

Dott.ssa Francesca Magliocchetti
Intern presso Consip S.p.A.

IL CONTROLLO DELLA SPESA PUBBLICA E I RIFLESSI SULLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Alla luce dei recenti interventi riguardanti la normativa dei SPL, si pone la questione circa la direzione che la decisione del Legislatore andrà ad assumere nell'eventuale ridefinizione organica di tale disciplina: se quella di seguire la volontà popolare emersa dal referendum abrogativo del 2011, o gli orientamenti comunitari sicuramente più orientati all'apertura al mercato, ma senza dilatare tali principi fino a disattenderli, come già in passato, al punto di scomodare il giudice delle leggi.

Dichiarata appunto illegittima la disciplina adottata con l'art. 4 del d.l. 138/2011 e successive modifiche, ad opera della sentenza 119/2012 della Corte Costituzionale, in quanto riproponente la medesima *ratio* dell'articolo 23-bis del d.l. 112/2008, travolto dall'esito delle consultazioni referendarie del 12 e 13 giugno 2011, che limitava drasticamente le ipotesi di affidamenti *in house* oltre quanto prescritto in sede comunitaria (veniva sottratta alla liberalizzazione solo la gestione del servizio idrico integrato, in nome dello slogan politico referendario "*no alla privatizzazione dell'acqua*"), il quadro normativo dei SPL risulta regolato in primo luogo da quanto stabilito in sede comunitaria, sia nel TFUE che dalla giurisprudenza.

In particolare, l'art. 14 TFUE sottolinea l'importanza dei servizi di interesse economico generale nel ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale: da ciò discende un obbligo per gli Stati membri di garantirne lo svolgimento, pertanto la sottoposizione della gestione degli stessi alle regole di concorrenza trova il suo limite nella non avversità all'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate di tale gestione.

Quindi la gestione diretta del SPL da parte dell'ente pubblico è ammessa se lo Stato membro ritiene che l'applicazione delle regole di concorrenza sia un ostacolo.

Si ricordi che la Corte Costituzionale ha chiarito: "*la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica, hanno contenuto omologo*" (sent. 325/2010).

Riprendendo inoltre gli orientamenti giurisprudenziali comunitari, in particolare la sentenza Stadt Halle (C-26/03, 11 gennaio 2005), emerge come si ritenga rientrante nel potere organizzativo delle autorità pubbliche l'autoproduzione di beni, servizi o lavori, mediante ricorso a soggetti che siano legati all'ente da una "*relazione organica*".

In questa direzione sembra inserirsi la Legge di Stabilità 2014, che tenta di porre fine al tentativo di privatizzazione delle società a partecipazione pubblica locale, con obiettivi di contenimento e riduzione della spesa pubblica, per evitare appunto il fenomeno incontrollato dell'esternalizzazione di servizi, con la conseguente elusione ai vincoli di finanza pubblica e del patto di stabilità interno da parte delle autonomie locali: il Legislatore è perciò ricorso allo strumento del controllo, con più accentuate responsabilità di vigilanza e di programmazione in capo agli enti soci (art. 1, commi 551-552, 557, 564 e ss.).

Nonostante questi tentativi di intervento, la normativa nazionale però sembra non risolvere il problema della definizione di una disciplina organica dei SPL che si ispiri ai principi comunitari di concorrenza, e che dall'altra parte non incorra in eccessiva liberalizzazione che potrebbe risultare incostituzionale in virtù del citato referendum.

Infatti la riscrittura della regolamentazione dei SPL, contenuta nel d.l. 179/2012, si limita a fissare solo la calendarizzazione del regime transitorio delle società pubbliche affidatarie dirette del servizio, a

differenza di quanto almeno aveva fatto l'articolo 4, comma 8, con la previsione di un tetto di 200.000 euro come valore massimo del servizio per procedere all'affidamento senza gara.

L'articolo 34, commi 20-25, del d.l. 179/2012, recante disposizioni di natura generale, basa l'affidamento diretto dei SPL di rilevanza economica su una relazione dell'ente affidante da pubblicare sul sito dell'ente stesso. **Si tratta di una** relazione *ad hoc* dalla quale risultino le ragioni che hanno indotto l'ente verso quella scelta, in luogo dell'interpello del mercato, e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo (controllo analogo e prevalenza dell'attività in favore dell'ente costituente).

Tale vincolo è esteso anche agli affidamenti già effettuati e tuttora in corso, con prescrizione di renderli conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea a carico degli enti affidanti.

Su tale disposizione è recentemente intervenuto il d.l. 150/2013, decreto "milleproroghe", il cui articolo 13 ne ha modificato alcuni aspetti: viene prolungato di un anno, al 31 dicembre 2014, il termine in cui si determina la cessazione *ex lege* degli affidamenti in essere non conformi ai principi della normativa europea, o privi di una precisa data di scadenza nell'atto di regolazione del rapporto.

La ragione di tale deroga è quella di "*garantire la continuità del servizio*" laddove l'ente di governo abbia già avviato le procedure di affidamento, come si legge nell'articolo 13 stesso.

Dal tenore letterale della norma, pare che questa si riferisca ai soli affidamenti in essere non conformi (stante il riferimento espresso al solo comma 21 dell'articolo 34), per i quali non si sia ancora provveduto agli adempimenti disposti (adeguamento con apposita relazione e indicazione della data di scadenza), i quali rimangono efficaci eccezionalmente fino, al massimo, alla prorogata data. Non sembrano invece rientrare nell'ambito applicativo della norma, gli affidamenti conformi alla normativa comunitaria, per i quali siano stati espletati i detti adempimenti, né quelli non conformi che siano stati adeguati entro il 31 dicembre 2013 (questi ultimi non dovrebbero ritenersi assoggettati al termine del 31 dicembre 2014, ma al termine previsto nel contratto o negli atti regolatori del rapporto).

