

Orizzonti del Diritto Commerciale

“IMPRESA E MERCATO FRA LIBERALIZZAZIONI E REGOLE”

ALESSANDRO MORINI
PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO COMMERCIALE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Il «mercato» del monopolio. Appunti su impresa e regolazione nella gestione dei servizi idrici

SOMMARIO. 1. Premesse. – 2. L’acqua: slittamento della qualificazione giuridica da “bene” a “risorsa”. – 3. Primo poscritto: l’equivoca interferenza tra gestione del ciclo idrico e servizi pubblici locali. – 4. Dalla “forma” dell’affidamento alle modalità di gestione dei segmenti del ciclo idrico: una sintetica ricognizione comparativa degli assetti. – 4.1. Il modello francese: la dissociazione tra gestione operativa privata e investimento pubblico. – 4.2. Il frazionamento dei segmenti del servizio: l’approccio tedesco. – 4.3. Utilizzo dell’infrastruttura e *franchise* perenne: il caso inglese. – 4.4. Il frastagliato quadro dell’esperienza operativa italiana: copresenza di una pluralità di modelli. – 5. La specificità della concessione idrica come modello di relazione contrattuale tra amministrazione pubblica e gestore. – 5.1. La scelta legislativa di dissociare le scelte di investimento dalla determinazione tariffaria. – 6. Lo strumento tariffario come vettore sintetico degli effetti dell’attività di regolazione.

1. Premesse.

L’attività di impresa relativa alla gestione dei servizi idrici rappresenta uno snodo giuridico ed economico di notevole complessità; è agevole cogliere le ragioni di tale affermazione mediante una semplice elencazione delle situazioni coinvolte nella gestione dei servizi idrici.

Anzitutto l’acqua rappresenta per la comunità umana un bene indispensabile sul quale l’uomo può esercitare un controllo ridotto. Al contempo la gestione del ciclo idrico rappresentato dalla captazione, adduzione, distribuzione, raccolta e depurazione dei reflui dell’utilizzo umano è attività naturalmente monopolistica che presuppone rilevanti investimenti infrastrutturali e specifiche competenze industriali.

Le condizioni di partenza sopra elencate hanno generato una serie di corollari; in primo luogo la natura del bene che costituisce l’oggetto dell’attività (l’acqua) proietta il proprio regime sull’attività economica e sul regime della propria gestione provocando oscillazioni tra il riconoscimento della natura imprenditoriale di essa e quello della semplice attività di erogazione per il soddisfacimento di bisogni primari e, conseguentemente, l’inclusione della stessa tra le attività pubbliche in luogo di quelle specificamente lucrative¹). Per altro verso, la necessaria proiezione temporale di lungo periodo degli investimenti necessari ad assicurare condizioni di erogazioni del servizio adeguati a *standard* qualitativi incrementali ha imposto l’individuazione degli strumenti di finanziamento necessari alla realizzazione ed alla gestione di infrastrutture di questo genere venendosi, anche su questo versante, a realizzare un pendolarismo tra natura pubblicistica di tali fondi ovvero ricorso al finanziamento privato con l’evidente conseguenza di istituire – sul piano della regolazione – le condizioni economiche per rendere possibile l’ingresso del capitale privato in una simile attività economica.

¹ Cfr. BRIGANTI, *Il diritto all’acqua*, Napoli, 2012, 65 ss e 115 ss..

Infine, sul versante della stessa gestione del servizio e, quindi, sulle modalità di svolgimento della correlata attività d'impresa si sono rappresentati notevoli profili di complessità; la natura monopolistica dell'attività, infatti, poneva in rilievo la necessità di individuare soggetti e modalità di attribuzione di tale privilegio monopolistico e, nel contempo, evitare l'appropriazione dei benefici che ad esso conseguivano al soggetto gestore di tale attività qualunque ne fosse la forma o la natura giuridica.

Lo scopo delle brevi note che seguono è quello di focalizzare questi profili su tre ordini di coordinate.

In primo luogo evidenziare – anche alla luce delle variegata esperienze europee e nord-americane – come l'alternativa stato/mercato nelle scelte in ordine alla gestione del servizio idrico integrato si rappresenti come antinomia fallace e, conseguentemente, che l'analisi del fenomeno debba essere trasferita sul piano del *contratto* inteso, in questo settore, come complesso delle condizioni giuridiche, economiche e sociali in base alle quali il soggetto gestore, qualunque ne sia la natura, svolge l'attività in condizioni di monopolio.

Ciò consentirà di focalizzare un secondo profilo di interesse; atteso, infatti, che le condizioni di negoziazione *ex ante* del contratto sono particolarmente complesse ed attesa l'incompletezza conoscitiva dei soggetti che partecipano alla negoziazione, i meccanismi di attribuzione della gestione presentano un elevato livello di criticità poiché si espongono ad una quasi inevitabile necessità di immediata rinegoziazione.

Da qui il terzo elemento costituito dalla regolazione da intendersi quale strumento per introdurre gli effetti che – altrove – realizzerebbe il mercato ma che – nello specifico contesto della gestione del servizio idrico – sono resi impossibili dalla natura monopolistica di esso; tuttavia la regolazione svolge, in questo settore, un ruolo parzialmente differenziato rispetto a quello usualmente attribuito ad esso in attività naturalmente competitive: essa, infatti, ha la funzione di introdurre i parametri di efficientamento della gestione imprenditoriale, ruolo che, altrove, è svolto dai concorrenti e, quindi, in questo settore la regolazione si pone in posizione antagonista e/o dialettica – ma comunque in situazione di equiordinazione - rispetto all'impresa introducendo meccanismi di negoziazione “atipica” rispetto ad casi in cui la regolazione ha principalmente la finalità di individuare le regole di azione (ed il controllo del loro rispetto) cui devono attenersi i soggetti economici agenti.

2. L'acqua: slittamento della qualificazione giuridica da “bene” a “risorsa”.

Può considerarsi di comune evidenza che l'acqua ha subito una profonda rivoluzione di carattere valoriale nel trascorrere dell'ultimo cinquantennio al pari di altre risorse finite del globo terrestre: ad esempio la “terra”; tale osservazione a carattere culturale contiene evidenti proiezioni anche nella regolazione giuridica.

In particolare la qualificazione giuridica dell'acqua si è andata modificando ed è passata dalla categoria dei “beni” a quella delle “risorse” ⁽²⁾.

Infatti, nella legislazione post-unitaria, l'acqua fu considerata essenzialmente un bene-mezzo; il legislatore la prendeva in considerazione come strumento di produzione con la finalità di ottenerne il massimo sfruttamento possibile ⁽³⁾.

