

...E la Legge Galli?

La legge 5 gennaio 1994, n. 36, meglio nota come “legge Galli”, è la prima in materia di acque che, almeno a livello programmatico, si propone una visione globale della *risorsa acqua* e ne delinea una disciplina organica sotto il profilo della tutela e, principalmente, della gestione.

In realtà, il capitolo introduttivo della riforma della politica dell’acqua era stato, precedentemente, il disposto normativo della l. 18 maggio 1989, n. 183 sulla difesa del suolo (“Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo”); una legge a cui si riconosce un carattere di decisiva rottura con il tradizionale approccio legislativo ai problemi delle acque e del suolo.

Tale legge ha posto alcuni principi di base, delineato il quadro organizzativo fondamentale, individuato l’ambito territoriale di riferimento nel *bacino idrografico*, istituito le *Autorità di bacino* quali organismi specializzati esercitanti le competenze più rilevanti, introdotto uno strumento pianificatorio - il *Piano di bacino* - destinato a sostituirsi ai diversi piani settoriali esistenti.

La legge 183 ha lasciato però scoperti i seguenti aspetti:

- la tutela delle acque, affrontata soltanto in via incidentale;
- le concessioni di derivazione, disciplinate dal testo unico del 1933 (come modificato dal d.lg n. 275 del 1993);
- i servizi idrici, cui la legge n. 183 dedica il solo art. 35 contenente norme insufficienti.

LA LEGGE SUL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO COME “LEGGE OPERATIVA DEL SETTORE”

Con la legge n. 36 del 1994 si è inteso eliminare la lacuna relativa ai

servizi, riorganizzando in maniera del tutto innovativa la materia della gestione dei servizi idrici. La legge n. 36 si pone così come “legge operativa del settore”. Ciò non significa che, tuttavia, manchi nella legge un contributo di ulteriori principi fondamentali in tema di utilizzazioni delle acque e di rapporti reciproci delle stesse.

In realtà, proprio per l’ampiezza dell’oggetto trattato, per l’introduzione di ulteriori principi innovativi e la complessità degli strumenti e delle strutture previste, la l. 36/94 viene ad interferire con l’intero complesso delle fonti che disciplinano, con scopi ed oggetti diversi, la materia dell’acqua.

La stratificazione delle normative derivanti da tali fonti che sono settoriali, eterogenee e mai ben coordinate tra loro, ha contribuito a creare un quadro di difficile interpretazione, nel quale unico punto certo è stata l’assenza non soltanto di un vero e proprio “governo” delle acque ma anche di una più limitata “polizia” delle acque.

I tentativi di programmazione succedutisi negli ultimi decenni non hanno perso il carattere settoriale proprio degli interventi normativi di inizio secolo, e per questo motivo è mancata comunque una ponderazione globale degli interessi coinvolti ed una considerazione unitaria delle possibili utilizzazioni delle acque, spesso tra loro incompatibili.

Così, ad esempio, il piano regolatore generale degli acquedotti di cui alla legge 4 febbraio 1963, n. 129, o i piani di risanamento delle acque di cui alla legge 10 maggio 1976, n. 319, non hanno determinato quel “salto” necessario per poter parlare di governo delle acque nel nostro ordinamento che ha costituito, invece, l’obiettivo principale della legislazione più recente (l. 183/89 e l. 36/94).

Dr. Raffaele Tiscar

Direttore Generale Reti e Servizi
di Pubblica Utilità
Regione Lombardia

Tale stratificazione normativa implica non soltanto confusione e mancanza di unitarietà nella politica e governo delle acque, ma anche una difficoltà nell'applicazione delle norme per l'intreccio e la sovrapposizione di istituti in esse previsti e la mancanza di un adeguato riordino della normativa sulle acque.

Per quanto concerne, in particolare, la legge Galli, un primo tentativo di coordinamento con la normativa precedente è dato dall'art. 32 che si limita ad abrogare espressamente gli art. 17 bis e 17 ter della legge Merli e l'art. 12 del d.lg. 12 luglio 1993, n. 275, e demanda ad un regolamento del governo, ai sensi del comma 2 dell'art. 17 della legge 400/1988, da adottarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, l'individuazione degli atti normativi incompatibili con la legge, da considerarsi abrogati con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento medesimo.

In attuazione del presente articolo è stato emanato il DPR 18/2/1999, n. 238.

■ LA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI ACQUE

Connesso al problema dell'individuazione delle fonti incompatibili è da menzionare anche quello relativo alla semplificazione, regolamentazione uniforme e razionalizzazione dei procedimenti amministrativi in materia di acque.⁽¹⁾

L'art. 2, comma 7, della legge 24 dicembre 1993, n. 534 "Interventi correttivi di finanza pubblica", emanata contestualmente alla legge finanziaria 1994, nell'allegato elenco 4 comprende, tra i procedimenti da semplificare ed uniformare, quello di concessione per l'ap-

provvigionamento di acqua pubblica da corpo idrico superficiale naturale o artificiale o da acque sotterranee riconosciute pubbliche,⁽²⁾ nonché il procedimento di autorizzazione agli scarichi di acque reflue.

