

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA
XXII° CICLO

**Le società a partecipazione pubblica *in house* e
miste**

TUTOR:

Prof. Marcello Clarich

CANDIDATO:

Giuseppe Urbano

Indice Sommario

INTRODUZIONE	5
I. INQUADRAMENTO GENERALE E QUESTIONI APERTE.....	8
1.1. L'autonomia privata della pubblica amministrazione e il contratto di società.....	8
1.2. Le società a partecipazione pubblica nei vari livelli territoriali.....	10
1.3. Le fonti di disciplina.	12
1.4. I criteri distintivi delle varie società pubbliche alla luce della recente legislazione.....	16
1.5. Il riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni.	19
1.6. Le società <i>in house</i> e il partenariato societario pubblico-privato.	23
1.7. Le questioni aperte e il rinvio alla plenaria.	32
1.8. L' <i>in house</i> per i servizi pubblici locali di rilevanza economica.....	35
1.9. Le indicazioni del rapporto Assonime del settembre 2008 sulla disciplina generale delle società a partecipazione pubblica.....	36
3.10. Alcuni dati numerici sull'entità del fenomeno " <i>società pubbliche degli enti locali</i> "......	38
II. LE SOCIETÀ <i>IN HOUSE</i> E MISTE TRA SFERA PUBBLICA E MERCATO: RAZIONALIZZAZIONE DELLA DISCIPLINA.	41
2.1. Premessa.....	41
2.2. Cenni alle origini storiche e alle tipologie della specialità.	43
2.3. Le tendenze legislative recenti.	47
2.4. Spunti conclusivi.	52
III. LIMITI ALLA COSTITUZIONE E ALL'ATTIVITÀ	54
3.1. I limiti alla costituzione delle società pubbliche.	54
3.2. I limiti all'attività posti dall'art. 13 d.l. n. 223/2006 (decreto Bersani).	59
3.2.1. La legittimità costituzionale del decreto Bersani che impone, per finalità pro concorrenziali, limiti all'operatività delle società pubbliche.....	67
3.2.2. Orientamenti giurisprudenziali recenti sul decreto Bersani: Tar Lazio n. 36/2010.....	70
3.2.2.1. (<i>segue</i>): breve descrizione della <i>quaestio facti</i> devoluta al Tar Lazio.....	71
3.2.2.2. (<i>segue</i>): sintesi della decisione in esame e dei relativi presupposti sistematici.	72
3.2.2.3. (<i>segue</i>): la questione della partecipazione indiretta.....	74
3.2.2.4. (<i>segue</i>): La nozione di "strumentalità" rispetto all'attività istituzionale dell'Ente conferente.	77
3.3. La questione delle società ad oggetto misto.	81
3.4. I divieti legali alla costituzione di società a partecipazione pubblica posti dalla l. n. 244/2007 (finanziaria 2008): rispetto dell'inerenza alla missione istituzionale dell'ente e produzione di servizi di interesse generale.	85
3.4.1. La legittimità costituzionale del divieto di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, e di assumere e mantenere partecipazioni in tali società, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato - ex art. 3 commi da 27 a 29, l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008).....	97
3.5. Taglio delle partecipazioni societarie nei Comuni piccoli e medio-piccoli (art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78).	99
3.6. I limiti alla costituzione delle società a partecipazione pubblica posti dall'art. 23- <i>bis</i> , d.l. n. 112/2008.....	106
3.8. Le tendenze legislative recenti sull'utilizzo dello strumento societario: riflessi sistematici.....	115
IV. LA SOCIETÀ <i>IN HOUSE</i>	118
4.1. L' <i>in house</i> providing.	118
4.2. La giurisprudenza comunitaria sull' <i>in house</i>	119
4.3. Gli ultimi orientamenti del giudice comunitario sull' <i>in house</i> : la sentenza della	

Corte di giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, <i>Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana</i> - causa C-371/05 e la sentenza, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07 (cd. sentenza <i>Coditel</i>).....	127
4.4. La giurisprudenza amministrativa nazionale sul "controllo analogo".	129
4.5. Il concetto di "attività prevalente".....	137
4.6. Riflessioni conclusive anche alla luce dei recenti interventi legislativi	146
V. SOCIETA' IN HOUSE E SOCIETA' MISTE NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI	149
5.1. La nozione	149
5.2. La disciplina: il criterio di riparto delle competenze tra Stato e Regioni.	154
5.3. Forme organizzative dell'erogazione dei servizi pubblici locali.	159
5.4. L'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (come modificato dal d.l. n. 135/2009, decreto Ronchi) e il regolamento attuativo (d.P.R. n. 168/2010).....	162
5.4.1. Il procedimento di formazione del regolamento governativo.....	164
5.4.2. Gli aspetti di liberalizzazione del settore.....	166
5.4.2.1. La regola della gara	166
5.4.2.2. Le regole applicabili alla procedura per l'affidamento.....	168
5.4.2.3. L'acquisto di beni e servizi da parte delle società in house e delle società miste.	170
5.4.2.4. Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione.	171
5.4.2.5. Il regime transitorio degli affidamenti.....	173
5.4.2.6. Le misure in tema di liberalizzazioni	175
5.4.2.7. Cessione dei beni in caso di subentro.....	176
5.5. Il ruolo delle società miste.....	176
5.5.1. Il contesto generale.....	177
5.5.2. La società mista come modello di gestione dei servizi pubblici locali.....	178
5.5.3. La soluzione prospettata nel parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456).	181
5.5.4. La giurisprudenza successiva e l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 1/2008.....	182
5.5.5. Conclusioni alla luce dell'evoluzione comunitaria.	184
5.6. I principi contenuti nella sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali.	187
5.7. Sulla legittimità delle norme regionali che escludono l'in house in materia di servizi pubblici locali.	193
VI. I PROFILI ORDINAMENTALI, TRA SPINTE ALLA SPECIALITÀ E RITORNO AL DIRITTO COMUNE.....	196
6.1. Premessa.....	196
6.2. La moralizzazione del fenomeno delle partecipazioni pubbliche nella disciplina normativa più recente.	198
6.3. L'estensione dei vincoli pubblicistici.	202
6.4. Il ritorno al diritto comune.	207
6.4.1 La disciplina delle nomine pubbliche.	207
6.4.1.1. (<i>segue</i>): le nomine pubbliche prima della condanna comunitaria del 2007.....	207
6.4.1.2. (<i>segue</i>): La condanna comunitaria: C. giust. Ce, sez. I, 6 dicembre 2007, C-463/04 e C-464/04.....	207
6.4.1.3 (<i>segue</i>): Il testo dell'art. 2449 c.c. novellato nel 2008.	210
6.4.1.4 (<i>segue</i>): La condanna comunitaria del 2009: Corte di giust. Ce, sez. III, 26 marzo 2009, C-327/07.....	211
6.4.2. La sentenza n. 28699/2010 che estende alle società a partecipazione pubblica la responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato.....	215
6.4.3. La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.....	217
6.4.3.1. I precedenti orientamenti della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa nelle società a partecipazione pubblica.....	218
6.4.3.2. La svolta sulla responsabilità per danni arrecati alla società a partecipazione pubblica.	221
VII. LA CONFIGURABILITÀ DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE COME ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO O IMPRESA PUBBLICA O SOGGETTO COMUNQUE TENUTO ALL'OSSERVANZA DI PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA.....	225

7.1. Profili generali.....	225
7.2. Le amministrazioni aggiudicatrici. in particolare, l'organismo di diritto pubblico.	226
7.2.1. L'“organismo nel diritto interno”.....	233
7.3. I concessionari.....	235
7.3.1. I concessionari di servizi.....	235
7.3.2. I concessionari di lavori pubblici.	238
7.4. Le società a capitale pubblico.	239
7.5. I settori speciali: l'impresa pubblica e i titolari di diritti di esclusiva nei settori speciali.	240
7.6. La teoria del contagio.....	243
7.7. Configurabilità o meno della società <i>in house</i> e della società mista come organismo di diritto pubblico, o impresa pubblica, o soggetto comunque tenuto a seguire procedure di evidenza pubblica.	246
7.8. Profili specifici sulla società mista.....	247
VIII. CONCLUSIONI: CRITICITA' E PROSPETTIVE DI RIORDINO	250
8.1. Profili generali.....	250
8.1.1. Le società <i>in house</i>	250
8.2. Le società miste.....	253
8.3. Profili ordinamentali	256
8.2. La riforma dei servizi pubblici locali.	260
BIBLIOGRAFIA.....	264

INTRODUZIONE

La tesi ha ad oggetto le società pubbliche *in house* ed a capitale misto pubblico – privato. In particolare il lavoro si propone di analizzare la disciplina vigente e di indicare una prospettiva di riordino alla luce delle criticità rilevate.

Il primo capitolo inquadra in generale il fenomeno delle società pubbliche (fonti di disciplina, competenze legislative, principi costituzionali in materia, ecc.) ed effettua una sintesi delle principali questioni tuttora controverse, che saranno esaminate in modo analitico nel prosieguo del lavoro. In termini di principio tali questioni riguardano tendenzialmente in uguale misura le società partecipate dallo Stato così come quelle controllate dagli enti locali. Si pensi per esempio alla riconducibilità o meno del contratto costitutivo di società all'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche. Comuni sono anche i profili relativi ai caratteri della società *in house* e mista e, con riferimento a quest'ultima, la questione di quali devono essere le caratteristiche necessarie che la gara deve avere per la scelta legittima del socio privato.

Il secondo capitolo studia il fenomeno delle partecipazioni pubbliche, quale “terra di mezzo” tra la disciplina privatistica propria delle società per azioni e la disciplina pubblicistica a cui tali società sono, in una qualche misura, comunque soggette. Il capitolo propone una razionalizzazione della disciplina più recente. In particolare sono individuate tre direttrici che il legislatore ha seguito per disciplinare il fenomeno: (i) la tutela della concorrenza, per evitare che il peculiare connotato di tali società possa risolversi in un vantaggio anticoncorrenziale a svantaggio delle imprese private; (ii) la moralizzazione del fenomeno, intesa a ridurre i costi e gli sprechi delle gestioni inefficienti; (iii) l'estensione dei vincoli pubblicistici propri delle pubbliche amministrazioni tradizionali alle società pubbliche.

Il terzo capitolo analizza la prima direttrice individuata nel quarto capitolo (la finalità pro concorrenziale). In particolare si esaminano quei limiti giuridici che, animati dalla suddetta finalità, comprimono fortemente sia la costituzione, sia l'attività delle società a partecipazione pubblica. In questo capitolo si collocano l'analisi dell'art. 13 del decreto Bersani (d.l. n. 223/2006) relativo alle società

pubbliche strumentali, dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 in materia di servizi pubblici locali e delle recenti novità legislative che in vario modo limitano e condizionano la costituzione delle società pubbliche (v. finanziaria per il 2008 e d.l. n. 78/2010). In questa sede si può già anticipare l'importanza delle conclusioni raggiunte, visto che le più recenti elaborazioni di dottrina hanno letto nella ventata legislativa degli ultimi anni diretta a limitare l'utilizzo dello strumento societario un importante riflesso sistematico: si sostiene, infatti, che la legislazione restrittiva più recente stia provocando un sovvertimento del principio della generale capacità degli enti pubblici di ricorrere al modello societario per il perseguimento delle proprie finalità. Si sarebbe passati, in definitiva, da un capacità generale ad una speciale, nel senso che l'utilizzo dello strumento societario è consentito solo laddove sia espressamente permesso dal legislatore.

Nel quarto capitolo si analizzano gli elementi caratterizzanti la società *in house*: il "controllo analogo" e l'esercizio dell'"attività prevalente" a favore dell'ente pubblico di appartenenza. In una visione propriamente giuscommercialistica si valuta peraltro se e in che modo è possibile ritenere compatibili le prescrizioni pubblicistiche afferenti i caratteri della società *in house*, rispetto alla disciplina privatistica delle società di capitali, in particolare la società per azioni e la società a responsabilità limitata.

Il quinto capitolo è dedicato allo studio delle società *in house* e miste sorte propriamente in una "dimensione locale". In altri termini è stato approfondito il fenomeno nell'ambito dei servizi pubblici locali alla luce delle recenti riforme del 2009 (art. 15 d.l. n. 135/2009 cd. decreto Ronchi che ha modificato il d.l. 23-bis del d.l. n. 112/2008) e del 2010 (regolamento attuativo dell'art. 23-bis), che hanno reso ancor più evidenti i tratti particolari della società *in house* e mista in questo ambito. Si pensi all'assoluta eccezionalità del ricorso all'*in house* o, con riferimento alle società miste, al limite quantitativo minimo necessario di partecipazione privata individuato al 40% del capitale. Anche in questo caso, come già avvenuto con il decreto Bersani e con altre disposizioni speciali relative all'ordinamento delle società pubbliche, il legislatore italiano rende più gravoso il ricorso al modello societario per le pubbliche amministrazioni, anche rispetto a ciò che è richiesto a livello comunitario.

Nel sesto capitolo si analizzano i profili ordinamentali delle società *in house* e miste. Più precisamente, in una prima parte si analizzano i profili di specialità di

queste società. Secondo tale ottica vengono in rilievo tutte le disposizioni degli ultimi anni che sono espressione delle altre due direttrici individuate nel capitolo II (la moralizzazione del fenomeno e l'estensione dei vincoli pubblicistici alle società pubbliche). Tra i profili ordinamentali più significativi si segnalano i limiti ai compensi e al numero dei componenti degli organi delle società pubbliche e l'estensione delle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle società. Queste nuove disposizioni si aggiungono ai limiti già esistenti e più tradizionali, come per esempio la soggezione alla normativa sull'accesso ai documenti amministrativi. Nella seconda parte del capitolo si affrontano quei profili che sembrano ricondurre le società pubbliche al diritto comune. In riferimento a ciò, sono quindi oggetto di analisi le condanne comunitarie sulla *golden share* che hanno costretto il legislatore italiano a modificare la normativa interna nel senso della despecializzazione ed alcune recenti pronunce della Cassazione penale che ha esteso alle società pubbliche le disposizioni sulla responsabilità amministrativa degli enti derivante da illecito penale di cui al d.lgs n. 231/2001. In questa sede trova inoltre spazio anche l'analisi di una questione particolarmente dibattuta negli ultimi tempi. La responsabilità erariale degli amministratori della società pubblica e i rapporti tra l'azione erariale della Corte dei Conti e l'azione di responsabilità prevista dal codice civile in materia societaria.

Il settimo capitolo è dedicato allo studio delle società *in house* e miste alla luce delle figure soggettive previste dal Codice dei contratti pubblici (organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, ecc.). Si verifica in particolare se e a che titolo le suddette società sono tenute all'applicazione del Codice dei contratti pubblici nella scelta dei contraenti privati. Nel capitolo è compresa una rassegna delle principali pronunce giurisprudenziali degli ultimi anni sui casi più significativi.

L'ottavo capitolo contiene le conclusioni del lavoro. In particolare sono riepilogati i profili di criticità emersi durante il lavoro di analisi e, conseguentemente, sono individuati i punti fermi dai quali partire per un riordino della disciplina in materia. Una particolare attenzione sarà data ai servizi pubblici locali, tradizionalmente ambito eletto per lo studio delle società *in house* e a capitale misto.

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO GENERALE E QUESTIONI APERTE

SOMMARIO: 1.1. L'AUTONOMIA PRIVATA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. E IL CONTRATTO DI SOCIETÀ. - 1.2. LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA NEI VARI LIVELLI TERRITORIALI. - 1.3. LE FONTI DI DISCIPLINA. - 1.4. I CRITERI DISTINTIVI DELLE VARIE SOCIETÀ PUBBLICHE ALLA LUCE DELLA RECENTE LEGISLAZIONE. - 1.5. IL RIPARTO DELLA COMPETENZA LEGISLATIVA TRA STATO E REGIONI. - 1.6. LE SOCIETÀ *IN HOUSE* E IL PARTENARIATO SOCIETARIO PUBBLICO-PRIVATO. - 1.7. LE QUESTIONI APERTE E IL RINVIO ALLA PLENARIA. - 1.8. L'*IN HOUSE* PER I SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA. - 1.9. LE INDICAZIONI DEL RAPPORTO ASSONIME DEL SETTEMBRE 2008 SULLA DISCIPLINA GENERALE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. - 1.10. ALCUNI DATI NUMERICI SULL'ENTITÀ DEL FENOMENO "SOCIETÀ PUBBLICHE DEGLI ENTI LOCALI".

1.1. L'autonomia privata della pubblica amministrazione e il contratto di società.

Sul piano dogmatico è dibattuto se la pubblica amministrazione, nell'ambito dell'autonomia di diritto privato (oggi ribadita dall'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990¹), abbia anche la possibilità di stipulare contratti di società².

La società viene in considerazione sia come contratto, sia come soggetto giuridico, e dunque formula organizzativa per il perseguimento dei fini propri dell'ente pubblico³.

Numerose leggi consentono l'utilizzo del modello societario da parte della

¹ Art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". v. G. DE MARZO, P. GRAUSO, G. FABBRIZZI, *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, AA.VV., 2005 anche per gli altri riferimenti bibliografici.

² R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *Le società in house e miste*, 2008. L'impostazione del presente Capitolo riprende quella del contributo dei due autori. Si tratta di un lavoro di significativo valore didascalico che ha costituito un riferimento costante nella stesura del presente contributo e del quale se ne condividono le considerazioni e gli esiti conclusionali.

³ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

pubblica amministrazione (emblematico è il t.u. enti locali e l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 nel quale è contenuta oggi la disciplina sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, v. *infra*).

Ma occorre interrogarsi se il modello societario possa essere utilizzato solo se c'è una norma che lo consenta, o invece in termini generali, in virtù della generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione⁴.

Sulla questione si sono fronteggiate la tesi dell'eccezionalità del modello societario per la pubblica amministrazione, e quella della generale capacità di diritto privato di quest'ultima, che le consentirebbe di ricorrere al modello societario ogni qual volta sia funzionale per il perseguimento degli interessi pubblici. E, ove si ammetta l'impiego del modello societario, si pone la questione se la pubblica amministrazione debba motivare tale scelta, rispetto alle altre alternative.

Su tale dibattito si innesta la legislazione più recente, volta in vario modo a circoscrivere l'impiego del modello societario (v. per es. l. n. 244/2007- finanziaria per il 2008 e l'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008) (v. *amplius* in particolare Capitolo III). Tali questioni sono state rimesse, peraltro, all'attenzione dell'adunanza plenaria⁵.

Il ricorso al modello societario, ampiamente diffuso, è oggetto di un ripensamento critico da parte della legislazione più recente, atteso che: (i) le società pubbliche aggravano i costi dei pubblici apparati, attraverso i compensi corrisposti alle persone preposte agli organi societari, scelti non di rado con criteri politici; (ii) le società pubbliche sono uno strumento di elusione della regola del pubblico concorso, atteso che i dipendenti vengono assunti con contratto di diritto privato; (iii) le società pubbliche, finanziate con denaro pubblico, ove operino sul mercato in concorrenza con soggetti privati, fruiscono di un indebito vantaggio concorrenziale⁶.

Sicché la più recente legislazione, come si vedrà nello specifico, si è mossa nella direzione di: (i) limitare l'attività delle società pubbliche circoscrivendola ai soci pubblici (v. per esempio d.l. n. 226/2006, Decreto Bersani); (ii) porre un tetto massimo al numero di amministratori e ai loro compensi (v. per esempio l. n. 296/2006, finanziaria 2007); (iii) stabilire l'eccezionalità dell'utilizzo del modello

⁴ E' il quesito che R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

⁵ La rimessione è avvenuta da parte di Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, ord., in *Foro it.*, 2008, III, 68, con nota di H. SIMONETTI.

⁶ Sulle ragioni del ripensamento critico del modello nel senso indicato si rinvia ancora a R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

societario come formula organizzativa alternativa ai modelli pubblicistici e all'affidamento delle prestazioni sul mercato (l. n. 244/2007, finanziaria 2008).

Il filone legislativo tendente al ridimensionamento delle società a partecipazione pubblica è stato confermato di recente (v. art. 14, comma 32, del d.l. n. 79/2010 su cui si tornerà più diffusamente nel Capitolo III). L'argine legislativo alle partecipazioni societarie degli enti pubblici ha raggiunto un livello tale da indurre la dottrina che da tempo si occupa del fenomeno a registrare un cambio di tendenza in termini principio: dalla capacità generale degli enti pubblici alla creazione di società al principio di capacità speciale (è consentito solo dove permesso dalla legge)⁷.

1.2. Le società a partecipazione pubblica nei vari livelli territoriali.

Le “società a partecipazione pubblica” rappresentano la linea evolutiva di una forte tradizione storica nel nostro ordinamento e rappresentano una fetta consistente del sistema economico nazionale. Come già ricordato nel capitolo I, da un punto di vista storico, l'uso dell'impresa pubblica come strumento di intervento nell'economia si è imposto principalmente nel XX secolo.

Riassumendo, in Italia, in una prima fase storica (che va dalla fine del secolo XIX fino agli anni venti del secolo scorso) si è affermato il modello dell'impresa-organo soprattutto nella forma dell'azienda autonoma o amministrazione autonoma dello Stato (Cassa depositi e prestiti, Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, ecc). In una seconda fase, si è affermato, per un verso, l'ente pubblico economico che svolge direttamente l'attività di impresa e, per altro verso, l'ente pubblico di gestione. Rispetto al modello dell'impresa-organo tali enti consentono allo Stato una gestione soltanto indiretta dell'attività imprenditoriale.

L'impresa-organo, prima, l'ente pubblico operativo e l'ente pubblico di gestione, dopo, hanno rappresentato le tre forme di impresa pubblica rilevate dalla dottrina nell'evoluzione normativa⁸.

Come ricordato, la diffusione del fenomeno dell'impresa pubblica ha portato finanche alla costituzione di un Ministero *ad hoc* diretto a riordinare le partecipazioni

⁷ C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in www.giustamm.it, gennaio 2011.

⁸ V. F.GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M.CLARICH), 2007, 728 e ss.

detenute dagli enti pubblici di gestione.

Gli ultimi decenni, con l'affermarsi di concezioni politico-economiche di stampo liberista e sulla base della constatazione degli aspetti negativi di questo tipo d'intervento pubblico nell'economia, sono stati contrassegnati da un progressivo ridimensionamento della partecipazione statale nell'esercizio dell'attività di impresa al quale si è accompagnata, sul piano organizzativo-istituzionale, l'abolizione del Ministero per le partecipazioni Statali.

Tale ridimensionamento è avvenuto con un processo che va sotto il nome di privatizzazione e comporta: (i) il mutamento della forma giuridica dell'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato (privatizzazione formale); (ii) la vendita a privati delle partecipazioni nelle società, anche al fine di destinare i proventi al risanamento del bilancio pubblico (privatizzazione sostanziale o materiale). Va detto che non sempre questa fase è seguita alla precedente, o per scelta politica, o per l'oggettiva difficoltà a trovare acquirenti, sicché in certi casi la privatizzazione si è limitata all'aspetto giuridico-formale⁹.

A livello locale, il modello di impresa pubblica originario era quello dell'impresa organo concretizzatosi nella diffusione delle aziende municipalizzate (il Testo Unico del 1925 prevedeva la figura dell'azienda autonoma). Con la legge 8 giugno 1990 n. 142 sulle autonomie locali, il legislatore ha dato ingresso agli altri tipi di impresa pubblica, vale a dire l'ente pubblico economico e la società a partecipazione pubblica. Quest'ultima viene prevista anche nell'odierna legislazione (art. 23-bis del d.l. n. 112/2008) ed è utilizzata per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica¹⁰. In questo contesto sono oggi preclusi forme di organizzazione prettamente pubblicistiche, anche se la società *in house* si atteggia come società di diritto comune solo in senso formale (v. *infra* più diffusamente Capitolo V).

A livello regionale, invece, le società a partecipazione pubblica, affermatesi da qualche decennio nella prassi ad effetto di leggi regionali, sono utilizzate per l'esercizio di funzioni aventi spesso natura finanziaria¹¹.

⁹ Cfr. R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

¹⁰ Sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, v. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004.

¹¹ Sulle società finanziarie regionali v. V. BUONOCORE, *Le Finanziarie regionali*, in *Giur. comm.*, 1974,

1.3. Le fonti di disciplina.

Nella legislazione italiana manca una disciplina organica delle società a totale partecipazione pubblica e delle società miste. La stessa definizione e descrizione del fenomeno risulta dall'elaborazione della giurisprudenza comunitaria e nazionale, elaborazione che ha preceduto l'intervento legislativo¹².

Il legislatore, infatti, ha nel corso del tempo dettato norme su singoli aspetti di tali società, o talora, per specifici settori, e ha tracciato i confini della società *in house* ricostruendoli secondo i dettami comunitari¹³.

L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, specifica il concetto degli appalti *in house* come quelli "aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società interamente controllata".

Si rientra nella tematica della società cd. *in house*, quando l'ente pubblico dà vita ad una società da esso totalmente partecipata, che opera come *longa manus* dell'ente medesimo per la realizzazione di lavori e opere o per l'espletamento di servizi, sicché l'ipotesi equivale a quella di esercizio diretto dell'attività da parte

I, 220 e A. PREDIERI, *Le società finanziarie regionali, Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1972. V. più di recente M. GIORGINO, *Le finanziarie regionali. Strumenti di finanza pubblica per l'intervento sul territorio*, Etas, 2008; è uno studio delle esperienze che si sono concretamente realizzate nelle regioni e, in particolare di Finaosta, Finmolise, Friulia, SFIRS, Filse, Finpiemonte, Veneto Sviluppo, Fidi Toscana, Tecnofin, Finlombarda, Filas e Finpuglia (in seguito fusa con Tecnopolis, e ora Innovapuglia). Dallo studio emerge che elemento comune per tutte le finanziarie è il fatto di essere, innanzitutto, strumenti di programmazione regionale e per la programmazione economica del territorio di riferimento e tra le diverse attività che questi enti garantiscono rientra quella delle finanze agevolate e innovative. Lo studio fornisce anche un quadro delle modalità con cui le finanziarie regionali italiane sono governate, con un'attenzione particolare a due questioni centrali: il rapporto con la Regione di riferimento; il grado di controllo a cui sono sottoposte. La conclusione, a cui giunge lo studio, è che le società finanziarie regionali sono caratterizzate da un forte controllo pubblico, determinato sia dagli assetti proprietari, sia dai criteri di nomina degli organi di governo. Tuttavia la comparazione con altri paesi europei ha fatto emergere la sostanziale infondatezza di alcuni luoghi comuni che vedono le realtà pubbliche e regionali del nostro paese sempre inefficienti e quelle europee invece efficienti e remunerative. Uno degli aspetti più interessanti emersi dallo studio – è che le strutture di governo delle finanziarie regionali sono risultate meno costose sia di quelle delle finanziarie nazionali, sia di quelle delle finanziarie europee. Infine l'analisi di scenario ha evidenziato una decisa propensione per l'innovazione. Le finanziarie regionali, infatti, nelle loro attività partecipano a filiere produttive ampie che finiscono per coinvolgere banche, enti pubblici, studi professionali o società di servizi, i cui destinatari ultimi sono le imprese e/o – annotano gli autori – "lo stesso ente pubblico di riferimento, stakeholder delle finanziarie"

¹² R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*.