Il riflesso imprenditoriale di tale impostazione del regime delle acque era costituito dal fatto che l'impresa “acquedottistica” strutturava la propria organizzazione tramite la combinazione di due strumenti pubblicistici: cioè la concessione di derivazione di acque e l'autorizzazione alla posa di

² Tale percorso è stato precedentemente analizzato diffusamente da BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessione*, Milano, 2012, 4 ss.

³ R.d. 13 dicembre 1933, n. 1775 su cui BENVENUTI, *Il demanio fluviale*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, III, 2011 ss.

tubi nel sottosuolo ⁽⁴⁾. Con l'assunzione di tale articolazione giuridica l'impresa prendeva le vesti del titolare dell'infrastruttura (opere di presa, invasi e rete di adduzione e distribuzione) nella quale far transitare la materia prima (acqua) in analogia con le reti distributive dei vettori energetici.

Nel contesto appena delineato rimaneva tuttavia evidente la distinzione tra la natura pubblica del bene, cioè l'acqua, da quella privata dell'impresa che ne sfruttava gli utilizzi.

La natura pubblicistica del bene trovò definitiva configurazione sul piano legislativo nel R.d. 1775/1933 ⁽⁵⁾. Sicché la qualificazione dominicale del bene acqua – seppure nella dimensione descritta – faceva sì che l'amministrazione ne valutasse solo il profilo della “rendita” rappresentato dal canone di derivazione, mentre privo di rilievo era il profilo quantitativo dell'utilizzo, salva la necessità di doverlo ripartire tra più richiedenti ⁽⁶⁾.

Peraltro l'assetto delineato riguardava soltanto un frammento di quella che oggi viene qualificato come servizio idrico poiché si limitava a considerare la sola attività acquedottistica, non erano prese in considerazione, se non marginalmente ⁽⁷⁾, gli ulteriori segmenti di attività cioè la fognatura e, più tardi, la depurazione.

La situazione così brevemente descritta è rimasta sostanzialmente confermata fino alla metà degli anni '70 del secolo scorso; in quel torno di tempo è emersa, prima sul piano dogmatico ⁽⁸⁾, poi su quello legislativo ⁽⁹⁾ ed, infine giurisprudenziale ⁽¹⁰⁾, una diversa consapevolezza valoriale intorno ai beni pubblici e per conseguenza all'acqua; l'emersione dei primi casi di eclatante inquinamento ambientale ⁽¹¹⁾ comportò l'introduzione - dapprima comunitaria e poi nazionale - di una legislazione che prendesse in conto il sistema di prevenzione dell'inquinamento (e quindi anche dell'acqua oltre che dell'aria e del suolo): ciò si riflesse, per quanto riguarda la gestione del servizio idrico, nell'aggregazione al ciclo idrico oltre che della captazione, adduzione, della fognatura e soprattutto della depurazione ⁽¹²⁾.

La definitiva devoluzione dell'acqua da “bene” a “risorsa” si attuava con la prima disciplina organica relativa alla gestione del ciclo idrico integrato attraverso la c.d. “Legge Galli” del 1994 ⁽¹³⁾. In tale complesso normativo venivano obliterata la dimensione dell'acqua come bene per assumere quella di risorsa che, partecipando di un articolato processo di cui si delineavano le fasi,

⁴ Il modello delineato nel testo appartiene a tutte le società (peraltro tra le prime a ricorrere alla quotazione nel borsa fin da secolo XIX) che svolgevano attività di distribuzione idrica quali ad es. Società per la condotta di acque potabili S.p.A. di Torino costituita nel 1852 e quotata dal 1880, Acquedotto De Ferrari Galliera S.p.A. costituito nel 1880 con coevo collocamento tra il pubblico (ma con concessione assentita dal 1873) e Niccolay S.p.A. di Genova costituito nel 1853 con coeva quotazione alla Borsa di Genova (su queste ultime cfr. DORIA, *L'acqua e la città. Storia degli acquedotti genovesi De Ferrari Galliera e Nicolay (secoli XIX-XX)*, Milano, 2008 ove ulteriori indicazioni). Analogamente a Roma accadeva con La Società della Acqua Pia Acqua Marcia e il successivo duopolio con la locale municipalizzata Acea cfr. Battilossi, *Acea di Roma 909-2000*, Milano, 2001, 161 ss.

⁵ R.d. 11 Dicembre 1933, n. 1775 T.U. delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici; cfr. anche JANNOTTA, *Acque pubbliche*, in *Dig. IV, Sez. pubbl.*, Torino, I, 1987.

⁶ Lo stato svolgeva la funzione di «moderatore dei vari interessi (...) nella ripartizione equitativa della massa d'acqua disponibile, attraverso concessioni di derivazione a favore di privati per la loro utilizzazione industriale» GIUCCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 96.

⁷ Fa eccezione la L. n. 103/19003 sulla municipalizzate.

⁸ Anticipatorio il lavoro di GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 95 e per l'acqua POTOTSCHING, *Strumenti giuridici per la difesa della natura*, in *Foro amm.*, 1970, 459.

⁹ L. 10 maggio 1976, n. 319 “Norme sulla tutela delle acque dall'inquinamento”.

¹⁰ Su cui D'ORTA, *Ambiente e danno ambientale: dalla giurisprudenza della Corte dei Conti alla legge sul Ministero dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1987, 60.

¹¹ Il disastro di Seveso, cui si fa riferimento, è avvenuto il 10 luglio 1976 nell'azienda ICMESA di Meda che provocò la fuoriuscita di una nube di diossina del tipo TCDD.

¹² L. 18 maggio 1989, n. 183 “Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo”.

¹³ L. 5 gennaio 1994, n. 36 “Disposizioni in materia di risorse idriche”. Per ulteriori approfondimenti sul percorso delineato nel testo cfr. FIORENTINO, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *AGE*, 1/2010, 39 ss. e BOSCOLO, *Le politiche idriche*, cit., 276 ss. ove anche gli ulteriori riferimenti bibliografici.

veniva gestita – pur nella dimensione pubblica esplicitamente proclamata – nella prospettiva dell'utilizzo consapevole in funzione delle generazioni successive. E tale assetto veniva poi confermato con la successiva re gestazione della materia all'interno del codice dell'ambiente (¹⁴).

3. Primo poscritto: l'equivoca interferenza tra gestione del ciclo idrico e servizi pubblici locali.

E' opportuno ed utile segnalare in questa sede un elemento di inquinamento concettuale intorno alla disciplina della gestione dei servizi idrici e, di conseguenza, dell'impresa "idrica".

Infatti, unitamente al sorgere ed all'affermarsi della disciplina giuridica dell'acqua come bene, è emerso il tema del modello gestionale. Lo schema di gestione di tali attività è, da sempre condizionato in Italia, dal modello di gestione delineato dal legislatore nella fase iniziale di diffusione delle attività acquedottistiche, cioè quello della c.d. "municipalizzata" la cui disciplina era stata disegnata nel pieno del "socialismo municipale" (¹⁵); tuttavia esso, come già brevemente accennato (¹⁶), non si rappresentava come univoco ma concorreva con altri di matrice squisitamente privatistica.

