

SERGIO MAROTTA

LA DEPUBBLICIZZAZIONE DEI SERVIZI IDRICI
DALLA MUNICIPALIZZAZIONE
ALL'OBBLIGO DI ESTERNALIZZAZIONE

Benché l'acqua che scorre alla fontana sia di tutti,
chi può dubitare che l'acqua del secchio sia di chi l'ha attinta?

J. LOCKE, *Secondo Trattato sul Governo*, V, 29

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “depubblicizzazione” del servizio idrico integrato dall’art. 35 della finanziaria per il 2002 al Codice dell’ambiente. – 3. La disciplina introdotta dall’art. 23-bis, d.l. 112/2008 modificato dal c.d. decreto Ronchi. – 4. Il parere obbligatorio dell’*Antitrust* e i principi del diritto comunitario. – 5. Il “presunto” divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nella sentenza della Corte cost. n. 325/2010. – 6. Incostituzionalità e contrarietà all’ordinamento comunitario dell’obbligo di esternalizzazione del servizio idrico integrato. – 7. La questione della rilevanza economica. – 8. Conclusioni.

1. Premessa

A partire dalla riforma delle autonomie locali del 1990, si è assistito in Italia a un processo di depubblicizzazione¹ che ha interessato l’intero settore dei servizi pubblici locali compreso quello dei servizi idrici.

Per depubblicizzazione deve intendersi una complessa dinamica politica, giuridica e sociale esattamente uguale e contraria a quella che si sviluppò nella seconda metà dell’Ottocento quando la progressiva estensione

¹ «(...) il modello prevalente della gestione dei servizi pubblici locali in Italia è quello che chiamiamo della depubblicizzazione, un esito di fatto più che un modello in sé, che ricalca solo in parte il modello ideale (...) della privatizzazione» (G. Citroni, N. Giannelli e A. Lippi, *Chi governa l'acqua? Studio sulla governance locale*, pref. di R. Bin, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, 63).

dei compiti e delle funzioni dello stato e degli enti pubblici locali indotta dalla necessità di integrare – e spesso di sostituire – un’insufficiente iniziativa economica privata, produsse la possibilità di municipalizzazione dei servizi a livello locale. Ciò avvenne con la legge Giolitti del 1903 che chiuse il periodo che si potrebbe definire di pubblicizzazione consentendo l’uso di aziende pubbliche per la gestione dei servizi locali, esattamente come oggi l’art. 15 del cd. decreto Ronchi (d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni in l. 20 novembre 2009, n. 166), dovrebbe chiudere, almeno nelle intenzioni del governo e di larga parte dell’opposizione, il processo di depubblicizzazione con una precisa scelta politica a favore dell’applicazione del principio di concorrenza nella gestione dei servizi pubblici locali e con la fine delle vecchie gestioni pubbliche ancora in essere.

Si tratta, in sintesi, del definitivo superamento del sistema di de-economizzazione dei beni e dei servizi pubblici essenziali tipico dello stato sociale e del ritorno alla economizzazione di questi beni e servizi che è caratteristica dei sistemi di libero mercato.

2. La «depubblicizzazione» del servizio idrico integrato dall’art. 35 della finanziaria per il 2002 al Codice dell’ambiente

Il passaggio fondamentale nella depubblicizzazione del servizio idrico integrato – come degli altri servizi pubblici locali non espressamente esclusi dall’applicazione della norma – è stato quello determinato dall’art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002). Esso, infatti, snaturando il classico impianto della legislazione sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, cancella dall’art. 113 Tuel – per i soli servizi a rilevanza industriale successivamente definiti a rilevanza economica –, sia la gestione diretta in economia, sia la gestione attraverso aziende speciali costringendo gli enti locali all’esternalizzazione obbligatoria dei servizi pubblici locali e imponendo la gara pubblica come unica modalità di affidamento. L’art. 35, c. 8, prevede, inoltre, l’obbligo di trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi tra enti locali in società per azioni con l’evidente intento di eliminare i residui della gestione municipalizzata ancora esistenti.

Imponendo agli enti locali l’obbligo di esternalizzare anche i servizi essenziali, senza alcun riferimento alle diverse situazioni locali, il legislatore del 2002 privava sicuramente gli enti locali di parte dell’autonomia loro garantita dall’art. 5 Cost. in quanto escludeva in modo perentorio la libertà di scelta dell’ente locale sul modo più efficiente per gestire i propri servizi assicurata sin dalla legge Giolitti del 1903.

la depubblicizzazione dei servizi idrici

L'art. 35 della finanziaria per il 2002 prevedeva, al c. 5, anche una disciplina specifica per il settore dei servizi idrici: «in alternativa» al regime della gara, nel termine fissato dalla legge di diciotto mesi, le Autorità d'ambito territoriale ottimale (Aato) avrebbero potuto affidare il servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali facenti parte dello stesso ambito territoriale ottimale a condizione che entro due anni dall'affidamento diretto avessero ceduto il 40 per cento delle quote ai privati.