¹³ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*.

dell'ente, la cd. autoproduzione, o produzione “fatta in casa”¹⁴.

Specularmente si ha società mista quando vi è un partecipazione, anche minima, non pubblica.

La società a totale partecipazione pubblica e quella mista presentano profili di interesse, sia in ordine al tema “ordinamentale”, della nascita della società, dei suoi organi e delle vicende societarie, sia in ordine al tema “contrattuale”, della sua attività negoziale e degli affidamenti ad essa di lavori e servizi senza gara. Sia i profili contrattuali che quelli ordinamentali sono oggetto di significative novità nella recente legislazione¹⁵.

È innegabile il contributo che a tali interventi normativi ha dato l'opera della giurisprudenza, comunitaria e nazionale.

Alla quinta sezione del Consiglio di Stato va riconosciuto il merito di aver concorso, con le sue numerose ordinanze di rimessione, alla formazione di una restrittiva giurisprudenza comunitaria, che circoscrive i confini dell'*in house*, a tutela di un corretto funzionamento del mercato. Peraltro, in tempi, più recenti il giudice comunitario sembra aver alleggerito o, più precisamente, precisato le sue precedenti posizioni con riferimento a due specifici profili dell'*in house*. Il primo profilo riguarda le modalità di configurazione dell'*in house* quando vi è la partecipazione congiunta di più enti pubblici. L'altro profilo riguarda la configurabilità dell'*in house* in presenza di capitale privato o del possibile ingresso di soci privati nella società¹⁶.

Gli interventi legislativi affrontano ora il tema degli affidamenti diretti senza gara, ora il tema della struttura ordinamentale della società, ora quello dell'ambito di operatività della società. Tuttavia l'esteso intervento del legislatore presenta spesso profili di incoerenza e asistematicità.

Nel presente paragrafo si fornisce un elenco, in ordine cronologico, delle norme sulle società *in house* e miste che hanno portata generale, mentre si rinvia ai capitoli successivi per la ricostruzione delle società *in house* e miste alla luce del quadro normativo vigente, e dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Se si escludono le discipline di settore o, comunque, ambiti specifici, dove possono venire in rilievo peculiarità del fenomeno¹⁷, le disposizioni dell'ordinamento

¹⁴ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

¹⁵ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

¹⁶ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

¹⁷ E' escluso dalla studio del presente lavoro lo studio specifico delle società *in house* e delle società

che ci consentono di svolgere una riflessione generale dell'argomento sono le seguenti:

a) l'art. 2449 c.c., come novellato da ultimo nel 2008, che si riferisce alle società per azioni partecipate dallo Stato o da un altro ente pubblico, statuendo che lo statuto può conferire all'azionista pubblico la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza;

b) le fonti relative alle società miste, e, segnatamente: l'art. 22, l. n. 142/1990; l'art. 12, l. n. 498/1992; l'art. 4, d.l. n. 26/1995; il d.P.R. n. 533/1996; l'art. 113 e ss., t.u. n. 267/2000;

c) il Codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture (d.lgs. n. 163/2006): *l'in house* trova menzione e disciplina nell'art. 218 per i settori speciali, mentre non è stato disciplinato per i settori ordinari; viene però in considerazione l'art. 32, comma 1, lett. c), relativamente alle società pubbliche che sono stazioni appaltanti tenute al rispetto delle procedure di evidenza pubblica previste nel Codice; riferimenti alle società pubbliche si rinviengono nei seguenti articoli del Codice: art. 1, comma 2; art. 3, comma 15-ter, art. 32, comma 1, lett. e); art. 244, il cui contenuto è stato sostanzialmente trasfuso nel d.lgs n. 104/2010 recante il Codice del processo amministrativo (art. 133);

d) il d.l. n. 223/2006 (conv. in l. n. 248/2006, cd. Decreto Bersani), e segnatamente art. 13, che ha limitato la partecipazione alle gare di appalto da parte delle società pubbliche, sia *in house* che miste;

e) la l. finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006) che ha fissato un tetto massimo sia al numero di amministratori delle società domestiche, sia ai loro compensi; tale disegno risponde all'esigenza di riduzione dei costi della politica, e di ricondurre le società pubbliche a modelli di efficienza ed economicità, in una logica diversa da

miste in ambiti peculiari. Si pensi ai servizi pubblici esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008: distribuzione gas ed energia elettrica, gestione farmacie comunali e trasporto ferroviario regionale (qualche cenno si farà nel Capitolo VIII). Si pensi anche al Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n. 42/2004. All'art. 115, prima della novella apportatavi nel 2006, prevedeva che la valorizzazione dei beni culturali potesse avvenire mediante gestione indiretta, con affidamento, tra l'altro, a società a prevalente partecipazione pubblica; la previsione è ora abrogata, e il vigente art. 112, comma 5, prevede che lo Stato, le Regioni e gli enti locali, al fine di provvedere alla valorizzazione dei beni culturali, possono costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni, appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di valorizzazione; sicché, l'utilizzo di società pubbliche è consentito nei limiti in cui sia ammesso, in termini generali, dalle norme vigenti. Per uno studio sui singoli settori v. M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Studi in tema di società pubblica*, op. cit.

quella partitica della spartizione di poltrone nella fissazione del numero di amministratori e dei relativi compensi: si vedano in particolare l'art. 1, commi da 459 a 464 relativi specificatamente ad alcune società nominate, e in particolare la Sogin e Sviluppo Italia; i commi 465 e 466, relativi a numero di amministrazioni e compensi per le società a partecipazione statale i commi da 587 a 591 per le pubblicità di incarichi e compensi; i commi da 725 a 734 per le società di Regioni ed enti locali;

f) la l. finanziaria per il 2008 (l. n. 244/2007) ha inciso sulle società *in house* e miste sotto molteplici profili. Sul piano ordinamentale, è stato posto un limite alla costituzione di tali società, nonché all'assunzione di nuove partecipazioni e al mantenimento delle attuali (art. 3, comma 27, 28, 29, l. n. 244/2007) (v. *amplius* capitolo III). Sono state conseguentemente dettate disposizioni sull'organizzazione del personale (art. 3, comma 30, 31, 32, l. n. 244/2007). Sono stati posti limiti al numero di amministratori e ai compensi (art. 3, comma da 12 a 18 e art. 3, comma da 44 a 52-*bis*). E' stato poi esteso alle società pubbliche (con l'eccezione delle società miste a partecipazione pubblica non maggioritaria) il divieto di arbitrato previsto per le pubbliche amministrazioni in relazione ai contratti relativi a lavori, servizi e forniture (art. 3, comma 19 e 20, l. n. 244/2007), divieto peraltro in prosieguo differito, e poi definitivamente abrogato (art. 15, comma 5, del d. lgs n. 53/2010 di recepimento della "direttiva Ricorsi" – direttiva 66/2007/Ce).

g) il d.l. n. 112/2008 contiene da un lato disposizioni sul reclutamento del personale delle società pubbliche (art. 18) e, dall'altro lato, disposizioni sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, che hanno ridimensionato in modo significativo l'utilizzo delle società *in house* per la gestione di tali servizi (art. 23-*bis*), e infine, ulteriori disposizioni sul tetto massimo ai compensi degli amministratori delle società degli enti locali (art. 61, commi 12 e 13). In particolare, l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (successivamente modificato dall'art. 15, comma 1, lett. f), d.l. n. 135/2009 decreto Ronchi, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166/2009) contiene la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che è stata completata con il regolamento di attuazione, d.P.R. del 7 settembre 2010 n. 168.

h) con tre diversi interventi legislativi, nel 2009, il legislatore nazionale ha introdotto molte novità in materia di società partecipate dagli enti locali, che gestiscono servizi pubblici e strumentali. Sono state emanate la l. n. 69/2009, concernente "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la*

competitività nonché in materia di processo civile”, il d.l. n. 78/2009 concernente “*provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*”, convertito in l. n. 102/2009 e la l. n. 99/2009 relativa a “*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*”. Le nuove disposizioni hanno inciso, tra l'altro, sui seguenti profili: (i) autorizzazione al mantenimento delle partecipazioni; (ii) limiti alle assunzioni di personale, vincoli di spesa e patto di stabilità; (iii) nomina dei membri dei consigli di amministrazione; (iv) costi di funzionamento degli organi societari; (v) modifiche all'art. 13 del d.l. n. 223/2006, cd. Decreto Bersani.

i) la manovra economica contenuta nel d.l. n. 78/2010, convertito con modifiche dalla legge n. 122/2010, che a fini di contenimento della spesa pubblica introduce nuovi vincoli in materia di società a partecipazione pubblica. Per alcune tipologie di società è prevista una riduzione dei compensi per i componenti degli organi di amministrazione e controllo e sono posti nuovi vincoli alle spese e alle politiche di assunzione di personale. Il decreto legge n. 78/2010 limita inoltre la possibilità per le amministrazioni pubbliche di finanziare società partecipate che per tre anni consecutivi abbiano registrato perdite di bilancio. La manovra estiva contiene infine disposizioni volte ad eliminare o ridurre in misura radicale le partecipazioni societarie dei comuni di minori dimensioni.

l) il regolamento attuativo dell'art. 23-*bis* della d.l. n. 112/2008 di cui al d.P.R. n. 168/2010 specifica la disciplina degli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e, in un'ottica di razionalizzazione della disciplina e di omogeneizzazione dei vari settori, abroga (su delega della fonte di rango primario) alcune disposizioni di cui all'art. 113 del t.u. enti locali e l'art. 150, comma 1, del d.lgs n. 152/2006 (relativo al servizio idrico integrato) nonché l'art. 202, comma 1, dello stesso d.lgs n. 152/2006 (sulla gestione dei rifiuti).

1.4. I criteri distintivi delle varie società pubbliche alla luce della recente legislazione.

Una prima distinzione delle società a partecipazione pubblica può farsi in relazione alla natura dell'ente partecipante. In tal senso possono distinguersi le società a partecipazione pubblica statale, con azionista, di regola, il Ministero

dell'economia¹⁸.

Nell'ambito delle società a partecipazione pubblica statale alcune svolgono attività più marcatamente imprenditoriale (Enel, Eni, Poste Italiane, ecc.), mentre altre sono caratterizzate in modo più spiccatamente pubblicistico (Anas, Cassa Depositi e Prestiti, Rai, ecc.)¹⁹. Accanto alle società partecipate dallo Stato vi sono quelle costituite dalle Regioni, più che altro per l'esercizio di funzioni di carattere finanziario e, infine, quelle, costituite dai Comuni per la gestione dei servizi pubblici locali.

La legislazione degli ultimi anni ha creato regimi giuridici differenziati tra le varie società pubbliche a seconda che esse siano o meno quotate in mercati regolamentati. In tal senso, per esempio, le disposizioni sulla riduzione dei componenti degli organi societari delle società in mano pubblica previste dalla legge finanziaria 2008²⁰ non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati. Inoltre, i limiti agli emolumenti previsti dalla stessa finanziaria per il 2008 si applicano alle sole società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate. La legge n. 248/2007 (art. 16 - *bis*) ha previsto che per le società con azioni quotate in mercati regolamentati (con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate) la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario e, infine, l'art. 18 del d.l. n. 112/2008 esclude le società quotate dall'obbligo di osservare i principi pubblicistici in ordine al reclutamento del personale delle società pubbliche. Anche la disciplina dei servizi pubblici locali ha reso giuridicamente rilevante la distinzione tra società quotate e non quotate. In particolare, l'art. 113 del Testo Unico degli enti locali aveva previsto che la cessazione anticipata delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica non si applicasse alle società quotate. Nello stesso senso, l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 ha differenziato il regime delle società quotate sia con riferimento al divieto di attività *extra moenia*²¹ che in relazione al

¹⁸ V. art. 24, comma 1, lett. a) d.lgs 30 luglio 1999, n. 300.

¹⁹ Per questa distinzione in dottrina F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, pp. 5600 – 5601).

²⁰ per un'analisi delle relative disposizioni v. più diffusamente Capitolo VI.

²¹ L'art. 23-*bis*, comma 9, d.l. n. 112/2008 stabilisce che “*Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto*

regime transitorio delle gestioni esistenti²².

Un'ulteriore distinzione giuridicamente rilevante - cui peraltro si è fatto cenno nel primo capitolo nello studio del rapporto tra interesse privato e interesse pubblico - riguarda l'entità della partecipazione pubblica. Da questo punto di vista si distinguono le società a totale partecipazione pubblica da quelle miste nelle quali partecipano anche capitali privati. Nell'ambito delle società miste ha rilevanza la distinzione tra le società a capitale pubblico maggioritario e minoritario. La distinzione tra società a totale partecipazione pubblica e società miste è rilevante, in primo luogo, nell'ambito dei servizi pubblici locali. Infatti, le società a totale partecipazione pubblica possono essere affidatarie dirette laddove sussistano le ulteriori condizioni previste oggi dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008. In relazione alle società miste, invece, l'affidamento diretto sarebbe possibile a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedura ad evidenza pubblica che abbia per oggetto allo stesso tempo la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio²³. Anche la legge finanziaria per il 2007, nel porre misure di contenimento della spesa degli enti locali ha differenziato la disciplina dei compensi e dei numeri dei componenti del consiglio di amministrazione sulla base della misura totalitaria o mista della partecipazione pubblica (cfr. art. 1, commi 725 e ss., Capitolo VI). Ancora, l'art. 18 del d.l. 112/2008 relativo al reclutamento del personale delle società pubbliche obbliga, per un verso, le società a totale partecipazione pubblica (in particolare quelle che gestiscono i servizi pubblici locali) ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui la comma 3 dell'art. 35 del d.lgs n. 165/2001 (relativo alla disciplina dei rapporti di lavoro con la pubblica

amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare". Tuttavia aggiunge che tale divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e "non si applica alle società quotate in mercati regolamentati" e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2 (vale a dire il socio privato di società miste selezionato con la peculiare procedura ad evidenza pubblica ivi prevista).

²² V. *supra*.

²³ In questo senso art. 23-bis, comma 2, lett. b) che ha recepito i principi emersi in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456; Cons. St., Ad. pl. n. 1/2008. Per l'analisi di dette disposizioni si rinvia al Capitolo VIII.

amministrazione). Per altro verso, le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. In altre disposizioni, come anticipato, nell'ambito delle società miste, rileva l'entità della partecipazione pubblica. In tal senso l'art. 16-bis del d.l. 248/2007, che assoggetta alle norme del codice civile la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società quotate, si applica solo a quelle società con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altri enti pubblici che sia inferiore al 50 per cento. I limiti agli emolumenti previsti dalla finanziaria per il 2008 si applicano alle società non quotate con totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate.

Infine, le società pubbliche possono essere distinte in relazione all'oggetto sociale e, di conseguenza, al settore in cui operano. In tal senso si distinguono le società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica e quelle che svolgono attività di impresa. Nel primo caso si tratta di soggetti che svolgono funzioni di natura pubblicistica (finale o strumentale) per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso vi è invece l'erogazione di servizi rivolta al pubblico sul mercato²⁴.

1.5. Il riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni.

La disciplina legislativa statale, elaborata alla luce dei dettami della C. giust. Ue, in ordine alle società *in house* e alle società miste attiene da un lato alla tutela della concorrenza²⁵, e dall'altro lato al modello societario, e come tale rientra nella

²⁴ Nell'ambito dei criteri distintivi individuati nel paragrafo sono state riportate solo alcune delle fattispecie normative che negli ultimi anni si sono occupati delle società a partecipazione pubblica. Per un'analisi più esaustiva delle singole disposizioni si rinvia ai Capitolo III e VI, rispettivamente per i limiti alla costituzione delle società pubbliche e per i profili ordinamentali speciali.

²⁵ Sulla dimensione economica della concorrenza e delle connessioni con il concetto di concorrenza in ambito giuridico si tenga conto che la nozione di concorrenza è tra le più dibattute ed incerte, sia in economia sia nel diritto; il che, è stato osservato, rappresenta uno "scandalo" per quelle discipline giuridiche che su di essa dovrebbero fondarsi (O. BLACK, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 6). Tra le numerose interpretazioni proposte, ve ne sono tre che oggi appaiono maggiormente influenti. Esse non vanno lette come se si opponessero integralmente le une alle altre, presentando invero alcuni profili di compatibilità (Per una ricostruzione del tema v. M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), Milano, pp. 1140 e ss. e G. FONDERICO, *Concorrenza (profili pubblicistici)*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO), Roma, pp. 155 e ss). La prima vede la concorrenza come un processo di rivalità tra le imprese per conservare o conquistare clienti (tale

competenza legislativa statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile²⁶.

Tanto si desume dalle statuizioni della Corte costituzionale in ordine all'art. 113, t.u. enti locali n. 267/2000.

L'art. 14, comma 1, lett. b) d.l. n. 269/2003, che ha novellato *in parte qua* il t.u. enti locali, ha disposto che le disposizioni dell'art. 113, sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, “*concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore*”.

La Corte costituzionale²⁷ ha affermato che tale disposizione si può sostanzialmente ritenere una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile

concezione è accolta anche dall'amministrazione inglese della concorrenza, v. OFFICE OF FAIR TRADING, 2003, p. 15). Si parla di processo proprio per sottolineare che la rivalità non ha un termine o una conclusione, come potrebbe accadere in una competizione sportiva isolata. Il processo è continuo ed i suoi esiti possono sempre essere superati da nuovi sviluppi (M. DABBAH, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 2). Si tratta di un'interpretazione del fenomeno concorrenziale che può farsi risalire quantomeno ad Adam Smith (G. J. STIGLER, *Perfect competition, Historically Contemplated*, in *Journal of political Economy*, 1957, pp. 1-2). Il secondo modello di interpretazione è quello della cosiddetta concorrenza perfetta, che è il frutto di una serie di studi compiuti all'incirca tra la metà dell'800 e la metà del '900 da numerosi economisti, tra i quali Cournot, Pareto, Jevons, Edgeworth, Marshall, Clark, Knight ed Arrow. Questo modello assume che un mercato garantisca un'allocatione ottimale delle risorse allorché rispetti una serie di condizioni, tra le quali possiamo rammentare: (i) la razionalità dei partecipanti al mercato, nel senso che ciascuno di essi conosce ciò che vuole e lo persegue in modo intelligente, comprendendo le conseguenze delle proprie azioni; (ii) un numero elevato di venditori ed acquirenti, ciascuno di dimensioni non dissimili dagli altri; (iii) l'omogeneità dei prodotti oggetto di contrattazione; (iv) l'assenza di ostacoli fisici alla mobilità dei fattori della produzione e, in particolare, l'assenza di costi irrecuperabili per entrare ed uscire dal mercato; (v) la disponibilità per tutti i partecipanti al mercato di informazioni accurate e complete sui prezzi e sulle qualità dei prodotti; (vi) l'indipendenza di ciascun partecipante al mercato. Una terza chiave di lettura dei fenomeni concorrenziali accentua gli aspetti dinamici della rivalità tra i concorrenti. In effetti, la concorrenza perfetta assume che il mercato sia efficiente in un'ipotetica condizione di equilibrio paretiano, in cui, come si è detto, ciascuna parte non possa vedere migliorata la propria posizione senza che intervenga un peggioramento a danno di un'altra. Senza discutere se tale condizione si possa o meno verificare nella realtà, alcuni autori hanno osservato che i maggiori benefici dal meccanismo concorrenziale non vengono da questi momenti di stasi. I miglioramenti, al contrario, giungono dalle occasioni in cui l'introduzione di nuovi prodotti, nuove tecnologie o nuovi modelli di organizzazione rompano l'equilibrio costringendo tutti gli altri operatori a riadattare i propri comportamenti. Questo processo — definito di “distruzione creatrice” — ricondurrebbe ad una diversa condizione di equilibrio sino al momento di una nuova innovazione (v. J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, ETAS, Milano, 2001. Traduzione di *Capitalism, Socialism and Democracy*, George Allen & Unwin, Londra, 1954, con Introduzione di Francesco Forte, pp. 78-79. Sul tema della concorrenza, il dibattito economico non ha raggiunto una posizione omogenea. Le teorie prospettate sono tutte capaci di descrivere in modo attendibile il fenomeno concorrenziale e ognuna di essa si presta in misura più o meno ampia a fungere da presupposto giustificativo di impieghi normativi. È così che, al prevalere di ciascuna scuola di pensiero, si è soliti ricollegare un tipo di produzione normativa o di prassi applicativa sviluppata dalle amministrazioni (sulla dimensione giuridica della concorrenza, v. G.FONDERICO, *op.ult.cit.*).

²⁶ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

²⁷ Corte cost., 27 luglio 2004 n. 272, in *Foro it.*, 2005,1, 2648, con nota di V. MOLASCHI, in *La gestione dei servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”: prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272 del 2004.*

interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali.

I principi affermati nella sentenza n. 272/2004 sono stati da ultimo confermati dalla sentenza n. 325/2010 che si è pronunciata sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali, tenendo conto naturalmente delle novità intercorse e in particolare delle nuove disposizioni sugli affidamenti²⁸. Inoltre è stato affermato il principio che le Regioni possono introdurre disposizioni ancor più limitative di quelle fissate dalla legislazione statale escludendo il ricorso all'*in house* anche laddove la legislazione nazionale lo consenta. Al riguardo, la Corte considera che la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, e si deve, pertanto, ritenere che le norme regionali, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai "servizi pubblici locali", non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione²⁹.

Dai principi esposti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 272/2004 una parte della dottrina³⁰ aveva ritenuto la correttezza anche delle disposizioni del d.l. n. 223/2006 (cd. decreto Bersani) che, seppure al di fuori della materia dei servizi pubblici locali, ha introdotto disposizioni limitative all'attività delle società partecipate a livello locale e regionale al fine di tutelare la concorrenza³¹.

²⁸ V. più diffusamente Capitolo V.

²⁹ v. Corte cost. n. 307/2009

³⁰ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. ult. cit.*

³¹ E' apparso corretto l'art. 1, d.l. Bersani, secondo cui "1. *Le norme del presente titolo, adottate ai sensi degli artt. 3, 11, 41, 117, co. 1 e 2, Cost., con particolare riferimento alle materie di competenza statale della tutela della concorrenza, dell'ordinamento civile e della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, recano misure necessarie ed genti per garantire il rispetto degli artt. 43, 49, 81, 82 e 86, Trattato istitutivo della Comunità europea ed assicurare l'osservanza delle raccomandazioni e dei pareri della Commissione europea, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle Autorità di regolazione e vigilanza di settore, in relazione all'improcrastinabile esigenza di rafforzare*

La Corte costituzionale si è comunque appositamente espressa sulle disposizioni del decreto Bersani³² e poi anche su alcune altre disposizioni introdotte dalla legge finanziaria 2008, anche queste introduttive di limiti alla possibilità di costituire società partecipate (v. Capitolo III) confermando che le Regioni possono prevedere, nelle materie di propria competenza, con legge la costituzione di società pubbliche totalitarie o miste, ma non possono derogare ai principi enucleati dalla Corte costituzionale, e segnatamente ai requisiti della società *in house*, né incidere sul modello societario come configurato dal codice civile.

Infine, la Corte costituzionale³³ si è pronunciata sui limiti alla competenza legislativa statale sulla disciplina di alcuni profili ordinamentali delle società a partecipazione pubblica³⁴. In particolare la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni l'estensione alle Regioni e alle Province autonome delle disposizioni nazionali sul numero e compensi degli amministratori delle società partecipate dagli enti locali (art.1, legge finanziaria 2007, comma 30, atteso che, se anche tale estensione dovesse ascrivere nell'area del coordinamento della finanza pubblica (come precisato dalla stessa disposizione), trattandosi di una materia di competenza legislativa concorrente il legislatore statale avrebbe solo il potere di fissare i principi fondamentali³⁵. In secondo luogo, anche le disposizioni nazionali che fissano criteri di ineleggibilità per gli amministratori inefficienti³⁶ sono

la libertà di scelta del cittadino consumatore e la promozione di assetti di mercato maggiormente concorrenziali, anche al fine di favorire il rilancio dell'economia e all'occupazione, attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro. 1 -bis. Le disposizioni cui al presente decreto si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione".

³² Corte cost. n. 326/2008.

³³ Corte cost., n. 159/2008.

³⁴ Le società a partecipazione pubblica sono soggette, come si vedrà meglio nel Capitolo VI, a una serie di disposizioni di carattere ordinamentale che mirano nel concreto, in un'ottica di moralizzazione del fenomeno, a contenere le spese di dette società. Per esempio, la legge finanziaria 2007 (l. n. 296/2006, v. più diffusamente capitolo III) ha introdotto una serie di vincoli per le società a partecipazione pubblica. Tali vincoli riguardano anche società partecipate dalle Regioni, dalle Province autonome e dagli enti locali. Nelle sentenze 20 maggio 2008, n. 159 e 6 giugno 2008, n. 190, la Corte costituzionale si è pronunciata sui limiti della competenza legislativa statale rispetto ad alcune di queste disposizioni.

³⁵ Ed invece nel caso di specie esaminato, la legislazione esclusiva, lungi dal limitarsi a legiferare a livello di principio, è stata talmente intrusiva da risultare analitica e di dettaglio.

³⁶ L'articolo 1 della legge finanziaria 2007 prevede, al comma 734, che "non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica e società a totale o parziale capitale pubblico chi avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi". A causa della genericità della disposizione, che avrebbe potuto colpire amministratori incolpevoli delle inefficienze societarie La L. 24 dicembre 2007, n. 244, come modificata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69 ha disposto (con l'art. 3, comma 32-bis) che "Il comma 734 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, si interpreta nel senso che non può essere nominato

incostituzionali in quanto lesive dell'autonomia organizzativa di Regioni e province autonome. Infatti, per l'organizzazione amministrativa delle Regioni e delle Province autonome, il legislatore statale non dispone di una propria competenza.

Per altro verso sono state dichiarate costituzionalmente illegittime le norme sulle sanzioni previste in caso di inosservanza di alcuni obblighi di pubblicità e comunicazione (v. l'art. 1, commi 587 e ss, della legge finanziaria 2007). Per le amministrazioni che non hanno adempiuto agli obblighi previsti dalla disciplina, la previsione del divieto di erogazione di somme in favore di consorzi e società e, in caso di inottemperanza, di riduzione dei trasferimenti, costituiscono infatti un illegittimo vincolo all'autonomia di finanziaria degli enti locali.