Le evenienze storiche hanno, peraltro, fatto sì che il primo dei due modelli sopra tratteggiati risultasse quantitativamente – nel settore idrico – prevalente e permanesse tuttora tale (¹⁷).

Ciò ha comportato come effetto che larga parte delle analisi attorno al modello gestione di gestione dei servizi idrici - sotto il profilo aziendalistico, economico e, soprattutto, giuridico - scontentino la sovrapposizione tra la forma e la natura del soggetto gestore (pubblico, privato o misto) e l'assetto organizzativo del servizio che, al contrario, risulta – in larga misura anche se non interamente -indifferente dalla forma del gestore.

Tra le molte conferme dell'assunto sopra riportato si può rilevare che la disciplina comunitaria impone – ai fini dell'espletamento delle gare per l'affidamento dei servizi – il meccanismo della "gara a doppio oggetto" cioè concernente sia la qualità di socio della società "mista" che relativamente alla gestione del servizio (ovvero specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio) (¹⁸); ciò testimonia il difetto di equivalenza tra qualificazione del soggetto gestore (e le scelte a ciò relative) e affidamento del servizio.

Pare, quindi, opportuno conservare una rigida separazione dei due piani sopra indicati ed affrontare le tematiche relative all'impresa idrica in una prospettiva puramente funzionale all'individuazione dei parametri di massima efficienza nella gestione in relazione alle finalità che suo tramite si intendono perseguire.

4. Dalla "forma" dell'affidamento alle modalità di gestione dei segmenti del ciclo idrico: una sintetica ricognizione comparativa degli assetti.

¹⁴ D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e sue successive modificazioni.

¹⁵ Cfr. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, 2010, 152 ove anche ulteriori riferimenti. Si deve segnalare che l'espressione impiegata presenta (ed è impiegata) in diversi significati cfr. ROMANELLI, *Centralismo ed autonomie*, in DE CECCO (a cura di), *Storia dello stato italiano: dall'unità ad oggi*, Bari, 1995, 149 ss. Per una articolata indagine storica si vedano i saggi raccolti in DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Le sinistre e il governo locale in Europa dalla fine dell'Ottocento alla seconda guerra mondiale*, Pisa, 1984 e FAVILLI, *Nel labirinto della grande riforma. Socialismo e «questione tributaria» nell'Italia liberale*; Milano, 1990.

¹⁶ Cfr. *supra* nt. 3.

¹⁷ Cfr. ANEA (a cura di), *BlueBook. I dati del servizio idrico integrato*, Roma, 2008, 35.

¹⁸ Cfr. Cons. Stato Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3, 756 con nota di ACOCELLA, LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, *ivi* e Commissione Europea, 5 febbraio 2008, n. C - 2007/6661, *Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati - PPPI*. Cfr. BRUNO, *Tutela e gestione delle acque*, Milano, 2012, 34.

In conseguenza delle considerazioni svolte del paragrafo che precede è possibile assumere - con riguardo agli assetti gestori attualmente impiegati in taluni paesi contigui all'Italia - un punto di osservazione parzialmente dissimile da quello usualmente impiegato.

Infatti la metodica tradizionalmente impiegata per descrivere nei singoli paesi le modalità di gestione dei servizi idrici è quella di distinguerle sulla base della loro matrice “pubblica” o “privata” e di valutarne l'efficienza mediante tale demarcazione ⁽¹⁹⁾. Una simile scelta presenta il difetto implicito di considerare la gestione del servizio idrico come unitario e non scomponibile in una pluralità di segmenti corrispondenti alle singole fasi dell'attività.

Nei paragrafi che seguono si utilizzerà un diverso schema basato, appunto, sulla rilevazione dei modelli di gestione riferiti ai singoli segmenti del processo industriale di trattamento dell'acqua.

4.1. Il modello francese: la dissociazione tra gestione operativa privata e investimento pubblico.

La Francia è tradizionalmente considerata dagli osservatori del settore idrico come un punto di riferimento per l'assetto gestionale e la collaborazione pubblico-privata che ha raggiunto in questo settore dei servizi pubblici. Un simile effetto è anche conseguenza del fatto che rilevanti operatori nazionali francesi hanno compiuto una significativa espansione della propria attività in paesi stranieri sia europei che extraeuropei e, conseguentemente, hanno posto in attenzione il modello nazionale da cui essi provengono ⁽²⁰⁾. Peraltro l'esistenza di veri e propri campioni nazionali nella gestione del settore idrico comporta - nel mercato interno francese - taluni effetti negativi poiché l'assetto degli operatori risulta caratterizzato da un oligopolio che opera di riflesso ad un mercato - quello della gestione del ciclo dell'acqua - naturalmente monopolistico.

In Francia, sulla scorta di una risalente tradizione di efficienza della pubblica amministrazione con la *Loi Sapin* del 1993 ⁽²¹⁾, è stato aggiornato lo schema di delegazione di funzioni pubbliche attraverso la «*délégation de service public*» mediante il quale la pubblica amministrazione affida ad un soggetto esterno all'amministrazione stessa la gestione del servizio sotto il suo controllo permanendo, però, in capo al soggetto pubblico affidante la proprietà delle infrastrutture ⁽²²⁾. L'effetto che tale intervento legislativo vorrebbe realizzare è costituito dalla trasparenza negli affidamenti ⁽²³⁾ temperato, però, dalla possibilità riconosciuta all'amministrazione affidante di negoziare il contenuto del contratto con l'affidatario; ciò dovrebbe consentire - seppure in parte - di ridurre l'asimmetria informativa tra affidante ed affidatario propria dei contratti incompleti; è possibile rilevare sulla scorta dei dati disponibili una tendenziale riduzione della durata temporale degli affidamenti il che dovrebbe rappresentare una situazione favorevole alla competizione per il mercato consentendo un più ravvicinato confronto competitivo tra gli operatori.

¹⁹ Cfr. tra i molti nella letteratura recente MASSARUTTO (a cura di), *La riforma della regolazione dei servizi idrici in Italia L'impatto della riforma: 1994-2011*, IEFÉ Bocconi, Research Report n. 9, gennaio 2012, 10 ss.; PÉRARD, *Water supply: Public or private? An approach based on cost of funds, transaction costs, efficiency and political costs*, in *Policy and Society*, 27 (2009), 193 ss.

²⁰ Per la valutazione quantitativa di tale espansione cfr. HALL, LOBINA, *The birth, growth and decline of multinational water companies*, PSIRU Report May 2012.

²¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, “*relative à la Prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques*”, e décret d'application n° 93-471 du 24 mars 1993. Cfr. Anche DAGOSTINO, *Francia: gestione del settore idrico concorrenza e regolamentazione*, in AMATO (a cura di), *L'industria idrica in alcuni paesi europei. Assetti istituzionali e organizzativi*, Milano, 2008, I, 66 ss.