Successivamente, la legge 15 marzo 1997, n. 59 "Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa", nell'allegato 1 prevede un ulteriore elenco di procedimenti amministrativi oggetto di delegificazione. Tra questi sono compresi, oltre i due già menzionati dalla legge del 1993, anche: il procedimento per la richiesta di escavazione di pozzi e per la concessione di utilizzo d'acqua per uso industriale;⁽³⁾ il procedimento relativo alla organizzazione territoriale del servizio idrico integrato⁽⁴⁾ ed il procedimento per il rilascio delle autorizzazioni per lo scarico idrico al suolo.⁽⁵⁾

L'art. 20, comma 8, della suddetta legge n. 59/97, prevede che per la semplificazione di tali procedimenti verranno "emanati appositi regolamenti ai sensi e per gli effetti dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400".

■ IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO E IL CITTADINO-UTENTE

La legge 36/94 ha recepito buona parte dei principi elaborati in sede europea, (si veda, ad esempio, la Carta Europea dell'Acqua di Strasburgo del 1968), introducendo delle regole che impongono al settore idrico italiano l'obiettivo di una riorganizzazione del sistema, che realizzi un quadro di chiarezza e certezza all'interno di un "merca-

to" caratterizzato da una richiesta di servizi sempre più selezionati ed orientati al cittadino-cliente.

La concezione del cittadino come consumatore o come cliente è divenuta ormai centrale nella riorganizzazione dei servizi idrici in termini di efficacia, oltretutto di efficienza economica.⁽⁶⁾

Oggi tutti gli enti erogatori hanno il preciso obbligo di adottare, in base alla Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del gennaio '94, una "Carta" che definisce gli obiettivi e gli standard qualitativi del servizio e i diritti dei clienti-utenti, secondo lo schema generale di riferimento specifico per i vari settori.⁽⁷⁾ L'adozione della Carta di riferimento per il servizio idrico, da parte degli operatori pubblici e privati, dovrebbe contribuire ad assicurare l'erogazione del servizio idrico in modo da soddisfare le attese di qualità da parte della collettività.

■ AUTORITÀ D'AMBITO E SOGGETTI GESTORI

L'evoluzione normativa del settore idrico ha contribuito ad introdurre un quadro di certezza e trasparenza di regole comportamentali per tutti i soggetti che operano all'interno del sistema idrico. Riassumiamone i tratti salienti.

Un ruolo di primo piano è stato assegnato alle Autorità di ambito ed agli operatori-gestori. Alle Autorità d'Ambito, in quanto titolari del servizio, spetta il compito di programmare gli interventi e controllarne l'effettiva realizzazione, agli operatori-gestori quello di esprimere modelli organizzativo-gestionali per assicurare alla collettività i livelli qualitativi richiesti.

Di estrema importanza, per il cittadino fruitore del servizio, sono

dunque le scelte dell'Autorità d'Ambito, in relazione alla forma gestionale e all'affidamento della gestione del servizio.

Queste scelte dovranno essere il risultato di una valutazione comparativa effettuata su una pluralità di operatori, in grado di esprimere una grande esperienza maturata nella gestione del servizio pubblico, un consolidato e specifico know-how tecnologico, una solidità patrimoniale e finanziaria. A garanzia di una maggiore tutela della collettività rappresentata dall'Autorità d'Ambito, è opportuno che le valutazioni di quest'ultima siano supportate da elementi quantitativi e da precise comparazioni tra le diverse ipotesi esaminate e si svolgono – laddove previsto – nel rispetto delle regole comunitarie in tema di appalti pubblici.

Altrettanto importante per la riorganizzazione e razionalizzazione del SII sono gli strumenti del Programma d'Ambito e della Convenzione di gestione del servizio.

La redazione di un preciso e puntuale Programma o Piano d'Ambito offre all'Autorità la sicurezza del raggiungimento dei livelli di servizio definiti e della realizzazione degli investimenti nell'arco temporale previsto, mentre la Convenzione di gestione garantisce al gestore l'evoluzione tariffaria per recuperare i costi operativo-gestionali e remunerare gli investimenti.

■ IL NODO DEGLI INVESTIMENTI

La riqualificazione del sistema idrico richiede però ingenti investimenti, unitamente ad un'esperienza consolidata nella gestione di servizi pubblici da parte degli operatori.