La Corte³⁷ ha affermato che le previsioni di sanzioni volte ad assicurare il rispetto di limiti complessivi di spesa imposti a Regioni ed enti locali, operanti nei confronti degli enti che abbiano superato tali limiti, costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica vincolanti per le Regioni e le Province autonome. Nel caso di specie, tuttavia, la violazione dell'obbligo da cui discende la sanzione non incide sul complessivo limite di spesa da parte della Regione o dell'ente locale.

Pertanto, diversamente da quanto previsto per gli obblighi comunicativi e di pubblicità, le sanzioni non possono considerarsi principi di coordinamento della finanza pubblica (Per l'analisi in dettaglio delle pronunce citate v. Capitolo III e Capitolo VI).

1.6. Le società *in house* e il partenariato societario pubblico-privato.

Come già rilevato, nell'ambito delle società pubbliche si distingue tra quelle a totale partecipazione pubblica (le cd. società *in house*) e le società a partecipazione mista pubblica-privata (cd. società miste) che sono una forma di partenariato pubblico-privato (il partenariato trova oggi una definizione nell'art. 3, co. 15-ter, d.lgs. n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici³⁸), e dunque una forma del concorso

amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali".

³⁷ Corte cost. n. 190/2008.

³⁸ L'art. 3, comma 15-ter del Codice dei contratti pubblici stabilisce che "Ai fini del presente codice, i

del capitale privato per finanziare interessi pubblici.

Le due tipologie presentano problematiche in parte comuni e in parte differenti, e le soluzioni sono in parte comuni, in parte differenziate in virtù della differente compagine societaria.

Entrambe le tipologie di società, essendo sottospecie della figura più generica della società a partecipazione pubblica, sono soggette ad un'intensa opera legislativa che tende ad ottenere essenzialmente tre risultati: (i) la "moralizzazione" del fenomeno delle partecipazioni pubbliche, evitando inutili sprechi; (ii) la tutela della concorrenza, evitando che la peculiarità di tali società (la partecipazione pubblica) possa tradursi in indebiti vantaggi anticoncorrenziali a scapito degli altri operatori privati; (iii) l'estensione dei vincoli tipicamente pubblicistici volti ad evitare meccanismi di elusione a causa della forma di diritto privato di tali società.

Queste tre direttrici si concretano nelle comuni tematiche dei limiti del ricorso a tale strumento, del limite alle loro attività sul mercato, della specializzazione della disciplina ordinamentale rispetto alle tradizionali società di diritto comune (es. tetto massimo al numero di amministratori e relativi compensi).

Ciò posto sulla disciplina speciale che li riguarda si pone, per entrambi i tipi di società, il problema: (i) della rispettiva delimitazione; (ii) del limite entro cui possono essere affidatarie dirette (vale a dire senza gara) di contratti da parte dei soci pubblici; (iii) dell'oggetto sociale (iv) del limite in cui, a loro volta, possano essere qualificate come organismi di diritto pubblico o altra qualifica soggettiva prevista dal Codice dei contratti pubblici, e dunque possano rientrare nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici a loro volta tenute al rispetto dell'evidenza pubblica per i contratti con i terzi³⁹;

Questi ultimi profili vengono qui esaminati solo sinteticamente, rinviandosi, per il necessario approfondimento, ai successivi capitoli.

"contratti di partenariato pubblico privato" sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, ditali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi"

³⁹ In questo senso R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

Quanto al confine tra società *in house* e mista, esso è stato sviscerato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. La società *in house* deve presentare tre requisiti: essere a totale partecipazione pubblica, anche di più enti pubblici; essere sottoposta ad un controllo, da parte del socio pubblico, analogo quello da esso esercitato sui propri servizi; realizzare la parte più importante della propria attività con il socio o i soci pubblici⁴⁰.

Ciascuno di questi tre requisiti ha dato luogo a questioni interpretative delicate: (i) la partecipazione pubblica totalitaria non sussiste in presenza di una quota, ancorché esigua, di capitale in mano a soci privati, e anche per il solo fatto che lo statuto preveda la possibilità di vendere una parte del capitale a privati⁴¹, mentre sussiste nel caso di una pluralità di soci tutti pubblici⁴²; tuttavia, secondo una pronuncia della C. giust. CE del 2008⁴³ una certa apertura al capitale privato non sembra possa escludere la sussistenza del controllo analogo ed il conseguente affidamento diretto. La Corte, ribaditi gli indici sintomatici del controllo analogo, ha affermato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella oggetto del giudizio, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta; (ii) il controllo analogo deve essere rigoroso ed effettivo, non sussiste se vi sono spazi di autonomia per il consiglio di amministrazione⁴⁴. Sul controllo analogo, mentre alcune pronunce del giudice interno avevano ritenuto difficile la sua configurazione in caso

⁴⁰ Si segnalano qui i contributi giurisprudenziali più importanti, rinviando al capitolo VII l'approfondimento delle questioni: C. giust. CE, 18 novembre 1999 C-107/98, *Teckal*, in *Guida al dir.*, 999, fase. 47, 107, con nota di F. SCIAUDONE, che si occupa del controllo analogo e della parte più importante dell'attività; C. giust. CE 11 gennaio 2005 C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro it.*, 2005, IV, 134, con nota di R. URSI; C. giust. CE 21 luglio 005 C-231/03, *Consorzio Coname*, in *Foro it.*, 2006, IV, 76, con nota di R. URSI; C. giust. CE, sez. I, 18 gennaio 2007 C-220/05, *Jean Auroux*, in *Urb. e app.*, 007, 552, con nota di G. RONDONI, che affermano la necessità che la partecipazione pubblica sia totalitaria.

⁴¹ C. giust. CE 13 ottobre 2005 C-458/03, *Parking Brixen GmbH* in *Foro it.*, 2006, IV, 76, con nota di R. URSI; C. giust. CE, 6 aprile 2006 C-410/04, *Anav - Comune di Bari*, in *Foro it.*, 2006, V, 511, con nota redazionale di R. URSI; Zons. St, sez. V, 22 aprile 2004 n. 2316, in *Cons. Stato*, 2004, I, 862; Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440, in *Giust. amm.*, 2006, 1044, con nota di G. LECCISE; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, in *Urb. e app.*, 2006, 1417, con nota di M. URSO; Tar Trentino-Alto Adige, Bolzano, 8 marzo 2007 n. 91, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, II, 575; Cons. St., sez. VI, 1 giugno 2007 n. 2932, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 905.

⁴² C. giust. CE, sez. II, 19 aprile 2007 C-295/05, *Asemfo e. Trasga*, in *Jrb. e app.*, 2007, 1479, con nota di R. CARANTA.

⁴³ C. giust. CE, sez. II, 17 luglio 2008 C-371/05.

⁴⁴ Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168, in *Urb. e app.*, 2005, 329, con nota di R. CARANTA.

di capitale sociale frazionato tra un numero elevato di soci pubblici, ritenendosi in tal caso necessario un comune organo di controllo⁴⁵, di recente il giudice comunitario sembra aver assunto una posizione più permissiva (v. Capitolo IV); (iii) l'attività prevalentemente dedicata ai soci pubblici è un concetto qualitativo, da stabilire caso per caso, ma con parametri rigorosi onde evitare che i vantaggi finanziari derivanti dall'attività con i soci pubblici vengano impiegati sul mercato per attività con soggetti privati⁴⁶.

Ogni qualvolta non ricorrano i requisiti anzidetti, la società o è mista, se c'è partecipazione di capitale privato, o è comunque una società non *in house* (se pur essendo a totale partecipazione pubblica, manchino uno o entrambi gli altri requisiti), ed è dunque un soggetto terzo.

Con riferimento agli affidamenti diretti, nella società *in house*, non essendoci soci privati, e dunque scelta del partner privato, non occorre alcuna procedura di gara per la sua costituzione (anche ove essa abbia una pluralità di soci pubblici). Nella società mista, la procedura di evidenza pubblica occorre già, e a monte, per la scelta del socio privato (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 163/2006)⁴⁷.

In presenza delle condizioni suddette, la società *in house* si atteggia a organo indiretto, *longa manus* dell'ente pubblico, diviene una mera formula organizzativa interna, ed è pertanto possibile affidare ad essa in via diretta contratti senza procedura gara, fuori dal mercato⁴⁸.

Invece alle società miste, o comunque prive dei requisiti dell'*in house*, essendo soggetti terzi rispetto alla pubblica amministrazione, i contratti possono essere affidati solo con procedura di evidenza pubblica⁴⁹.

Per la società mista, essendovi una procedura di gara per la scelta del socio, si pone un ulteriore problema peculiare, e in articolare se occorra una distinta procedura di gara per l'affidamento dei contratti per i quali la società è stata costituita.

⁴⁵ Cons. giust. sic, 4 settembre 2007 n. 719, in *Urb. e app.*, 2008, 211, con nota di S.COLOMBARI.

⁴⁶ C giust. CE 11 maggio 2006 C-340/04 (*società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*), in *Urb. e app.*, 2006,1047, con nota di P. LOTTI; Cons. giust. sic, 4 settembre 2007 n. 719, cit.

⁴⁷ L'art. 1, comma 2, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che “*Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure*”. Sul tema v. Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 889, in *Urb. e app.*, 2008,1132, con nota di M.BALDI, in *Principio generale della gara e scelta del socio privato (1135-1146)*.

⁴⁸ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*.

⁴⁹ R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*.

Non è dubbio che se la società mista viene costituita per un numero indeterminato di missioni, per le missioni successive a quella iniziale occorre senz'altro il rispetto di procedure di evidenza pubblica.

Quanto all'originaria missione, secondo una tesi occorre una doppia gara, per la scelta del socio e per l'affidamento del contratto-missione⁵⁰; per altra tesi è sufficiente un'unica gara, avente ad oggetto la scelta del socio privato e l'affidamento a questo del contratto; il socio privato verrà in tale unica gara scelto a in base a requisiti finanziari, sia in base ai requisiti di qualificazione per lo specifico contratto⁵¹.

In tema di affidamento a società miste, la riforma dei servizi pubblici locali (art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009 e attuato dal regolamento di cui al d.P.R. n. 168/2010) ha disciplinato la questione nel senso che è sufficiente un'unica gara che abbia ad oggetto la scelta del socio avente "specifici" compiti "operativi". Non si tratta cioè di una gara dove si sceglie meramente il socio privato, ma una particolare tipologia di socio privato che partecipi effettivamente e specificamente alla gestione del servizio e non si limiti alla mera posizione di socio finanziario. Nella disciplina dei servizi pubblici locali, l'affidamento a società mista, viene espressamente considerato come modalità ordinaria di affidamento insieme a quella a società privata tramite gara (v. Capitolo V, per l'evoluzione storica della disciplina e per l'analisi di quella attuale). Il socio privato deve possedere una quota consistente del capitale sociale, non potendo avere una partecipazione inferiore al 40%.

La Commissione europea, con la comunicazione 5 febbraio 2008, ha fatto importanti affermazioni su come vada applicato il diritto comunitario dei pubblici appalti e concessioni⁵² in caso di partenariato pubblico-privato istituzionale (IPPP),

⁵⁰ Cons. giust. sic, 27 ottobre 2006 n. 589, in *Dir. e pratica amm.*, 2006, fasc. 2, 52, con nota di S. PIROCCHI; T.A.R. Piemonte, sez. II, 4 giugno 2007 n. 2539, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, II, 1302.

⁵¹ Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007 n. 456, in *Foro it.*, 2007, III, 611, con nota di H. SIMONETTI.

⁵² In termini generali, può dirsi che risulta ormai consolidata, benché si tratti di nozione lungamente dibattuta specie nella prospettiva di diritto interno, l'opinione, di matrice comunitaria, e ben concettualizzata a fare tempo almeno dalla Comunicazione interpretativa in data 12 aprile 2000 della Commissione delle Comunità europee, secondo cui il vero *discrimen* tra concessione ed appalto vada ricercato nel differente destinatario della prestazione e nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio; in particolare, dunque, può parlarsi di concessione se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se (almeno per la parte prevalente) la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio (v. da ultimo T.A.R. Perugia n. 26/2010). In coerenza con tale elaborazione, l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, al secondo comma, stabilisce che "nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel

che in Italia assume la forma tipica della società mista.

Il nodo più delicato è stato quello della necessità o meno di una doppia gara, una per la scelta del socio privato, una per l'affidamento dell'appalto o concessione alla società mista, una volta che essa sia stata costituita previa scelta con gara del socio privato.

Sul punto già il Consiglio di Stato, con un parere della II sezione reso nel 2007, si era espresso nel senso della non necessità di una doppia gara, nel rispetto di condizioni determinate.

In questa direzione si muove anche la comunicazione in commento le cui indicazioni sembrano essere state confermate anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia Ue⁵³.

La Commissione premette di intendere l'IPPP come una cooperazione tra parte pubblica e soggetto privato che implica la costituzione di un soggetto a capitale misto, che esegue appalti o concessioni pubblici. L'apporto privato all'IPPP consiste, oltre che nell'apporto di capitale o altre risorse, nella partecipazione attiva ai contratti affidati al soggetto a capitale misto e/o all'amministrazione di tale soggetto. Invece, semplici iniezioni di capitale fatte da investitori privati in società a capitale pubblico, non costituiscono IPPP e sono perciò fuori dall'ambito della comunicazione della Commissione.

La Commissione europea ammette che la percepita mancanza di certezze legali circa il coinvolgimento di *partners* privati può minare il successo dell'operazione, e che esigere una doppia gara è soluzione non pratica, e tale da scoraggiare i privati dall'apportare il proprio capitale nell'ambito di un partenariato istituzionale.

La Commissione ritiene pertanto sufficiente una sola procedura di gara, che abbia un duplice oggetto, vale a dire la scelta del partner privato, di cui verranno fissati requisiti e prestazioni, e affidamento a tale partner privato della missione al cui perseguimento è finalizzato l'IPPP.

Sicché, la selezione del partner privato è accompagnata sia dalla costituzione dell'IPPP, sia dall'affidamento della missione (appalto o concessione), al partner privato.

diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”.

⁵³ V. C. giust. Ue, 15 ottobre 2009, C-196/08. Sulle società miste v. più diffusamente Capitolo V e VIII.

Se l'appalto o concessione ricade nell'ambito di applicazione delle direttive appalti, anche la scelta del partner privato dovrà eseguire le relative procedure di evidenza pubblica.

La Commissione osserva che le direttive appalti presentano una certa rigidità di procedure, che potrebbero mal attagliarsi ad una gara finalizzata alla scelta di un socio finanziario.

Ma ritiene che si possa ovviare a tale rigidità utilizzando il dialogo competitivo^{54 55}, procedura adeguatamente flessibile, mentre meno utile è la procedura negoziata, praticabile solo in casi tassativi⁵⁶.

⁵⁴ L'art. 58 del Codice dei contratti pubblici riproduce con alcuni adattamenti l'art. 29 della direttiva 2004/18/CE, introducendo nell'ordinamento italiano uno degli strumenti aggiudicatori maggiormente innovativi di tutta la materia degli appalti pubblici. L'istituto è idoneo a coniugare utilmente la flessibilità ravvisabile nell'instaurazione di un dialogo preventivo con i partecipanti alla procedura selettiva e le irrinunciabili garanzie tipiche del confronto concorrenziale. Il dialogo competitivo trova la sua definizione nell'art. 3, comma 39 del Codice dei contratti e si afferma quale "*una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte, a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare*". A stregua della definizione riportata, il dialogo competitivo può essere considerato una vera e propria procedura complessa nell'ambito della quale, in fasi distinte e successive, la stazione appaltante, dapprima individua le soluzioni tecniche, giuridiche e/o finanziarie più idonee a soddisfare le proprie esigenze e successivamente procede all'aggiudicazione dell'appalto pubblico. Vi è dunque una prima fase di dialogo nel quale la stazione appaltante, in stretta collaborazione con il privato, discute ed approfondisce gli aspetti tecnicorealizzativi dell'opera o del servizio da realizzare, ed un secondo momento (quello competitivo in senso stretto) tipico dell'aggiudicazione dell'appalto. La procedura si apre, infatti, con la pubblicazione di un bando di gara in cui la stazione appaltante rende note le proprie esigenze in termini di realizzazione di opere o fornitura di servizi. Le stesse avviano quindi la selezione dei candidati che avviene in conformità alle norme previste dal Codice dei contratti ed aprono con i concorrenti selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione ed alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità, con la discussione anche di tutti gli aspetti dell'appalto. Il colloquio, che deve essere aperto a tutti i candidati e non avere carattere discriminatorio (non potendo essere rivelate agli altri partecipanti le soluzioni via via proposte dai singoli interlocutori e le informazioni comunque riservate), assume una valenza consulenziale, in cui all'ampia discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante, non corrisponde altrettanta competenza tecnica. L'amministrazione aggiudicatrice prosegue nel confronto fino a quando non è in grado di individuare la soluzione complessiva idonea a soddisfare le sue esigenze. Una volta individuata la soluzione migliore o un ventaglio di simili soluzioni, la stazione appaltante chiude il dialogo, informandone i partecipanti. Si apre poi la fase di aggiudicazione dell'appalto nella quale i candidati selezionati sono invitati a presentare le loro offerte finali calibrate sulla o sulle soluzioni scelte dall'amministrazione al termine della fase di dialogo. Sul dialogo competitivo v. M. GIUSTINIANI, *dialogo competitivo*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. CLARICH), 2010.

⁵⁵ G.URBANO, *Le procedure ad evidenza pubblica*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. CLARICH), 2010.

⁵⁶ Nel recepire le disposizioni comunitarie sugli appalti (cfr. art. 1, comma 11, lett. f) e artt. 30 e 31 della direttiva 2004/18/Ce per i settori ordinari e art. 1 e art. 40 della direttiva 2004/17/Ce per i settori speciali), il Codice ha introdotto nell'ordinamento nazionale le cosiddette procedure negoziate, definite come "*le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata*" (art. 3, comma 40). La definizione di procedura negoziata presenta profili di analogia con i

Nella procedura di evidenza pubblica avente il duplice oggetto di scelta del partner privato e affidamento ad esso della missione, occorre rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Secondo la Commissione, per soddisfare parità di trattamento e non discriminazione, occorre che il bando di gara contenga informazioni sufficientemente dettagliate: (i) sugli appalti e concessioni che saranno affidati alla società mista; (ii) in ordine allo statuto e all'atto costitutivo della società mista; (iii) in ordine agli accordi tra azionisti; (iv) in ordine al rapporto tra stazione appaltante pubblica e partner privato; (v) in ordine al rapporto tra soggetto pubblico e futura società mista⁵⁷.

Per soddisfare il principio di trasparenza, occorre sin dal bando iniziale indicare gli eventuali opzionali rinnovi o modifiche dell'originario appalto o concessione, sia l'eventuale opzionale affidamento alla società mista di ulteriori missioni.

E, invero, l'IPPP è ordinariamente impiegato per missioni a lunga scadenza,

caratteri propri della trattativa privata prevista nella legislazione previgente. Peraltro, nel riprodurre le disposizioni delle direttive 2004/18/Ce e 2004/17/Ce, il Codice ha previsto due diverse tipologie di procedura negoziata, ossia la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56) e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (art. 57). Il Codice conferma, in primo luogo, il carattere tassativo delle ipotesi nelle quali è utilizzabile la procedura negoziata. In secondo luogo, è confermata la facoltatività dell'istituto. La procedura negoziata - in entrambe le sue configurazioni - può essere, infatti, esperita solo in presenza dei presupposti di fatto descritti tassativamente e, comunque, è sempre fatta salva la facoltà della stazione appaltante di utilizzare una procedura aperta o ristretta anche in presenza dei presupposti che legittimerebbero l'utilizzo della procedura negoziata (La facoltatività deriva anche dalle disposizioni comunitarie: cfr. R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Tomo III, 2008, pp. 1761 e ss.). Le differenze esistenti tra le due specie di procedura negoziata non incidono solo sugli aspetti formali, ma investono la struttura sostanziale della procedura, creando due istituti diversi. La procedura negoziata previa pubblicazione del bando è una procedura a concorso, sia pure molto limitato, caratterizzata dalla presenza di un procedimento di scelta predeterminato in via legislativa e obbligatorio in ogni caso per la stazione appaltante. Da un punto di vista sostanziale, il potere di scelta dell'amministrazione non è limitato direttamente in via legislativa, ma è posto l'obbligo di fissare nel bando i criteri di selezione dei contraenti da invitare alla fase della negoziazione. Il potere dell'amministrazione è limitato sia formalmente e sia sostanzialmente attraverso regole obbligatorie e inderogabili. Nella procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, invece, sul piano formale/procedurale sussiste una procedimentalizzazione minima rispetto a quella più estesa della procedura negoziata con previa pubblicazione del bando. Sul piano sostanziale, per quanto il legislatore abbia imposto una serie di principi da osservare, l'applicazione degli stessi consente comunque l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale in ordine alla scelta degli operatori da invitare alla negoziazione. Inoltre, rispetto ai limiti formali e sostanziali che caratterizzano obbligatoriamente la procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, nella procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è possibile, in particolari circostanze, evitare l'applicazione dei vincoli posti dal legislatore. Diversi sono anche i presupposti sostanziali di azionabilità delle due procedure, che, peraltro sono stati oggetto di rivisitazione con l'adozione dei decreti correttivi al testo originario del Codice.

⁵⁷ Per la sintesi dell'orientamento della Commissione si è fatto riferimento a R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

nelle quali può sorgere la necessità di modifiche o rinnovi in corso di esecuzione. Ma modifiche e rinnovi in corso di esecuzione sono consentiti entro limiti molto stretti dalle direttive appalti, perché possono minare la trasparenza e la *par condicio*^{58 59}. Pertanto, in caso di IPPP il bando iniziale deve già prevedere tali eventualità, che altrimenti non saranno consentite in corso di esecuzione, senza ricorrere a nuova gara.

La Commissione consiglia inoltre di indicare nel bando o nel contratto cosa accade alla società mista se ad essa non vengono affidate ulteriori missioni rispetto a quella iniziale.

Resta chiaro che la società mista non può in nessun caso rientrare nell'ambito del cd. *in house providing* e perciò la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario.

La società mista, comunque, rientra nella nozione di operatore economico che può partecipare, come offerente, a procedure pubbliche per l'affidamento di appalti o concessioni. Può, pertanto, partecipare anche a procedure volte ad affidare appalti o

⁵⁸ L'art. 57, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, nell'ambito delle disposizioni sulla procedura negoziata senza bando dispone che è in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli. Il rinnovo espresso era invece consentito dall'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993 (a condizione che fosse ritenuto conveniente per l'amministrazione, avvenisse entro tre mesi dalla scadenza del contratto e fosse comunicato alla controparte privata entro il suddetto termine), ma successivamente la disposizione è stata abrogata dall'art. 23 della legge n. 62/2005. In base alle disposizioni riportate, alcune pronunce hanno affermato l'impossibilità di procedere a qualsiasi forma di rinnovo (cfr. Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2006, n. 6458), mentre altre hanno ammesso la praticabilità del rinnovo espresso, sia pure precisando che tale strumento è rispettoso dei principi di concorrenza e trasparenza solo a condizione che la possibilità di rinnovo "sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale" (cfr. T.A.R. Lazio n. 12 dicembre 2005, n. 13406). Sembra oggi prevalente l'orientamento che nega la possibilità del rinnovo in quanto tale (che sarebbe nei fatti un affidamento senza gara), ammettendo solo quelle forme di rinnovo che sono espressamente previste dal legislatore (In questo senso cfr. R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., che richiamano anche Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2866. Da ultimo cfr. Cons. St., sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391). A tal riguardo si osserva che una figura assimilabile al rinnovo è quella prevista dallo stesso art. 57, comma 5, lett. b) del Codice ("ripetizione di servizi analoghi" originariamente contenuta nel art. 7, comma 2, lett. f) del d.lgs. n. 157/1995). Tuttavia la "ripetizione di servizi analoghi" non è propriamente un rinnovo contrattuale in senso stretto, poiché tra i due istituti sussiste una differenza in termini di *ratio* e presupposti. Nella ripetizione dei servizi analoghi, infatti, tali servizi devono essere "conformi ad un progetto di base" e, inoltre, la ripetizione necessita di una valutazione *ex ante* in sede di indizione della prima gara sia nell'*an* che nel *quantum*, v. G. URBANO, *Le procedure ad evidenza pubblica*, op. cit.

⁵⁹ La figura del rinnovo è generalmente distinta dalla "proroga". In particolare la proroga si limita a differire il termine di scadenza del rapporto, mentre il rinnovo comporta una nuova negoziazione con lo stesso soggetto, ossia un nuovo esercizio dell'autonomia negoziale. Il rinnovo rientrerebbe, dunque, nello schema della trattativa privata: cfr. in questi termini P. CIRIACO, *Art. 57 (Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando i gara)*, in *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, (R. Garofoli e G. Ferrari), 2009, pp. 463 e ss;

concessioni che costituiscono modifica o ampliamento dell'originario appalto o concessione affidato alla società mista, modifica o ampliamento che, per non essere previsto nel bando originario, non può essere affidato in via diretta, senza gara, alla società mista. Se, peraltro, indetta una gara di tale genere, ad essa vi partecipa la società mista, occorrerà adottare particolari cautele per assicurare la trasparenza e la *par condicio* con gli altri concorrenti, e per garantire che nessuna informazione confidenziale passi dalla stazione appaltante alla società mista.

Quanto all'oggetto sociale, non vi sono limiti per le società miste, che possono essere costituite sia per realizzare o gestire un'opera pubblica, sia per gestire un servizio pubblico, sia per l'acquisizione di forniture (arg. da art. 1, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, v. *supra*). In effetti, una volta che si imponga la gara per la scelta del socio, e per gli affidamenti successivi al primo, non vi sono ostacoli ad ammettere la possibilità di una società mista per qualunque tipo di prestazione.

1.7. Le questioni aperte e il rinvio alla plenaria.

La maggior parte delle questioni sinteticamente affrontate nel paragrafo che precede sono state rimesse all'esame dell'adunanza plenaria⁶⁰, che è stata chiamata a pronunciarsi sui seguenti profili:

- se il modello societario, vuoi della società *in house*, vuoi della società mista, possa essere utilizzato solo nei casi consentiti da norme espresse, o in ogni caso, in virtù della generale capacità di diritto privato della p.a.;

- se, conseguentemente, sia necessaria o meno una puntuale motivazione della scelta di utilizzo del modello societario;

- se nell'ambito del diritto comunitario l'utilizzo del modello societario sia eccezionale, o se invece l'affidamento a terzi, *l'in house* e il partenariato societario pubblico-privato siano alternative equivalenti;

- quali siano gli esatti presupposti della società *in house*, quanto, in particolare, al controllo analogo e all'attività prevalentemente dedicata;

- se in caso di società mista sia sufficiente una unica gara per la scelta del socio, e sia poi consentito l'affidamento diretto di contratti alla società, o se invece

⁶⁰ L'ordinanza di rimessione è Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587, cit.

occorra una doppia gara, una per la scelta del socio e una per l'affidamento del contratto;

- se sia ammissibile, nella società mista, scegliere un socio privato solo finanziario, e non anche operativo;

- se sia compatibile con il diritto comunitario un affidamento diretto a società mista, quando il socio privato sia stato scelto con gara;

- se sia ammissibile un affidamento diretto a società mista, quando il socio privato è stato scelto con gara, se il socio pubblico che procede all'affidamento diretto abbia fatto ingresso nella compagine societaria in un momento successivo alla sua costituzione, e dunque successivo alla scelta con gara del socio privato.