²² Cfr. GUÉRIN-SCHNEIDER, BONNET, BREUIL, *Dix ans de loi Sapin dans les services d'eau et d'assainissement : évolutions et perspectives du modèle de délégation à la française*, in *Les Annales des Mines*, n°31 Juillet 2003; FRAYSSE, *La gestion du service de l'eau: perspective comparatiste*, in PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*, Milano, 2011, 27 ss.

²³ A tali fini è stato costituito a partire dal 1998 l'*Observatoire « loi Sapin »* che ha il compito di analizzare le procedure di affidamento e che pubblica un apposito rapporto annuale (reperibile sul sito <http://www.services.eaufrance.fr/>).

Ciò che rileva ai fini che qui interessano è la circostanza che il modello francese distingue con sufficiente nettezza tra l'investimento nella realizzazione delle infrastrutture relative all'intero ciclo idrico integrale – che resta quasi completamente pubblico – e la gestione e la manutenzione corrente affidata, invece, ad operatori privati ⁽²⁴⁾.

Un ulteriore elemento connotante il sistema francese – atto a distinguerlo da quello inglese ⁽²⁵⁾ ed ora da quello italiano – la volontaria assenza di un soggetto regolatore nazionale e la permanenza dei poteri relativi a livello locale. Il modello della delegazione amministrativa unito all'assenza di un unico regolatore è stato ritenuto alla base della riconosciuta preferenza per un modello tariffario basato sulla regolazione *price cap* ⁽²⁶⁾.

4.2. Il frazionamento dei segmenti del servizio: l'approccio tedesco.

A differenza di quanto accade in Francia l'approccio adottato in Germania si rappresenta come autonomo. Infatti in tale paese rimane prevalente l'affidamento della gestione acquedottistica a società municipali mentre gli altri segmenti del servizio, in particolare la depurazione, viene svolta attraverso strumenti associativi tra entità pubblica il cui fine è la costruzione e la gestione di questi impianti ⁽²⁷⁾ i quali assorbono, peraltro, la maggiore entità degli investimenti attesa, anche, la tendenziale propensione al sovra-investimento infrastrutturale che costituisce caratteristica nazionale comune ⁽²⁸⁾.

La rilevanza data ai singoli segmenti del servizio deriva, anche, da situazioni proprie di questo paese nel quale l'integrale superficie territoriale è considerata area “sensibile” ai fini dell'approvvigionamento della materia prima. Pertanto in questo contesto i costi di approvvigionamento e di sanificazione dell'acqua si situano ai vertici tariffari europei ⁽²⁹⁾.

Tuttavia è stato rilevato ⁽³⁰⁾ che l'assenza di metodologie tariffarie uniformi sull'intero territorio nazionale non garantirebbe una attuale applicazione dei principi giuridici di provenienza comunitaria costituiti dalla integrale copertura dei costi del servizio ⁽³¹⁾ nonché dalla regola “chi inquina paga”.

4.3. Utilizzo dell'infrastruttura e *franchise* perenne: il caso inglese.

²⁴ Cfr. PEZON, *Decentralization and Delegation of Water and Sanitation Services in France*, in CASTRO, HELLER (eds.), *Water and sanitation services: public policy and management*, London, 2009, 195; HALL, LOBINA, *Financing water and sanitation: public realities*, PSIRU Report May 2012, 5: «From the 1970s, delegation to the private sector grew again to become the dominant mode, but this time typically under “affermage” lease contracts, under which responsibility for investments remained with the municipalities. Thus even in France the extension of the system was carried out by and through municipalities, not through private operators»

²⁵ Cfr. *infra sub* 4.3.

²⁶ Cfr. SHUGART, *Regulation by Contract and Municipal Service: The problem of Contractual Incompleteness*, Cambridge (Mass.), 1998.

²⁷ Cfr. Wasserhaushaltsgesetz § 64 ss. con efficacia dal 1 marzo 2010.

²⁸ Cfr. MASSARUTTO (a cura di), *La riforma*, cit., 15; si deve segnalare che la tendenza indicata nel testo è coerente con un regime tariffario particolarmente oneroso per l'utente che ha l'effetto di contenere in misura significativa i consumi *pro-capite* che sono tra i più ridotti in ambito europeo.

²⁹ Cfr. anche AMATO (a cura di), *L'industria idrica in alcuni paesi europei. Assetti istituzionali e organizzativi*, cit., I, 135.

³⁰ Cfr. MARCELLINO, GRUENIG, *The German Experience with Full Cost Recovery in the Water Sector: Practice and Problems*, in *L'Acqua*, 2/2011, 51 ss.

³¹ Cfr. art. 9 dir. UE 2000/60/CE prevede che: «Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio «chi inquina paga»»; nonché l'interpretazione del disposto della suddetta norma ad opera della comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale COM(2000)477 del 26 luglio 2000 recante “Politiche di tariffazione per una gestione più sostenibile delle riserve idriche”. Circa il regime tariffario tedesco cfr. BACIGALUPO, *Le tariffe idriche in Europa*, in AMATO (a cura di), *L'industria idrica in alcuni paesi europei. Assetti istituzionali e organizzativi*, cit., II, 160.

Il Regno Unito ha rappresentato lo stato apripista nella innovazione legislativa in materia di servizio idrico integrato ed ad oltre venti anni da tale riforma rappresenta un punto di riferimento per quanto attiene agli incrementi qualitativi del servizio che si sono nel corso del tempo realizzati.

Come noto nel 1989 il sistema – interamente a gestione pubblica dal 1903 – è stato radicalmente modificato. Infatti, in estrema sintesi, il *Water Act 1989* ha suddiviso il territorio inglese e attribuito ad undici società l'affidamento perpetuo dei servizi di distribuzione di acqua potabile e fognatura. Tali soggetti sono poi stati oggetto di collocamento sui mercati regolamentati⁽³²⁾. Le funzioni regolatorie sono state poi attribuite ad una agenzia di nuova costituzione cioè l'Ofwat.

Ciò ha dato luogo ad un numero limitato di operatori completamente integrati verticalmente assoggettati ad un rigoroso regime di *price review* annuale con elevati incrementi di efficienza⁽³³⁾.

Ciò che rileva in questa sede sono gli sviluppi successivi al c.d. *Cave Report*⁽³⁴⁾; il governo britannico ha richiesto (i) un complessivo riesame dell'assetto regolatorio e (ii) l'indicazione di possibili misure che incrementassero il livello di competitività nel settore idrico.

Le osservazioni contenute nel rapporto indicano che l'elevato livello oligopolistico degli operatori ed il controllo preventivo sulle eventuali concentrazioni comporta come effetto che l'incremento di efficienza degli operatori del settore è integralmente delegato al regolatore⁽³⁵⁾.

