

Incentivi agli enti virtuosi, assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità ed apertura del mercato dei servizi pubblici alle regole concorrenziali.

di Dario Immordino *

(in corso di pubblicazione in “*le Regioni*”, 2013)

In una fase di stagnazione economica e di emergenza finanziaria, in cui i vincoli europei e le pressioni degli investitori istituzionali impongono bilanci in equilibrio, e non è pensabile recuperare le risorse necessarie attraverso ulteriori inasprimenti del prelievo tributario, le politiche di liberalizzazione costituiscono un rilevante fattore di consolidamento dei conti pubblici e di sostegno alla crescita economica.

Posto che si tratta di obiettivi primari dell'ordinamento, al cui conseguimento devono concorrere tutti i soggetti istituzionali, è legittimo che lo Stato ne persegua la realizzazione promuovendo forme di leale collaborazione, seppure non del tutto spontanea, da parte degli altri livelli di governo, attraverso l'assegnazione di quote aggiuntive di capacità di spesa a favore degli enti che procedono all'affidamento dei servizi pubblici locali attraverso procedure di evidenza pubblica.

Il legislatore statale, nell'esercizio della propria competenza esclusiva in materia di concorrenza indica le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali ritenute più efficienti, e nella veste di titolare del potere di coordinamento finanziario, riconosce un alleggerimento dei vincoli finanziari agli enti sub statali che si conformano a dette indicazioni.

Non viene loro negato di scegliere le modalità di affidamento dei servizi pubblici di propria competenza, ma il loro potere di autodeterminazione viene notevolmente condizionato, atteso che i benefici destinati agli enti virtuosi vengono finanziati dalle altre amministrazioni dello stesso comparto, le quali patiscono un doppio pregiudizio: non introitano il premio di virtuosità e sopportano un aggravio consistente nell'aggravamento dei vincoli di bilancio.

L'interazione tra la potestà legislativa statale in materia di concorrenza e l'utilizzo in funzione incentivante del potere di coordinamento finanziario consente di aggirare le barriere dell'autonomia, inducendo regioni ed enti locali ad adottare le regole pro concorrenziali di affidamento dei servizi pubblici ritenute necessarie al fine di conseguire effetti benefici in termini di consolidamento dei conti pubblici, efficientamento della gestione dei servizi e sostegno alla crescita economica.

Con la sentenza 46/2013, la Corte costituzionale legittima questa forma di induzione alla leale collaborazione degli enti autonomi, facendo salve dalle censure regionali le disposizioni del dl. 1/2012, che premiano l'apertura alla concorrenza ed il conseguimento di adeguati livelli di efficienza nella gestione dei servizi pubblici locali con un alleggerimento dei vincoli alla spesa imposti dal patto di stabilità ed il riconoscimento di una priorità nell'assegnazione dei trasferimenti statali destinati a qualsiasi titolo al settore, ed assoggettano le cd società *in house* al rispetto delle regole di sana gestione finanziaria.

È innegabile che le scelte degli enti autonomi in tema di affidamento dei servizi pubblici di propria competenza vengono notevolmente condizionate dalla prospettiva di poter accedere o di dover rinunciare a benefici finanziari, ma si tratta di un effetto legittimo dell'esercizio della potestà di coordinamento finanziario di competenza del legislatore statale, che non lede oltremisura l'autonomia regionale o locale.

Allo Stato, infatti, quale titolare del potere di coordinamento della finanza pubblica ed erogatore di risorse spetta la scelta in merito alla destinazione agli enti sub centrali dei trasferimenti finanziari provenienti dal proprio bilancio e alla distribuzione tra i diversi livelli

di governo e tra i singoli enti degli obiettivi di equilibrio finanziario e concorso al consolidamento dei conti pubblici e razionalizzazione e contenimento della spesa, ed a tal fine può legittimamente scegliere di premiare con risorse e spazi finanziari aggiuntivi quelli più meritevoli ed affidabili, a condizione di non privare gli altri delle risorse necessarie all'esercizio delle funzioni di competenza e che le scelte adottate non si rivelino arbitrarie e discriminatorie.

Sotto quest'ultimo profilo non può ritenersi irragionevole l'attribuzione prioritaria dei trasferimenti statali e l'assegnazione di più ampi margini di spesa in favore degli enti che "decidono di perseguire un maggiore sviluppo economico attraverso politiche di ri-regolazione dei mercati ed informano la gestione dei servizi pubblici di competenza a criteri di liberalizzazione ed apertura concorrenziale rispetto a quelli che non lo fanno"¹.

Ciò perché le politiche di liberalizzazione costituiscono un rilevante fattore in grado di incentivare la corretta allocazione delle risorse sia nella singola impresa sia nel mercato e di produrre effetti positivi, in termini di minori costi, sui settori a valle, sicché l'affidamento dei servizi pubblici locali al meccanismo delle gare ad evidenza pubblica dovrebbe comportare un risparmio dei costi ed una migliore efficienza nella gestione².

2 – L'istituto dell'*in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) consente di auto-produrre beni, servizi o lavori attraverso l'affidamento "all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata"³, senza ricorrere a "terzi" tramite gara, e dunque al mercato.