Si ritiene, infatti, che l'effettiva riorganizzazione del sistema idrico

italiano dipenda, in larga misura, dalla capacità e dall'iniziativa degli operatori del settore. Infatti, per la sempre maggiore esiguità di finanziamenti agevolati, gli investimenti – in totale circa 30.000.000,00 di euro⁽⁸⁾ – dovranno essere remunerati secondo la logica del mercato. E il gestore dovrà farsi carico di una parte significativa del finanziamento degli investimenti che l'Ambito riterrà necessari.

La presenza del capitale privato nel servizio idrico potrà assumere varie forme, dal contratto classico di concessione al ricorso ad operazioni di project financing divenuto possibile, sotto il profilo normativo, anche nel nostro ordinamento.

Il ricorso a tale strumento nel settore idrico potrebbe essere più utilizzato, almeno per progetti di investimento di dimensione sufficientemente elevate. Infatti, la lunga durata degli impianti che caratterizza il settore è particolarmente indicata a ripagare, su un arco di tempo pluriennale, i costi di finanziamento mediante i proventi del servizio. Inoltre, il livello di rischio dei progetti nel settore idrico appare relativamente contenuto nella fase di operatività dell'impianto, dato che la domanda del servizio può essere in genere prevista con bassi margini di errore.

Considerata l'importanza degli investimenti privati, occorre, quindi, che nel Piano d'Ambito, oltre alla determinazione del livello tariffario, dei conteggi di gestione e dell'ammontare totale degli investimenti, sia prevista, per rendere attrattiva la domanda di servizio, una remunerazione degli investimenti che tenga conto dei livelli di remunerazione dei servizi pubblici.

In tal modo il gestore, sulla base delle proprie capacità organizzativo-gestionali (economie di scala) e di acquisizione dei finanziamenti sul mercato (recupero del denaro al mi-

nor costo), verificherà gli spazi di remunerazione per il suo intervento e formulerà la sua migliore proposta, garantendosi un livello di remunerazione ritenuto soddisfacente.

Se spetta all'Autorità d'Ambito il compito di pianificare gli interventi ritenuti necessari per il completamento e l'adeguamento degli impianti, determinando quindi l'ammontare delle reali risorse finanziarie occorrenti, spetta al gestore-imprenditore il compito di dettagliare, ottimizzare e realizzare nel tempo, in base a precise priorità, le attività indispensabili per soddisfare la qualità richiesta.

Il soggetto gestore, con l'esperienza maturata nella gestione dei servizi pubblici e con un consolidato e specifico know-how tecnologico, potrà ottimizzare le attività strettamente connesse alla gestione del servizio con la pianificazione ed effettuazione degli investimenti. Inoltre il gestore, per garantirsi un livello di remunerazione soddisfacente e per proporre al cittadino-utente il miglior servizio, sarà stimolato, sulla base della sua solidità finanziaria e patrimoniale, a ricercare, in termini di costo del finanziamento, la migliore sinergia tra capitale proprio, indebitamento e autofinanziamento.

Occorrono, quindi, operatori capaci di affrontare la complessità del nuovo quadro gestionale e in grado di esprimere un insieme di caratteristiche tecnico-gestionali e patrimoniali necessarie per attuare l'ambizioso progetto di riforma previsto dalla legge 36/94.

■ IL NODO DELLA TARIFFA

L'Autorità d'Ambito ha una grande responsabilità nell'evoluzione tariffaria del servizio idrico che,

ove richiesto, può essere corretta da parte del soggetto gestore.

Infatti l'evoluzione tariffaria deve assicurare, da un lato, la sostenibilità del costo del servizio da parte della collettività nell'arco temporale previsto, dall'altro rendere attrattivo sia l'ingresso di "nuovi capitali" nel settore idrico, indispensabili del resto per la ristrutturazione e riorganizzazione del sistema, sia la copertura dei costi per erogare un servizio di buon livello qualitativo.

Un'attenta politica tariffaria realizzata dagli Ambiti, può dunque contribuire notevolmente alla realizzazione degli investimenti necessari per l'adeguamento delle infrastrutture idriche, ai fini di un miglioramento della qualità del servizio offerto. Da qui l'importanza, nella valutazione della scelta del soggetto gestore, del requisito della capacità imprenditoriale del soggetto stesso, a cui dovrà essere demandato il compito sia di pianificare, dettagliare, finanziare ed effettuare gli investimenti, sia di presidiare e controllare le attività esecutive.

RUOLO PUBBLICO DI GOVERNO E RUOLO PRIVATO DI GESTIONE

La legge 5 gennaio 1994, n. 36 (cosiddetta legge Galli), all'art. 9, prevede che i Comuni e le Province di ciascun ambito territoriale ottimale organizzino il servizio idrico integrato e vi provvedano tramite le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 142/90 come integrata dall'art. 12 della legge 498/92 e successive modificazioni, ora confluite nel Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali (D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

Al successivo comma 7 dell'art. 10 si stabilisce inoltre che, nel caso in

cui le Regioni, le Province, gli Enti Locali o altri enti pubblici siano titolari di servizi idrici, essi ne affidino la gestione nelle forme previste dall'art. 22, comma 3, lettere b), c) ed e) della legge 142/90 (ora art. 113, comma 1, lettere b), c) ed e) del D.Lgs. 267/2000).