Conseguentemente le misure proposte, ed in parte recepite dal regolatore, consistevano nell'accesso all'infrastruttura da parte di ulteriori fornitori di acqua all'ingrosso, la possibilità di concludere contratti diretti tra produttore della risorsa ed utilizzatore nonché un diverso accesso alle licenze per lo svolgimento di tali attività. In buona sintesi le riforme proposte orienterebbero il regolatore a promuovere l'*unbubbling* dei singoli segmenti del ciclo idrico nonostante si osservi che tali scelte comportano⁽³⁶⁾.

Ove il quadro regolatorio sopra delineato trovasse integrale applicazione concreta, si verrebbe ad realizzare una sostanziale identità di disciplina con la normativa concernente il gas nella quale attività di distribuzione e vendita sono oggetto di piena separazione⁽³⁷⁾.

4.4. Il frastagliato quadro dell'esperienza operativa italiana: copresenza di una pluralità di modelli.

Una volta compiuta una breve ricognizione di alcuni dei modelli stranieri, ci si dovrebbe allora domandare a quale tra essi più si avvicini in concreto la situazione gestionale dei servizi idrici in Italia.

La risposta alla domanda dovrebbe essere ambigua. Infatti la spontanea organizzazione dell'impresa privata, la spinta municipalistica, l'intervento diretto dello stato centrale e, infine, le ragioni della legislazione regionale hanno fatto sì che fossero presenti sul territorio nazionale tutti i modelli sopra delineati; e, anche successivamente all'entrata in vigore della Legge Galli prima e del codice dell'ambiente poi, tale quadro non ha raggiunto alcun elemento di semplificazione né si è orientato in modo univoco verso l'uno o l'altro dei modelli descritti.

³² Restano esclusi dalla regolamentazione descritta il Galles e la Scozia nella quale è presente un unico soggetto gestore ad integrale capitale pubblico.

³³ Si veda un esame critico della vicenda inglese in LOBINA, HALL, *The illusions of competition in the water sector*, PSIRU Report May 2008.

³⁴ CAVE, *Independent Review of Competition and Innovation in Water Markets: Final report*, April 2009 reperibile all'indirizzo: www.defra.gov.uk/environment/water/industry/cavereview.

³⁵ Cave, *Independent*, cit., 6.

³⁶ Cfr. MASSARUTTO, *L'acqua*, Bologna, 2008, passim.

³⁷ Cfr. per gli specifici approfondimenti BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2008, 74 ss.

In breve si deve rilevare quanto segue. Sono presenti nel territorio nazionale rilevanti operatori che integrano in modo completo le singole fasi del ciclo idrico integrato ⁽³⁸⁾. Tuttavia, nel meridione d'Italia, a seguito del rilevante apporto degli investimenti pubblici sono operanti relevantissimi operatori il cui unico compito è costituito dalla realizzazione e gestione della sola adduzione e della vendita di acqua all'ingrosso ⁽³⁹⁾. Perciò parte del territorio nazionale recepisce già – seppure in forma non organizzata - i modelli prospettati dalla disciplina di settore inglese sia nella versione originaria che in quella prospettica con la presenza della separazione tra attività *upstream* e quelle *downstream*.

Tuttavia l'effetto di generare operatori verticalmente integrati sull'intero ciclo idrico è stato anche l'effetto dell'applicazione regionale della legislazione nazionale ad esempio in Toscana nella quale si sono compiute scelte di aggregazione con la creazione di operatori unitari sui singoli ambiti territoriali ottimali.

Il modello tedesco di conservazione del ruolo comunale nella sola distribuzione dell'acqua mentre gli altri segmenti del servizio sono svolti tramite forme cooperative risulta riprodotto dalla legislazione della Provincia autonoma dell'Alto Adige ⁽⁴⁰⁾.

Infine la separazione tra attività di gestione e attuazione degli investimenti – sulla scorta dell'esempio francese – era agevolmente riscontrabile in talune regioni ove il concorso del finanziamento pubblico dell'infrastruttura – tramite appositi accordi di programma – saturava l'intero costo delle opere confinando il ruolo del gestore nella loro semplice realizzazione e gestione. Si deve però considerare che tale modello risulta ormai non più attuale dalla dichiarata incostituzionalità delle previsioni legislative nazionali e regionali che prevedevano la separazione tra la proprietà delle infrastrutture del servizio idrico integrato attribuita a società per azioni ad integrale capitale pubblico e la gestione del servizio medesimo ⁽⁴¹⁾.

³⁸ Come accade il Piemonte con SMAT S.p.A. e in Liguria con Mediterranea delle Acque S.p.A.

³⁹ Per le regioni della Puglia, Basilicata, Molise e parte della Campania è il caso di Acquedotto Pugliese S.p.A. che, peraltro, ha sviluppato la più estesa rete acquedottistica europea. Per la storia cfr. MASELLA, *Storia dell'Ente autonomo acquedotto pugliese*, Milano, 1996, per la complessa evoluzione normativa subita dall'Acquedotto Pugliese nel corso del tempo v. GIOCOLI NACCI, *La privatizzazione dell'Acquedotto Pugliese: profili di incostituzionalità*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 12, 4159 nonché l'intervento legislativo attuato dalla Regione Puglia (L.r. Puglia 20 giugno 2011, n. 11) che contemplava (art. 5) - tramite la costituzione dell'Azienda Pubblica Regionale Acquedotto Pugliese ed il subentro di essa nei rapporti già facenti capo alla Acquedotto Pugliese S.p.A. - una sostanziale ripubblicizzazione di tale attività; e sulla incostituzionalità di tali scelte cfr. Corte Cost., 21 marzo 2012, n. 62. Per la Basilicata Acqua S.p.A. costituita in forza dell'art. 2 L. r. Basilicata 3 giugno 2002, n. 21. Per il Molise Molise Acque quale ente subentrante a l'Ente risorse idriche del Molise - E.R.I.M in forza della L. r. Molise 1 dicembre 1999, n. 27. Per la Calabria So.Ri.Cal S.p.A. (art. 40 L. r. Calabria, 3 ottobre 1997, n. 10) e per la Sicilia Sicilacque S.p.A. (in precedenza il sistema regionale siciliano di adduzione era gestito dall'Ente Acquedotti Siciliano costituito con R.d. 19 gennaio 1942, n. 24 e L.r. Sicilia, 4 settembre 1979, n. 2 e L.r. Sicilia, 9 agosto 1980, n. 81 al quale è subentrata la società mista indicata con L.r. Sicilia, 31 maggio 2004, n. 31) queste ultime oggetto di privatizzazione parziale. Analogamente accadeva nel passato in Sardegna con l'Ente Sardo Acquedotti costituito con L. 5 luglio 1963, n. 9. Si deve poi aggiungere che sono presenti in taluni bacini embriferi particolarmente rilevanti (ad esempio quello Del Nera nonché in Romagna) operatori che svolgono analogo attività normalmente a seguito della trasformazione in società per azioni di preesistenti consorzi costituiti per la realizzazione di tali infrastrutture acquedottistiche (Società per l'acquedotto Del Nera S.p.A. nelle Marche; Romagna Acque - Società delle Fonti S.p.A. in Romagna).