Ciò perché il ricorso alle procedure di evidenza pubblica postula l'esigenza di avvalersi di un soggetto diverso dall'amministrazione, mentre, in ragione degli imprescindibili requisiti prescritti per il ricorso alle procedure di affidamento domestico, il soggetto *in house*, ancorché giuridicamente distinto dall'ente conferente, è legato a quest'ultimo da una "relazione organica"⁴, e non può pertanto ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante.

L'armonizzazione tra regole di gestione privatistiche e controllo pubblico dovrebbe coniugare l'efficienza nella erogazione dei servizi con la vocazione al massimo soddisfacimento dei diritti dei cittadini, di modo che l'economicità non venga realizzata attraverso un insopportabile sacrificio della quantità e qualità delle prestazioni erogate, e, di contro, l'ancoraggio alla dimensione pubblica non comporti scarsa attenzione al profilo economico realizzandosi a scapito della sostenibilità finanziaria.

In questa prospettiva l'imposizione dei requisiti della prevalenza dell'attività svolta a favore dei soci pubblici, della totale partecipazione pubblica, e del cd controllo analogo, mira a contenere gli effetti anti concorrenziali, limitando il vantaggio competitivo derivante dal regime di esclusiva, ed a garantire che l'erogazione dei servizi risponda sempre all'indirizzo politico degli organi rappresentativi della collettività che ad essa rispondono della gestione.

¹ Punto 3.2 del considerato in diritto

² AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 2013

³ Cfr. Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143

⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 28 marzo 2013, n. 50, , Corte di giustizia sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, Stadt Halle del gennaio 2005, CONAME (21.7.2005, C-231/03), Parking Brixen (13.10.2005, C-458/03), *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, in causa C-340/04 e *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Commissione/Austria (10.11.2005, C-29/04), ANAV (6.4.2004, C-410/04), sentenza 19.11.1999, C-107/98, *Teckal*, Consiglio di Stato, adunanza plenaria n. 1/2008

Parallelamente l'utilizzo di modelli organizzativi a carattere aziendalistico ed a modalità di controllo diverse da quello amministrativo tradizionale dovrebbero incrementare l'efficienza e l'economicità nella gestione, affrancandola dall'eccesso di oneri burocratici, che secondo diversi studi internazionali, costituisce uno dei principali fattori di inefficienza.

Tuttavia i dati disponibili dimostrano come l'affidamento domestico sia stato utilizzato ben oltre i presupposti delineati dall'ordinamento comunitario, spesso al fine di eludere le norme di derivazione europea in materia di concorrenza nonché i vincoli alla spesa ed alle assunzioni, e ciò ha generato una serie di disfunzioni: diffuse inefficienze produttive, sostanziale chiusura di una quota consistente di mercato alla concorrenza, utilizzazione delle società *in house* per consentire assunzioni indiscriminate.

La possibilità di non ricorrere alla gara per l'affidamento della gestione di tali servizi e l'esclusione delle società *in house* dal perimetro della finanza pubblica soggetta ai sacrifici imposti dal patto di stabilità hanno determinato la proliferazione di questo modello di gestione dei servizi pubblici locali. Sicché, alla limitazione concorrenziale derivante dall'uso, in alcuni casi ingiustificato, dei regimi di esclusiva, si aggiunge quella derivante dall'utilizzo eccessivo degli affidamenti diretti a società partecipate dalle amministrazioni locali⁵, i mercati sono caratterizzati da una significativa frammentazione dell'offerta, una parte rilevante delle società attive nei servizi pubblici locali risulta in perdita⁶, le gestioni *in house* risultano caratterizzate da diffuse inefficienze produttive, alti costi unitari di produzione e inadeguati livelli di qualità e quantità delle prestazioni erogate, preoccupanti deficit infrastrutturali e di innovazione tecnologica, determinati dalla ridotta disponibilità di risorse pubbliche e dalla scarsa presenza di soggetti privati.

In questo contesto i cittadini sopportano il costo di imprese spesso inefficienti e in perdita, e sono costretti a rivolgersi a gestori individuati per la contiguità al potere pubblico invece che per la capacità di offrire prestazioni migliori a condizioni più vantaggiose⁷.

Sicché, per incrementare il livello di concorrenzialità nel settore dei servizi pubblici locali e ridurre le inefficienze, negli ultimi anni si è cercato di aprire questo rilevante segmento di mercato alla libera competizione tra operatori economici pubblici e privati, arginando la proliferazione dei regimi di esclusiva attraverso l'imposizione di limiti sempre più stringenti al ricorso agli affidamenti diretti da parte degli enti locali e la promozione di meccanismi di gara per la scelta del soggetto cui demandare l'erogazione dei servizi.

Tuttavia la disciplina volta a promuovere la prestazione dei servizi in regime di libera iniziativa economica è stata notevolmente depotenziata dall'abrogazione, per effetto di referendum popolare e della declaratoria di illegittimità costituzionale, delle disposizioni dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e dell' art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, che consentivano il ricorso all'affidamento diretto e, in particolare, alla gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (salvo quelli espressamente esclusi), solo in casi eccezionali ed in presenza di specifiche condizioni, la cui puntuale regolamentazione veniva, peraltro, demandata ad un regolamento governativo, adottato con il decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010 n. 168 (Regolamento in materia di servizi

⁵ ISTITUTO DI RICERCHE SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *Il capitalismo municipale*, Rapporto 1/2012

⁶ Secondo i dati raccolti dalla Corte dei Conti, il 32,4% delle partecipate comunali è in perdita. Tra queste, il 40% gestisce servizi pubblici locali e, all'interno di questa percentuale, il 60% di tali attività in perdita attiene al settore idrico e dei rifiuti, mentre il 35% ai trasporti. La percentuale di società in perdita risulta pari al 38,69% nel 2005, al 36,95% nel 2006 e al 37,63% nel 2007. Cfr. Corte dei Conti, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province*, Deliberazione n. 14/ AUT/2010/FRG del 30 giugno 2010.