In senso analogo hanno legiferato ormai tutte le Regioni.

Successivamente l'art. 35 della Legge Finanziaria per il 2002 (legge 28 dicembre 2001, n. 448) e l'art. 14 del decreto legge 269/2003 convertito con la legge 24 novembre n. 326, integrate in seguito con la legge 350/2003 (legge finanziaria 2004), hanno integralmente sostituito l'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali, introducendo importanti modifiche alle modalità di gestione del Servizio Idrico Integrato.

È stato così ridisegnato il modello gestionale dei servizi pubblici locali proveniente dal vecchio art. 113 T.U.EE.LL. e sono stati introdotti concetti quali "servizi pubblici locali con rilevanza industriale" (e quelli privi di tale rilevanza – art. 113 bis –), "regime di concorrenza nell'erogazione del servizio" ecc...

Soprattutto, si è introdotto il principio della gara come unico strumento per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, ad eccezione del servizio idrico. Per intendere il significato delle normative introdotte, è opportuno ripercorrere brevemente quella vigente fino allo scorso 31 dicembre 2001.

Le forme gestionali consentite per il Servizio Idrico Integrato erano tutte quelle indicate dall'art. 113 citato (gestione in economia, concessione a terzi, azienda speciale, S.p.A. pubblica maggioritaria, S.p.A. pubblica minoritaria), escludendo, invece, "l'istituzione", in quanto organizzazione non imprenditoriale.

Si ipotizzava, dunque, che il Servizio Idrico Integrato potesse essere gestito, a seconda delle scelte degli Enti Locali interessati o dei loro consorzi, in una delle seguenti forme:

- a mezzo di affidamento ad azienda speciale;
- in concessione a terzi, imprese private;
- a mezzo di società mista a maggioranza pubblica o di società a responsabilità limitata a maggioranza pubblica;
- a mezzo di società mista a minoranza pubblica.

In definitiva, le recenti novità legislative in materia di Servizio Idrico Integrato possono essere così sintetizzate:

- la procedura ordinaria per l'affidamento del servizio idrico integrato è quella della gara con procedura ad evidenza pubblica;
- in alternativa alla gara, è possibile l'affidamento diretto del servizio in favore di società di capitali, composte unicamente da Enti Locali, che fanno parte dello stesso ambito territoriale ottimale;
- tale facoltà poteva essere esercitata entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della Finanziaria 2002;
- l'affidamento diretto ha una durata massima fino al 31.12.2006;
- entro questa scadenza, gli enti locali hanno l'obbligo (a pena di revoca dell'affidamento diretto) di cedere almeno il 40% della propria partecipazione nelle società di capitali a soggetti privati scelti tramite procedura ad evidenza pubblica.

Nella modifica dell'art. 113 l'affidamento del servizio idrico integrato è stato considerato meritevole di una speciale attenzione dal momento che all'art. 35 il comma 5 si è interamente ed esclusiva-

mente dedicato agli affidamenti compiuti dai soggetti competenti a norma dell'art. 9 della Legge 36/94 (Legge Galli), ossia dalle Autorità d'Ambito per il servizio idrico integrato.

Tali soggetti, in base al comma 5, hanno potuto affidare il s.i.i. direttamente, entro il termine di 18 mesi dall'entrata in vigore della legge (30 giugno 2003), a società di capitali partecipate unicamente da enti locali facenti parte dello stesso ambito territoriale ottimale, a condizione che il periodo massimo di durata dell'affidamento non fosse superiore a cinque anni e vi fosse l'obbligo per le società di gestione di dismettere a mezzo gara, entro due anni dall'affidamento stesso, almeno il 40% del patrimonio in favore di soggetti privati.

Dal comma 5 dell'art. 35 sono dunque emersi tempi e modalità di affidamento della gestione del s.i.i. totalmente diversi da quelli previsti in generale per gli altri servizi pubblici locali; in sostanza, si è introdotto un principio di gradualità nella libera concorrenza del settore idrico consentendo a tutti gli operatori di abituarsi lentamente all'idea di un "mercato unico", comunque inevitabile.

In pratica, guardando più da vicino le date di riferimento del comma 5, il legislatore ha imposto alle Autorità d'Ambito, una volta intrapresa la strada dell'affidamento diretto, di realizzarlo (in concreto deliberarlo con opportune decisioni del competente organo assembleare) entro il 30 giugno 2003 e di stabilirne la durata per un periodo non superiore ai 5 anni e quindi al massimo fino al 30 giugno 2008, dando atto però che le società di gestione entro il 30 giugno 2005 dovevano consentire l'ingresso del partner privato nella compagine sociale.