⁴⁰ Si deve ricordare che quest'area del territorio nazionale è rimasta, sostanzialmente, estranea alle dinamiche nazionali in ragione della sentenza della Corte Costituzionale, 7 dicembre 1994, n. 412, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 (Organizzazione territoriale del servizio idrico integrato), commi 1, 2, 3, 4 e 5, della Legge n. 36/94, per la parte in cui si estende alle due Province autonome di Trento e Bolzano.

⁴¹ Cfr. - per il regime regionale (in particolare lombardo) che prevedeva la rispettivamente la separazione tra proprietà delle infrastrutture e gestione del servizio e costituzione di società patrimoniali pubbliche – rispettivamente Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 307, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 341 e Corte Cost., 25 novembre 2011, n. 320 su cui TUMBILOLO, *La cessione delle infrastrutture idriche a società patrimoniali*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 242; tale ultima sentenza provoca anche l'abrogazione dell'art. 113 comma 13 TUEL che consentiva la costituzione di società patrimoniali pubbliche.

L'assenza di un modello di gestione prevalente – pur in presenza di indicazioni legislative univoche nell'individuazione di operatori verticalmente integrati – ha costretto il legislatore, anche a seguito degli effetti dei referendum popolari sulla materia, a scelte di carattere alternativo e, se si vuole, originali nel contesto europeo.

5. La specificità della concessione idrica come modello di relazione contrattuale tra amministrazione pubblica e gestore.

Nel quadro descritto si assisteva, e tuttora si assiste, all'utilizzo dello strumento concessorio - ed in particolare del disciplinare che di esso costituisce la vera e propria relazione contrattuale ⁽⁴²⁾ – in una dimensione nuova e maggiormente articolata che assomma interessi ambientali, ritorno delle competenze centrali in materia di concorrenza ed efficienza nella gestione del servizio ⁽⁴³⁾.

Tuttavia l'evoluzione delle esperienze concrete, dall'avvento della Legge Galli fino ad oggi, dimostrarono alcune debolezze strutturali conseguenti all'inefficiente regime di allocazione delle informazioni da autorità concedente ed affidatario della gestione del ciclo idrico integrato.

Infatti l'autorità concedente si trovava a svolgere una triplice funzione; da un lato provvedeva alla predisposizione del piano degli investimenti richiesti al futuro concessionario, dall'altro provvedeva sulla base di tale piano e degli altri elementi relativi alla gestione del servizio (in particolare i volumi erogati) a determinare la tariffa applicabile da gestore e, infine, quale controparte contrattuale, era la referente delle eventuali rinegoziazioni del rapporto ⁽⁴⁴⁾.

La riscontrata inesattezza dei dati utilizzati per la costruzione del piano degli investimenti e degli altri elementi accessori produceva, dunque, due distinti ordini di conseguenze: la inevitabile incompletezza del contratto e la conseguente necessità di costante rinegoziazione ⁽⁴⁵⁾.

I descritti elementi di criticità non trovarono mitigazione né nella previsione di modelli concessori *standard* - come già previsto dalla Legge Galli ⁽⁴⁶⁾ ovvero sulla base dei tentativi in questo senso avviati ma non conclusi ⁽⁴⁷⁾ – né attraverso le previsioni in materia di determinazione tariffaria attraverso il c.d. Metodo Normalizzato ⁽⁴⁸⁾; in particolare, per quest'ultimo profilo, la situazione subì un ulteriore avvitamento in ragione dell'accoglimento dei quesiti referendari relativi all'abrogazione delle disposizioni relative al rendimento del capitale investito ⁽⁴⁹⁾.

⁴² Cfr. SORACE – MARZUOLI, *Concessione amministrativa*, in *Dig. IV, Sez. Pubbl.*, Torino, 1989, III, 284.

⁴³ Cfr. D'ALBERTI (a cura di), *Concorrenza e concessioni*, in *Temi e problemi*, 8, 1998 e più recentemente BOSCOLO, *Le politiche idriche*, cit., 484 ss. Cfr. anche CIFARELLI, *Il servizio idrico integrato e l'Antitrust*, in *AGE*, 1/2010, 205.

⁴⁴ A ciò si aggiunga che in molti casi il gestore era soggetto partecipato dagli stessi partecipanti all'autorità d'ambito; per questa inefficienza regolatoria cfr. NAPOLITANO, *Il disegno regolatorio dei servizi idrici*, in *L'Acqua*, 2/2011, 71 ss.

⁴⁵ Cfr. su questi profili in particolare GUASCH, *Granting and renegotiating concessions: doing it right*, World Bank, Development Studies, Washington D.C. 2004, 33 ss.

⁴⁶ Cfr. art. 11 L. 5 gennaio 1994, n. 36 circa le previsioni della convenzione tipo.

⁴⁷ CON.VI.RI., *Convenzione-tipo in materia di servizio idrico integrato. Documento di consultazione* (disponibile all'indirizzo http://www.conviri.it/contenuti/deliberate/doc_consultazione_Convenzione.pdf). Segnala l'opportunità di dare vita a strumenti contrattuali standardizzati per ridurre i costi di negoziazione e le asimmetrie informative OTTELLI, *Il Servizio Idrico Integrato in Italia: fabbisogni, regolazione, finanziamento*, Documenti DSP MISE, 2010, 15 (reperibile all'indirizzo http://www.dps.tesoro.it/documentazione/uval/paper_alessandro_ottelli.pdf).

⁴⁸ Di cui al D.m. 1 agosto 1996 recante “Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato”; cfr. ATELLI, *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*, in *AGE* 1/2010, 221 ss.

⁴⁹ Si tratta dell'intervenuta abrogazione dell'espressione contenuta nell'art. 154, comma 1, d. lgs. n. 152/2006 (codice dell'ambiente) circa la necessità che la tariffa includa “l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito”; cfr. D.p.r. 18 luglio 2011 n. 116 recante “Abrogazione parziale a seguito di referendum dell'articolo 154, comma 1, del d.lgs. 152/2006 in materia di tariffa del servizio idrico integrato”.

Il contesto brevemente delineato rendeva quindi estremamente complessa la finanziabilità degli investimenti tramite, in primo luogo, la finanza di progetto⁽⁵⁰⁾; poiché il metodo tariffario assegnava al gestore possibilità di remunerazione solo tramite la realizzazione di investimenti, conseguiva a ciò che, pregiudicata tale strada, l'intero sistema di gestione del servizio risultava senza prospettive imprenditoriali.