⁷ ISTITUTO DI RICERCHE SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *Il capitalismo municipale*, Rapporto 1/2012

pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008)⁸.

Le forti resistenze da parte degli enti substatali e la travagliata evoluzione della disciplina diretta ad imporre l'adozione di regole pro concorrenziali hanno indotto il legislatore statale ad estendere a questo ambito la tecnica premiale, già sperimentata per promuovere significativi incrementi nella qualità dei servizi e delle prestazioni pubbliche e rilevanti risparmi di spesa nel settore sanitario.

In questa prospettiva la disciplina introdotta con il dl 1/2012 prevede l'attribuzione di rilevanti sconti sugli obiettivi del patto di stabilità agli enti che adottano procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica; b) la prioritaria attribuzione dei finanziamenti speciali statali a qualsiasi titolo agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio, selezionati attraverso la procedura ad evidenza pubblica o di cui, in ogni caso, l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza della gestione, nonché la qualità del servizio reso; c) l'assoggettamento delle società *in house* al Patto di stabilità interno.

L'obiettivo è quello di trasformare l'ostruzione alle dinamiche di mercato e le inefficienze in un costo a carico degli enti e delle relative collettività, e, di contro, l'apertura alle regole concorrenziali ed il conseguimento di adeguati standard qualitativi nella gestione in un beneficio.

L'ampliamento della capacità di spesa degli enti che si conformano alle modalità di gestione dei servizi pubblici ritenute più convenienti ed efficienti costituisce una evoluzione della tecnica premiale, cui sinora lo Stato aveva fatto ricorso attraverso l'attribuzione di trasferimenti condizionati all'adozione di misure di carattere organizzativo finalizzate, ad esempio, alla eliminazione o al significativo contenimento delle liste e dei tempi di attesa delle prestazioni sanitarie, all'adeguamento alle indicazioni del Piano sanitario nazionale, ed al perseguimento dell'equilibrio economico nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza.

.Questo meccanismo incentivante è stato in diverse occasioni legittimato dalla Corte costituzionale⁹, che il riconoscimento, da parte dello Stato, di un regime finanziario di favore può ben essere subordinato a particolari condizioni finalizzate a conseguire un migliore o più efficiente funzionamento del servizio, e non lede l'autonomia normativa ed organizzativa regionale, purché residui alle stesse un adeguato spazio per l'esercizio delle proprie competenze legislative.

Nel caso di specie la virtuosità degli enti sub statali viene valutata in relazione al modello prescelto per l'affidamento dei servizi pubblici di competenza, il beneficio non è costituito dall'attribuzione di risorse ulteriori rispetto alla dote finanziaria ordinaria, ma consiste nell'ampliamento dei margini di spesa, e viene direttamente finanziato attraverso

⁸ In particolare l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 non soltanto limitava, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la ancorava al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; successivamente 200.000), il superamento della quale determinava automaticamente l'esclusione della possibilità di ricorrere ad affidamenti diretti, a prescindere da qualsivoglia valutazione in merito alla convenienza ed alla rispondenza alle specifiche esigenze di gestione del servizio. Con la sentenza 199/2012 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima detta disposizione, per contrasto con l'articolo 75 della Costituzione, sull'assunto che la finalità di escludere tendenzialmente la possibilità di affidamenti diretti contrasta con quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza possa ostacolare, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (articolo 106 TFUE), e la subordina alle sole condizioni del totale partecipazione pubblica al capitale della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo", e dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante

⁹ Cfr, *ex multis*, sentenze n. 36 del 2005 e n. 98 del 2007

l'aggravamento degli obiettivi del patto di stabilità a carico delle altre amministrazioni dello stesso comparto di spesa.

L'ultimo tassello della strategia volta ad incentivare la liberalizzazione dei servizi pubblici ed il conseguimento degli obiettivi di contenimento e razionalizzazione della spesa consiste nell' assoggettamento delle società *in house* alle regole del patto di stabilità. In questo modo non soltanto si estende l'area di gestione pubblica soggetta ai principi di sana gestione finanziaria al fine di conseguire notevoli risparmi di spesa, ma si elimina uno dei principali incentivi alla proliferazione degli affidamenti domestici, e di conseguenza alla elusione delle regole poste a salvaguardia del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

2 - La Regione Veneto contesta la legittimità di questa disciplina, per violazione degli artt. 3, 5, 97, 114, 117, commi primo, secondo, lettera e), terzo, quarto e sesto, 118 e 119, commi secondo, terzo, quarto e quinto, della Costituzione, nonché dell'art. 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), della legge 5 maggio 2009, n. 42 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione), e del principio di leale collaborazione.

Il primo profilo di censura concerne il comma 3 del nuovo art. 3-*bis*, aggiunto al d.l. n. 138 del 2011, che include l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino tra gli elementi di valutazione della virtuosità ai sensi dell'art. 20, c. 2, l. 98/2011.