La materia del servizio idrico e più in generale quella dei servizi pubblici locali è stata successivamente modificata con il Decreto Legge 269/03 convertito con la Legge 326/03; il provvedimento ha innovato la disciplina contenuta nell'art. 113 dando questa volta connotazione economica e non più industriale ai servizi pubblici oggetto dello stesso articolo.

Il distinguo tra "servizi pubblici locali di rilevanza industriale" contenuti nell'art. 113, come sostituito dall'art. 35 della Legge Finanziaria 2002, e quelli "di rilevanza economica" inclusi nello stesso articolo, questa volta modificato dal Decreto Legge 269/03, non è di poco conto anche perché, mentre l'individuazione dei primi veniva demandata ad un regolamento governativo onde permettere l'esatta applicazione ed attuazione della legge, i servizi di carattere economico sono individuati a discrezione dell'interprete.

Con il Decreto 269 pare che il legislatore italiano abbia voluto proseguire e rimarcare la strada degli affidamenti "in house", delle regole elastiche, della "scarsa" concorrenza.

Il principio della procedura ad evidenza pubblica e della erogazione dei servizi da parte di società di capitali in regime concorrenziale è stato, con tale Decreto, fortemente attenuato; lo si evince innanzi tutto dalla nuova struttura dell'art. 113 che al comma 5 prevede l'erogazione del servizio secondo discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea ed inoltre statuisce il conferimento della titolarità del servizio a tre tipologie di imprese:

1. società di capitali individuate con gara;
2. società miste con partner privato scelto con gara;
3. società a capitale interamente

pubblico dove l'ente o gli enti esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società realizza la parte più importante della propria attività con l'ente/enti che la controllano (affidamento in house).

Dalla lettura dell'articolo emerge prima di tutto il rimando operato nei confronti delle normative settoriali e della normativa europea, rimando che nel caso del servizio idrico vuol dire Legge Galli e Direttive e, meglio ancora, Decreti di recepimento delle stesse quale ad esempio il D.Lgs. 157/95 (in materia di appalti di pubblici servizi nei settori cosiddetti "esclusi").

Il riferimento a tali normative è certamente posto in maggiore evidenza nel Decreto 269/03 piuttosto che nella precedente versione dell'art. 113, ma è soprattutto la diversa indicazione delle tipologie societarie a fare la differenza tra la norma precedente e quella attuale.

Se prima, infatti, il principio da applicare era quello della gestione del servizio pubblico attraverso società di capitali scelte con gara, oggi è quello della gestione mediante non solo società di capitali scelte con gara ma anche società miste (punto 2.) e società interamente pubbliche (punto 3.).

Il Decreto 269 non dimentica quegli affidamenti diretti, resi possibili dall'art. 35 comma 5 della Finanziaria 2002, effettuati dalle Autorità d'Ambito in virtù proprio di quel disposto legislativo che ha rappresentato l'eccezione alla regola generale dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica.

Sebbene tale comma 5 sia stato espressamente abrogato dal Decreto 269, l'ipotesi delle concessioni rilasciate dalle Autorità competenti senza espletare la gara è presa in considerazione nel comma 15 bis

(introdotto proprio dal Decreto) nel quale si prevede una modifica alla durata di tali affidamenti (prima possibili fino ad un massimo di 5 anni) destinati a cessare entro e non oltre il 31 dicembre 2006 (senza peraltro apposita deliberazione dell'Ente).

Le sole eccezioni alla suddetta scadenza sono date dagli affidamenti decisi in favore delle società miste e delle società partecipate interamente da enti pubblici (di cui ai precedenti punti 2. e 3.), cioè di quelle società possibili titolari dell'erogazione del servizio ai sensi della vigente normativa.

Così, le Autorità d'Ambito, che alla data del 30 giugno 2003 hanno deliberato di affidare a società con capitale pubblico, sono oggi in grado di mantenere le decisioni assunte se le affidatarie danno prova di "apertura" nella gestione del servizio loro concesso attraverso l'ingresso, secondo i principi della gara, del socio privato nella struttura societaria, oppure se, laddove il capitale continui ad essere detenuto interamente dagli enti pubblici, l'affidataria realizzi con questi ultimi la parte più importante della propria attività.

In definitiva, il legislatore, nella vigente formulazione dell'art. 113, ha inteso affiancare alla procedura di espletamento della gara quella dell'affidamento diretto per il conferimento della titolarità dei servizi pubblici locali in capo alle varie società, e, così facendo, ha permesso la sopravvivenza di quegli affidamenti specifici, svolti nel settore dei servizi idrici, che sono avvenuti entro il giugno 2003 in virtù del vecchio comma 5 art. 35 Legge finanziaria 2002.