Chiamata a pronunciarsi su tutte le questioni attuali e controversie sia in materia di *in house* che di società miste, la plenaria, con la decisione 3 marzo 2008 n. 1⁶¹, ha scelto di attenersi al caso di specie, per il quale molte delle questioni sollevate non erano rilevanti, sicché ha potuto prescindere. Nella specie, vi era stato l'affidamento diretto di servizi di carattere socio-sanitario da parte di una pubblica amministrazione ad una società a composizione mista.

Pertanto, la plenaria ha accantonato per difetto di rilevanza tutte le questioni sull'*in house*, che presuppone una parteciparne pubblica totalitaria. La plenaria si è infatti limitata a ricostruire la giurisprudenza comunitaria sull'*in house*, concordando sulla necessità della partecipazione pubblica totalitaria e del controllo analogo. La plenaria ha pertanto circoscritto il suo esame a due questioni: (i) l'applicabilità o meno delle procedure comunitarie di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi socio-sanitari; (ii) la necessità o meno di una gara per l'affidamento di tali servizi ad una società mista, quando il socio privato è già stato scelto con gara.

Sulla prima questione, rileva che i servizi socio-sanitari ricadono tra quelli sottratti quasi integralmente al diritto comunitario (allegato II B⁶² al Codice dei contratti pubblici), e dunque allo stesso Codice dei contratti pubblici. Anche per essi, tuttavia, devono essere osservati i principi del Trattato a tutela della concorrenza come si evince dalla giurisprudenza comunitaria e come specifica l'art. 27 del Codice dei

⁶¹ Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008 n. 1, in *Dir. e pratica amm.*, 2008, e. 4, 10, con nota di F.G. SCOCA.

⁶² L'applicazione del regime integrale degli appalti è previsto per quelle categorie di servizi per le quali il grado avanzato del processo di liberalizzazione ed apertura dei mercati, consente di disciplinare con le regole comunitarie gli appalti ad essi riferiti. Altri servizi (indicati nell'allegato II B) sono invece soggetti ad un regime più attenuato; v. N. D'ANGELO, *art. 21, Codice degli appalti pubblici*, a cura di R.GAROFOLI e G. FERRARI, p. 121.

contratti pubblici⁶³.

Anche a voler configurare l'affidamento di tali servizi non come appalto, ma come concessione di servizio pubblico⁶⁴, prosegue la plenaria, devono essere osservati i principi del Trattato suddetti, come si evince dalla giurisprudenza comunitaria e come specifica l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici.

Quanto alla seconda questione, la plenaria, nel ricordare il precedente della sez. II del Consiglio di Stato n. 456/2007, che si è mostrato possibilista ponendo tuttavia precisi paletti, ha rilevato che il modello ivi previsto è una delle possibili soluzioni, ma non l'unica.

Tale modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società, con una sorta di società di “missione” e con la previsione di un socio “d'opera”. La plenaria ritiene che, allo stato, e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo, diversamente si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni *praeter legem*, che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia.

Nel caso specifico, poi, la plenaria rileva che la fattispecie al suo esame differisce da quella esaminata dal citato parere della II Sezione del Consiglio di Stato. Manca, infatti, un socio d'opera, e l'affidamento del servizio contestualmente alla costituzione della società. Vi è invece una società da tempo costituita, e *multiutilities*,

⁶³ Anche per i contratti esclusi dal Codice dei contratti pubblici devono trovare applicazione i principi generali sull'azione amministrativa. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene infatti nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'art. 27 del Codice è una disposizione di chiusura che si richiama al principio di concorrenzialità, considerato immanente nell'ordinamento e trova anche uno specifico radicamento di diritto positivo nell'art. 1 l. n. 241/1990 sulla disciplina generale dell'azione amministrativa. tale disposizione richiama oggi anche “i principi dell'ordinamento comunitario” v. N. D'ANGELO, *art. 21, Codice degli appalti pubblici*, a cura di R.GAROFOLI e G. FERRARI, p. 121.

⁶⁴ La differenza tra concessione e appalto di servizi sta in ciò: nella concessione, l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. L'impresa che fornisce il servizio non sopporta, quindi, l'alea connessa alla gestione del servizio, sicché, venendo a mancare l'elemento rischio, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di servizi. Per una ricostruzione della giurisprudenza sulla questione v. Conclusioni dell'avvocato generale Ján Mazák presentate il 9 settembre 2010 - Causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* contro *Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*.

a cui è stato affidato senza gara un ulteriore servizio socio-sanitario.

La plenaria ha ritenuto illegittimo tale affidamento senza gara, atteso che per lo stesso andavano rispettati i principi del Trattato e che non vi erano i presupposti, indicati dalla II sez., per affidamento diretto alla società mista.

Va considerato che la pronuncia della plenaria, sebbene pubblicata il 3 marzo 2008, è stata deliberata il 10 dicembre 2007, non ha dunque potuto tener conto della comunicazione della Commissione europea 5 febbraio 2008, che, come visto, ha aggiunto ulteriori tasselli alla tematica della società mista.

1.8. L'in house per i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Si è già accennato che la disciplina contenuta nell'art. 113, t.u. enti locali (d.lgs. n. 267/2000, come riformato da ultimo nel 2003, v. Capitolo V per l'analisi approfondita delle vicende normative legate a questa disposizione) prevedeva che i servizi pubblici locali di rilevanza economica potessero essere affidati all'esterno a società di capitali, ovvero a società miste o *in house*.

Ma l'art. 113 è stato abrogato (commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater) espressamente ad opera del regolamento di attuazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (d.P.R. n. 168/2010). Peraltro, già prima di tale intervento espresso, le richiamate disposizioni oggi abrogate espressamente lo erano implicitamente per incompatibilità.

Ad oggi, dunque, occorre fare riferimento all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (come riformato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, decreto Ronchi) che contiene le principali disposizioni sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In linea generale, l'art. 23-bis prevede che i servizi pubblici locali di rilevanza economica vanno affidati in via ordinaria a imprese o società di qualunque forma mediante procedure di evidenza pubblica o anche a società miste il cui socio privato, qualificabile come socio operativo avente compiti "specifici", con partecipazione non inferiore al 40%, sia scelto con procedura ad evidenza pubblica.

Il legislatore nazionale, ha ridotto in modo significativo, il margine per gli affidamenti diretti alle società *in house* che, già stretti della morsa dei criteri comunitari, sono consentiti soltanto alle ulteriori condizioni di eccezionalità stabilite

in ambito nazionale.

Da un punto di vista sostanziale, infatti, l'*in house* viene di fatto marginalizzato con la previsioni di condizioni limitative ulteriori rispetto a quelle comunitario, che riguardano non tanto la struttura della società (controllo analogo e attività prevalente) quanto condizioni esogene che fanno riferimento all'ambito socio-economico entro il quale la società *in house* sarà chiamata ad operare.

Da un punto di vista procedurale è previsto il previo parere, obbligatorio anche se non vincolante, dell'Autorità Antitrust.

La riforma dei servizi pubblici locali operata con l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e dal successivo decreto Ronchi (d.l. n. 135/2009), pone una serie di questioni che riguardano i due modelli descritti (modello *in house* e modello società mista) che tendono a caratterizzarsi in modo specifico e, dunque, assumono connotazioni peculiari che li fanno divaricare in modo più netto rispetto al passato (su questi temi v. Capitolo V).

Inoltre, come si vedrà più approfonditamente, la riforma sui servizi pubblici locali ha inciso anche sui limiti all'operatività di tali società, estendendo – almeno così sembra dalla lettera della disposizione – il divieto di attività *extra moenia* anche alle società miste. Disposizione che sta facendo discutere la dottrina e rispetto alla quale anche una parte della giurisprudenza tende ad avere letture che superano il dato testuale (v. Tar Calabria n. 561/2010, su questi temi si tornerà nel Capitolo V).

Lo sviluppo del modello delle società *in house* e miste ha avuto nei servizi pubblici locali il suo ambito privilegiato, anche se non esclusivo. In questo ambito i due modelli hanno assunto connotazione proprie rispetto a quelli in generale richiesti dall'ordinamento comunitario e nazionale. Del fenomeno societario pubblico nelle sue due configurazioni citate con riferimento ai servizi pubblici locali ci si occuperà in prosieguo (v. Capitolo V).

1.9. Le indicazioni del rapporto Assonime del settembre 2008 sulla disciplina generale delle società a partecipazione pubblica.

Nell'ambito di un gruppo di lavoro sulla disciplina delle società pubbliche istituito dal Comitato di Presidenza dell'Assonime nella riunione del 14 febbraio 2008 sono stati elaborate alcune linee guida al fine di poter razionalizzare la disciplina in

materia.

Assonime ha proposto di distinguere il regime giuridico delle “società di mercato” – quotate e non quotate che devono essere improntate al diritto comune –, da quello delle “amministrazioni”, includendo in tale nozione anche quei “*soggetti che, pur avendo forma societaria, sono nella sostanza semi-amministrazioni e quindi possono essere assoggettati alle norme e ai controlli di tipo pubblicistico*”.

Inoltre, già all’epoca si rappresentava la necessità di generalizzare il ricorso alla gara per l’affidamento dei servizi pubblici locali, in modo da garantire un rapporto più trasparente tra l’azionista pubblico e l’impresa incaricata della gestione nonché, in presenza di regole chiare e controlli efficaci, una maggiore efficienza a vantaggio degli utenti finali.

Con riferimento alle società incaricate di obblighi di servizio pubblico, occorrerebbe assicurare trasparenza e certezza. L’imposizione di tali obblighi per la realizzazione di obiettivi di politica pubblica o sociale dovrebbe pertanto essere resa trasparente e regolata in modo chiaro tramite appositi atti normativi e amministrativi.

In generale, Assonime ha suggerito di assicurare la gestione e la valutazione per obiettivi. In tutte le società di mercato a partecipazione pubblica, anche in settori diversi dai servizi di interesse economico generale, sarebbe necessario precisare, da un lato, i poteri dell’azionista pubblico, dall’altro, le responsabilità gestionali e gli ambiti di autonomia degli amministratori. Nella sua veste di socio, l’azionista pubblico deve avvalersi unicamente dei poteri riconosciuti agli azionisti dal codice civile. Il rapporto tra azionista e amministratori dovrebbe basarsi sulla fissazione di chiari obiettivi di performance, sul riconoscimento della piena autonomia operativa dell’impresa e sulla valutazione degli amministratori, quali titolari esclusivi del potere di gestione, unicamente in relazione ai risultati ottenuti nel perseguimento degli obiettivi concordati.

Con riferimento alla gestione, occorrerebbe introdurre modalità di selezione delle posizioni apicali delle società pubbliche che consentano di attrarre e valorizzare i profili di professionalità nella selezione degli amministratori attraverso il ricorso a soggetti e strumenti analoghi a quelli utilizzati dalle società private ed utilizzare modalità di remunerazione idonee a favorire l’interesse di lungo periodo della società.

Infine, Assonime ha ritenuto la necessità della concreta attuazione della norma introdotta dalla Legge finanziaria 2008 sulla dismissione delle partecipazioni

pubbliche non strategiche, introducendo meccanismi ed incentivi che assicurino l'effettiva attuazione di tale norma⁶⁵.

Il rapporto Assonime ha avuto una vasta risonanza tra gli operatori e ha ottenuto numerosi consensi sia nella parte più concreta dove sono proposte specifiche misure di adeguamento della disciplina, sia a monte nella parte più di principio che richiedeva una distinzione tra “società di mercato” e “semi-amministrazioni”. Quest'ultime in particolare avrebbero solo la forma privatistiche ma sarebbero nella sostanza enti pubblici a tutti gli effetti.

3.10. Alcuni dati numerici sull'entità del fenomeno “società pubbliche degli enti locali”.

La Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, con l'*Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte dei comuni e province* del giugno 2010⁶⁶ ha fornito alcuni dati quantitativi del fenomeno.

Con riferimento all'arco temporale 2005-2008, sono stati rilevati 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti (Comuni e Province), costituiti da 3.787 società e 2.073 organismi diversi.

Il 64,62% (3.787) è rappresentato da organismi aventi forma giuridica societaria. Di essi, il 43,17% (1.635) è formato da società per azioni, il 37,02% (1.402) da società a responsabilità limitata, il 14,68% (556) da società consortili ed il 5,12% (194) da società cooperative.

Il 35,38% (2.073) dei 5860 organismi partecipati ha forma giuridica diversa dalla societaria. Di essi il 61,55% (1.276) è consorzio, il 14,18% è fondazione, il resto è rappresentato da altri organismi (istituzioni, aziende speciali, aziende servizi alla persona, ecc.).

Il 34,67% degli organismi partecipati si occupa di servizi pubblici locali, dato composto da una percentuale del 10,26% che si occupa di ambiente-rifiuti, del 9,46% che si occupa di servizio idrico, dell'8,24% che si occupa di trasporti, del 6,71% che si occupa di energia e gas. Degli organismi partecipati che si occupano di servizi pubblici locali, il 44,39% riveste la forma di società per azioni, il 23,91% di s.r.l., il

⁶⁵ Sul problema della dismissione delle partecipazioni pubbliche e in generale sui limiti e i divieti posti dalla legislazione recente in tal senso, v. Capitolo V.

⁶⁶ Deliberazione n. 14/AUT/2010/FRG.

17% di consorzio, il 3,33% di società consortile.

Il 65,33% degli organismi partecipati svolge attività riconducibili ad altri servizi. Nei vari settori individuati, la concentrazione maggiore si riscontra nel settore delle attività culturali sportive e sviluppo turistico, seguito dai servizi di supporto alle imprese, attività professionali scientifiche e tecniche, agricoltura silvicoltura e pesca, sanità e assistenza sociale, farmacie. Degli organismi che si occupano di altri servizi, il 18,59% è rappresentato da società per azioni, il 23,82% da società a responsabilità limitata il 22,07% da consorzi, il 12,82% da società consortili. Il 7% degli organismi che si occupano di altri servizi è rappresentato da fondazioni (comprese le atipiche fondazioni di partecipazione).

Riguardo alla varietà delle attività esercitate, la Corte di conti ha affermato che complessivamente, l'opzione verso l'organismo multiservizio si va riducendo nel tempo. Con riferimento agli organismi societari, se si introduce nell'analisi il risultato d'esercizio, si rileva che l'opzione per il multiservizio premia in termini di *performance*, almeno in alcune aree territoriali (al Nord ed, in qualche caso, al Centro).

Considerando il numero delle partecipazioni, nei Comuni al di sotto dei 5000 abitanti si concentra mediamente il 60% del totale delle partecipazioni, mentre il 36% è nella fascia 5000-100.000 abitanti ed il solo 2,8% nei Comuni con più di 100.000 abitanti. Integrando questa rilevazione, che risente ovviamente della maggiore concentrazione dei Comuni nelle fasce demografiche più basse, con la considerazione del numero dei Comuni all'interno di ogni classe demografica, si acquisiscono elementi significativi sotto il profilo dell'effettiva propensione dei Comuni verso il fenomeno delle partecipazioni. Dalla rilevazione del valore medio delle partecipazioni per singolo Comune, emerge che in quelli sotto i 5.000 abitanti il numero medio delle partecipazioni è di 4, che sale a 5/6 nei Comuni da 5.000 a 100.000 abitanti ed a 21/22 sopra i 100.000 abitanti.

La rilevazione numerica riferita al triennio 2005/2007, caratterizzato dalla disponibilità di un maggior numero di informazioni, porta ad evidenziare che il numero complessivo degli organismi partecipati che compaiono in almeno uno degli esercizi del triennio è di 5.601. Di questi, le società partecipate dai Comuni sono 3361. Con riferimento alle nuove disposizioni introdotte dalla manovra finanziaria per il 2010 (v. Capitolo VI), una prima elaborazione dei dati consente di affermare che nel

triennio 2005/2007 le società partecipate dai Comuni con abitanti fino a 30.000 sono 2.584, quelle partecipate dai Comuni tra 30.000 e 50.000 sono 488, quelle partecipate dai Comuni superiori a 50.000 sono 930 (rispettivamente il 76,9%, il 14,5% ed il 27,7% delle 3361 società rilevate nel triennio).

Con riferimento a ciascuno degli anni componenti il triennio, si evidenzia nel 2005 la presenza di 4.992 organismi partecipati e 27.602 partecipazioni, nel 2006 di 5.254 organismi e 28.466 partecipazioni, nel 2007 di 5.485 organismi e 29.771 partecipazioni. L'incremento rilevato nel 2007 rispetto ai dati 2005 è stato del 9,88% per gli organismi (5,25% nel 2006 e 4,40% nel 2007) e del 7,86% per le partecipazioni (3,13% nel 2006 e 4,58% nel 2007). Gli organismi societari rilevati nell'istruttoria presentano un aumento dell'11,08% nel 2007 rispetto al 2005 (6,15% nel 2006 e 4,65% nel 2007).

Per quanto riguarda la rilevazione della forma giuridica, poco meno del 65% degli organismi partecipati riveste forma societaria. Di queste, la società per azioni è la più ricorrente, pur se con percentuali di incidenza sul totale società in decremento nel tempo (47% nel 2005, 45,05% nel 2006 e 43,63% nel 2007), a fronte di un'incidenza sempre maggiore nel triennio di società a responsabilità limitata (32,57%, 35,02%, 36,57%).

L'espansione del numero delle società a responsabilità limitata può in parte essere attribuita, secondo la Corte dei conti, a trasformazioni di società per azioni che hanno subito riduzioni del capitale sociale sotto il limite legale. Ma la Corte dei conti evidenzia anche che la società a responsabilità limitata presenta caratteristiche di maggiore flessibilità che la rendono più adatta alla partecipazione di un socio pubblico che deve rispondere alla collettività dell'andamento societario. Anche la società consortile rappresenta una percentuale interessante del totale degli organismi societari (circa il 15%), la cui ragione potrebbe risiedere nel fatto che questa consente di utilizzare uno strumento societario anche in settori caratterizzati dalla mancanza o non prevalenza dello scopo di lucro (servizi di informazione, di supporto alle imprese, attività professionali).

CAPITOLO II

LE SOCIETÀ *IN HOUSE* E MISTE TRA SFERA PUBBLICA E MERCATO: RAZIONALIZZAZIONE DELLA DISCIPLINA.

SOMMARIO: 2.1. PREMESSA. – 2.2. CENNI ALLE ORIGINI STORICHE E ALLE TIPOLOGIE DI SPECIALITÀ. 2.3.- LE TENDENZE LEGISLATIVE RECENTI. 2.4- SPUNTI CONCLUSIVI.

2.1. Premessa.

Negli ultimi anni le società pubbliche sono state oggetto di un rinnovato interesse da parte del legislatore⁶⁷. Il Parlamento ha infatti approvato una serie di disposizioni che, perseguendo, come si vedrà, scopi eterogenei, hanno accentuato i profili di specialità della disciplina delle società pubbliche rispetto a quella generale applicabile alle società commerciali e contenuta nel suo nucleo essenziale nel codice civile.

Su questi temi già Assonime, come ricordato, ha elaborato un rapporto che ripercorre le novità legislative, assume un orientamento critico nei confronti di norme ritenute penalizzanti soprattutto per le società pubbliche che operano in regime di concorrenza con quelle private e propone alcune soluzioni volte a migliorare la *governance* di quest'ultime (v. *supra*)⁶⁸.

Allo scopo di razionalizzare la galassia delle società pubbliche, che si è accresciuta in modo abnorme per numero e ambiti di intervento, il rapporto Assonime ha proposto anche una distinzione tra società di mercato e cosiddette “semi-amministrazioni”, ritenute “*una soluzione ibrida da abbonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario*”.

⁶⁷ Da ultimo la manovra economica contenuta nel d.l. n. 78/2010, convertito con modifiche dalla legge n. 122/2010, a fini di contenimento della spesa pubblica, introduce nuovi vincoli in materia di società a partecipazione pubblica. Per alcune tipologie di società è prevista una riduzione dei compensi per i componenti degli organi di amministrazione e controllo e sono posti nuovi vincoli alle spese e alle politiche di assunzione di personale. Il decreto legge n. 78/2010 limita inoltre la possibilità per le amministrazioni pubbliche di finanziare società partecipate che per tre anni consecutivi abbiano registrato perdite di bilancio. La manovra estiva contiene infine disposizioni volte ad eliminare o ridurre in misura radicale le partecipazioni societarie dei Comuni di minori dimensioni (v. Cap. III e VI).

⁶⁸ Cfr. ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in <http://www.assonime.it>

Nel trattare delle “semi-amministrazioni”, il rapporto delinea infatti tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell’attività di impresa con scopo lucrativo: il modello delle società *in house* diffuso soprattutto a livello di enti locali e che consente l’affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica; le società cui vengono attribuite funzioni pubbliche (per esempio l’Anas o l’Enav); le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative e in particolare le società costituite da amministrazioni regionali e locali, oggetto di una disciplina restrittiva ad opera del cosiddetto decreto Bersani (d.l. n. 223/2006 convertito in l. n. 248/2006).

In realtà, la linea di confine tra società pubbliche assoggettate al diritto comune e “semi-amministrazioni” non si presta a essere stabilita in modo netto. La specialità delle società pubbliche è probabilmente una questione di grado che varia, alla luce del diritto positivo, senza soluzione di continuità, da un minimo a un massimo: da un minimo di specialità o addirittura dall’assenza, nel caso in cui la società sia interamente disciplinata dal diritto comune e soltanto la titolarità delle azioni è riferibile allo Stato o ad altro ente pubblico; a un massimo, nel caso in cui le deroghe al diritto comune siano così estese da rendere predominante lo statuto pubblicistico. Nel mezzo sono rilevabili varie graduazioni, a seconda del tipo di società o della particolare società di diritto singolare (cioè regolata da una legge *ad hoc*)⁶⁹.

In questa prospettiva, ci si è chiesto se e in quale misura l’interesse pubblico sotteso alla loro costituzione possa giustificare deroghe, in taluni casi assai marcate, alla disciplina societaria di diritto comune⁷⁰. A questo riguardo, il rapporto

⁶⁹ Va tenuto presente che le stesse società *in house* costituite dagli enti locali, che non hanno alcuna potestà normativa in grado di introdurre deroghe a fonti legislative primarie, sono in realtà società di diritto comune. In relazione ad esse, infatti, utilizzando tutti gli spazi di autonomia statutaria consentiti, configurando patti parasociali particolari, stipulando convenzioni con gli enti territoriali di riferimento, si riesce a ottenere, come esito finale (e con un giudizio *ex post* sulla base dei criteri posti dalla giurisprudenza comunitaria e amministrativa), che si tratta di strutture assimilabili, al di là della forma giuridica, a uffici interni degli enti di riferimento. Resta fermo peraltro che, in base alle disposizioni legislative più recenti, una volta che una società di diritto comune possa essere qualificata come *in house*, scatta un regime vincolistico derogatorio (applicazione delle procedure concorsuali per le assunzioni e delle procedure a evidenza pubblica per i contratti). Sui caratteri dell’*in house* v. Cap. IV; sulla disciplina speciale delle società *in house* e miste v. Cap. III e VI.

⁷⁰ v. per un approfondimento delle questioni v. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.

dell'OCSE sulla *governance* delle *State Owned Enterprises* - SOE⁷¹ (v. *supra*) ha suggerito un criterio che può rappresentare un'utile guida, anche per classificare e valutare gli statuti singolari e le deroghe al diritto comune previste nel nostro ordinamento per le società pubbliche. Il criterio di riferimento dovrebbe essere rappresentato dall'applicabilità alle società pubbliche, in linea di principio, delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe assolutamente necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici. A ogni deroga, cioè, è richiesta una giustificazione in termini di stretta proporzionalità. Il nostro legislatore, sia nella fase attuale che in passato, non sembra aver seguito questo criterio che invece potrebbe costituire una guida per un eventuale riordino della normativa vigente.

2.2. Cenni alle origini storiche e alle tipologie della specialità.

La specialità delle società pubbliche non è un fenomeno nuovo nel nostro ordinamento. Esso si è manifestato infatti già della fine del XIX secolo e nei primi decenni del secolo scorso⁷².

Basti ricordare la legge 10 agosto 1893 n. 449, che istituì la Banca d'Italia come società anonima di diritto speciale. Frutto dell'aggregazione di banche costituite da capitali totalmente privati⁷³, la Banca d'Italia inizialmente svolse la funzione di istituto di emissione. La sua natura imprenditoriale difficilmente poteva essere messa in dubbio: la Banca svolgeva la sua attività di emissione sulla base di una concessione dello Stato⁷⁴, ma esercitava anche la normale attività bancaria, sebbene limitata (ma questo valeva per tutte le banche di emissione) al *numerus clausus* di operazioni

⁷¹Cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005, dove si sottolinea, nelle annotazioni al Cap. 1 “*Ensuring an Effective legal and Regulatory Framework for State-Owned Enterprises*”, che “*When streamlining the legal form of State-Owned Enterprises, governments should base themselves as much as possible on corporate law and avoid creating a specific legal form when this is not absolutely necessary for the objectives of the enterprise*”.

⁷² V. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it; Per una ricostruzione anche storica dell'esperienza dell'impresa pubblica con un quadro completo dei modelli legislativi di società singolari cfr. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007. In generale sull'impresa pubblica, cfr., di recente, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997. Fondamentale resta il volume di C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. delle società*, 2006, pag. 1000 e ss.

⁷³ La Banca Nazionale del Regno, la Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di Credito per le Industrie e il Commercio d'Italia.

⁷⁴ Peraltro fino al regio decreto legge 6 maggio 1926 n. 812 non in esclusiva, in quanto anche il Banco di Sicilia ed il Banco di Napoli erano titolari di concessione.

elencate all'art. 12 della legge n. 449/1893. La legge tuttavia prescriveva una disciplina singolare con una definizione *ex lege* del capitale sociale (art. 1 comma 2) e la sottoposizione dello statuto all'obbligo di approvazione con decreto reale. L'equilibrio tra natura privatistica dell'ente e connotazione pubblicistica delle attività svolte venne definitivamente spostato a favore della seconda nel ventennio fascista, fino alla pubblicizzazione proprietaria operata dalla legge bancaria del 1936 (ovvero il regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141).