Detta ultima disposizione prevede che gli obiettivi finanziari imposti dal patto di stabilità e la misura del concorso alla manovra di finanza pubblica vengano ripartiti, tra i singoli enti appartenenti ad un determinato comparto, in base alla loro virtuosità, misurata operando una valutazione ponderata di alcuni indicatori di efficienza ed economicità della gestione¹⁰ che attestano, oltre alla buona condotta finanziaria (cioè al raggiungimento degli obiettivi base), la capacità di gestire bene le risorse di competenza (conseguendo ad esempio adeguati livelli di efficienza nella riscossione delle entrate e nel contrasto all'evasione fiscale, limitando le spese di personale eccessive uno dei principali costi rigidi dei bilanci locali ecc) senza pregiudicare gli obiettivi di servizio.

In sostanza gli enti che dimostrano di aver conseguito un equilibrio di bilancio stabile e duraturo, e si rivelano capaci di coniugare l'economicità della gestione con la capacità di salvaguardare livelli adeguati di efficienza nella erogazione dei servizi e delle prestazioni fornite ai cittadini, vengono ritenuti virtuosi, cioè efficienti ed affidabili, e meritano pertanto di gestire quote aggiuntive di spesa, fermo restando l'obiettivo del comparto.

In un periodo difficile per la finanza pubblica, infatti, il premio di virtuosità non può essere attribuito attraverso l'erogazione di risorse a valere sui bilanci statali o mediante l'aggravamento dei parametri di equilibrio finanziario, e pertanto il concorso al conseguimento agli obiettivi di finanza pubblica di ciascun livello di governo deve restare inalterato. Di conseguenza il beneficio concesso alle amministrazioni virtuose viene finanziato mediante l'aggravamento dei parametri di equilibrio finanziario imposti agli altri

¹⁰ I parametri previsti dal dl 98/2011 concernono in particolare il rispetto del patto di stabilità interno nel triennio precedente, il rapporto tra spesa in conto capitale, finanziata con risorse proprie, e spesa corrente, l'incidenza della spesa del personale sulla spesa complessiva dell'ente e numero dei dipendenti in rapporto alla popolazione residente, la situazione finanziaria dell'ente, anche in riferimento all'evoluzione della stessa nell'ultimo triennio, la misura del ricorso alle anticipazioni del proprio tesoriere, il livello della spesa per auto di servizio nel triennio precedente, il numero di sedi e uffici di rappresentanza in Italia e all'estero, l'autonomia finanziaria; il tasso di copertura dei costi dei servizi a domanda individuale, il rapporto di corrispondenza tra trasferimenti statali o quote di gettito devoluto e maggiori entrate da effettiva partecipazione all'azione di contrasto all'evasione fiscale.

enti dello stesso comparto, che pur avendo conseguito gli obiettivi di contenimento della spesa non assicurano uguali standard di efficienza di gestione.

4. In questo contesto si colloca il nuovo art. 3 *bis*, c.3, del dl 138/2011, che include tra i parametri di virtuosità l'affidamento della gestione dei servizi locali di rilevanza economica tramite procedure ad evidenza pubblica, sull'assunto che l'apertura alle regole concorrenziali di questo rilevante segmento di mercato possa produrre notevoli economie di spesa e rilevanti incrementi di efficienza.

La difesa regionale contesta che in una fase particolarmente difficile per la finanza regionale e locale, falciata negli ultimi anni da gravosi tagli ai trasferimenti e stringenti vincoli finanziari, attribuire un beneficio finanziario agli enti che adottano le modalità di affidamento dei servizi pubblici promosse dalla legge statale e ridurre la capacità di spesa di quelli che esercitano la propria autonomia discostandosi da dette indicazioni, equivale di fatto a costringere le amministrazioni substatali ad utilizzare sempre la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi, e rinunciare agli affidamenti diretti, al fine di evitare le deteriori conseguenze derivanti dalla esclusione dal novero degli enti virtuosi.

Una simile imposizione, peraltro, poggia esclusivamente su una valutazione negativa operata *ex ante*, a prescindere da ogni considerazione in ordine alla effettiva la rispondenza, in concreto, dell'affidamento *in house* alle specifiche esigenze della singola realtà locale, e senza tener conto del fatto che sarebbe ben possibile che questa tipologia di affidamento possa dimostrarsi più efficiente e virtuosa.

In ragione di ciò la disposizione impugnata integrerebbe una grave violazione dell'autonomia regionale nell'esercizio delle funzioni amministrative di competenza, perché le regioni vengono sostanzialmente private della possibilità di scegliere le modalità di gestione ritenute più convenienti in ragione delle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, e della valutazione di eventuali condizioni che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato.

Tanto più che, alla luce della recente evoluzione della disciplina normativa in materia e del consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria, costituzionale ed amministrativa, il principio della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica può ritenersi ormai superato dalla sostanziale equiparazione tra i diversi modelli per lo svolgimento del SPL¹¹.

La regione ricorrente denuncia altresì l'illegittimità della disposizione censurata laddove prevede che la Presidenza del Consiglio comunichi perentoriamente, a fine gennaio di ogni anno, al Ministero dell'economia gli enti che hanno attuato tale procedura e che, in assenza della comunicazione nel termine stabilito, «si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità».