L'abrogazione espressa di questo comma, quindi, pare non vada interpretata nel senso di una disapplicazione degli affidamenti ormai di-

sposti poichè, se davvero fosse stato questo l'intento del legislatore, non ci sarebbe stata la possibilità di conferimento alle società miste e a quelle in house ma soltanto la procedura di gara. Siccome così non è stato, gli affidamenti decisi sono destinati a sopravvivere al comma 5 dell'art. 35 e a rimanere per sempre, quindi oltre la scadenza del 31.12.2006, semprechè vengano pienamente rispettate le condizioni dettate dall'art. 15 bis al quale si faceva riferimento poc'anzi.

Tale articolo, infatti, come del resto l'art. 5 che elenca la terna degli affidamenti validi, si sofferma sui requisiti delle società stesse per stabilirne l'idoneità e l'aderenza al dettato normativo; in tal senso si dispone che le società miste debbano garantire la scelta del socio privato mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza mentre, per le società a capitale interamente pubblico, la condizione è che gli enti pubblici titolari esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Peraltro, il tenore di tali disposizioni fa pensare non solo a meccanismi di assegnazione dei servizi secondo strumenti di carattere amministrativo, ma anche a istituti propri del diritto commerciale e finanziario.

In buona sostanza, i problemi che l'interprete oggi si pone alla luce delle recenti riforme sui servizi pubblici locali sono di diversa natura e vanno affrontati a livello trasversale attingendo da fonti di tipo amministrativo-procedurale, commerciale, soprattutto in riferimento alla riforma del diritto societario, e finanziario.

Al di là comunque di queste considerazioni, alle quali bisogna però prestare attenzione soprattutto quando si vuol stabilire il significato di espressioni quali "...garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza..." oppure "...controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi...", il ragionamento sin qui seguito credo possa risultare utile per affermare che la riforma dei servizi pubblici, tra i quali il servizio idrico, se da un lato, con il Decreto 269, ha soppresso il principio guida dell'affidamento con gara, dall'altro lato, nell'ottica della salvaguardia del principio della trasparenza, ha posto condizioni e limiti agli affidamenti alternativi ritenuti comunque modelli gestionali efficaci ed efficienti.

L'ultima novità legislativa relativa all'art. 113 del T.U.EE.LL. è rappresentata dalla Legge Finanziaria 2004 (Legge 350/2003) la quale apporta al detto articolo alcuni commi aggiuntivi tra i quali il 5 bis che testualmente recita: "Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta delle modalità di conferimento del servizio".

Il riferimento alle normative di settore rappresenta un rafforzativo del principio di specialità e quindi di prevalenza delle norme settoriali su quelle generali e soprattutto rimarca l'espressione già utilizzata e fatta propria dal Decreto 269 a proposito delle modalità di erogazione del servizio pubblico (art. 5).

Anzi, la questione dell'affidamento e le sue possibili varianti, tanto nel Decreto 269 quanto nella Finanziaria 2004, sembra appartenere esclu-

sivamente, al di là di alcuni principi-base, alle norme di settore e a quelle dell'Unione Europea. D'altra parte ciò non deve stupire dal momento che, secondo i più recenti contributi avvenuti in sede di dibattito politico-istituzionale sul tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni alla luce del nuovo testo costituzionale, pare che la materia dei s.p.l. appartenga alle Regioni ex art. 117 comma 4, mancando tra quelle di competenza statale sia esclusiva che concorrente, anche se, indubbiamente, essa ha natura trasversale e investe più settori.

A tal proposito va brevemente ricordato che molte delle previsioni aventi ad oggetto la disciplina dei servizi pubblici rientrano nella materia della tutela della concorrenza (art. 117 lett. e), che è ricompresa tra quelle di competenza legislativa esclusiva dello Stato ed anche la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 lett. m) è di competenza statale; questi settori, a ben vedere, alimentano e sono essi stessi alimentati dalla materia dei servizi pubblici rappresentandone in alcuni casi, come per i livelli essenziali delle prestazioni, il cuore.

In ogni caso è interessante vedere come nella Finanziaria 2004 si faccia riferimento a criteri di gradualità, quasi a introdurre lentamente, ma con costanza, una situazione concorrente in un sistema che ancora non lo è.

Si è tornati sostanzialmente ad assumere una posizione elastica, che c'era prima della manovra finanziaria del 2002 ma che poi, sotto i colpi di quella legge, era parsa vacillare lasciando spazio all'inderogabilità (tranne alcune eccezioni) della procedura ad evidenza pubblica.