Non è chiaro se la norma consenta agli enti affidanti di provvedere, qualora non l'abbiano già fatto, all'adeguamento degli affidamenti non conformi suddetti entro il più lungo termine del 31 dicembre 2014, in luogo dell'ormai decorso termine del 31 dicembre 2013.

Alla luce della *ratio* complessiva della norma e del tenore letterale dell'art. 13, sembra doversi protendere per la soluzione positiva.

Per gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, è sancita la cessazione alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020. In questo modo, il Legislatore ha calendarizzato la cessazione delle società pubbliche quotate in borsa.

Tali limitazioni riguardano il termine massimo dell'affidamento, non pregiudicando la discrezionalità dell'affidante nello stabilire un termine più ristretto.

Dalla disposizione risulta rimessa alla valutazione dell'ente affidante la scelta della modalità di affidamento.

L'articolo 13, comma 2, del d.l. 150/2013, riafferma l'obbligo per gli enti competenti di provvedere all'istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi dell'articolo 3-*bis*, e introduce al contempo l'obbligo per gli stessi enti di deliberare l'affidamento entro il termine del 30 giugno 2014.

In mancanza, è previsto l'esercizio di poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, il quale dovrà provvedere, in luogo dell'ente inadempiente, al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014.

Combinando tale disposizione con quella di cui al comma 1, sembra potersi fare riferimento ai soli affidamenti non conformi e non adeguati, ai sensi dell'articolo 34, eccezionalmente prorogati nelle more dell'affidamento. Di tali servizi deve essere quindi deliberato il nuovo affidamento entro giugno 2014.

Per gli affidamenti conformi alla normativa europea non si porrebbe invece l'esigenza di individuare l'ente di governo, né quella di deliberare la procedura di affidamento entro il 30 giugno, in quanto questi potrebbero legittimamente proseguire fino a scadenza naturale.

Appare tuttavia difficile il coordinamento con il comma 1, che consente la proroga degli affidamenti non conformi fino al 31 dicembre 2014, e che a tal fine sembra presupporre l'esistenza di un ente di governo dell'ambito o bacino ottimale, il quale abbia già avviato le procedure di affidamento dei servizi. Il comma 2, come già osservato in dottrina, potrebbe allora riferirsi a situazioni diverse da quelle contemplate al comma 1 (ammesse alla proroga), relative piuttosto ad affidamenti che proseguono in via di fatto e per i quali si pone la necessità di procedere alla definizione dell'ente di governo e quindi alla scelta del nuovo gestore entro il ravvicinato termine del 30 giugno.

Da ciò ne potrebbe conseguire come il rispetto degli obblighi di cui al comma 2 (designazione ente di governo e avvio procedura di affidamento) consenta il mantenimento degli affidamenti non conformi al diritto comunitario anche oltre il 2014.

Nella direzione del rafforzamento del sistema dei controlli, l'articolo 3 del d.l. 174/2012, ha modificato il TUEL in più parti:

- 1) l'articolo 147 TUEL, come modificato, prevede che i controlli interni degli enti locali devono garantire il controllo della qualità dei servizi erogati;
- 2) l'art. 147-*quater* prevede controlli degli enti locali sulle società partecipate non quotate. I controlli sono esercitati dalle strutture proprie degli enti stessi in base a preventiva definizione degli obiettivi gestionali, nell'esercizio dei poteri di indirizzo dell'ente stesso;

Ulteriori novelle sono contenute agli articoli 148 e 148-*bis*, che prevedono, rispettivamente, il controllo da parte della Corte dei conti e la verifica del Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti accertano, inoltre, che i rendiconti degli enti locali tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione dei servizi pubblici per la collettività locale e di servizi strumentali all'ente.

Stesso obiettivo di controllo della spesa pubblica, costituisce la base di un'altra disposizione: l'articolo 1, comma 4, prevede che in sede di controllo dei rendiconti delle Regioni, le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti verificano che questi tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività regionale e di servizi strumentali alla regione.

Tale previsione appare rispondente alle esigenze specificamente individuate dalla Corte dei conti, sez. reg. di controllo delle Marche, delibera 241/2011, relative alla necessità di "*ricognizione degli Enti ed organismi dipendenti e, in particolare, delle partecipazioni societarie, di cui andrebbe riconsiderata l'effettiva economicità ed utilità in coerenza con i fini istituzionali del territorio*", in particolare consentendo anche uno "*stringente monitoraggio, anche in caso di esercizio, soprattutto per ciò che riguarda le società a partecipazione regionale totalitaria, in ordine all'evoluzione dell'indebitamento e della spesa del personale*".

Nella stessa direzione si inserisce l'articolo 8 del d.l. 98/2011, che obbliga tutti gli enti e gli organismi pubblici ad inserire sul proprio sito istituzionale, curandone l'aggiornamento periodicamente, l'elenco delle società di cui detengono direttamente o indirettamente quote di partecipazione, anche minoritaria.

Permangono comunque norme pro competitive: non è risultato incluso nel perimetro dell'illegittimità l'articolo 3-*bis* del d.l. 138/2011, che ha introdotto la previsione di meccanismi premiali per gli affidamenti mediante gara, stabilendone la rilevanza come parametro di virtuosità dell'ente, cui è associata la destinazione dei finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali.



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Nell'eventualità di una riscrittura organica della disciplina, il Legislatore si troverà di fronte alla scelta tra sacrificare la più concorrenziale impostazione comunitaria per la volontà popolare, o viceversa, facendo attenzione a non dilatarne eccessivamente i principi fino a disattenderli.