Affidando ad un soggetto non imparziale come il Ministero dell'economia la valutazione in merito alla virtuosità dei sistemi di affidamento adottati da regioni ed enti locali, si introdurrebbe, infatti, un tipo di controllo che non ha natura collaborativa, in contrasto con il principio autonomistico di cui all'art. 5 Cost., sia con quello di equiordinazione tra enti della Repubblica, di cui all'art. 114 Cost., nonché con quanto previsto dall'art. 9, comma 2, della legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha abrogato le forme di controllo previste dagli artt. 125 e 130 Cost., in quanto non più coerenti con il nuovo assetto delle autonomie territoriali dopo la revisione costituzionale.

Ed inoltre l'assoggettamento di scelte adottate da regioni ed enti territoriali nell'esercizio dei poteri loro spettanti, ad una valutazione di virtuosità da parte di un'autorità statale, e quindi ad una forma di sindacato che in caso di esito negativo può portare non soltanto alla negazione di un beneficio economico ma ad un aggravio di oneri, si porrebbe in insanabile contrasto con gli artt. 117, 118 e 119 Cost., con la disciplina

¹¹ Cons. Stato, Sez. VI, 762/2013, e, sulla sua scia, T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 11/4/2013, n. 1925

comunitaria, che non esclude affatto la possibilità dell'affidamento *in house*, e con i principi di sussidiarietà e leale collaborazione.

4. La Corte rigetta tutte le argomentazioni proposte dalla difesa regionale, sulla base della constatazione che il riconoscimento di benefici finanziari agli enti che adottano procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi locali a rilevanza economica non esorbita dai limiti consentiti alla legge statale e non viola l'autonomia regionale.

Al riguardo viene rilevato che in ragione "della diretta incidenza sul mercato e della stretta funzionalità alla gestione unitaria del servizio"¹², la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali attiene alla materia "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva statale, e che le disposizioni impugnate, nella misura in cui si limitano ad incentivare il ricorso a procedure di affidamento ad evidenza pubblica al fine di promuovere una razionalizzazione della regolazione ed eliminare gli ostacoli inutili o sproporzionati al libero esercizio dell'attività economica¹³, si rivelano pienamente coerenti con il diritto dell'Unione europea¹⁴ e non ledono in alcun modo i poteri le prerogative di competenza delle Regioni in materia di attuazione del diritto europeo¹⁵.

Lo Stato, infatti, non obbliga regioni ed enti locali a rinunciare all'affidamento domestico, ma li incentiva a scegliere procedure ritenute economicamente più convenienti e, quindi, funzionali al contenimento della spesa¹⁶. La previsione di un incentivo comporta che regioni ed enti locali possano autonomamente scegliere e gestire le modalità di affidamento dei servizi pubblici ed esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche, e di conseguenza gli stessi «non risultano menomati nelle, né tantomeno privati delle, competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientati ad esercitarle in base ai principi indicati dallo Stato»¹⁷.

Né d'altra parte può ritenersi illegittimamente menomata l'autonomia finanziaria regionale, atteso che le conseguenze a carico dei bilanci regionali e locali costituiscono l'effetto di scelte adottate in piena autonomia.

Ed a ben vedere, peraltro, nel caso di specie risulta addirittura controversa l'esistenza stessa di un simile pregiudizio: la metodologia di affidamento dei servizi pubblici locali costituisce infatti soltanto uno dei fattori considerati ai fini della valutazione in ordine alla virtuosità degli enti, insieme ad almeno altri dieci parametri, e pertanto può tutt'al più incidere sulla determinazione degli spazi finanziari da attribuire agli enti decentrati, ma non determinarla interamente.

Sicché non è possibile quantificarne gli effetti penalizzanti nei confronti di regioni ed enti locali che scelgano altre modalità di affidamento.

Quanto alle legittimità della tecnica utilizzata per promuovere il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, la Corte rileva che non può certo ritenersi irragionevole che, nella disciplina di una materia rientrante nella sua competenza esclusiva, lo Stato decida di perseguire obiettivi di contenimento dei costi ed incremento del livello di efficienza nella erogazione dei servizi e delle prestazioni, promuovendo le modalità di affidamento ritenute più funzionali allo scopo, ed a tal fine ritenga più virtuosi gli enti che vi fanno ricorso.

Il principale dubbio di legittimità prospettato dalla ricorrente, però, non concerne tanto il ricorso alla tecnica premiale, quanto piuttosto la ragionevolezza di una disposizione che include tra i parametri di virtuosità le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

¹² *Ex plurimis*: sentenze n. 62 e n. 32 del 2012; n. 339, n. 320, n. 187 e n. 128 del 2011; n. 325 e n. 142 del 2010; n. 246 e n. 148 del 2009).

¹³ sentenza n. 200 del 2012, citata dalla sentenza n. 8 del 2013

¹⁴ sentenze n. 299 e n. 200 del 2012

¹⁵ sentenza n. 8 del 2013; analogamente, sul punto, la sentenza n. 325 del 2010

¹⁶ Corte Costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 8)

¹⁷ sentenza n. 8 del 2013

In tal modo la valutazione di virtuosità non viene operata sulla base dei risultati di gestione concretamente conseguiti, ma esclusivamente in ragione del modello prescelto, a prescindere dalla verifica dell'effettivo conseguimento degli obiettivi di economicità ed efficienza nella erogazione dei servizi pubblici proclamati dal legislatore.