L'altro comma nuovo di un certo rilievo introdotto dalla finanziaria 2004 è il 5 ter che prevede l'obbligo per i soggetti gestori, in ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara, di provvedere all'esecuzione dei lavori connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto aggiudicati a seguito di procedure ad evidenza pubblica; se, invece, l'affidamento è avvenuto in favore di soggetti scelti con gara, essi stessi possono realizzare direttamente i suddetti lavori.

Conclusivamente l'intera ratio dell'impianto normativo contenuto nell'art. 113 sembra quella di apprestare un percorso che faciliti il raggiungimento dei fini perseguiti dalla legislazione di settore ed ancora lontani dall'essere raggiunti: l'aggregazione delle gestioni (ancora ampiamente frammentate e ancora nella forma di gestione in economia) e la privatizzazione progressiva delle medesime. Occorre precisare la distinzione tra ruolo pubblico di governo esercitato dall'Autorità d'ambito e il ruolo privato di gestione esercitato dall'operatore.

AFFIDAMENTI DIRETTI A SOCIETÀ MISTE E RAPPORTI CON LA DISCIPLINA COMUNITARIA: LA PROCEDURA DI INFRAZIONE N. 1999/2184

L'istituto dell'affidamento diretto a società miste della gestione di servizi pubblici locali è stato sottoposto, negli ultimi tempi, ad un attento controllo da parte della Commissione Europea. In particolare, si

è posto il problema della compatibilità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali previsti dalla legislazione italiana con quanto dettato dalla Direttiva Comunitaria n. 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.

A tale proposito, in data 8 novembre 2000, la Commissione europea – Direzione Generale del Mercato interno – ha avviato nei confronti della Repubblica italiana una procedura di infrazione, ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE, relativamente agli artt. 22 e seguenti del capo VII della legge 8 giugno 1990, n. 142, in materia di servizi pubblici locali.

Il nucleo centrale della suddetta procedura concerne la lettera e) dell'art. 22 della legge 142/90 (confluito successivamente nell'art. 113, lettera e) del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e recentemente sostituito dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 - Legge Finanziaria 2002). Secondo quanto rilevato dalla Commissione, "dalla lettura della disposizione sopra citata ... non è dato conoscere la natura dell'affidamento di cui trattasi. In particolare, non è dato sapere se l'affidamento possa consistere nell'attribuzione di un servizio dietro pagamento di un corrispettivo (nel qual caso configurandosi come un affidamento di un appalto pubblico di servizi) oppure possa consistere nell'affidamento di un servizio in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo (nel qual caso configurandosi come un affidamento di una concessione di servizi ai sensi del diritto comunitario)".

Sempre secondo quanto sostenuto dalla Commissione, l'interpretazione data alla disposizione di cui alla lettera e) dell'art. 22 della legge 142/90 avrebbe consentito di addivenire sia ad affidamenti diretti di concessioni di servizi ai sensi

del diritto comunitario, senza rispedire l'obbligo di trasparenza, sia ad affidamenti di appalti pubblici di servizi senza l'esperimento di gare ad evidenza pubblica.

Peraltro, la normativa italiana sembrerebbe essere in contrasto anche con quanto disposto dalla Direttiva Comunitaria n. 93/38 relativa alle procedure d'assegnazione degli appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni. Tale Direttiva, infatti, consente il ricorso alla procedura negoziata senza il rispetto delle condizioni di concorrenza solo in talune ipotesi eccezionali tassativamente indicate.

Tralasciando, in questa sede, di scendere nel merito della procedura di infrazione avviata dalla Commissione nei confronti della Repubblica italiana, preme soffermare l'attenzione sulla natura della stessa e sui possibili effetti che questa può avere nel nostro ordinamento.

L'art. 226 del Trattato CE stabilisce che "la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia".

Lo scopo della procedura di cui all'art. 226 del Trattato CE è triplice: "assicurare il corretto adempimento, da parte degli Stati membri, degli obblighi derivanti dal diritto comunitario;

"contribuire al raggiungimento di un accordo non contenzioso tra gli Stati e la Comunità;

"chiarire, qualora la procedura di infrazione dovesse sfociare in un

procedimento di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, l'interpretazione da dare alla normativa comunitaria oggetto del procedimento.

La procedura di infrazione, che viene sempre avviata nei confronti dello Stato membro consta di tre fasi:

- procedura "informale": la Commissione notifica, in via informale, allo Stato membro la violazione di una norma di diritto comunitario, alla quale lo Stato deve fornire adeguata risposta. Generalmente, quasi un terzo delle procedure di infrazione termina in questa prima fase;
- procedura "formale": la Commissione avvia una procedura formale di notifica di infrazione invitando lo Stato a fornire idonee controdeduzioni. La Commissione, valutate le osservazioni dello Stato membro, formula un "parere motivato" invitando lo Stato stesso a cessare dall'adottare comportamenti contrari all'ordinamento comunitario (spesso senza limiti di tempo prestabiliti);
- qualora lo Stato non si adegui alle direttive contenute nel parere motivato espresso dalla Commissione, questa può adire, senza limiti di tempo, la Corte di Giustizia delle Comunità europee richiedendo, se del caso, misure cautelari.