Per il servizio idrico integrato, dunque, l'art. 35 della finanziaria per il 2002 prevedeva espressamente l'affidamento senza gara a società a capitale interamente pubblico. Ciò serviva, in primo luogo, a superare le difficoltà tecnico-giuridiche incontrate dagli Ato, cioè da enti costituiti da diversi comuni e province organizzati tra loro in forma di consorzio o convenzione, nell'affidare il servizio idrico integrato ad un unico gestore pubblico evitando l'espletamento di procedure di gara. L'art. 35 della finanziaria per il 2002, nel contempo, anticipava, per il solo settore dei servizi idrici, i contenuti della disciplina introdotta successivamente con l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 del decreto Ronchi, imponendo la cessione delle quote delle società pubbliche di gestione ai privati pena la cessazione delle concessioni.

Nel 2002, però, la disciplina complessiva contenuta nell'art. 35 della finanziaria dovette apparire, a maggior ragione per il settore idrico, come una fuga in avanti soprattutto perché, di fatto, finiva per privare le grandi *multiutilities* del Nord e del Centro delle vecchie concessioni nel momento in cui erano ancora impegnate nel processo di riorganizzazione delle loro attività che si era realizzato, fino ad allora, attraverso la progressiva concentrazione – generalmente mediante fusione – delle società per azioni nate dalla trasformazione delle vecchie aziende speciali. Queste società, inizialmente a capitale totalmente pubblico, avevano fatto il loro ingresso nei mercati finanziari quotando in borsa le proprie azioni, mentre rimanevano ancora titolari delle vecchie gestioni «privilegiate», in quanto monopolistiche, affidate loro dai singoli comuni proprietari quando ancora rivestivano la forma giuridica di aziende pubbliche.

Così il legislatore si vide costretto dopo pochi mesi ad una repentina inversione di marcia reintroducendo nel comma 5 dell'art. 113 Tuel – con il d.l. n. 269/03 (conv. nella l. n. 326/03) noto come lodo Buttiglione – altre due modalità di affidamento oltre alla gara e cioè l'affidamento a società mista con il socio privato selezionato con procedura di evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società a totale capitale pubblico che svolgessero la parte più importante della loro attività a favore degli enti pubblici proprie-

tari e sulle quali questi ultimi esercitassero un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (c.d. “*in house providing*”).

Il lodo Buttiglione tuttavia non prevedeva alcun condizionamento della scelta per l'affidamento diretto senza gara a società a capitale interamente pubblico. Esso si limitava, infatti, ad inserire nell'art. 113 Tuel il testo del punto 50 della nota sentenza *Teckal* (18 novembre 1999 nella causa C-107/98) con la quale la Corte di Giustizia Ue aveva individuato le condizioni perché gli affidamenti senza gara fossero considerati legittimi alla luce del diritto comunitario.

I due interventi del legislatore quello della finanziaria per il 2002 e quello del lodo Buttiglione creavano, così, un obbligo di esternalizzazione forzata anche del servizio idrico integrato con l'unica possibilità di mantenere la gestione interamente pubblica affidata all'*in house providing*, realizzabile a discrezione dell'ente locale in quanto considerato dalla giurisprudenza comunitaria una forma di autoproduzione consentita dal diritto comunitario.

Nel 2006, l'art. 150 del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) introdusse una nuova disciplina specifica delle modalità di gestione riferita al servizio idrico integrato. L'art. 150, infatti, nel richiamare i modelli di gestione dell'art. 113, c. 5, Tuel, prevede espressamente che l'affidamento a società interamente pubblica dovesse essere giustificato da «obiettive ragioni tecniche od economiche».

L'appesantimento del ricorso all'*in house providing* per il settore idrico – che è impossibile escludere dal novero dei servizi essenziali – appare ancor più incomprensibile se solo si pensi che il testo dell'art. 113, lett. b), Tuel nella sua originaria formulazione dell'agosto 2000 richiedeva adeguate «ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale», ma al fine di giustificare la decisione di affidare i servizi in concessione a terzi.

L'art. 150 del Codice dell'ambiente ribalta, per il servizio idrico, l'impostazione originaria del Tuel risalente alla riforma del 1990: è l'ente locale che intende mantenere il servizio all'interno della gestione pubblica che deve fornire un'adeguata motivazione per giustificare la propria scelta, mentre quello che intende privatizzare il servizio può farlo a sua discrezione attraverso una semplice decisione politico-amministrativa.

3. La disciplina introdotta dall'art. 23-bis, d.l. 112/2008 modificato dal cd. decreto Ronchi

L'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, nel testo modificato dall'art. 15, d.l. 25 set-