Nei precedenti esaminati dalla Corte la legittimità delle disposizioni premiali derivava dalla circostanza che i criteri adottati si rivelavano comunque direttamente strumentali e proporzionali al conseguimento degli obiettivi di efficienza dell'azione amministrativa e contenimento della spesa, e che gli enti che non adottavano le misure previste dalla legislazione statale non venivano sottoposti ad alcun tipo di sanzione o penalizzazione.

Nel caso di specie, invece, il sistema delineato dalle disposizioni impugnate non consente di escludere la possibilità che alcuni enti, pur avendo conseguito risultati positivi nella gestione, possano essere assoggettati ad una compressione della propria capacità di spesa solo per aver adottato scelte difformi da quelle sollecitate dal legislatore statale.

Il sistema incentivante delineato dalle disposizioni impugnate poggia, infatti, su una semplice presunzione di maggiore efficienza ed economicità delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica. Un assunto, secondo la ricorrente, del tutto indimostrato, atteso che "è ben possibile, in concreto, che questa tipologia di affidamento di servizi si dimostri in concreto più efficiente e virtuosa", anche in ragione delle specifiche caratteristiche sociali economiche territoriali che caratterizzano il contesto di riferimento.

Non è un caso, peraltro, che la normativa comunitaria non escluda affatto che gli affidamenti *in house* possano rivelarsi "di fatto più ragionevoli ed efficienti", e rimetta all'ente affidante piena autonomia nella scelta del modello di gestione dei servizi di competenza, proprio per consentirgli di scegliere quello più adatto e conveniente in ragione delle condizioni di contesto.

Di conseguenza, considerato che l'esercizio della potestà legislativa soggiace al rispetto dei fondamentali principi di ragionevolezza e proporzionalità, che impongono il ricorso a misure ed interventi effettivamente strumentali coerenti e proporzionali allo scopo che si intende conseguire, secondo la difesa regionale le disposizioni impugnate dovrebbero ritenersi eccedenti la potestà esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza "per manifesta sproporzione rispetto al fine".

La Corte non approfondisce questo profilo della questione di legittimità, e si limita a rilevare che non può ritenersi irragionevole che la legge consideri più virtuosi gli enti che per l'affidamento dei servizi pubblici facciano ricorso a procedure considerate dal legislatore più convenienti ed efficienti.

Quanto alla censura relativa alla illegittima introduzione di una nuova forma di controllo dell'esercizio dell'autonomia amministrativa ed organizzativa regionale e locale, le argomentazioni della ricorrente vengono ritenute inammissibili perché « esclusivamente volte a rivendicare la posizione equiordinata di cui godrebbero le Regioni rispetto allo Stato, che renderebbe illegittima l'introduzione di qualsiasi strumento di controllo statale sulle Regioni, senza che siano addotte specifiche argomentazioni in ordine alla asserita illegittimità costituzionale della disposizione impugnata. La motivazione, oltre che insufficiente, appare anche inconferente, in quanto la norma censurata non ripristina alcun controllo sugli atti legislativi o amministrativi delle Regioni, in contrasto con la legge costituzionale n. 3 del 2001, invocata a parametro del presente giudizio».

Ed in ogni caso, nel merito della questione, in effetti la comunicazione al Ministero dell'Economia degli enti che si sono avvalsi delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi a rilevanza economica di loro competenza, non appare strumentale ad una vera e propria forma di sindacato sul merito o la legittimità delle scelte adottate da regioni ed enti locali, ma si configura piuttosto come un adempimento necessario per verificare il possesso di uno dei requisiti di virtuosità che consente l'attribuzione dei benefici previsti.

5 - La difesa regionale contesta altresì la legittimità dell'art. 3-bis, c.4, del dl 138/2011, ove, fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, si riconosce una priorità nell'assegnazione dei trasferimenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'art. 119, comma quinto, della Costituzione "a favore degli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa".

Detta disposizione violerebbe la disciplina costituzionale delle fonti di finanziamento degli enti substatali "poiché non stabilisce la riconducibilità dei predetti finanziamenti ai tipi di fondi consentiti dall'art. 119 Cost".

In primo luogo ad avviso della ricorrente lo Stato tenterebbe di eludere le garanzie poste a salvaguardia dell'autonomia finanziaria regionale disciplinando come fonti di finanziamento straordinarie dei trasferimenti che non possono ritenersi aggiuntivi rispetto all'integrale finanziamento delle funzioni in materia di servizi pubblici.

In altri termini, posto che la stima del fabbisogno in materia di servizi pubblici locali si rivela inadeguata rispetto agli obiettivi di servizio, i trasferimenti in oggetto dovrebbero essere compresi tra le risorse ordinarie e seguire le relative regole di quantificazione e distribuzione.

In ogni caso, anche ad ammettere che si tratti effettivamente di finanziamenti straordinari, i trasferimenti previsti dell'art. 119, c. 5, Cost, dovrebbero essere comunque destinati a determinati Comuni o categorie di Comuni (o Province, Città metropolitane, Regioni)», mentre la disciplina impugnata ne prevede l'attribuzione ad enti ed organismi differenti. Ciò peraltro, senza alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni, pur trattandosi di finanziamenti destinati a finanziare attività in ambiti di loro competenza.

In definitiva, la disposizione censurata, prevedendo trasferimenti non dotati delle caratteristiche prescritte dalla norma costituzionale come interpretata dalla giurisprudenza della Corte, violerebbe il principio di tipicità delle forme di perequazione dei bisogni e l'autonomia finanziaria regionale.