Negli anni Venti del secolo scorso vennero istituite numerose società di diritto speciale (ATI, azienda tabacchi italiana, EIAR, Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche) e tra esse anche l'AGIP, sulla quale sorse una diatriba tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in ordine alla natura giuridica pubblica o privata. La legge bancaria del 1936, nel definire le varie tipologie di aziende di credito, individuò accanto a quella composta da enti pubblici in senso proprio (casse di risparmio e istituti di credito di diritto pubblico), la categoria delle banche d'interesse nazionale, aventi natura privatistica, ma assoggettate a regole speciali.

In anni più recenti si può ricordare, tra i tanti esempi di società singolari (RIBS, GEPI, RAI), l'Agecontrol Spa in relazione alla quale il legislatore chiarisce che si tratta di una società per azioni con "*personalità giuridica di diritto pubblico*" (art. 18, comma 9, legge 22 dicembre 1984, n. 887).

Meno frequente è invece rinvenire profili di specialità nel caso di imprese divenute pubbliche in seguito a operazioni di salvataggio operate soprattutto in seguito alla crisi degli anni Trenta del secolo scorso.

Anzi, con il riordino del sistema delle partecipazioni statali in seguito all'istituzione degli enti pubblici economici con funzione di *holding* (IRI, ENI, EFIM) e del Ministero delle partecipazioni statali, la distinzione tra diritto comune e diritto pubblico venne tracciata in modo più netto. Infatti, il momento pubblicistico involgeva essenzialmente il rapporto tra i ministeri di settore (e i comitati interministeriali, quali il CIPE e il CIPI) e gli enti di gestione delle partecipazioni statali che trovava il suo momento di formalizzazione negli atti di indirizzo (e direttive). Quest'ultimi trovavano esecuzione da parte dalle *holding* pubbliche esclusivamente attraverso l'esercizio del diritto di voto nelle società direttamente o indirettamente partecipate. Non a caso venne utilizzata per gli enti di gestione delle

partecipazioni statali l'espressione atecnica di "enti-cerniera", che creavano cioè un collegamento tra gli *imput* politici, nelle forme del diritto pubblico, e l'attività di impresa esercitata da società di diritto comune⁷⁵.

Quanto ai tipi di specialità ricavabili dal complesso della legislazione recente e meno recente, sembra emergere una dicotomia⁷⁶.

Da un lato è possibile raggruppare le disposizioni che disciplinano il comportamento del soggetto pubblico (Stato, Regione o Ente locale) nella sua veste di azionista, ad esempio subordinando l'esercizio dei relativi poteri in sede di assemblea a preve deliberazioni amministrative, spesso frutto di intese fra diverse amministrazioni, oppure prevedendo divieti o limiti alla cedibilità delle azioni. La formazione della volontà e gli altri vincoli imposti dalla legge al soggetto pubblico azionista possono avvenire con modalità e sequenze procedimentali pubblicistiche marcatamente diverse da quelle dell'azionista privato, ma esse non sembrano di per sé inconciliabili con il diritto comune, cioè con l'esercizio dell'attività di impresa da parte della società, perché in un certo senso si pongono "a monte" di quest'ultima.

Così, per prendere in esame alcune delle disposizioni legislative recenti, l'obbligo di introdurre modifiche statutarie che riducono il numero dei componenti del consiglio di amministrazione, crea un obbligo di *facere* in capo all'azionista pubblico⁷⁷, ma non opera di per sé una deroga al diritto comune applicabile alla società. Anche in questo caso, in definitiva, il diritto pubblico si ferma alla soglia dell'assemblea societaria.

D'altronde, a ben considerare, anche il fenomeno delle *holding* private può condurre, su basi squisitamente privatistiche, a una disciplina e a una proceduralizzazione interne delle modalità di gestione delle partecipazioni azionarie della capogruppo.

Questo tipo di deroghe al diritto comune possono appesantire o vincolare l'attività di chi esercita i diritti dell'azionista e si prestano a essere valutate soprattutto

⁷⁵ Per lo studio del fenomeno dell'impresa pubblica e delle odierne società a partecipazione pubblica si rimanda a R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

⁷⁶ V. M. CLARICH, *op. ult. cit.*

⁷⁷ Per esempio, già la finanziaria 2008 (art. 3, comma 12, della l. n. 244/2007) ha posto per le amministrazioni pubbliche statali, che detengono, direttamente o indirettamente, il controllo di società, l'obbligo di introdurre negli statuti una serie di modifiche relative al numero massimo dei componenti degli organi societari, prevedendo anche la soppressione della carica di vice presidente e altre limitazioni all'erogazione di compensi.

in termini di opportunità o di inopportunità, ma, a stretto rigore, possono essere considerate compatibili con il modello societario generale.

Dall'altro lato è possibile raggruppare i profili di specialità che incidono direttamente sullo statuto della società e che coinvolgono la sua capacità di operare. Si pensi, per esempio, alla definizione *ex lege* del capitale sociale, che predefinisce dal punto di vista quantitativo la dimensione della società. Oppure ai vincoli legislativi sulla composizione azionaria. Oppure ancora alla predeterminazione normativa della *corporate governance*, oppure alla predeterminazione *ex lege* dell'oggetto sociale, che pone vincoli all'operatività della società ed al suo adattamento. Si pensi ancora al potere di direttiva attribuito al ministro vigilante o al potere di approvare modifiche statutarie o anche i principali atti di gestione⁷⁸. Molti statuti legali delle società pubbliche offrono numerosi esempi di deroghe al diritto comune incidenti sulla struttura della persona giuridica, piuttosto che sull'azione del soggetto pubblico azionista⁷⁹.

In queste ipotesi la deviazione dal modello societario è più grave, perché gli elementi decisivi che regolano la futura attività dell'ente, le sue modalità di adempiere alla missione attribuita, non passano più attraverso il filtro assembleare e le decisioni del consiglio di amministrazione, ma discendono direttamente da norme di rango legislativo.

In questa prospettiva, anche l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità erariale operato in via giurisprudenziale dalla Corte dei Conti a carico degli amministratori e alti dirigenti delle società pubbliche e avallato indirettamente in un intervento legislativo recente⁸⁰, va considerato come un elemento di specialità del secondo tipo.

Nell'introduzione di deroghe al diritto comune nelle leggi più recenti si nota, rispetto al passato, allorché le deroghe erano riferite per lo più a società a statuto singolare, una nuova tendenza: i tratti di specialità tendono a generalizzarsi per macrocategorie di società pubbliche (per esempio, società non quotate, società costituite da Regioni o enti locali, società a controllo totalitario o maggioritario,

⁷⁸ Per alcuni esempi e per una critica alla previsione di un potere di direttiva, cfr. G. NAPOLITANO, *op. cit.*, pag. 1009 e seg.

⁷⁹ Per una casistica più completa delle deroghe cfr. P. PIZZA, *op. cit.*, pag. 24 e seg.

⁸⁰ Ci si riferisce all'art. 16-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 che ha escluso questa forma di responsabilità solo per le società con azioni quotate con partecipazione pubblica inferiore al 50%.

società che gestiscono servizi pubblici o che svolgono attività pubbliche strumentali all'esercizio di funzioni pubbliche). Questi tratti si aggiungono a quelli eventualmente già presenti nello statuto singolare della singola società.

Prima di procedere all'esame della legislazione più recente in materia di società pubbliche, conviene precisare che vincoli speciali possono essere imposti, oltre che per legge, anche con atti sub-legislativi (atti di concessione, contratti di servizio, ecc.), cui spesso la norma primaria affida il compito di definire le norme di funzionamento della società. Questi tipi di atti possono prevedere poteri di vigilanza e di controllo incisivi o imporre una serie di obblighi stringenti ai fini del corretto adempimento del rapporto pubblicistico.

2.3. Le tendenze legislative recenti.

Se si dà uno sguardo all'insieme delle disposizioni legislative in materia di società pubbliche approvate negli ultimi anni, sembrano emergere tre direttrici e finalità principali⁸¹.

Una prima direttrice riguarda una serie di deroghe al diritto comune e di limiti all'autonomia funzionale della società che sembrano perseguire una finalità, per così dire, di "moralizzazione" del fenomeno che cioè risentono di una ventata populistica contro le varie forme di spreco nelle pubbliche amministrazioni e nelle cariche di tipo politico⁸².

Si cerca, dunque, di arginare l'utilizzo dello strumento societario, soprattutto, ma non solo, in ambito locale, dove la proliferazione delle società pubbliche assume una dimensione imponente (v. *supra*). Si spiegano in questa logica, per esempio, i limiti alla composizione degli organi sociali delle società locali⁸³ ed al livello dei compensi⁸⁴ (v. Capitolo VI).

⁸¹ Per questa classificazione v. M. CLARICH, *op.ult. cit.*

⁸² Basti ricordare il volume anche anedddotico, divenuto un vero bestseller, di G.A STELLA - S. RIZZO, *La casta. Così i politici italiano sono diventati intoccabili*, Milano, 2007. Ma già in precedenza cfr. il volume ben documentato e con un impianto ricostruttivo più solido, di S. SALVI - M. VILLONE, *Il costo della democrazia*, Milano, 2005, nel quale si denuncia, tra l'altro, l'abuso dell'utilizzo delle società miste a capitale pubblico e privato da parte degli enti locali (pag. 104 e ss.).

⁸³ Si tratta di una tendenza che ha avuto inizio da qualche anno: v. per esempio, art. 1, comma 729, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007).

⁸⁴ Art. 3, comma 44, l. 244/07 (Finanziaria 2008). Il regolamento di attuazione è contenuto nel d.P.R. n. 195/2010 "*Regolamento recante determinazione dei limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo*".

Ci si potrebbe chiedere perché queste forme di “moralizzazione” richiedano addirittura il ricorso allo strumento legislativo, mentre analoghi risultati potrebbero essere conseguiti con un comportamento più responsabile e attento dell’azionista pubblico. Disposizioni legislative così vincolistiche denotano anzi una sfiducia soprattutto nei confronti delle amministrazioni locali e si pongono in controtendenza con il riconoscimento a questi enti di maggiori ambiti di autonomia anche in attuazione dei principi costituzionali (art. 114, comma 2, Cost.). D’altro canto se l’autonomia viene usata in modo percepito come poco virtuoso, in assenza di reazioni efficaci che si manifestino a livello locale⁸⁵, diventa quasi inevitabile ripristinare un regime di divieti e prescrizioni rigide imposto a livello centrale. Peraltro, l’imposizione di limiti a livello di legislazione nazionale deve tener conto dei limiti costituzionali sulla potestà legislativa. Non a caso, in questa ottica, alcune disposizioni della legislazione nazionale sono state considerate esorbitanti dalla Corte costituzionale e, dunque, costituzionalmente illegittime (v. *supra* e più diffusamente Capitolo VI sull’incostituzionalità di alcune disposizioni speciale di carattere ordinamentale).

Una seconda linea direttrice che connota la legislazione recente riguarda profili di specialità “generale” introdotti con finalità “antielusive” dei vincoli che caratterizzano in generale l’organizzazione e l’attività degli enti pubblici. Questi interventi rappresentano una risposta del legislatore al ricorso alle società pubbliche anche per lo svolgimento di attività strumentali alla funzione pubblica che potrebbero essere gestite all’interno delle amministrazioni, principalmente allo scopo di sottrarsi allo statuto giuridico pubblicistico (soprattutto in tema di assunzioni del personale e di applicazione di procedura ad evidenza pubblica). Del resto, già all’inizio del secolo scorso, per inquadrare il fenomeno dell’esplosione degli enti pubblici e di altre amministrazioni parallele agli apparati ministeriali tradizionali e sottratte a molti vincoli e rigidità imposti a quest’ultimi, si era parlato di “fuga dallo Stato”⁸⁶.

Quanto all’ambito di applicazione del regolamento si stabilisce che sono enti conferenti: “*le amministrazioni dello Stato di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le agenzie, gli enti pubblici economici e non economici, gli enti di ricerca, le università, le società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate*”

⁸⁵ Usualmente predomina nella nostra società civile, per ragioni storiche e culturali che rendono per molti aspetti arretrato il nostro Paese, un atteggiamento di disinteresse o di rassegnazione che agevola comportamenti poco virtuosi da parte della classe politica.

⁸⁶ Per un’analisi storica dell’espansione delle amministrazioni parallele in periodo giolittiano cfr. G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana*, Bologna, 1996, pag. 191 e seg.

Tra gli esempi più significativi di questo tipo disposizioni si può ricordare l'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112. L'articolo in questione, al comma 1, estende alle società che gestiscono servizi pubblici locali con proprietà pubblica totalitaria l'applicabilità dei principi concorsuali in materia di reclutamento del personale contenuti all'art. 35 del d.lgs 30 marzo 2001 n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego). Inoltre, per le altre società sotto il controllo pubblico (non solo quelle locali), il comma 2 prevede l'applicabilità dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità.

La terza direttrice di deroghe legislative allo statuto societario, come già accennato, si riferisce a una serie di disposizioni atte a limitare le distorsioni concorrenziali che potrebbero derivare dalla presenza delle società pubbliche nel mercato.

Vanno segnalate in particolare le disposizioni che tendono a restringere i campi di operatività delle società.

L'art. 13 del c.d. Decreto Bersani del 2006 già citato (d.l. n. 223/2006) prevede che le società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività debbano operare a favore degli enti partecipanti, costituenti o affidanti. Esse non possono avere affidamenti diretti né partecipare a procedure di gara bandite da altre amministrazioni e acquisire partecipazioni in altre società o enti. La norma ha un ambito di applicazione più vasto del solo fenomeno dell'*in house*, in quanto si applica sia alle società a capitale pubblico totalitario che alle società miste (che quindi, in base alla giurisprudenza comunitaria, potrebbero ottenere affidamenti solo mediante procedure concorsuali).

L'ampiezza del divieto è mitigata dall'esclusione soggettiva delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Peraltro, con riferimento alle società pubbliche operanti nei servizi pubblici locali, il legislatore aveva mantenuto una disciplina meno penalizzante, limitando l'attività *extra moenia* solo per le società pubbliche, non quotate, che godono di un affidamento diretto. Con il decreto Ronchi (d.l. n. 135/2009) il divieto di attività *extra moenia* è stato esteso, almeno letteralmente, anche alle società miste. La giurisprudenza più recente sembra però voler superare l'ostacolo letterale con riflessioni di ordine sistematico che giustificerebbero per la società mista una maggiore libertà di azione rispetto alla società *in house* (v. TAR

Calabria n. 561/2010; su tale profilo e sul rapporto tra art. 13 del Decreto Bersani e art. 23 – *bis* del d.l. n. 112/2008, v. *infra* capitolo III).

L'effettività dei divieti introdotti dal decreto Bersani è accresciuta dalla sanzione prevista in caso di violazione. La violazione non comporta, infatti, soltanto l'illegittimità dell'eventuale affidamento *extra moenia*⁸⁷, ma anche la nullità dei contratti.

Il decreto Bersani, come già ricordato, ha superato il vaglio della Corte Costituzionale che con le sentenze n. 326 del 2008 e n. 148 del 2009 (v. *supra* e più diffusamente v. Capitolo III) ha respinto i ricorsi proposti da varie Regioni volti a censurare una violazione della competenza legislativa regionale. La Corte ha sottolineato la finalità di promozione della concorrenza del decreto e ha accertato la proporzionalità dei vincoli in esso contenuti rispetto a questo fine.

Il fine di tutela della concorrenza e del mercato è enunciato anche dall'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) che introduce un divieto generalizzato per le pubbliche amministrazioni di costituire società *“aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*⁸⁸. Le delibere in materia di assunzione o di mantenimento delle partecipazioni devono essere motivate con riguardo specifico al principio di rigida proporzionalità così introdotto (comma 28) e trasmesse alla Corte dei conti. Entro 18 mesi dall'entrata in vigore della legge le amministrazioni sono tenute a cedere le partecipazioni vietate (v. più diffusamente Capitolo III)⁸⁹.

⁸⁷ Conseguenza che invece dovrebbe caratterizzare la violazione del divieto contenuto all'art. 23 - bis, comma 9 del d.l. 112/08 convertito con l. 133/08, in materia di servizi pubblici locali.

⁸⁸ Lo stesso art. 3, comma 27, secondo periodo specifica che *“È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza”* (per un approfondimento v. capitolo III).

⁸⁹ Il termine è stato prorogato, *more italico*, di altri 18 mesi dall'art. 71 del collegato alla legge finanziaria per il 2009 già citato. Il comma 29 prevede che *“Entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. Per le società partecipate dallo Stato, restano ferme le disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni”*.

Le tre direttrici individuate nella legislazione più recente è confermata anche dagli ultimi interventi legislativi (d.l. n. 78/2010). Rispetto al passato v'è qualche elemento di novità. Si è detto che la direttrice che fa riferimento all'esigenza di promozione della concorrenza pone vincoli alla costituzione delle società pubbliche, mentre quella moralizzatrice incide sulla vita delle società. Nel d.l. n. 78/2010 sembra esserci una commistione tra le due direttrici, laddove (v. art. 14, comma 32, v. Capitolo VI) l'esigenza di contenimento della spesa (un'esigenza di "moralizzazione", dunque, e non di tutela della concorrenza) ha determinato un divieto di creare società. Rispetto al passato, dunque, l'esigenza di moralizzazione, non incide più sulla vita e il funzionamento delle società, ma agisce nella fase a monte vietandone la costituzione.

La direttrice legislativa di moralizzazione ha prodotto negli ultimi interventi legislativi (v. d.l. n. 78/2010) non già limitazioni speciali incidenti sulla disciplina delle società pubbliche, quanto un limite alla costituzione delle stesse. Con ciò provocando un effetto tipico di un'altra direttrice legislativa, ossia quella volta ad evitare le distorsioni concorrenziali che potrebbero derivare dalla presenza delle società pubbliche nel mercato (v. *infra*).

Queste disposizioni denotano un atteggiamento del legislatore italiano di sfavore nei confronti dell'impresa pubblica che va ben oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto comunitario è soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati (art. 106 del Trattato TFUE).

I principi comunitari della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (art. 49 e 63 del Trattato TFUE), anch'essi strumentali all'apertura dei mercati alla concorrenza, hanno portato, in un moto di direzione contraria, a eliminare alcuni elementi di specialità di alcune grandi imprese pubbliche (Eni, Telecom, Enel, Finmeccanica). Da ultimo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (Sez. III, 26 marzo 2009 in causa C-326/07) ha accertato l'illegittimità comunitaria dell'art. 2, comma 1, del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474, che ha previsto, per le società controllate dallo Stato e operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri servizi pubblici, una serie di diritti speciali (la cosiddetta *golden share* all'italiana) da recepire negli statuti. Questi diritti consentono al ministro

dell'Economia e delle Finanza di opporsi, in particolare, all'assunzione di partecipazioni oltre la soglia del 5%, sulla base di criteri stabiliti con il D.p.c.m. 10 giugno 2004, che secondo la Corte, attribuiscono alle autorità italiana “*un potere discrezionale sproporzionato*” (v. *infra* capitolo VI, anche per la precedente condanna della Corte di giustizia con riferimento all'art. 2449 c.c.).

2.4. Spunti conclusivi.

In conclusione, l'attenzione del legislatore nazionale nei confronti delle società pubbliche ha portato ad accentuare la loro specialità portando a differenziazioni di regime tra macrocategorie di imprese pubbliche (quotate o non quotate, statali o locali, a controllo pubblico totalitario o misto, ecc.).

Queste nuove specialità si aggiungono alle vecchie specialità derivanti soprattutto dalle leggi singolari che disciplinano una particolare società, anche in concomitanza con la privatizzazione formale di enti pubblici.

E' stato osservato che in questo quadro la stessa linea di confine tra pubblico e privato diventa ancor più incerta. E ciò anche perché la giurisprudenza costituzionale, amministrativa e civile ha recuperato, a prescindere da ogni qualificazione legislativa, la figura della società per azioni avente personalità giuridica di diritto pubblico⁹⁰.

In realtà, come si è accennato, la specialità è una questione di grado e oltre un certo limite le semi-amministrazioni, per riprendere l'espressione utilizzata dal rapporto Assonime, diventano in realtà amministrazioni in senso proprio che applicano anche il codice civile. In fondo, le differenze tra la vecchia figura dell'ente pubblico economico, che, al di là degli aspetti organizzativi, agiva in regime di diritto privato, e certi tipi di società pubbliche sembrano davvero minime⁹¹.

A questo punto, considerata la varietà, l'estensione e anche le diverse giustificazioni poste alla base delle deroghe al diritto comune e ai vincoli cui sono sottoposte le imprese pubbliche, sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale avvii

⁹⁰ V. M. CLARICH. *op. ult. cit.*. Per un quadro sull'evoluzione giurisprudenziale più recente, cfr. P. PIZZA, *op. cit.*, 379 e seg.

⁹¹ Si veda, ad esempio, la disciplina dell'ANAS. Precedentemente alla trasformazione in Spa, l'art. 1 comma 2 del d.lgs 26 febbraio 1994, n. 143 già stabiliva che l'attività dell'ente “*è disciplinata, salvo che non sia disposto diversamente dalla legge, dal codice civile e dalle altre leggi relative alle persone giuridiche private*”. Il decreto legge 8 luglio 2002, n. 138 convertito in legge 8 agosto 2002, n. 178, nel privatizzare l'ente, introduce numerose deroghe al diritto societario e altri tipi di vincoli ed obblighi da precisare nell'atto di concessione.

un processo di riordino. In particolare potrebbe essere opportuna l'approvazione di una legge di delega finalizzata a operare una revisione generale, sulla base di un criterio di rigida proporzionalità al quale fa riferimento il rapporto dell'OCSE prima citato, della congerie di disposizioni legislative vigenti. In particolare, sarebbe utile un riesame organico dei profili di specialità rispetto al diritto comune, da un lato, confermando soltanto quelli realmente funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico; dall'altro, rimettendo al normale potere dell'azionista pubblico la definizione di assetti organizzativi e di indirizzi operativi della singola società coerenti con le ragioni che, a monte, giustificano la stessa presenza del capitale pubblico nella società (sul possibile riordino della materia v. Capitolo VIII dedicato alle conclusioni).

CAPITOLO III

LIMITI ALLA COSTITUZIONE E ALL'ATTIVITÀ

SOMMARIO: 3.1. I LIMITI ALLA COSTITUZIONE DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE. - 3.2. I LIMITI ALL'ATTIVITÀ POSTI DALL'ART. 13 D.L. N. 223/2006 (DECRETO BERSANI). - 3.2.1. LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DECRETO BERSANI. - 3.2.2. ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI RECENTI SUL DECRETO BERSANI: TAR LAZIO N. 36/2010. 3.2.2.1. (SEGUE): BREVE DESCRIZIONE DELLA QUAESTIO FACTI DEVOLUTA AL TAR LAZIO. - 3.2.2.2. (SEGUE) SINTESI DELLA DECISIONE IN ESAME E DEI RELATIVI PRESUPPOSTI SISTEMATICI. - 3.2.2.3. (SEGUE): LA QUESTIONE DELLA PARTECIPAZIONE INDIRETTA. - 3.2.2.4. (SEGUE): LA NOZIONE DI "STRUMENTALITÀ" RISPETTO ALL'ATTIVITÀ ISTITUZIONALE DELL'ENTE CONFERENTE. - 3.3. LA QUESTIONE DELLE SOCIETÀ AD OGGETTO MISTO. - 3.4. I DIVIETI LEGALI ALLA COSTITUZIONE DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA POSTI DALLA L. N. 244/2007 (FINANZIARIA 2008): RISPETTO DELL'INERENZA ALLA MISSIONE ISTITUZIONALE DELL'ENTE E PRODUZIONE DI SERVIZI DI INTERESSE GENERALE. 3.4.1. LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DIVIETO DI COSTITUIRE SOCIETÀ AVENTI PER OGGETTO LA PRODUZIONE DI BENI E SERVIZI E DI ASSUMERE PARTECIPAZIONI IN TALI SOCIETÀ. - 3.5. TAGLIO DELLE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE NEI COMUNI PICCOLI E MEDIO-PICCOLI (ART. 14, COMMA 32, DEL D.L. 31 MAGGIO 2010 N. 78) - 3.6. I LIMITI ALLA COSTITUZIONE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA POSTI DALL'ART. 23-BIS, D.L. N. 112/2008

3.1. I limiti alla costituzione delle società pubbliche.

Nel tentativo di razionalizzare le disposizioni speciali relative alle società a partecipazione pubblica si è visto che una delle direttrici va nel senso di introdurre norme arginanti delle distorsioni concorrenziali. Il tentativo di evitare distorsioni concorrenziali si è concretizzato nell'introduzione di limiti alla costituzione e all'attività di suddette società.

Inoltre, nella più recente legislazione un limite alla costituzione di società pubbliche è derivato, non già dall'esigenza di tutelare la concorrenza, quanto dall'esigenza di moralizzazione del fenomeno, ossia la riduzione degli sprechi

correlati a tale forma di intervento del settore pubblico.

Si è già accennato (v. Capitolo I) al dibattito circa la sussistenza o meno di una capacità generale degli enti pubblici di stipulare contratti di società, e, dunque, di costituire società pubbliche totalitarie, o miste, o di assumere partecipazioni in società private.

In astratto ragionando in termini di capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni non ci sarebbe ostacolo alcuno alla costituzione di società da parte di enti pubblici.

Tuttavia, una parte della dottrina ha posto immediatamente una considerazione in ordine all'interesse pubblico di cui l'ente è portatore, e al cui perseguimento deve essere improntato il suo agire, anche quando si utilizzano modelli privatistici⁹².

Infatti, se è vero che la giurisprudenza comunitaria, attraverso la fissazione dei requisiti della partecipazione pubblica totalitaria, del controllo analogo, e dell'attività prevalente (v. *infra* Capitolo IV), concorre a determinare la scelta del modello societario, tuttavia, a monte di tutto questo, l'ente pubblico deve valutare se sia necessario per l'interesse generale della collettività amministrata, e per l'interesse pubblico dell'ente, provvedere all'autoproduzione di beni e servizi, o se invece sia preferibile un'esternalizzazione, secondo il criterio di sussidiarietà orizzontale, affermato anche dall'art. 118 Cost.

Invero, anche nell'ottica comunitaria, non è del tutto chiaro se la scelta dell'autoproduzione sia libera, una volta che ricorrano i requisiti del "controllo analogo" e dell'attività prevalente a favore del socio pubblico di appartenenza o se invece sia sempre una scelta meno preferibile rispetto all'esternalizzazione.

Una società *in house* si giustifica, ad esempio, e come emerge dal t.u. enti locali, per la realizzazione e gestione delle reti (più diffusamente Capitolo V).

Più delicato è se possa trovare spazio per la diretta gestione del servizio pubblico tramite le reti, gestione che potrebbe essere invece aperta al mercato, con la sola riserva all'ente pubblico delle reti, e secondo la nota distinzione tra regolatore-gestore della rete e produttore⁹³.

In passato, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con atto di

⁹² R. DE NICTOLIS, *Le società in house e miste*, in *Trattato sui contratti pubblici*, 2008.