5.1. La scelta legislativa di dissociare le scelte di investimento dalla determinazione tariffaria.

Le esperienze maturate nel corso del tempo e gli effetti degli interventi referendari costrinsero il legislatore ad un complessivo riassetto del quadro di riferimento giuridico del servizio idrico integrato seppure mediante interventi normativi "frammentari" ma che, nel loro insieme, hanno concorso a delineare l'attuale rapporto tra impresa e mercato dei servizi idrici.

In primo luogo viene riorganizzata la competenza territoriale in materia di servizio idrico integrato con l'abolizione degli ambiti territoriali ottimali e il conseguente ridisegno – ad opera delle regioni – dell'assetto delle attribuzioni amministrative⁽⁵¹⁾.

Successivamente vengono dissociate le competenze sulla materia; si distinguono il livello territoriale locale - cui viene attribuita la funzione programmatrice degli interventi - da quello generale relativo alla fissazione dei criteri di tariffazione⁽⁵²⁾ attuando così anche una convergenza tariffaria nazionale. Quest'ultima competenza è stata oggetto di trasferimento all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas⁽⁵³⁾.

Inoltre, anche quale conseguenza del referendum, si è individuato il vincolo di affidamento del servizio idrico almeno nella dimensione provinciale⁽⁵⁴⁾ con la prospettiva ma inevitabile necessità riduzione quantitativa del numero di operatori.

In conseguenza di quanto sopra all'autorità regolatoria è stata attribuita la funzione di snodo dell'intera filiera imprenditoriale relativa alla gestione del servizio idrico. Infatti il regime tariffario

⁵⁰ Cfr. BOSSOLA – BRUNETTI, *Le prospettive di investimento nel settore idrico mediante finanza di progetto*, in AGE 1/2010, 249 ss.

⁵¹ Cfr. Le autorità d'ambito erano previste dall'art. 148 del codice dell'ambiente; con la Legge 26 marzo 2010, n. 42, vengono aboliti gli A.T.O. Tale abrogazione avrà definitiva efficacia a far data dal 31 dicembre 2012 (cfr. d.P.C.D.M. 25 marzo 2011). Cfr. anche Corte Cost., 13 aprile 2011, n. 128 e LEGNAIOLI, *Le prospettive di riforma del governo dei servizi idrico integrato e di gestione integrata dei rifiuti dopo la soppressione delle Autorità d'ambito territoriali*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 11, 3315, ALTIERI, *Il servizio idrico integrato e il regime giuridico delle reti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 835.

⁵² Si deve sottolineare che la stessa attribuzione di una competenza unitaria in materia di fissazione dei criteri tariffari costituisce il superamento delle antinomie originate dalla coesistenza di criteri di tariffazione non omogenei sul territorio nazionale. Infatti oltre alla applicazione del c.d. Metodo Normalizzato, persistevano e persistono tuttora le c.d. gestioni ex CIPE (cfr. delibera del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) 4 aprile 2001 n. 52 recante "Direttive per la determinazione, in via transitoria, delle tariffe dei servizi acquedottistici, di fognatura e di depurazione per l'anno 2001" e suoi successivi aggiornamenti); il regime tariffario della Regione Emilia Romagna (Decreto del Presidente della Giunta Regionale 13 marzo 2006, n. 49, come modificato dal Decreto del Presidente della Giunta Regionale 13 dicembre 2007, n.274) su cui BORTONE, *Esperienze nella regolazione del servizio idrico integrato della Regione Emilia Romagna*, in *L'Acqua*, 2/2011, 25 ss., nonché, infine, i regimi propri delle regioni della Val d'Aosta e del Trentino Alto Adige. Per l'esame complessivo dei metodi tariffari cfr. DE VINCENTI, *La regolazione tariffaria: uscire dallo stallo*, in *L'Acqua*, 2/2011, 29 ss. In generale fin dall'avvento della Legge Galli il tema dell'uniformazione tariffaria ha costituito elemento rilevante cfr. GIAMPIETRO, *A quando le nuove tariffe del servizio idrico integrato?*, in *Ambiente & sviluppo*, 1/1995.

⁵³ Cfr. l'art. 21, comma 19, del d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 214/2011, ha disposto il trasferimento all'Autorità per l'energia elettrica e il gas "le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici" nonché d.P.C.M. 20 luglio 2012 per la specificazione delle competenze dell'autorità.

⁵⁴ Si tratta della combinata abrogazione dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, introdotto dalla legge di conversione n. 133/2008, e poi rimaneggiato più volte, sino al d.l. n. 135/2009 relativo alle modalità di affidamento del servizio e la successiva revisione concernente la dimensione territoriale minima degli affidamenti attuata con l'art. 3-bis L. 12 luglio 2011, n. 106.

articolato nella duplice fase: di fissazione dei criteri tariffari, prima, e nella determinazione della tariffa dei singoli ambiti di gestione a valle della determinazione del piano degli investimenti, dopo, consente all'AEEG di arbitrare il confronto concorrenziale tra gli operatori all'interno al mercato dei servizi idrici per il tramite, appunto, dell'individuazione dei criteri di tariffazione; questi ultimi vengono, infatti, ad assumere la funzione di selettori tra operatori efficienti e non.

6. Lo strumento tariffario come vettore sintetico degli effetti dell'attività di regolazione.

La funzione del regolatore assume, dunque, un ruolo del tutto peculiare nell'ambito della gestione del servizio idrico in conseguenza della specificità del settore stesso.

La natura della risorsa idrica rende, infatti, impossibile la concorrenza tra operatori (se non nella circoscritta fase dell'affidamento) e trasferisce, quindi, il relativo ruolo sul regolatore.

Il regolatore italiano non dispone di altri strumenti se non quelli della disciplina tariffaria e, conseguentemente, anche alla luce della documentazione di consultazione emanata in vista della futura determinazione tariffaria⁽⁵⁵⁾ nonché della successiva e recente determinazione del metodo tariffario provvisorio⁽⁵⁶⁾, è possibile tratteggiare le linee verso le quali si indirizza l'utilizzo di tale strumento e le finalità che, suo tramite, si intendono attuare in relazione alla concorrenza per il mercato⁽⁵⁷⁾.

Possono essere individuati quattro distinti plessi di intervento tariffario e le relative conseguenze sia sul piano della concorrenza per il mercato che con riguardo alla selezione degli operatori e, conseguentemente, la futura competizione nell'assegnazione delle gestioni delle risorse idriche.

Anzitutto il regime regolatorio degli investimenti. Si assume che il settore delle infrastrutture idriche sia caratterizzato - in ragione della sua vetustà - da una rilevante richiesta di investimenti sia per quanto riguarda la depurazione che in quello della distribuzione.