Il rigetto delle censure proposte dalla difesa regionale prende le mosse dalla constatazione che non può negarsi allo Stato la possibilità di privilegiare, nell'erogazione dei finanziamenti di sua competenza, le amministrazioni più "virtuose", riconoscendo una priorità nell'assegnazione dei trasferimenti a favore degli enti "che decidono di perseguire un maggiore sviluppo economico attraverso politiche di ri-regolazione dei mercati" rispetto a quelli che non lo fanno. Ciò naturalmente a condizione che una simile valutazione venga operata "attraverso strumenti dotati di un certo grado di oggettività e comparabilità, che precisino *ex ante* i criteri per apprezzare il grado di adeguamento raggiunto da ciascun ente nell'ambito del processo complessivo di razionalizzazione della regolazione, all'interno dei diversi mercati singolarmente individuati".

E nel caso di specie detti presupposti devono ritenersi soddisfatti dalla indicazione, ad opera delle disposizioni impuginate, dei parametri in base ai quali verrà attribuita la priorità nella erogazione dei trasferimenti: selezione dei gestori del servizio tramite procedura ad evidenza pubblica, ed efficienza e qualità del servizio verificata ed attestata dall'Autorità di regolazione competente sulla base dei parametri dalla stessa stabiliti.

Né peraltro possono ritenersi condivisibili i profili di impugnazione fondati sulla non riconducibilità della norma impugnata alle ipotesi di cui all'art. 119 Cost.

Al riguardo la Corte rileva che è certamente vero che dall'esigenza di uniformità dei criteri e delle modalità di erogazione dei trasferimenti volti a rimuovere gli squilibri economici e sociali deriva l'implicito riconoscimento del principio di tipicità delle ipotesi e

dei procedimenti attinenti alla perequazione “verticale” previste dal Titolo V della Costituzione¹⁸, tuttavia «il rispetto di detto principio di tipicità non impedisce certamente – allo stato della legislazione – che possano essere adottati interventi perequativi a favore delle collettività economicamente più deboli ... attraverso moduli legislativi e procedurali non collidenti con il dettato dell’art. 119 Cost.¹⁹».

In altri termini l’elencazione di cui all’art. 119 non esaurisce la gamma delle fonti di finanziamento di regioni ed enti locali, ed in specie dei trasferimenti che lo Stato può loro destinare, giacché l’esigenza di garantire la realizzazione dei diritti dei cittadini e il superamento delle profonde differenze in termini di dotazioni strutturali ed infrastrutturali tra i diversi contesti territoriali è legittima, e talvolta impone, il ricorso a forme di trasferimento diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste dalle disposizioni costituzionali.

Ciò che conta è che detti finanziamenti rispettino i requisiti inderogabili prescritti dal testo costituzionale, che si tratti cioè di fonti di finanziamento straordinarie destinate agli enti sub centrali unicamente a garanzia delle finalità indicate nel testo costituzionale.

E nel caso di specie, nonostante l’ambiguità della disposizione in oggetto, che fa riferimento a tutti i trasferimenti di finanza pubblica a qualsiasi titolo operati, deve “escludersi che la disciplina impugnata possa prevedere misure perequativo-solidaristiche che non integrino interventi straordinari, aggiuntivi e diretti a garantire i servizi indispensabili alla tutela di diritti fondamentali.

Quanto invece all’esclusione di qualsiasi coinvolgimento delle regioni nella distribuzione delle somme all’interno del proprio territorio, la Corte liquida la censura regionale rilevando che il principio di leale collaborazione “non trova applicazione in riferimento al procedimento legislativo e, inoltre, che esso non opera allorché lo Stato eserciti la propria competenza esclusiva in materia di “tutela della concorrenza”.

Non viene invece approfondito il profilo della questione concernente il rapporto fra finanziamenti straordinari di cui all’art. 119, c.5, Cost. ed ambiti di competenza legislativa, che lo stesso Giudice costituzionale in diverse precedenti occasioni aveva affrontato rilevando che «l’esigenza di rispettare il riparto costituzionale delle competenze legislative fra Stato e Regioni comporta altresì che, quando tali finanziamenti riguardino ambiti di competenza delle Regioni, queste siano chiamate ad esercitare compiti di programmazione e di riparto dei fondi all’interno del proprio territorio»²⁰.

In quelle pronunce veniva pertanto valorizzato il legame tra risorse e programmazione delle attività, responsabilità della disciplina e responsabilità finanziaria, sull’assunto che quando si disciplina una materia si stabiliscono gli obiettivi dell’attività pubblica, le prestazioni da fornire, e quindi si determina, anche indirettamente, il livello di spesa necessario, e di conseguenza non può escludersi il coinvolgimento dell’ente titolare della competenza legislativa nella assegnazione delle risorse.

Nel caso di specie, invece, la Corte rigetta le rivendicazioni della ricorrente dimostrando di non ritenere illegittima la determinazione unilaterale da parte dello Stato della destinazione dei trasferimenti, ma non ne spiega le ragioni, anche se la riduzione della questione al profilo della leale collaborazione non consente di ipotizzare un vero e proprio *revirement* rispetto al precedente orientamento.

4 – L’ultimo profilo di censura concerne l’assoggettamento delle società *in house* di regioni ed enti locali al Patto di stabilità interno secondo le modalità definite da un decreto ministeriale.