⁹³ Fondamentale anche ai fini del presente capitolo è stato il costante riferimento a R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*.

segnalazione del 28 dicembre 2006 n. AS375⁹⁴ ha ritenuto che l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale mediante l'*in house* risulta giustificato solo se non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato: l'intervento pubblico dovrebbe essere limitato a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato. Secondo l'Autorità antitrust, le ipotesi in cui è consentita agli enti locali l'erogazione diretta di servizi pubblici, senza ricorso al mercato, sono da applicare in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettiva situazione di conflitto di interesse che tale modalità di affidamento determina in capo a tali enti, che risultano essere al contempo affidatari del servizio, amministratori e azionisti della società di gestione dei servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima società.

Anche la giurisprudenza nazionale del pari ha affermato l'eccezionalità del modello *in house*, in quanto deroga alle regole generali comunitarie di apertura al mercato⁹⁵.

In particolare, l'Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1⁹⁶ ha ribadito che la società *in house* costituisce una deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), per cui è ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

La plenaria, ancorché in via di *obiter*, aderisce all'impostazione secondo cui l'affidamento diretto ad una società *in house* viola il principio di concorrenza sotto un

⁹⁴ Pubblicato in Foro it., 2007, III, 226, con commento di R. URSI, in *Anatomia di un ossimoro: in house providing e concorrenza nei servizi pubblici locali*.

⁹⁵ Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007 n. 456, in *Dir. e pratica amm.*, 2007, n. 6, 10, con nota di M. ATELLI, in *Società miste: sì all'in house se il socio è "d'opera o di lavoro"*; Foro it., 2007, III, 611, con nota di H. SIMONETTI, in *Recenti orientamenti in tema di società miste*; *Giuridiz. amm.*, 2007,1, 616; *Giust. amm.*, 2007, 333, con nota di S. ROSTAGNO, in *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato* e con nota di A. PLAISANT, in *In house providing e società miste: due rette parallele o convergenti*; *Giust. amm.*, 2007, 354, con nota di F.S. CANTELLA, in *Le società miste come modello (« eccezionale »?) di organizzazione del servizio*; *Urb. e app.*, 2007, 984, con nota di M. GIOVANNINO, in *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, (984-993); Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1514, in *Giornale dir. amm.*, 2007,839, con nota di C. LACAVA, in *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*; *Giuridiz. amm.*, 2007,1, 496; *Urb. e app.*, 2007, 779; *Urb. e app.*, 2007, 984, con nota di M. GIOVANNELLI, in *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, (984-993).

⁹⁶ Cons. St., ad. Plen., 3 marzo 2008 n. 1, in *Dir. e pratica amm.*, 2008, fasc. 4, 10, con nota di F.G. SCOCA, in *Gli affidamenti diretti sotto la scure del giudice amministrativo* (10 – 14); *Urb. e app.*, 2008, 1008, con nota di R. ROTIGLIANO, in *Le società miste secondo la plenaria e la Corte europea* (1017 – 1024).

duplice profilo: a) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; b) dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*⁹⁷.

L'eccezionalità del modello *in house* è stata di recente affermata e aggravata dal legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica (v. Capitolo I e più diffusamente Capitolo V).

In termini generali, una volta effettuata l'opzione tra *in house* e *outsourcing*, ove venga privilegiato lo schema autarchico, dovrà essere compiuta l'ulteriore scelta tra modello organizzativo pubblicistico e modello societario.

È sotto tale profilo la società totalmente pubblica costituisce un modello organizzativo alternativo ai modelli organizzativi pubblicistici, che va utilizzato per il perseguimento del pubblico interesse, e che va privilegiato quando consente di raggiungere il pubblico interesse in modo più efficiente ed economico rispetto ai modelli organizzativi pubblicistici.

Si impone, allora, in sede di scelta discrezionale del modello organizzativo, da parte dell'ente pubblico, una valutazione dei moduli alternativi, e un'analisi dei costi-benefici, che induca a scegliere il modello societario solo se esso realmente consenta una maggiore efficienza e una riduzione dei costi⁹⁸.

In questa ottica, la scelta di dare vita ad una società domestica dovrebbe essere un'*extrema ratio*, circoscritta ai casi in cui non sia possibile o conveniente affidare i lavori o i servizi al mercato, e ai casi in cui il modello societario sia più duttile, efficiente, economico, del modello organico pubblicistico.

Sotto entrambi i profili, dell'opzione per l'*in house*, e dell'opzione per un *in house* con modello societario, la delibera dell'ente, connotata da discrezionalità, necessita comunque di adeguata motivazione che dia conto delle ragioni della scelta effettuata.

⁹⁷ V. anche Cons. giust. sic. 4 settembre 2007 n. 719, segnalata in *Urb. app.*, 2007,1443; *Urb. e app.*, 2008,211, con nota di S. COLOMBABI, in *Il modello n house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*.

⁹⁸ R. DE NICTOLIS, *I limiti alla costituzione e all'oggetto sociale delle società pubbliche*, 2008, 72.

La giurisprudenza ritiene peraltro che la scelta del modello organizzativo, tra la pluralità di quelli consentiti, implichi valutazioni di opportunità riservate al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale.

Si è affermato che l'ente pubblico (nella specie un Comune) stabilisce l'assetto e il conseguente regime dei servizi pubblici di propria competenza, scegliendo tra gli strumenti operativi prefissati dalla legge, con valutazioni che attengono, all'efficienza, all'economicità e all'efficacia dei servizi stessi, quello ritenuto più idoneo in relazione alle esigenze proprie della collettività che solo l'ente pubblico titolare del compito di soddisfare di tali esigenze, può concretamente stimare. Si tratta, quindi, di valutazioni che agiscono sul piano del merito dell'azione amministrativa, nei cui confronti non sono configurabili posizioni giuridiche soggettive tutelabili dei privati, anche se titolari di imprese che esercitano attività potenzialmente idonee a svolgere detti servizi⁹⁹.

Occorre, infine ricordare, che la scelta tra l'affidamento *in house* tramite il modulo societario o, in alternativa, per mezzo di modelli organizzativi prettamente pubblicistici non sempre è consentita dall'ordinamento. In materia di servizi pubblici locali, come ha di recente ricordato la Corte costituzionale (sentenza n. 325/2010), l'affidamento *in house* deve avvenire necessariamente tramite il modello societario, stante il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia (introdotto dai non censurati artt. 35 della l. n. 448/2001 e 14 del d.l. n. 269 del 2003); che questa sia una previsione ragionevole è tutt'altro conto (v. *supra* capitolo i e più diffusamente Capitolo V).

Analoghe perplessità sussistono con riferimento alle società miste. Il parere del Consiglio di Stato n. 457/2007 aveva espressamente richiesto un onere motivazione specifico sulla scelta della società mista. Tale posizione ad oggi appare quantomeno dubbia, se non altro con riferimento ai servizi pubblici locali, atteso che il modello prefigurato dal legislatore, sia pure con le sue peculiarità, si atteggia a modello ordinario - al pari della gara a terzi - di affidamento dei servizi pubblici locali¹⁰⁰.

In termini più generali va segnalata una tendenza legislativa diretta a

⁹⁹ Cons. St., sez. V, 3 agosto 2004 n. 5643, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 38, 27, che ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso la delibera che optava per il modello societario. V. sul punto R. CHIEPPA, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, atti del convegno Cesifin, gennaio 2010.

ridimensionare in modo vistoso la capacità delle pubbliche amministrazioni di ricorrere allo strumento societario. Gli ultimi interventi normativi (v. art. 14 del d.l. n. 78/2010) confermerebbero questa tendenza (v. più diffusamente *infra*). Si tratta di una previsione assai stringente che blocca la costituzione di società in modo secco e senza alcuna finalità di tutela della concorrenza come invece era avvenuto in passato. La *ratio* della disposizione (che peraltro nella sua portata non è del tutto immune da critiche di logicità e ragionevolezza) sarebbe l'esigenza di risparmio. Sta di fatto che anche coloro che partivano dal presupposto della generale capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni (con conseguente libertà di ricorrere allo strumento societario) hanno avviato una riflessione che – basandosi sugli ultimi interventi normativi – li ha portati a riconoscere un'erosione del principio¹⁰¹. Su questo sentiero, il principio della generale capacità delle pubbliche amministrazioni rischia di essere rovesciato a favore del principio di eccezionalità. Dal che conseguirebbe che l'utilizzo dello strumento societario debba essere riconosciuto solo in quanto consentito dalla legge. E' ancora presto per accertare il rovesciamento di prospettiva, ma la tendenza sembra essere questa.

3.2 I limiti all'attività posti dall'art. 13 d.l. n. 223/2006 (decreto Bersani).

Tra le prime e più forti preoccupazioni del legislatore, c'è stata quella di preservare la concorrenza e il mercato dal rischio di alterazioni e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, in presenza di società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali¹⁰² non per l'esercizio dell'attività di impresa, bensì per lo svolgimento di attività strumentale all'ente od amministrativa (con esclusione dei servizi pubblici locali¹⁰³ e dei servizi e centrali di committenza¹⁰⁴), in una posizione che, per la stretta

¹⁰¹ C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2011

¹⁰² La locuzione è stata intesa (parere Consiglio di Stato n.322/2007, TAR Toscana n.417/2009) in senso ampio, cioè riferita a tutte le amministrazioni che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali, essendo l'ambito spaziale locale che rende operativa la norma. Pertanto, nelle preclusioni previste ricadono non soltanto gli enti locali territoriali e le amministrazioni regionali, ma anche le Camere di commercio e le unioni tra di esse, nonché gli altri enti pubblici operanti a livello esclusivamente locale o regionale.

¹⁰³ Il punto sull'inapplicabilità della norma a società di servizi pubblici è fatto dal Consiglio di Stato nella sentenza n.215/2009. Sul divieto di attività *extra moenia* in materia di servizi pubblici locali v. art. 23-bis, comma 9, (v. più diffusamente Capitolo V). Peraltro come più volte ribadito il divieto di attività *extra moenia* per le società miste, letteralmente introdotto da quest'ultima disposizione, è stato

contiguità con l'ente pubblico costituente, partecipante o affidante, può comportare la fruizione di vantaggi di vario genere.

L'art. 13 del d.l. 223/2006 è stata oggetto di ripetute modificazioni apportate da leggi successive¹⁰⁵ e che nella versione attuale recita: *“Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti”*. Al comma successivo precisa che *“Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”*.

Come precisato dai primi commentatori, detta disposizione introduce una

superato dalla più recente giurisprudenza amministrativa: TAR Calabria n. 561/2010.

¹⁰⁴ Si tratta di amministrazioni aggiudicatrici che acquistano forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o aggiudicano appalti pubblici o concludono accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. Le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza sono considerate in linea con la direttiva n.18/2004 a condizione che detta centrale l'abbia rispettata.

¹⁰⁵ dall'art. 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 ; dall'articolo 18, comma 4 septies, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185; dall'articolo 48, comma 1, della legge 23 luglio 2009, n. 99, nonché dall'articolo 4, comma 7 del D.L. 3 giugno 2008, n. 97, e dall'articolo 20, comma 1 bis, del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207. Fra i numerosissimi contributi dedicati alle novità di cui al cd. decreto Bersani, ci si limiterà qui a richiamare: B. CARAVITA DI TORITTO, *E' veramente proconcorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani?*, in: www.federalismi.it; G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 741 ss.

disciplina speciale consistente in una serie di limitazioni della loro autonomia negoziale, che da un lato restringono l'ordinaria capacità di agire delle società strumentali, limitandone l'attività operativa sotto il profilo dei soggetti destinatari e, quindi, incidendo pesantemente sull'autonomia negoziale della società – imponendo alle stesse di operare “in esclusiva” con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e precludendo la possibilità di rendere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati (né con gara, né tantomeno in virtù di un affidamento diretto) e costringendole a cessare le attività non più consentite – dall'altro costringendone pesantemente l'autonomia statutaria (imponendo di avere oggetto sociale esclusivo e vietando la partecipazione ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale). Ciò comporta, in conseguenza, l'incapacità delle società strumentali di partecipare a gare per l'aggiudicazione di contratti con enti pubblici diversi da quelli “proprietary”¹⁰⁶.

Nelle numerose pronunce esaminate, la giurisprudenza parte dal presupposto di principio che la disposizione intende scongiurare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza e la violazione del principio di parità degli operatori connessi all'operare delle società pubbliche (anche quelle miste) che possano godere della posizione privilegiata determinata dalla predetta strumentalità¹⁰⁷, evidenziando il rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito. Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale

¹⁰⁶ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, Sez. I, 3 maggio 2007, n. 3893; Sez. I-ter, 20 febbraio 2007, n. 1486; TAR Lombardia, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140 e 19 ottobre 2007, n. 7137.

¹⁰⁷ Consiglio Stato, sez. V, 05 marzo 2010, n. 1282.

situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali¹⁰⁸. D'altronde non può neppure escludersi il perseguimento dell'ulteriore e non meno rilevante fine di porre un freno alla proliferazione delle società pubbliche o miste (ascrivibile ad una peculiare caratteristica tutta interna al nostro ordinamento) il cui fenomeno ha certamente contribuito all'inesorabile lievitazione della spesa pubblica¹⁰⁹.

Il divieto sancito dalla norma in questione - secondo un orientamento giurisprudenziale - rimarca la differenza tra concorrenza "per" il mercato e concorrenza "nel" mercato disvelando plurime *rationes essendi*: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica. Tale norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto)¹¹⁰.

L'esigenza di tutelare la concorrenza, anche prevenendo sussidi incrociati tra

¹⁰⁸ T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161.

¹⁰⁹ Consiglio di Stato, Sez. II, 25 settembre 2009 n. 322.

¹¹⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080.

settori attività “protetta” e settori in cui la società mista opera come un privato imprenditore, è stata con particolare chiarezza evidenziata dalla Corte costituzionale, investita con ricorso in via d’azione da alcune Regioni, che ha chiarito che le disposizioni in esame definiscono *"il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime"* e sono fondate *"sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di entri pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza"*. Il legislatore in tal modo ha inteso *"...separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione" al fine di prevenire una commistione che sarebbe distorsiva della concorrenza, evidenziando che "l'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori distorsivi della concorrenza"* (Corte costituzionale 13 agosto 2008, n. 326, v. paragrafo successivo).

La *ratio* del divieto introdotto dalla disposizione in questione ha indotto la giurisprudenza ad individuarne l’ambito applicativo - in base al presupposto necessario ed indefettibile della strumentalità dei beni e servizi prodotti finalizzati a soddisfare l'esigenza dell'ente pubblico partecipante mentre le società del secondo tipo sono state ricondotte a moduli paritetici ove il ruolo degli enti territoriali non si differenzia da quello dell'azionista di una società per azioni¹¹¹ - ed a richiamare recenti interventi normativi rispondenti alla medesima finalità¹¹², sottolineando che

¹¹¹ T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 06 novembre 2009, n. 10891.

¹¹² in particolare l'art. 3 comma 27 della legge 24.12.2007, n. 244, legge finanziaria 2008, che stabilisce che *"al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"* (v. infra).

questa può essere perseguita mediante il divieto di partecipazione alle gare o di prestare comunque attività a favore di soggetti diversi dagli enti pubblici imposto alle società (anche quelle miste) o oppure mediante il divieto degli enti pubblici di costituire tali società, ovvero l'obbligo di questi di dismettere le partecipazioni, che siano indispensabili per il perseguimento delle proprie missioni istituzionali¹¹³.

L'interpretazione della normativa in esame è incentrata pertanto sulla *ratio*, che induce a ravvisare proprio nell'elemento oggettivo della strumentalità, piuttosto che nell'aspetto soggettivo della partecipazione azionaria delle amministrazioni pubbliche alle predette società, la giustificazione del divieto in parola, come confermato dalla previsione del secondo comma dell'articolo 13, secondo cui tali società sono ad oggetto sociale esclusivo, sia in quella del successivo terzo comma dello stesso articolo 13, a mente del quale le predette società devono cessare le attività non consentite entro quarantadue mesi ed a tal fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società¹¹⁴. Ed appunto in tale ottica che si giustifica, del resto, la previsione di cui al secondo comma del ricordato articolo 13, che impone a tali società strumentali un oggetto sociale esclusivo, con la precisazione che esso non deve essere inteso come divieto delle società *multiutilities*, ma come rafforzamento della regola della esclusività¹¹⁵, cioè che le attività devono essere rivolte esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti¹¹⁶. Rispetto agli orientamenti comunitari sull'*in house* si sostituirebbe il concetto di prevalenza con quello più restrittivo dell'esclusività.

La circostanza che le attività di dette società devono essere rivolte esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti (senza per ciò vietare le *multiutilities*) e che le stesse possano operare in ambito nazionale soltanto

¹¹³ TAR Catania, n. 1161/2009, richiamando Corte costituzionale, sentenza del 8 maggio 2009 n. 148, nel senso che la disposizione in parola è volta “*ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale ..., al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza*”.

¹¹⁴ Consiglio Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282.

¹¹⁵ A.P. 3 marzo 2008, n. 1; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282.

¹¹⁶ Pertanto, laddove l'affidamento fosse diretto, il requisito della “prevalenza” andrà sostituito da quello della “esclusività”, fermo restando il rispetto degli altri requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario e nazionale.

con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non possono, quindi, svolgere alcuna attività (d'impresa o non) con altri soggetti, né partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale, non significa negare né limitare la libertà d'iniziativa economica degli enti territoriali e locali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, per non beneficiare dei privilegi dei quali possono godere in quanto pubbliche amministrazioni, rimediando così a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza¹¹⁷.

Sotto il profilo soggettivo, si è inizialmente escluso che i vincoli imposti da tale norma operassero sulla capacità di agire della sola società direttamente partecipata e che quindi fossero eludibili attraverso una società indirettamente partecipata: ne è stata, pertanto, ritenuta l'operatività anche nei confronti di società di secondo grado¹¹⁸ e di terzo grado^{119 120}.

Di recente, però, nel richiamare la necessità che della norma in questione, dato il carattere eccezionale, si dia una stretta interpretazione che non vada oltre i casi esplicitamente previsti¹²¹, è stato sostenuto che *“il richiamo del legislatore al capitale sociale ed alla figura della costituzione e della partecipazione evoca la necessità che l'ente locale sia socio, come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale”*¹²². Inoltre *“è solo la specifica missione strumentale della società rispetto all'ente che l'ha costituita ovvero la partecipa a giustificare il divieto legislativo di operare per altri soggetti pubblici o privati, al fine di non godere della posizione privilegiata sul mercato, determinata proprio dalla predetta strumentalità, ritenuta dal legislatore fonte di alterazione o di distorsione della concorrenza e del mercato e di violazione del principio di parità degli operatori”*¹²³. Peraltro, il problema dell'applicazione della norma alle società indirette si sarebbe posto soltanto in regime transitorio, visto l'espresso divieto delle società strumentali di partecipare ad altre società od enti

¹¹⁷ V. Corte Costituzionale n.326/2008, v. *infra* paragrafo successivo.

¹¹⁸ V. TAR Sicilia n.2598/2009.

¹¹⁹ Con ciò intendendosi società che non costituite direttamente da amministrazioni pubbliche.

¹²⁰ Autorità vigilanza contratti pubblici n.135/2007 e n.28/2009, Consiglio di Stato n.4829/2008. Invero, tale interpretazione non è unanimemente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa (vedi in senso contrario TAR Liguria n.39/2009), né appare coerente con il terzo comma dell'art. 13 in questione laddove viene assicurata l'effettività del divieto anche attraverso la regolare cessione a terzi dell'attività non consentita ovvero lo scorporo di essa, anche costituendo una separata società.

¹²¹ V. Cons. St. n. 4346/2009.

¹²² V. TAR Lazio n. 36/2010, sulla quale si tornerà più approfonditamente in seguito, v. *infra*.

¹²³ V. Cons. St. n. 1282/2010.

aventi sede nel territorio nazionale.

Sotto il profilo oggettivo, la lacuna normativa relativa alla mancanza di indicazioni precise circa i caratteri distintivi dell'attività strumentale, che avrebbe potuto connotare la disposizione in argomento di basso contenuto imperativo, è stata colmata dalla giurisprudenza amministrativa che ha affermato che possono definirsi strumentali all'attività degli enti pubblici in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a diretto ed immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali¹²⁴.

Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività e servizi rivolti essenzialmente alla stazione appaltante e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività, anche se occasionalmente fruiti dall'ente locale¹²⁵.

Particolarmente interessante risulta l'apporto fornito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'individuazione specifica di alcuni casi di servizio strumentale in sede di emanazione del parere previsto nella versione originaria dell'art.23-*bis* del d.l. n.112/2008¹²⁶.

Con riferimento alla produzione di beni o servizi strumentali all'attività dell'ente locale o allo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative, è stata, pertanto, creata in ambito nazionale la società partecipata c.d. "monocliente" ad oggetto sociale esclusivo (concetto che, come si vedrà in seguito, il comma 9 dell'art.23-*bis* del d.l.112/2008 sembra aver ripreso, estendendolo sostanzialmente

¹²⁴ Con valenza meramente esemplificativa, si segnala l'elencazione dei "servizi a favore della Pubblica amministrazione" rilevabile nel Rapporto sullo stato del processo di esternalizzazione delle funzioni e dei servizi nei Comuni, elaborato da Extra-Ancitel: pulizie interne, manutenzione verde pubblico, illuminazione pubblica, manutenzione strade, manutenzione edifici, progettazione lavori pubblici, direzione lavori pubblici, formazione del personale, edilizia residenziale pubblica costruzione e gestione, servizio legale/contenzioso, vigilanza e sicurezza del patrimonio comunale, gestione entrate tributarie, allestimento mostre e impianti di pubblico spettacolo, informatica, riproduzione stampati, gestione sito web, progettazione urbanistica.

¹²⁵ Cons. St. n.1600/2008, n.3766/2009, TAR Liguria n. 3989/2009.

¹²⁶ In particolare, è stato deliberato il non luogo a provvedere per la presenza di servizi strumentali all'amministrazione non riconducibili alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in caso di ristrutturazione di aree sportive, gestione e riscossione tariffe, organizzazione di attività e iniziative volte alla promozione e alla valorizzazione delle risorse culturali ed economiche del territorio di riferimento, gestione del campo da golf di proprietà comunale, gestione, valorizzazione e fruizione dell'area archeologica, gestione dell'ippodromo, gestione dei locali della palestra di proprietà comunale, gestione del verde urbano.

anche alle società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di procedure non ad evidenza pubblica o in forma di società mista con affidamento diretto del servizio).

La chiusura totale nei confronti del mercato interno (non richiesta in termini così rigidi in sede comunitaria neanche con riferimento alle società *in house*¹²⁷), se da un lato esclude che operativamente entrino in gioco interessi concorrenziali, dall'altro crea non poche difficoltà ad individuare la soglia della compatibilità tra questo modello "societario" e la società di capitali di diritto comune.

Appare, infatti, difficile conciliare quest'ultima, tipicamente creata per l'esercizio di un'attività economica allo scopo di conseguire una remunerazione del capitale investito per cui, quindi, l'apertura al mercato è condizione ontologica, con un organismo societario strutturalmente chiuso agli utili e al mercato¹²⁸.

3.2.1. La legittimità costituzionale del decreto Bersani che impone, per finalità pro concorrenziali, limiti all'operatività delle società pubbliche.

Nel giudizio conclusosi con la sentenza n. 326/2008, La Regione Veneto aveva promosso numerose questioni di legittimità costituzionale in via principale del d.l. n. 223/2006 (cosiddetto decreto Bersani) e, tra queste, dell'art. 13 del testo originario del decreto, per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione¹²⁹.

La Corte costituzionale osserva che le disposizioni impugnate definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime. Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. Secondo la Corte costituzionale l'una e l'altra possono

¹²⁷ V. Capitolo IV.

¹²⁸ Sullo studio della compatibilità privatistica dei connotati della società mista v. di recente F. GUERRERA, *Le società a partecipazione pubblica*, 2010, Quaderni Cesifin.

¹²⁹ All'epoca dei fatti l'art. 13 del d.l. Bersani stabiliva che "A norma del comma 1, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto – costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza – devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti". Nella versione attuale, oltre all'aggiunta di espliciti casi di esclusione (es. servizi pubblici locali) è venuto meno anche l'avverbio "esclusivamente".

essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.

Ciò posto, le disposizioni impugnate mirerebbero a separare le due sfere di attività per evitare, come ricordato, che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione¹³⁰.

Ciò premesso, la Corte costituzionale ha ritenuto necessario valutare sia l'oggetto della disciplina, sia la sua finalità.

Dal primo punto di vista, le disposizioni in esame riguardano l'attività di società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali. Si tratterebbe di un oggetto che può rientrare nella materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza legislativa regionale, o, al pari delle previsioni in materia di contratti, pure contenute nell'articolo impugnato, nella materia dell'“*ordinamento civile*”, di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Peraltro, l'ambito di tale ultima materia è stato già in passato precisato dalla Corte costituzionale. In particolare, essa ha affermato che la potestà legislativa dello Stato comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica¹³¹.

Secondo la Corte costituzionale, la disciplina censurata non rientra nella materia dell'organizzazione amministrativa perché non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa. Essa rientra, invece, nella materia – definita prevalentemente in base all'oggetto – “*ordinamento civile*”, perché mira a

¹³⁰ Pertanto, secondo la Corte, non sarebbe né negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma sarebbe imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza.

¹³¹ Corte costituzionale, sentenze nn. 159 e 51 del 2008, nn. 438 e 401 del 2007 e n. 29 del 2006.

definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private.

Dal secondo punto di vista, le disposizioni impugnate hanno il dichiarato scopo di tutelare la concorrenza.

A tal riguardo, la Corte costituzionale aveva già in passato così delimitato la “*tutela della concorrenza*”: la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati; l'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni; spetta alla Corte effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine¹³².

Ciò posto, viene premesso che l'obiettivo delle disposizioni impugnate di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali e, dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia – definita prevalentemente in base al fine¹³³ – della “*tutela della concorrenza*”.

La Corte in definitiva afferma che le disposizioni impugnate sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa.

¹³² Corte cost., sentenze nn. 63 e 51 del 2008 e nn. 421, 401, 303 e 38 del 2007.

¹³³ Sull'individuazione delle materie e sul riparto di competenza v. A. VENTURI, *La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”. La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise*, in *www.federalismi.it*. Sull'incertezza che domina il riparto di competenze legislative delineato dall'art.117 della Costituzione v. di recente e in chiave evolutiva F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Ist. del Federalismo*, 2008, 11 ss. La difficoltà di individuare i criteri di riparto delle funzioni a partire dal semplice dato testuale è rilevata da F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico “esplosivo”*, in *www.federalismi.it*, 2001, 1191 ss. ove acutamente sottolinea come “*siamo di fronte a una riforma che per essere pienamente attuata, richiede non solo uno sforzo certamente inusuale di interpretazione e di sistematizzazione, ma anche uno sforzo non meno rilevante di completamento e di implementazione*”.

