa risultante dalle modifiche intervenute a seguito del referendum immediatamente applicabile senza necessità di alcun intervento normativo e/o regolamentare da parte del Legislatore nazionale.

Ed infatti, non può non essere tenuto nel dovuto conto quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nel suddetto provvedimento, in cui è dato leggere che "*la normativa residua, immediatamente applicabile, data proprio dall'art. 154 del d.lgs. n. 152, non presenta elementi di contraddittorietà*". Proprio in virtù di quanto previsto da codesta pronuncia è necessario che i soggetti affidatari della gestione del servizio idrico integrato si conformino quanto prima al volere popolare espresso nel referendum, attuando sin da subito l'immediata decurtazione in bolletta del 7% relativo alla "*remunerazione del capitale investito*".

A supporto di tale interpretazione, particolare rilievo assumono le dichiarazioni, rese lo scorso 24 febbraio, dal Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Corrado Clini, con le quali quest'ultimo, ha tenuto a rimarcare "*l'esigenza di dare attuazione a quanto stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza 26/2011, in merito all'abrogazione del comma 1 dell'art. 154 del D.lgs. 152/06, relativo all'adeguata remunerazione del capitale investito*"; un'esigenza, questa, che dovrà inevitabilmente condurre i tecnici del Ministero a "*individuare obiettivi sui livelli di qualità del servizio e criteri di benchmark, con strumenti di premialità e di sanzione analoghi a quelli che già l'Autorità ha adottato nel campo elettrico*", "*considerando che la tariffa deve prevedere la sola copertura integrale dei costi del servizio*" e, soprattutto, tenuto conto del fatto che "*il provvedimento in materia tariffaria debba essere adottato anche nelle more dell'emanazione del DPCM attuativo di cui all'articolo 21, comma 19, del DL 6 dicembre 2011, numero 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214*", il che costituirebbe un'ulteriore riprova dell'immediata applicabilità della suddetta normativa residua.

Ad ogni buon conto, laddove l'invito del Ministro non dovesse tradursi in concreti interventi attuativi della volontà popolare, si potrebbe

valutare l'opportunità di recapitare ai gestori del servizio pubblico in parola e alle A.T.O., una richiesta in tal senso, indicando un termine entro cui provvedere, decorso vanamente il quale potrà essere considerata la possibilità di tutelare, dinanzi le competenti sedi, gli interessi, sino ad oggi mortificati, degli utenti del servizio idrico integrato.

Avv. Rocco Panetta