Al riguardo la difesa regionale rileva che con la sentenza 325 del 2010 è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la disciplina statale che prevedeva

¹⁸ Sent. n. 176 del 2012

¹⁹ Cfr sentt. 71 del 2012, [284](#) e 107 del 2009, 216 del 2008, [451 del 2006](#) 37 del 2004

²⁰ Cfr, *ex multis*, sentt. 22 del 2005 e 16 del 2004

«l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno», e delegava il Governo ad adottare uno o più regolamenti al fine di disciplinare il contenuto e la misura del concorso al conseguimento degli obiettivi di consolidamento della finanza pubblica.

Ciò sulla base della constatazione che l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene al coordinamento della finanza pubblica²¹, di competenza legislativa concorrente, e di conseguenza il legislatore statale deve ritenersi privo della potestà regolamentare in materia, “e ad essa non può far rinvio, né ipotizzando regolamenti governativi ex art. 17, secondo comma, l. n. 400/1988, né ipotizzando decreti ministeriali ex art. 18, comma 2-bis, d.l. n. 112/2008”.

Di tal che la disposizione censurata che, di fatto, avrebbe ripristinato la normativa dichiarata costituzionalmente illegittima, demandando nuovamente ad una fonte sub-legislativa la definizione delle modalità per l'assoggettamento al Patto di stabilità interno delle società *in house*, dovrebbe ritenersi affetta dagli stessi vizi di legittimità.

La Corte fonda il rigetto delle censure regionali sulla distinzione tra l'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità e gli strumenti per renderlo più facilmente gestibile sotto il profilo normativo ed amministrativo.

Sotto il primo aspetto viene rilevato che dalla normativa comunitaria si ricava che il regime giuridico di cui beneficiano gli affidatari *in house* si giustifica solo alla luce della loro natura di *longa manus* dell'ente pubblico affidante.

Sicché, trattandosi di soggetti solo formalmente distinti dal loro dante causa, il quale ne dispone come proprie articolazioni interne per l'erogazione dei servizi di competenza, è legittimo e ragionevole che vengano sottoposti alle stesse regole di sana gestione finanziaria.

Ciò in quanto il patto di stabilità disciplina il contenuto e la misura del concorso di tutti i soggetti istituzionali al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, e si riferisce a tutto l'insieme di spese ed entrate di ogni ente in relazione a tutte le funzioni allo stesso demandate, indipendentemente dalle modalità di gestione adottate.

La scelta del modello gestionale di cui avvalersi, infatti, deve essere finalizzata o comunque funzionale a conseguire obiettivi di efficienza (maggiore qualità e quantità di servizi e prestazioni pubbliche) ed economicità (minori costi), e non può certo costituire uno strumento per eludere le regole di sana gestione finanziaria.

Escludendo le società *in house* dall'ambito dei soggetti sottoposti alle disposizioni del patto di stabilità si escluderebbe senza alcuna valida ragione una rilevante quota di attività pubblica, e quindi di risorse, dal concorso al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica.

Una simile forma di esenzione determinerebbe “un ingiustificato favor nei confronti di questo tipo di gestione dei servizi pubblici” in contrasto con la normativa comunitaria, e “non sarebbe funzionale alle finalità di controllo della finanza pubblica e di contenimento delle spese”.

Ciò posto la giurisprudenza costituzionale ha chiarito in diverse occasioni che la determinazione dei soggetti istituzionali tenuti al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica e della misura di tale concorso costituisce espressione del potere di coordinamento finanziario, assoggettato dall'art. 117 Cost al regime di potestà concorrente, sicché non è consentito al legislatore statale di disciplinare detti aspetti attraverso l'esercizio della potestà regolamentare.

Ed è qui che sta la differenza tra la disciplina dichiarata illegittima dalla sentenza 325/2010 e quella in oggetto.

Nel primo caso, infatti, alla fonte regolamentare veniva affidato l'assoggettamento degli affidatari *in house* al patto di stabilità, e ciò contemplava la possibilità di dettare

²¹ Sentt [284](#) e 237 del 2009; 267 del 2006

regole che disciplinassero nel merito il contenuto e la misura degli obiettivi finanziari di questi soggetti, anche introducendo innovazioni normative, nel limite del rispetto di quanto contenuto nella legge che lo prevedeva.

La disciplina censurata dalla ricorrente, invece, demanda a un decreto ministeriale esclusivamente la definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara. Alla fonte sublegislativa non viene pertanto affidata la definizione di contenuti normativi ed in specie di quote di disciplina delle regole del patto di stabilità, ma soltanto di adempimenti tecnici strumentali a garantire l'uniformità degli atti contabili sull'intero territorio nazionale.

Attraverso la disciplina impugnata lo Stato ha pertanto legittimamente esercitato la potestà di coordinamento finanziario, che gli consente di ricorrere non solo a disposizioni di legge dettagliate ben oltre il limite consentito alle comuni disposizioni di principio, ma anche all'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo necessari per il conseguimento degli obiettivi perseguiti²².

* Avvocato – Dottore di ricerca in Diritto interno e comunitario, Università di Palermo

²² Cfr sentt. 376 del 2003, 4 del 2004, 35 e 417 del 2005 e 179 del 2007, 4 del 2004 e 35 del 2005, 376 del 2003 353 e 390 del 2004 e 121 del 2007