Ai fini della riconducibilità della disciplina contestata alla tutela della concorrenza, restava da valutare, indipendentemente da valutazioni di merito sul suo contenuto, la proporzionalità di tale disciplina e, quindi, la sua idoneità a perseguire finalità inerenti alla tutela della concorrenza¹³⁴. Questo scrutinio è stato operato distintamente per le varie previsioni dell'articolo impugnato.

Sono venute in considerazione, in primo luogo, quelle che impediscono alle società in questione di operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria, e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo. Esse mirerebbero ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. Da questo punto di vista, esse non sono apparse irragionevoli, né sproporzionate rispetto alle esigenze indicate.

E' stato valutato, in secondo luogo, il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti. Esso sarebbe complementare rispetto alle altre disposizioni considerate. Sarebbe volto, infatti, a evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse. Secondo la Corte costituzionale, la disposizione impugnata vieta loro non di detenere qualsiasi partecipazione o di aderire a qualsiasi ente, ma solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse. Intesa in questi termini, la norma appare proporzionata rispetto al fine di tutela della concorrenza.

Infine, le ulteriori disposizioni, che dettano una disciplina transitoria e dispongono in ordine ai contratti conclusi successivamente all'entrata in vigore del decreto-legge, costituirebbero sanzione e complemento delle disposizioni finora considerate e, a loro volta, regolano non irragionevolmente la fase di adeguamento alla nuova disciplina da parte delle società destinatarie di essa.

3.2.2. Orientamenti giurisprudenziali recenti sul decreto Bersani: Tar Lazio n. 36/2010.

Come già anticipato, la decisione del TAR del Lazio n. 36/2010 (ponendosi sul solco di una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato¹³⁵ e richiamando in modo

¹³⁴ Corte cost., sentenze nn. 452 e 401 del 2007.

¹³⁵ V. Cons. St. n. 215/2009.

espresso la pronuncia della Corte Costituzionale n. 326 del 2008) ha ristretto in via interpretativa l'ambito applicativo dei divieti di cui all'art.13 del d.l. n. 223 del 2006 (cd. decreto Bersani).

Due sono gli aspetti di maggiore interesse sistematico della decisione: per un verso, la questione della partecipazione soltanto indiretta dell'Ente nel capitale sociale e, per altro verso, la controversa nozione di "strumentalità" fra l'attività sociale ed il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'Ente conferente.

La decisione del Tar Lazio, dimostra che (pur dovendosi apprezzare i tentativi della giurisprudenza di ricondurre "a sistema" le previsioni di cui all'art. 13, cit.) sussistono alcuni insormontabili ostacoli sistematici che inducono a ritenere ormai necessario un intervento chiarificatore a livello legislativo.

3.2.2.1. (segue): breve descrizione della *quaestio facti* devoluta al Tar Lazio.

La vicenda all'origine dei fatti di causa trae origine dal concorso bandito dal Comune di Roma al fine di acquisire la progettazione preliminare della nuova sede degli Uffici centrali del Comune (art. 99 ss. del Codice dei contratti pubblici).

Il concorso in questione (intitolato "*Campidoglio Due: la casa dei cittadini*") si basava sull'ipotesi di una spesa stimata per lavori pari a circa 175 milioni di euro e prevedeva l'attribuzione di un premio al progettista vincitore pari a 500mila euro, con l'espressa possibilità per l'Amministrazione comunale di aggiudicare al medesimo soggetto - all'esito di apposita procedura negoziata - la successiva fase della progettazione definitiva, nonché eventualmente - di quella esecutiva.

All'esito delle operazioni di gara il Comune approvava la graduatoria definitiva la quale vedeva collocata in prima posizione un gruppo di progettazione composto da due società di capitali (d'ora in poi: "*il gruppo SA-MC*") ed in seconda posizione un raggruppamento temporaneo fra professionisti (d'ora in poi: "*il raggruppamento RTP-P*").

Gli esiti della procedura di gara venivano impugnati innanzi al TAR del Lazio dal raggruppamento RTP-P, il quale ne deduceva sotto molti profili l'illegittimità.

Il raggruppamento ricorrente lamentava tra l'altro che uno dei soggetti componenti il gruppo risultato vittorioso (la soc. Centostazioni s.p.a.) non fosse

legittimato a svolgere alcun tipo di prestazione in favore di un soggetto pubblico (neppure all'esito di una gara), atteso che a carico di tale soggetto doveva gravare il divieto di svolgimento di attività *extra moenia* di cui all'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 (cd. decreto Bersani).

Nella tesi della ricorrente, il divieto di partecipazione sussistente in capo alla società in parola sarebbe risultato idoneo a riverberarsi, con effetto preclusivo, a carico dell'intero gruppo di riferimento.

3.2.2.2. (segue): sintesi della decisione in esame e dei relativi presupposti sistematici.

Il punto di maggiore interesse sistematico della pronuncia in questione è quello relativo alla presunta violazione da parte del Comune di Roma delle disposizioni preclusive di cui all'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006.

Come già si è anticipato, la ricorrente lamentava al riguardo che l'Amministrazione aggiudicatrice avesse erroneamente ammesso al concorso di progettazione il gruppo SA-MC, senza essersi avveduta che a uno dei soggetti raggruppati (la soc. Centostazioni) fosse preclusa la partecipazione a causa del generale divieto di attività *extra moenia* imposto dal decreto Bersani del 2006.

Più in particolare, la società in questione (partecipata per una quota rilevante da una seconda società la quale è partecipata a propria volta da una terza società, detenuta per una quota maggioritaria da alcuni Enti territoriali) ricadrebbe nelle prescrizioni vincolistiche di cui al comma 1 del richiamato art. 13 del decreto Bersani.

Ebbene, il Tribunale amministrativo ha dichiarato infondato il motivo di ricorso in questione ricorrendo ad un complesso di argomentazioni che possono essere così sintetizzate.

In primo luogo, il TAR ha affermato che le disposizioni (e i divieti) di cui all'art. 13, cit. risultano applicabili solo nel caso in cui la Regione o l'Ente locale detengano in via immediata e diretta partecipazioni nell'ambito della compagine sociale, e non anche in ipotesi di partecipazione indiretta o mediata (come, ad es., nell'ipotesi di società "di terzo grado", all'origine dei fatti di causa).

Secondo il TAR Lazio, depongono univocamente in tal senso per un verso il

disposto testuale della disposizione di riferimento¹³⁶ e, per altro verso, un'interpretazione sistematica e teleologica dell'art. 13 del decreto Bersani.

L'interpretazione in questione prende le mosse dal duplice rilievo secondo cui, per un verso, l'art. 13, comma 1, cit. - contrariamente ad altre fattispecie normative, fra cui il comma 8 dell'art. 90 del Codice dei contratti pubblici¹³⁷ - non ha fatto riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario di cui all'art. 2359 c.c.

Per altro verso, il comma 3 dello stesso art. 13, al fine di assicurare il ripristino delle condizioni concorrenziali al termine del periodo transitorio di perdurante operatività dei pregressi affidamenti, ammette (*inter alia*) la costituzione di una "separata società", cui riservare le attività rivolte al mercato.

Il secondo argomento utilizzato dal TAR al fine di escludere che alla richiamata società fosse opponibile il divieto di attività *extra moenia* di cui all'art. 13 del decreto Bersani discende da una particolare lettura (per altro, confortata ormai da cospicua giurisprudenza) della disposizione secondo cui detto divieto concerne le società costituite "*per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività [degli Enti conferenti] in funzione della loro attività*".

Al riguardo, il TAR ha richiamato il proprio orientamento secondo cui "*possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il decreto fa esplicita eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in*

¹³⁶ Ed infatti, il comma 1 dell'art. 13, cit. menziona in modo espresso "[le società] a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali", con formulazione difficilmente conciliabile con l'ipotesi di società partecipate in modo solo indiretto dalle richiamate pubbliche amministrazioni.

¹³⁷ L'art. 90, comma 8 del Codice dei contratti pubblici in materia di incarichi di progettazione stabilisce che "*Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile...*".

via immediata esigenze generali della collettività. Seppure, infatti, tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale"¹³⁸.

Ed ancora il TAR (richiamando la pronuncia della Corte Costituzionale n. 326 del 2008, v. *supra*) ha ritenuto che la richiamata nozione di "strumentalità" imponga di operare una distinzione sistematica fra l'attività amministrativa in forma privatistica (la quale costituisce attività di carattere finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione) e l'attività di impresa svolta da Enti pubblici (la quale comporta l'erogazione di servizi in regime di concorrenza nei confronti della generalità degli utenti).

Al riguardo, il TAR ha osservato che la portata della disposizione attiene non al titolo giuridico in base al quale le società operano, bensì in relazione all'oggetto sociale delle stesse

In definitiva, il TAR Lazio ha concluso nel senso che, poiché la società Centostazioni non svolge attività strumentale in favore degli Enti subconferenti secondo la richiamata nozione di strumentalità (intesa in un'ottica prettamente pubblicistica), la conseguenza è nel senso che alla società in parola non possa applicarsi il divieto di svolgimento di attività *extra moenia* di cui all'art. 13 del decreto Bersani.

3.2.2.3. (segue): la questione della partecipazione indiretta.

Come si è anticipato al paragrafo precedente, risultano di particolare interesse gli argomenti utilizzati dal TAR del Lazio al fine di escludere che la partecipazione alla gara da parte del raggruppamento di cui faceva parte la soc. Centostazioni incorresse nelle generali preclusioni di cui all'art. 13 del decreto Bersani (si osserva al riguardo che il decreto in questione preclude alle società ivi contemplate l'attività *extra moenia* anche se conseguente alla vittoriosa partecipazione ad una selezione pubblica, come quella all'origine dei fatti di causa).

In primo luogo, viene in rilievo il passaggio della decisione in cui si afferma

¹³⁸ T.A.R. Lazio, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192.

che ragioni testuali e sistematiche ostino ad una lettura dell'art. 13 tale da estendere il richiamato divieto anche alle ipotesi di partecipazioni meramente indirette da parte delle Regioni e degli Enti locali.

La pronuncia in esame dà atto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale di segno opposto¹³⁹, ma ritiene di potersene motivatamente discostare anche alla luce di un'interpretazione sistematica e teleologica delle norme di riferimento.

Contro l'impostazione seguita dal TAR alcuni autori hanno manifestato perplessità che sono di seguito riassunte¹⁴⁰.

Come osservato in tempi recenti dal Consiglio di Stato, sarebbe proprio una lettura in chiave sistematica delle preclusioni di cui all'art. 13 del decreto Bersani a suggerire (in distonia solo apparente con la formulazione testuale della disposizione) un'interpretazione tale da estendere il divieto di attività *extra moenia* anche all'ipotesi di partecipazioni solo indirette da parte delle Regioni e degli Enti locali.

Con la pronuncia n. 4829 del 2008¹⁴¹, infatti, il Consiglio di Stato (richiamando puntualmente la deliberazione dell'AVLP n. 35/07) ha affermato che *“non può considerarsi rilevante, ai fini della non ricorrenza del divieto previsto [dall'art. 13, D.L. n. 223, cit.]” la circostanza che la partecipazione dell'ente locale alla società sia meramente indiretta, come nel caso di specie. Infatti, ammettere che i vincoli posti dalla norma speciale riguardino esclusivamente le partecipazioni dirette degli enti pubblici alle società di cui trattasi, varrebbe a sostenere che i vincoli stessi possano agevolmente essere aggirati mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate. Al contrario, anche nelle società cd. di terzo grado, come nel caso in esame, individuandosi, con detta definizione, quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime, rimane pur sempre il rilievo che l'assunzione del rischio avviene con una quota di capitale pubblico, con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti. L'interpretazione anzidetta trova ulteriore e indiretta*

¹³⁹ Vengono richiamate, al riguardo: T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 29 aprile 2009, n. 785; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 6 maggio 2009, n. 908.

¹⁴⁰ V. in particolare C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di “strumentalità”?*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2010.

¹⁴¹ Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829, in www.lexitalia.it.

conferma nel comma 3 del medesimo art. 13 suindicato, laddove il legislatore ha previsto un regime transitorio, durante il quale le società pubbliche o miste dovranno dismettere in particolare le loro partecipazioni in altre società”.

L’opzione interpretativa in questione prende le mosse dalla *ratio legis* del decreto Bersani (esplicitata all’incipit del comma 1 dell’art. 13), espressamente volta ad “evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e [ad] assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale”.

Occorre però rilevare che anche l’opzione interpretativa suggerita dal Consiglio di Stato è stata criticata, perlomeno in due ipotesi¹⁴².

In primo luogo, nel caso di attività di una società il cui capitale sia interamente detenuto da altra società la quale sia a propria volta interamente detenuta da una Regione o Ente locale. Ed infatti, laddove - a fronte di una siffatta ipotesi - si ammettesse che l’applicabilità delle previsioni di cui all’art. 13 possa essere esclusa in base al mero dato formale della partecipazione soltanto indiretta dell’Ente nella società, l’effetto sarebbe quello di consentire l’agevole elusione delle preclusioni di cui alla legge Bersani attraverso il mero ricorso ad una sorta di meccanismo di “scatole cinesi” societarie.

Il che, come è evidente, si porrebbe, per un verso, in contrasto con la *ratio* della disposizione di prevenire alterazioni o distorsioni della concorrenza realizzate dagli Enti pubblici nella duplice veste di Autorità pubbliche e di ordinari operatori di mercato.

Per altro verso, l’ipotesi ricordata (partecipazione alla gara da parte di società interamente partecipata - sia pure in via indiretta - dall’Ente pubblico), sarebbe incompatibile con il principio che le società in rapporto di delegazione interorganica con l’Ente pubblico (*in house*) rappresentano un unico soggetto funzionale di riferimento. In definitiva, l’orientamento più restrittivo (almeno nella sua versione incondizionata, comprensiva dell’ipotesi appena citata) si baserebbe in modo ingiustificato sul dato, per così dire formale ed estrinseco, della non identità soggettiva fra l’Ente conferente e la società-medium interamente detenuta, rispetto al dato, per così dire sostanziale ed intrinseco, della sostanziale unità del relativo centro

¹⁴² V in modo più approfondito: C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di “strumentalità”?*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2010

di imputazione.

La soluzione consequenziale sarebbe quella di assoggettare al divieto quelle partecipazioni indirette che rappresentano sotto ogni aspetto vere e proprie ipotesi di partecipazione diretta, sia pure celate dietro il diaframma formale di un organismo societario interamente detenuto dall'Ente di riferimento.

In secondo luogo, è stato rilevato che l'opzione interpretativa in questione (e la conseguente esclusione dall'ambito di applicazione del decreto Bersani) potrebbe essere contestata anche nel caso in cui la partecipazione indiretta da parte dell'Ente sia realizzata attraverso il ricorso ad una propria società controllata la quale controlli a propria volta la società conferitaria dell'appalto o della concessione ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Anche in tale ipotesi, infatti, si potrebbe ritenere che la previsione di cui all'art. 13 del decreto Bersani consenta un'interpretazione in chiave sistematica che precluda la possibilità per gli Enti conferenti di alterare la concorrenza nei mercati degli appalti e delle concessioni ricorrendo a filiere di società controllate da altre controllate, semplicemente giovandosi del dato meramente letterale della disposizione che sembra limitare (ma in modo sostanzialmente asistemico) tale possibilità alle sole ipotesi di partecipazione diretta.

3.2.2.4. (segue): La nozione di “strumentalità” rispetto all’attività istituzionale dell’Ente conferente.

Il secondo aspetto di particolare interesse sistematico della pronuncia del TAR Lazio n. 36/2010 è rappresentato dalla particolare nozione di “strumentalità” offerta in relazione alla previsione di cui al comma 1 dell'art. 13, cit., all'evidente fine di operare la riconduzione a sistema di un complesso di divieti ed eccezioni (la più rilevante delle quali è quella relativa al settore dei servizi pubblici locali) frutto di una tecnica legislativa non proprio cristallina.

Anche questo specifico aspetto è stato analizzato dalla dottrina con qualche annotazione critica che di seguito si sintetizzerà.

La ricostruzione del TAR Lazio riferisce la “strumentalità” all'attività di produzione di beni e servizi erogati a supporto delle funzioni proprie dell'Ente, con riferimento alle esigenze interne della macchina amministrativa e con tendenziale

esclusione dei servizi erogati alla collettività.

In primo luogo, tale impostazione è conforme ad un orientamento giurisprudenziale piuttosto consolidato anche nell'ambito della giurisprudenza amministrativa in grado di appello¹⁴³. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, appare condivisibile un approccio interpretativo secondo cui le limitazioni di cui all'art. 13 del decreto Bersani *“riguardano le società costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico. Le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali mirano, invece, a soddisfare direttamente esigenze generali della collettività, e sono escluse (il dato è testuale) dall'applicazione della normativa in commento”*.

In secondo luogo, la vantaggiosità dell'opzione interpretativa seguita dal TAR Lazio consiste nella riconduzione a sistema delle previsioni di cui all'art. 13, cit., facendo sì che l'eccezione relativa ai servizi pubblici locali non rappresenti una sorta di “fuor d'opera” sistematico (come, pure, sembrerebbe emergere dalla formulazione testuale della disposizione), bensì una sorta di logico corollario di un più generale sistema la cui *ratio* sia quella di escludere dal divieto di *extra moenia* il complesso di attività rivolte alla collettività degli utenti.

Un terzo punto di forza della ricostruzione offerta dal TAR è rappresentato dal fatto che essa rinviene un qualche conforto nell'ambito della più recente giurisprudenza costituzionale¹⁴⁴.

¹⁴³ Cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in *Urb. e App.*, 2009, 6, 741 ss. (con nota di A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L.112/2008*). Sul punto cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 7/8, 1727.

¹⁴⁴ Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza della Corte Costituzionale 18 agosto 2008, n. 326, la quale, nel dichiarare in parte inammissibili ed in parte infondate le censure di illegittimità costituzionale sollevate da alcune Regioni a statuto ordinario e speciale avverso le previsioni di cui all'art. 13, cit. in relazione alle previsioni di cui al nuovo Titolo V, Cost., ha altresì fornito alcuni interessanti spunti di interesse relativi alla complessiva collocazione sistematica del complesso di divieti in parola. Al riguardo risulta di particolare interesse la parte della pronuncia in cui la Consulta (al fine di individuare la materia alla quale ascrivere l'esercizio normativo effettuato con l'art. 13 del decreto Bersani) afferma che la disposizione oggetto di impugnativa risulti fondata *“sulla distinzione fra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici”*, con la conseguenza per cui *“l'una e l'altra poss[a]no essere svolte attraverso società di capitali”*. La Consulta ha soggiunto al riguardo che, nell'ambito di tale quadro sistematico le stesse condizioni di svolgimento delle relative attività risultano diverse, in quanto *“nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al*

Ciò posto, l'opzione interpretativa nella specie offerta dal Tar Lazio è stata criticata da una parte della dottrina con riferimento ai seguenti profili.

In primo luogo, in considerazione della *ratio* dell'art. 13 del decreto Bersani (come esplicitata nell'ambito del relativo *incipit*) che è quella di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, è stato ritenuto che il perseguimento di tali finalità risulterà tanto più necessario nel caso dei settori di attività caratterizzati da un più alto grado di apertura al mercato. Su queste basi non si giustificerebbe un modello normativo il quale assoggetti a vincoli più stringenti (fra cui, il divieto di *extra moenia*) i settori di attività ontologicamente caratterizzati da un minor grado di apertura al mercato (*i.e.*: le attività poste a supporto delle funzioni interne dell'Ente), mentre attenua - o esclude del tutto - i richiamati vincoli a fronte di settori di attività ontologicamente caratterizzati da una naturale vocazione al mercato e da una altrettanto naturale apertura al confronto competitivo (come quella dell'erogazione al pubblico di servizi tendenzialmente contendibili sul mercato).

In secondo luogo, pur se apprezzato sul piano concettuale il tentativo (operato, fra l'altro, dalla pronuncia in esame) di ricondurre a sistema l'esclusione dei servizi pubblici locali dai vincoli di cui all'art. 13, cit., è stato affermato che tale esclusione rappresenta invero una deroga o eccezione in senso tecnico rispetto all'operatività di un principio generale (quello del divieto di attività *extra moenia*) il quale non paleserebbe alcuna effettiva ragione di principio per ammettere l'esclusione dal relativo ambito di operatività del settore dei servizi pubblici locali¹⁴⁵.

Il terzo argomento di non persuasività della tesi confermata dalla pronuncia in esame deriverebbe dalla particolare nozione di strumentalità ivi accolta, la quale sembra riferirsi unicamente ai beni e servizi erogati a supporto di funzioni

pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza" (v. supra par. 5.2.1).

¹⁴⁵ V. in tal senso C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"?*, cit.; ritiene, del resto, che ciò trovi una puntuale conferma nell'esame comparativo delle diverse formulazioni dell'art. 13, cit. nella fase della sua prima stesura. Ed infatti, l'originaria previsione del d.l. n. 223/2006 non operava alcuna eccezione nei confronti dell'attività di erogazione di servizi pubblici locali, estendendo il divieto di attività *extra moenia* all'intero ambito delle "società a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti (...)". L'autore osserva inoltre che l'inciso "con esclusione dei servizi pubblici locali" fu aggiunto solo in sede parlamentare di conversione del decreto e che ragioni testuali prima ancora che sistematiche inducano a ritenere che tale inclusione abbia rappresentato piuttosto l'aggiunta di una deroga al principio normativamente sancito, che non l'esplicitazione di un corollario eccezionale già desumibile in via sistematica dall'originario disposto normativo.

amministrative rivolte essenzialmente all'Amministrazione in quanto tale, con esclusione dei beni e servizi rivolti alla collettività degli utenti.

Al riguardo è stato affermato che una siffatta nozione di "strumentalità" non sembra rinvenire alcun effettivo fondamento nell'ambito dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale nazionale in tema di funzioni e servizi degli Enti locali.

Al contrario, è stato affermato che il modello dell'Azienda municipalizzata - Azienda speciale - dell'Ente locale (il quale ha rappresentato per molti decenni l'archetipo organizzativo in tema di erogazione di servizi alla collettività di carattere economico-industriale ovvero economico-commerciale, attraverso la produzione di beni o servizi da erogare secondo logiche di mercato) era pacificamente ascritto al novero degli Organismi strumentali dell'Ente locale, prima ancora che la riforma del 1990 giungesse a definire l'Azienda speciale quale "ente strumentale dell'ente locale"¹⁴⁶.

Il che comporterebbe il contrasto della nozione di strumentalità offerta dal TAR Lazio con l'elaborazione concettuale (risalente alla prima legge sulle municipalizzazioni del 1925)¹⁴⁷, secondo cui la nozione è certamente tale da includere anche l'ambito di erogazione dei servizi pubblici locali da destinare alla collettività degli utenti secondo logiche di mercato o di quasi-mercato.

In definitiva, il complesso dei divieti e delle preclusioni recati dall'art. 13 del decreto Bersani è apparso, almeno secondo alcune opinioni, nel suo complesso refrattario a qualunque - pur lodevole - tentativo di riconduzione a sistema. Pertanto, è stato auspicato un intervento chiarificatore da parte del legislatore il quale intervenga al fine di coniugare in modo accorto: (i) l'esigenza di tutelare le dinamiche di mercato, in specie nei settori di maggiore interesse per la collettività degli utenti dei servizi pubblici; (ii) la finalità di impedire l'abuso del ricorso al modello societario quale escamotage per introdurre assetti sostanzialmente monopolistici ed anticoncorrenziali; (iii) l'esigenza (peraltro, sottolineata dallo stesso ordinamento comunitario) di fare adeguato ricorso agli strumenti del partenariato pubblico-privato

¹⁴⁶ Sul tema delle Aziende municipalizzate degli Enti locali: A. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. BASSI, *Natura giuridica dell'Azienda municipalizzata*, Milano, 1967; A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. II (ad vocem); G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII (ad vocem); R. TORRIGIANI, *Le aziende autonome pubbliche*, Milano, 1971.

¹⁴⁷ Legge 15 ottobre 1925, n. 2578, recante il Testo Unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni.

istituzionalizzato¹⁴⁸, nonché l'esigenza di introdurre una chiara distinzione anche ai fini disciplinari fra il modello della società mista e quello dell'*in house providing*; chiarezza cui certamente non hanno contribuito le previsioni del decreto Bersani del 2006.

Rispetto al contesto in cui sono maturate siffatte critiche e i correlati auspici, v'è da registrare che nell'ultima versione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (come modificato dal decreto Ronchi d.l. n. 135/2009) le società operanti nei servizi pubblici locali sono soggette ad un regime ancor più restrittivo che le esclude dal mercato non tanto e non solo per ragioni riconducibili alla tutela della concorrenza, quanto piuttosto perché affidatari di uno specifico servizio svolto a favore di ben determinati enti, il quale soltanto possono svolgere. La società monocliente ad oggetto esclusivo sembra essere stata prevista anche nei servizi pubblici locali con la precisazione in quella sede che l'applicabilità dei divieti all'operatività si applica anche per le società indirettamente partecipate. Peraltro anche in quella sede la possibilità di concepire società *multiutilities* è stata confermata dal regolamento attuativo all'art. 23-bis (comma 6). Tuttavia tale circostanza deve ritenersi limitata ai servizi pubblici e non anche ai servizi strumentali¹⁴⁹.

Resta il fatto che, a prescindere dalla condivisibilità o meno delle critiche, le previsioni del decreto Bersani hanno rappresentato, sia dal punto di vista della tecnica legislativa sia dal punto di vista sostanziale, disposizioni foriere di dubbi e generatrici di contenzioso, complicando il tentativo di dare un ordine sistematico al fenomeno delle partecipazioni pubbliche.

3.3. La questione delle società ad oggetto misto.

Una questione particolare ha riguardato in passato le società ad oggetto misto, cioè quelle che al contempo hanno come oggetto lo svolgimento di servizi ed attività strumentali e la gestione di servizi pubblici locali.

Sul punto è intervenuto il TAR Sardegna, rammentando che in base al secondo

¹⁴⁸ Si veda, in particolare, la Comunicazione della Commissione europea sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni (Bruxelles, 15 novembre 2005) e, prima ancora, il Libro verde della Commissione relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (documento COM (2004) 327 del 30 aprile 2004).

¹⁴⁹ T. D'ONZA, *Guida ai servizi pubblici locali*, Italia oggi, 2010, p. 31.

comma dell'art. 13, le società strumentali devono avere oggetto esclusivo.