La precedente disciplina tariffaria caratterizzata, da un lato, da un sistema di *price cap* e, dall'altro, dalla sola remunerazione tariffaria del capitale investito, produceva il duplice effetto di contingentare gli investimenti e di non discriminare tra investimenti con ricadute o meno sull'efficienza del servizio poiché quest'ultima non trovava riconoscimento tariffario⁽⁵⁸⁾.

Il diverso orientamento dell'AEEG⁽⁵⁹⁾ che consentirebbe il riconoscimento al gestore del costo finanziario degli investimenti effettuati - ma solo a condizione della loro effettiva entrata in esercizio - dovrebbe avere, al contrario, il risultato di privilegiare gli operatori dotati di maggiore capacità realizzativa e più efficienti nell'utilizzo delle leva finanziaria. Ciò comporta, per conseguenza, il favore verso gestori di maggiori dimensioni e integrati verticalmente; perciò capaci

⁵⁵ Cfr. AEEG, Deliberazione 204/2012/R/idr del 22 maggio 2012 - Consultazione pubblica per l'adozione di provvedimenti tariffari in materia di servizi idrici e AEEG, Deliberazione 290/2012/R/idr del 12 luglio 2012 - Consultazione pubblica per l'adozione di provvedimenti tariffari in materia di servizi idrici. Il metodo tariffario transitorio.

⁵⁶ Cfr. AEEG, Deliberazione 585/2012/R/IDR del 28 Dicembre 2012 recante "Regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio per la determinazione delle tariffe per gli anni 2012 e 2013".

⁵⁷ Tale considerazione deriva, anche, dalla evoluzione in materia della giurisprudenza costituzionale. Infatti la Corte Costituzionale con due rilevanti arresti (Corte Cost., 4 febbraio 2010 n. 29 e 10 febbraio 2010, n. 39) ha spianato la via all'attuale configurazione della tariffa; da un lato ha, infatti, stabilito che il canone di scarico e depurazione ha natura di corrispettivo per una prestazione commerciale complessa e, dall'altra, facendo valere le proiezioni concorrenziali e di tutela dell'ambiente che la tariffa assolve ne ha escluso la rilevanza locale assegnandola alla competenza esclusiva della legislazione nazionale (cfr. DI DIO, *Servizi idrici: conflitti di competenza e di giurisdizione per la determinazione delle tariffe*, in *Ambiente & sviluppo*, 6/2010). Tale assetto ha consentito di esportare la tematica del metodo di determinazione tariffaria dall'ambito locale per assegnarlo, poi, all'Autorità per l'energia e il gas.

⁵⁸ A ciò si aggiunga una tradizione di "espedienti" contabili adottati dagli operatori ormai riconosciuta nella lettera economica: cfr. MASSARUTTO (a cura di), *La riforma*, cit., 12.

⁵⁹ Cfr. art. 4.1. a) AEEG, Deliberazione 585/2012/R/IDR del 28 Dicembre 2012, cit.

di conseguire vantaggi sull'intera filiera industriale a fronte di investimenti realizzati in un suo specifico segmento.

Un secondo versante riguarda la materia dei costi operativi. La pregressa possibilità di riconoscimento tariffario dei costi operativi senza concrete limitazioni, se non quelle del *cap* di incremento tariffario annuo, impediva la selezione tra gli operatori. Conseguentemente l'orientamento verso meccanismi di profilatura dei costi operativi rappresenta una inversione assoluta ⁽⁶⁰⁾.

Infatti identificando dei costi *standard* – gli unici ad essere riconosciuti al gestore – si evidenzia un effetto implicito che il regolatore realizza mediante la loro introduzione come strumento tariffario. Sarà il regolatore a svolgere la funzione che, in un mercato concorrenziale, è realizzata dai concorrenti, poiché in ragione dell'identificazione di tali costi modellati e della applicazione della leva dell'efficienza, si pongono in competizione indiretta gli stessi operatori favorendo quelli tra loro che sono in grado di rispettare tali parametri e, quindi, conseguire utili dalla gestione operativi; mentre risultano confinati gli inefficienti: per entrambi con effetti positivi sull'utente che dovrebbe beneficiare dei risparmi operativi conseguiti.

Un terzo fronte è invece rappresentato dalla relazione con l'utenza. Tradizionalmente settori privi di competizione quali quello idrico tendono a ridurre il ruolo dell'utente nell'efficienza gestionale del gestore.

Tale osservazione diviene concreta se si considera, in particolare, il ruolo del ciclo del credito e della morosità.

Risulta accettato in conseguenza di una risalente tradizione che i cicli di fatturazione adottati dai gestori generavano una struttura del circolante di queste imprese assai inefficiente. A ciò si associava una tolleranza – spesso garantita dallo stesso regolatore – in favore della morosità diffusa, giustificata dai bassi livelli qualitativi del servizio ⁽⁶¹⁾.

Peraltro tali elementi di criticità della struttura finanziaria delle imprese operanti nel settore non trovavano – in precedenza - alcuna mitigazione nella tariffa che non riconosceva la rilevanza del capitale circolante né la morosità quali elementi tariffari.

Anche con riferimento a tali profili l'orientamento del nuovo regolatore appare improntato a scelte opposte; in primo luogo includendo, seppure parzialmente, il circolante quale parte del capitale investito e, sotto altro profilo, introducendo un coefficiente tariffario relativo alla percentuale di morosità media.

In questo contesto si viene a creare un *benchmark* di riferimento che consente di paragonare tra loro gli operatori sotto il profilo della gestione del circolante (e più in generale del c.d. ciclo attivo): gravando così quelli non efficienti di costi non riconosciuti dal punto di vista tariffario.

Da ultimo significativo appare l'approccio al mercato *wholesale*. Come sopra rappresentato il settore dell'acqua all'ingrosso costituisce un segmento rilevante nel mercato complessivo dei servizi idrici. Per lungo tempo esso era stato circondato da una generale anomia che consentiva a tali operatori comportamenti opportunistici nei confronti dei distributori; questi ultimi poi risultavano compressi tra gli incrementi di costo della materia prima e il mancato adeguamento tariffario.

Avviando un processo di determinazione, anche, della tariffa all'ingrosso i comportamenti sopra descritti dovrebbero essere marginalizzati con conseguente risalita nella catena industriale degli effetti di efficientemente del servizio in passato ascritti al solo *downstream*.

⁶⁰ Cfr. art. 4.1. b) AEEG, Deliberazione 585/2012/R/IDR del 28 Dicembre 2012, cit.

⁶¹ Cfr. MASSARUTTO (a cura di), *La riforma*, cit., 13.

Ciò potrebbe comportare – sulla scorta del modello inglese – o fenomeni di integrazione verticale dell'attività ovvero l'individuazione di schemi di approvvigionamento alternativo: in entrambi i casi a beneficio della filiera distributiva finale.