Qualora la Corte di Giustizia accerti che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù delle norme di diritto comunitario, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia comporta. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso detti provvedimenti, la Commissio-

ne, dopo aver dato a tale Stato la possibilità di presentare le sue osservazioni, formula un parere motivato che precisa i punti sui quali lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza della Corte di giustizia. Qualora lo Stato membro non abbia preso entro il termine fissato dalla Commissione i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione può adire la Corte di Giustizia. In questa azione essa precisa l'importo della somma forfetaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che consideri adeguato alle circostanze.

In conclusione:

- la procedura di infrazione, di cui all'art. 226 del Trattato CE, viene avviata, da parte della Commissione, esclusivamente nei confronti degli Stati membri;
- essa ha come obiettivo finale quello di assicurare il rispetto, da parte dei singoli Stati, del diritto comunitario prescrivendo, se del caso, modifiche al sistema legislativo degli stessi;
- in caso di inadempimento dello Stato membro alle prescrizioni impartite dalla Commissione, è facoltà della Corte di Giustizia imporre il pagamento di somme di denaro a titolo di penalità.

¹ In tema di semplificazione amministrativa vale ricordare che, contestualmente alla legge finanziaria per il 1994, veniva emanata la legge n. 534/93 contenente una delega al Governo a riordinare e semplificare una serie di procedimenti amministrativi indicati in un elenco allegato. Sulla base di tale provvedimento vennero emanati vari regolamenti di delegificazione (i c.d. "decreti Cassese") volti a sburocratizzare una serie di procedure amministrative.

Con la legge n. 59/97 l'operazione è stata ripetuta per 112 procedimenti. Tale

legge prevede anche che il Governo, ogni anno, presenti un disegno di legge per la semplificazione di altri procedimenti. Tra i criteri per l'emanazione dei regolamenti di semplificazione, costituisce una novità assoluta la previsione di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei cittadini e utenti in caso di ritardi nella conclusione dei procedimenti e nell'emanazione degli atti amministrativi.

² Regolamento di cui al R.D. 14 agosto 1920, n. 1285; T.U. 1775/1933; L. 24 gennaio 1977, n. 7; D.P.R. 616/1977; D.L. 312/85 e relativa legge di conversione 431/85, c.d. legge Galasso; D.Lgs. 12 luglio 1993, n. 275.

³ R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 e successive modificazioni.

⁴ Legge 16 aprile 1987, n. 183; D.P.R. 24 maggio 1988, n. 236; legge 18 maggio 1989, n. 183; legge 5 gennaio 1994, n. 36.

⁵ Legge 10 maggio 1976, n. 319.

⁶ La tutela dell'interesse pubblico è stata recentemente sintetizzata in due direttive:

- nella D.p.c.m. del 27 gennaio 1994, che fissa alcuni principi fondamentali sull'erogazione dei servizi pubblici;
- nella D.p.c.m. del 4 marzo 1996, che fissa i livelli minimi del servizio idrico integrato che deve essere garantito in ciascun ambito territoriale.

⁷ Lo "schema generale di riferimento per la predisposizione della carta del servizio idrico integrato" è stato adottato nell'aprile 1996 con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. I soggetti erogatori avrebbero dovuto procedere, entro 120 giorni dall'emanazione, all'adozione delle proprie carte.

Lo schema riproduce, anche per il servizio idrico integrato, i principi fondamentali sull'erogazione dei servizi pubblici, contenuti nella direttiva del presidente del Consiglio del 27 gennaio 1994: eguaglianza ed imparzialità di trattamento per gli utenti, continuità del servizio, partecipazione e cortesia nel rapporto gestori-utenti, efficienza ed efficacia del servizio, chiarezza, condizioni principali di fornitura.

Vengono poi individuati i livelli minimi dei servizi, così come stabilito dal D.p.c.m. 4 marzo 1996 in tema di risorse idriche: standard minimi per le utenze domestiche (dotazione pro-capite giornaliera non inferiore a 150 litri per abitante, portata minima erogata al punto di consegna non inferiore a 0,10 l/s per ogni uni-

tà), standard di sicurezza e di qualità (controlli in rete, prelievi e analisi di laboratorio), tempi contrattuali del rapporto con l'utente.

⁸ Il fabbisogno di investimento complessivo per l'adeguamento della rete idrica, di quella fognaria e degli impianti di depurazione è stato valutato in circa 3 miliardi di euro annui nell'arco del prossimo decennio, il che significa un importo superiore all'attuale fatturato annuo complessivo del settore.