Secondo il tribunale amministrativo, peraltro, l'obbligo dell'oggetto sociale esclusivo si estende anche alle società di gestione dei servizi pubblici locali: *“se, infatti, sono assoggettate a tale prescrizione ... le società che svolgono (attività di produzione di beni e servizi strumentali, le quali pertanto non possono comprendere nel loro oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici locali, ne deriva come conseguenza che anche le società miste, le quali intendano dedicarsi alla gestione di questi ultimi, devono prevedere quale loro oggetto esclusivo la gestione dei servizi pubblici locali”*¹⁵⁰.

Quindi l'obbligo per le società strumentali di avere un oggetto esclusivo, comporta, in forza del principio della proprietà transitiva, che le società di gestione dei servizi pubblici locali non possano avere come oggetto anche attività di produzione di beni e servizi strumentali: secondo il TAR sardo anche queste debbono essere ad oggetto esclusivo.

A tal fine, il medesimo TAR, a sostegno della propria tesi, invoca il principio pro-concorrenziale sotteso alla norma in esame, evidenziando come il divieto dell'oggetto misto deriva dal fatto *“della presenza di soggetti pubblici nella struttura della partecipazione societaria ... in grado di provocare quelle “alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di (alterare) la parità degli operatori”, che le norme di cui all'art. 13, commi 1 e 2, cit. intendano evitare”*.

Tale soluzione, è stata criticata in dottrina¹⁵¹ conducendo a conseguenze sproporzionate rispetto al fine da perseguire ossia la tutela della concorrenza e, comunque, sarebbe una conclusione non conforme all'art. 97 Cost.. Sul punto, peraltro, un parere della Corte dei Conti, seppur espresso per altri fini, ha segnalato i problemi delle norme che impongono l'obbligo di un oggetto sociale esclusivo.

Il giudice contabile, in una situazione in cui vi era un obbligo normativo di costituire una società di gestione farmaceutica ad oggetto sociale esclusivo, ha evidenziato come detta prescrizione possa essere superata *“al fine di salvaguardare i costi pubblici e di limitare il proliferare di nuove ed onerose società”*, tramite il conferimento dei vari servizi in un'unica partecipata *“mantenendo ben distinte le*

¹⁵⁰ T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371.

¹⁵¹ v. A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del “decreto Bersani” ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in Urb. e app. n. 6/2009, pp. 741

rispettive contabilità”¹⁵².

L’orientamento della Corte dei conti rappresenta uno sforzo interpretativo volto ad evitare inutili duplicazioni e, quindi, sprechi delle risorse pubbliche, ferma restando la necessità di osservare le discipline comunitarie ed interne in materia di concorrenza per il mercato.

La sentenza del Tar Sardegna n. 1371/2008 è stata riformata dal Consiglio di Stato in sede di appello¹⁵³. Secondo il Consiglio di Stato la norma dettata dall'art. 13, comma 1, ha carattere eccezionale e deve essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti. La disposizione esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione il settore dei servizi pubblici locali e pertanto deve essere applicata esclusivamente alle “*società costituite o partecipate dalle amministrazioni ... locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività*”.

Contrariamente all’assunto del primo giudice, rileva il Consiglio di Stato che le società che svolgono servizi pubblici locali, partecipate integralmente o in parte dagli enti locali per altri fini, non devono avere un "oggetto sociale esclusivo" e non sono soggette alle limitazioni imposte dall'art. 13 per sua espressa previsione; pertanto non era consentita alcuna differente interpretazione.

Ed invero, continua il Consiglio di Stato, l'assimilazione fatta dalla sentenza tra le società “strumentali” e quelle miste non troverebbe riscontro nelle norme vigenti.

Le società “strumentali” costituirebbero una “longa manus” delle Amministrazioni, tant'è che l'affidamento delle attività "strumentali" avviene in via diretta (ovvero secondo il c.d. "*in house providing*"). Le società "strumentali" quindi operano in deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità europea) e l'affidamento diretto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali, invece, sarebbero un soggetto imprenditoriale di diritto privato, operante sul mercato in regime di

¹⁵² Corte Conti, sez. Controllo, Lombardia, parere 13 novembre 2008, n. 85

¹⁵³ Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4649.

concorrenza.

Il Consiglio di Stato ricorda che il Trattato di Roma (art. 86) e la direttiva Cee 92/50 art. 1, lett. c), prevedono che le società pubbliche possano agire in regime di parità di trattamento con le imprese private e che tra i prestatori di servizi sono inclusi i soggetti pubblici che forniscono servizi; con il che è esclusa ogni limitazione alla facoltà dei soggetti pubblici fornitori di servizi di partecipare alle gare pubbliche¹⁵⁴.

La totale diversità delle attività svolte dalle predette società escluderebbe che, come affermato dal TAR Sardegna, esse debbano avere un "oggetto sociale esclusivo". Se questo appare giustificato – secondo il Consiglio di Stato - per le società "strumentali", non altrettanto avviene per le società miste che, oltre ai pubblici servizi, possono svolgere altre attività imprenditoriali, sia pure con limitazioni volte a non snaturarne il loro ruolo istituzionale.

In conclusione, l'interpretazione data dal giudice di primo grado alle disposizioni dettate dai comma 1 e 2 dell'art. 13 del decreto Bersani non troverebbe riscontro né nella lettera della norma, né in norme comunitarie e statali che regolano i contratti pubblici e disciplinano la concorrenza ed il mercato.

Le conclusioni del Consiglio di Stato hanno ad oggetto una pronuncia (quella del Tar Sardegna) che, a sua volta, è maturata rispetto ad un contesto normativo antecedente alla riforma dei servizi pubblici locali.

Oggi l'art. 23-bis (v. più specificamente Capitolo V) sembra prefigurare un modello di società mista con oggetto esclusivo e con gli stessi divieti all'attività *extra moenia* previsti per la società *in house*. Le ragioni di siffatti divieti non sarebbero da individuare nella tutela della concorrenza quanto nella peculiarità del modello creato dal legislatore italiano. La questione rimane aperta visto che una parte del giurisprudenza (TAR Calabria n. 561/2010) sembra superare il dato testuale per garantire una maggiore libertà alla società mista. Certo è che se la volontà del legislatore dovesse essere intesa per quella che è, la possibilità di società ad oggetto misto sarebbe preclusa proprio come aveva affermato il Tar Sardegna nella sentenza n. 1371/2008 riformata in sede di appello dal Consiglio di Stato.

¹⁵⁴ Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325.

3.4. I divieti legali alla costituzione di società a partecipazione pubblica posti dalla l. n. 244/2007 (finanziaria 2008): rispetto dell'inerenza alla missione istituzionale dell'ente e produzione di servizi di interesse generale.

La dichiarata e perdurante preoccupazione che lo schema societario possa essere utilizzato per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e del mercato, nonché quella di evitare l'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni dello strumento imprenditoriale in settori estranei alle proprie missioni istituzionali, ha determinato il legislatore ad emanare nel 2008 (e successivamente a modificare e integrare) disposizioni assai incisive e di portata generale, in quanto vincolanti tutte le pubbliche amministrazioni ed aventi ad oggetto la previsione di limiti comuni alla costituzione di società ed all'assunzione di partecipazioni¹⁵⁵.

Coerentemente all'indirizzo degli ultimi anni in materia di società pubbliche le disposizioni speciali in questione non riguardano le società quotate (art. 3, comma 32-ter come aggiunto dalla lett. f) del comma 1 dell'art. 71, l. n. 69/2009), rispetto alle quali si tende a salvaguardare il più possibile il loro esclusivo carattere privatistico.

Una parte della dottrina ha sottolineato la vasta gamma di interpretazioni possibili, dalle più rigorose alle più permissive, anche (ma non solo) perché tutt'altro che calibrate rispetto alla loro dichiarata *ratio* ispiratrice: così, ad esempio, trattandosi di divieti espressamente finalizzati alla tutela della concorrenza e del mercato, ciò potrebbe legittimare interpretazioni volte a “salvare” la partecipazione pubblica ogni

¹⁵⁵ L'art. 3, commi da 27 a 29, della legge n. 244 del 2007 dispone che, “*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte*” di dette amministrazioni nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza (comma 27); inoltre, stabilisce le modalità per l'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento di quelle già possedute, nel caso di sussistenza dei presupposti del comma 27 (comma 28), nonché della dismissione delle partecipazioni detenute in violazione del comma 27 (comma 29). I successivi commi da 30 a 32 del citato art. 3 hanno recato le direttive in tema di trasferimento delle risorse umane e finanziarie e di determinazione delle dotazioni organiche, nel caso di costituzione di società o enti, ovvero di assunzione di partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, effettuate nel rispetto del comma 27 (commi 30 e 31) e disposto che i collegi dei revisori e gli organi di controllo interno delle amministrazioni e dei soggetti interessati dai processi di cui ai commi 30 e 31 debbano asseverare il trasferimento delle risorse umane e finanziarie, trasmettendo una relazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica – e al Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato – e segnalando eventuali inadempimenti anche alle sezioni competenti della Corte dei conti (comma 32).

qual volta, in concreto, essa non risulti in contrasto con la disciplina della concorrenza.

D'altro canto, nella Relazione governativa al disegno di legge (poi tradottosi, appunto, nella l. 244 del 2007) si legge testualmente che “*la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività*” e che “*scopo della norma è quello di evitare forme di abuso che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica*”; parole che, pur esse, aprono la strada a letture non troppo restrittive delle possibilità di utilizzo dello strumento societario da parte delle amministrazioni locali, che sarebbe precluso, in sostanza, solo in relazione ad iniziative non funzionali all'efficiente perseguimento delle finalità istituzionali della singola amministrazione locale e ammesso, invece, in tutti gli altri casi.

Il tenore letterale dell'enunciato normativo, peraltro, è assai più drastico, soprattutto là dove richiede non la semplice strumentalità rispetto alle finalità istituzionali dell'ente locale ma una vera e propria necessarietà (la stretta necessarietà – si è giustamente osservato – evoca l'idea di una funzionalità o strumentalità particolarmente qualificata: in pratica, l'idea di una *condicio sine qua non*, cioè di una impossibilità per l'ente pubblico di raggiungere l'obiettivo (finalità istituzionale perseguita) senza l'ausilio di quella partecipazione in quella particolare società. In questa logica, dunque, affinché la partecipazione sia consentita, svolgere quell'attività (e svolgerla tramite quella società) dovrebbe essere assolutamente indispensabile per l'ente locale; il che non dovrebbe accadere troppo di frequente.

Quale delle interpretazioni sia destinata a prevalere non è facile immaginare. Verosimilmente, comunque, si dovrà fare i conti con la tendenza delle amministrazioni interessate a forzare queste norme, sfruttando al massimo la loro non univocità e gli spazi di discrezionalità interpretativa che essa apre¹⁵⁶.

Ciò posto, pur agendo, in questo caso, sulla capacità di agire delle pubbliche

¹⁵⁶ V. C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in www.giustamm.it, n. 1/2011. L'autore dice di avere notizia di un caso abbastanza curioso, in cui un Comune vuole acquistare una partecipazione in una s.r.l. che gestisce un apprezzato ristorante, il notaio che dovrebbe autenticare le firme rifiuta, non ritenendo sussistere i presupposti richiesti dalle norme di cui parliamo, e alla fine pare che si esca dall'impasse facendo deliberare dalla società un aumento del capitale che poi sarà sottoscritto dal Comune. Un'operazione del genere suscita a pelle qualche dubbio sulla possibilità di motivare (ex art. 3, co. 28) la “necessarietà” di siffatta operazione.

amministrazioni e non delle società partecipate, è indubbio che dalle norme in argomento rimbalzino forti connotati di *species* sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica.

In particolare, con il comma 27 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008, il legislatore ha circoscritto l'oggetto di tutte le società a partecipazione pubblica direttamente partecipate alla missione dell'ente, prevedendo la legittimità soltanto di quelle che producono beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali, facendo sempre salva la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici ex art.3, comma 25, d.lgs. 166/2003, con il vincolo dei livelli di competenza¹⁵⁷.

Il comma 28 ha inoltre rimesso alla delibera dell'organo competente l'autorizzazione all'assunzione e mantenimento delle partecipazioni, da motivarsi in ordine alla sussistenza dei requisiti di legge e da inviare alla sezione competente della Corte di conti, mentre il comma 29 ha previsto il termine di trentasei mesi (31 dicembre 2010) per la cessione a terzi delle società e delle partecipazioni vietate¹⁵⁸. In realtà si tratta di un'alternativa giuridicamente improponibile, perché tecnicamente non si può "cedere una società" se non cedendone le partecipazioni¹⁵⁹.

Per le amministrazioni non statali la cessione deve necessariamente avvenire tramite procedure ad evidenza pubblica. La disposizione sarebbe corollario del principio generale della necessità della gara che ha un fondamento nell'art. 3 del r.d. n. 2440/1923 (legge di contabilità di Stato), secondo cui ogni contratto della pubblica amministrazione da cui derivi un'entrata o una spesa deve essere preceduto da gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui si possa far ricorso alla trattativa privata. L'articolo *de quo*, pur essendo stato dettato con specifico riferimento alle amministrazioni statali, è espressione di un principio generale che ha ispirato anche le

¹⁵⁷ Per le amministrazioni dello Stato restano ferme le competenze del Ministero dell'economia e delle finanze già previste dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge. In caso di costituzione di società che producono servizi di interesse generale e di assunzione di partecipazioni in tali società, le relative partecipazioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze, che esercita i diritti dell'azionista di concerto con i Ministeri competenti per materia (art. 3, comma 27-bis, l. 244/2007).

¹⁵⁸ Le norme in questione hanno superato il vaglio di legittimità costituzionale (sentenza Corte Costituzionale 148/2009), essendo riconducibili alla materia "*tutela della concorrenza*" v. *supra* par. 5.4.1).

¹⁵⁹ C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche, op. ult. cit.*

discipline delle altre amministrazioni pubbliche, ivi compresa quella degli enti territoriali (cfr. art. 192 del t.u. enti locali)¹⁶⁰. Deve segnalarsi, comunque, che alcuni orientamenti giurisprudenziali tendono ad escludere la necessità della gara per le operazioni meramente finanziarie che comportino il subentro nella società di soci privati di minoranza¹⁶¹. Altre opinioni, invece, escludono la necessità della gara in caso di cessione totale del capitale, in quanto operazione meramente finanziaria e, dunque, operazione meramente privatistica con giurisdizione del giudice ordinario¹⁶². In realtà, salvo che non sia diversamente previsto, dovrebbero applicarsi i principi generali di cui alla legge di contabilità, sia nel caso di cessione di quota di minoranza sia nel caso di cessione totale. Tali principi sono stati confermati nel caso di specie dalla previsione del comma 29 che si applica però alle pubbliche amministrazioni non statali.

Per le amministrazioni dello Stato, lo stesso comma 29 richiama le disposizioni di legge in materia di alienazioni di partecipazioni. In particolare occorre fare riferimento all'art. 1 del d.l. n. 332/1994 che non prescrive come necessarie le procedure ad evidenza pubblica¹⁶³ con conseguenti riflessi sul piano giurisdizionale.

¹⁶⁰ Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 889. L'art. 3 del r.d. n. 2440/1923 stabilisce che *"I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata. I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione. Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni"*. L'art. 192 del t.u. enti locali stabilisce che *"1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base. 2. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano"*.

¹⁶¹ T.A.R. Lombardia, n. 2065/2008.

¹⁶² V. più diffusamente R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *op. cit.*

¹⁶³ L'art.1. *"Modalità delle dimissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici"* del d.l. n. 332/1994 stabilisce che *"1. Le vigenti norme di legge e di regolamento sulla contabilità generale dello Stato non si applicano alle alienazioni delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni e ai conferimenti delle stesse società partecipate, nonché agli atti ed alle operazioni complementari e strumentali alle medesime alienazioni inclusa la concessione di indennità e manleva secondo la prassi dei mercati .*

2. L'alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 è effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell'azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali. Dette modalità di alienazione sono preventivamente individuate, per ciascuna società, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive.

In particolare, La giurisprudenza¹⁶⁴ ha ritenuto che non rientra nella giurisdizione esclusiva di cui all'art. 244 del Codice dei contratti pubblici (e oggi del Codice del processo amministrativo) la controversia relativa alla vendita di partecipazioni azionarie statali ai sensi dell'art. 1, d.l. n. 332/1994, conv. nella l. n. 474/1994, atteso che in base a tale articolo per la vendita di azioni è escluso il ricorso alle procedure di evidenza pubblica di cui alla normativa di contabilità di Stato.

L'unica modalità prevista è comunque la cessione, sia essa condizionata al previo esperimento di gara o meno. Si è posto il problema delle azioni da intraprendere qualora si accertasse l'assenza di acquirenti. Secondo un'opinione è ragionevole ritenere che lo scopo della dismissione possa e debba essere realizzato, qualora il socio pubblico disponga di un pacchetto di voti sufficiente, deliberando lo scioglimento e la messa in liquidazione della società ai sensi dell'art. 2484 n. 6 c.c.; con l'unica differenza che la delibera di scioglimento anticipato, che normalmente è rimessa alla discrezionalità dei soci, qui sarebbe, per il socio pubblico, doverosa in

2-bis. Al fine di realizzare la massimizzazione del gettito per l'Erario, il contenimento dei costi e la rapidità di esecuzione della cessione, in deroga alle disposizioni di cui al comma 2, il Ministro dell'economia e delle finanze individua, con proprio decreto, le modalità di alienazione delle partecipazioni direttamente detenute dallo Stato non di controllo e di valore inferiore ad euro 50 milioni, secondo tecniche in uso nei mercati finanziari e fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

2-ter. Alle alienazioni di cui al comma 2 si applica l'articolo 1, comma 2, della legge 14 novembre 1995, n. 481, e successive modificazioni, per la dismissione delle partecipazioni di controllo ivi indicate, salvo il caso di alienazione di titoli azionari già quotati in mercati regolamentati nazionali o comunitari qualora il collocamento sia rivolto, direttamente o indirettamente, ad un pubblico indistinto di risparmiatori o di investitori istituzionali.

3. In caso di cessione mediante trattativa diretta di partecipazioni in società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con i Ministri dell'industria, del commercio e dell'artigianato e del bilancio e della programmazione economica, ovvero, per le società controllate indirettamente, con deliberazione dell'organo competente, possono essere individuate le società per le quali, al fine di costituire un nucleo stabile di azionisti di riferimento, la cessione della partecipazione deve essere effettuata invitando potenziali acquirenti, che presentino requisiti di idonea capacità imprenditoriale, ad avanzare, agendo di concerto, offerte comprensive dell'impegno, da inserire nel contratto di cessione, di garantire, mediante accordo fra i partecipanti al nucleo stabile, determinate condizioni finanziarie, economiche e gestionali. Il contratto può altresì prevedere, per un periodo determinato, il divieto di cessione della partecipazione, il divieto di cessione dell'azienda e la determinazione del risarcimento in caso di inadempimento ai sensi dell'articolo 1382 del codice civile. Il contratto di cessione e l'accordo fra i partecipanti al nucleo stabile, nonché le eventuali modificazioni, devono essere depositati, entro quindici giorni, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale della società e devono essere pubblicati nei successivi quindici giorni per estratto a cura della società su due quotidiani a diffusione nazionale.

4. Nel caso in cui tra i partecipanti al nucleo stabile sia presente il Ministro del tesoro, questi può riservarsi, per un periodo da indicare nel contratto di cui al comma 3, il diritto di prelazione nel caso di cessione della partecipazione”

¹⁶⁴ Cons.St., sez. VI, 19 maggio 2003, n. 2701.

quanto necessaria per realizzare il precetto legislativo della dismissione¹⁶⁵.

Per quanto riguarda le società partecipate da enti locali, un problema di carattere sistematico e operativo attiene, poi, alla compatibilità del citato comma 27 con l'art.13 del d.l. 223/2006 Decreto Bersani.

La Corte dei conti non ha riscontrato difficoltà applicative, tenuto conto che il citato art.13 riduce *ex lege* la capacità di agire delle (sole) società strumentali partecipate dalle (sole) amministrazioni regionali e locali vincolandone indefettibilmente la libera attività commerciale e assume, quindi, effetti diretti sulle dinamiche societarie e sul loro ambito operativo.

Il sopravvenuto comma 27 adotta un approccio diverso e va oltre, ponendo limiti alla capacità di agire di tutte le pubbliche amministrazioni, le quali possono costituire società o assumere partecipazioni nelle sole società aventi lo specifico oggetto compiutamente individuato dalla norma.

Pertanto, pur inserendosi nel medesimo percorso finalizzato a restringere il ricorso allo strumento societario entro limiti ed a condizioni chiaramente definite, le norme in esame prendono evidentemente a riferimento ambiti soggettivamente ed oggettivamente distinti¹⁶⁶: una collocazione sistematica delle due norme vedrebbe l'art.13 del d.l. n. 223/2006 in relazione di *species a genus* rispetto all'art.3, comma 27 della legge finanziaria 2008.

Sotto il profilo oggettivo, è emerso un secondo ordine di problemi relativo all'opportunità di individuare categorie logiche cui riferire i concetti di beni e servizi strettamente necessari alle finalità dell'ente ed i servizi di interesse generale, tenuto conto che, almeno fino all'attuazione della specifica delega prevista dalla legge 5 maggio 2009, n.42 (recante la "*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*"), mancano nell'ordinamento riferimenti chiari per la definizione delle funzioni fondamentali degli enti locali, ai sensi dell'art.117, secondo comma, lett. p della Costituzione.

La Corte dei conti, con riferimento agli enti locali, richiamando il principio di sussidiarietà, ha affermato che il Consiglio comunale, cui compete l'adozione della delibera di autorizzazione di cui al comma 28¹⁶⁷, nell'inquadrare in concreto

¹⁶⁵ C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, op. ult. cit.

¹⁶⁶ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.106/2009.

¹⁶⁷ Per le amministrazioni dello Stato, l'autorizzazione di cui al comma 28 è data con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, di concerto con

all'interno di una delle tipologie societarie ammesse le fattispecie esaminate, esercita quel ruolo, tipicamente attribuito al Comune, di primario interprete dei bisogni della collettività locale ed il correlato compito di valutarne le necessità e di soddisfarle, nell'ambito delle compatibilità gestionali e finanziarie¹⁶⁸. Rientrerebbe, quindi, nell'esclusiva competenza di detto organo verificare, caso per caso, quali finalità il Comune intenda perseguire con quello specifico strumento societario e se queste sono da considerarsi fra i compiti riservati ad esso dall'ordinamento, nonché accertare se l'oggetto societario in questione possa considerarsi prodromico in senso stretto alle finalità istituzionali, anche alla luce del proprio statuto¹⁶⁹, dello statuto societario¹⁷⁰ e delle linee programmatiche di mandato. Altre utili indicazioni possono derivare dal bilancio dell'ente, e precisamente dalle funzioni, che individuano in modo articolato le spese in relazione alla tipologia delle attività espletate, e dai servizi, che individuano le attività che fanno capo alle varie compagini organizzative dell'ente¹⁷¹.

In ogni caso, la Corte dei conti ritiene legittima la costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie in mancanza delle quali il fine istituzionale dell'ente locale non sarebbe in altro modo perseguibile. Nella casistica esaminata, la legittimità della costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie è affermata quando si tratta di scelta residuale (sia pure da suffragare con idonea motivazione in ordine alla mancanza di alternative¹⁷²), che non comporti momenti elusivi delle norme dettate in materia di finanza pubblica e di attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni¹⁷³.

Di recente la Corte dei conti si è soffermata anche sulla definizione del controllo che in sede regionale deve esercitare in merito alle delibere di cui sopra, le quali soltanto da epoca recente devono essere trasmesse alla sezione regionale competente della Corte dei conti (art.19, comma 2 lett. a) del d.l. 78/2009). Si tratta di controllo ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità, dovendosi assumere a parametro dei criteri individuati dal consiglio comunale nella delibera ricognitiva, i limiti normativi di settore ed, in particolare, quelli delineati dall'art. 3,

il Ministro dell'economia e delle finanze (art. 3, comma 28-bis, l. 244/2007)

¹⁶⁸ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.16/2010.

¹⁶⁹ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Piemonte n.33/2008.

¹⁷⁰ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Puglia n.100/2009.

¹⁷¹ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.5/2009.

¹⁷² Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n.32/2009.

¹⁷³ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia n.187/2009.

commi da 27 a 33, della legge 24 dicembre 2007 n.244¹⁷⁴.

Qualora l'attività societaria non risulti prodromica alla realizzazione dell'attività dell'ente, viene comunque ammesso l'utilizzo dello strumento societario qualora questo produca servizi di interesse generale.

Per la definizione di servizio di interesse generale, occorre rilevare la mancanza di una definizione a livello normativo nazionale. Essa è riscontrabile, in ambito comunitario, nel Libro bianco sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea nel 2003 (Com/2003/0270 def.) e ripreso nel 2004 (Com/2004/0374 def). In detta sede è affermato che l'espressione "*servizi di interesse generale*" è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "*servizi di interesse economico generale*" di cui costituisce un ampliamento, riguardando sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico¹⁷⁵ (v. Capitolo V, in particolare sulle differenze con la nozione di servizio pubblico a livello nazionale v. Corte costituzionale n. 325/2010).

Si tratta, pertanto, di servizi commerciali, servizi non commerciali e funzioni, e quindi sia di attività che, in virtù di un criterio di interesse economico generale, vengono offerte dalle grandi industrie di rete, quali energia, servizi postali, trasporti, telecomunicazioni e sono, comunque, soggette ad obblighi di servizio pubblico (Libro bianco citato, artt. 16 e 86 Trattato CE); e sia di attività di interesse generale non economico aventi ad oggetto servizi sociali (es. sistemi scolastici, protezione sociale, ecc.) e funzioni (giustizia, sicurezza, ecc.), rilevanti all'interno dei vari livelli di competenza¹⁷⁶.

La genericità delle definizioni dimostra come la Commissione non ritenga percorribile la strada dell'enucleazione dei servizi di interesse generale, tenuto conto che la distinzione fra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed

¹⁷⁴ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia 877/2009.

¹⁷⁵ È sempre il Libro bianco che ne fornisce la nozione stabilendo che l'espressione "obblighi di servizio pubblico" si riferisce a requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei, ferroviari e stradali e di energia. Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale.

¹⁷⁶ Specifica la Commissione che i servizi di interesse generale e di interesse economico generale non vanno confusi con il termine servizio pubblico, che ha contorni meno netti e può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio.

evolutivo ed appare addirittura superflua per un crescente numero di situazioni in cui possono coesistere servizi di natura economica e non economica (Relazione al Consiglio europeo di Laeken del 2001): è l'offerta di beni e servizi su un certo mercato che, in termini generali, consente di connotare un'attività come economica, come si tornerà a ribadire in riferimento all'art.23-bis del d.l.112/2008 (v. *infra* Cap. V).

Sotto il profilo del contenimento dei costi derivanti dalla scelta di costituire società o enti o assumere partecipazioni in società o altri organismi, va rilevato l'obbligo delle amministrazioni, previsto dal comma 30 dell'art. 3 citato, di adottare, una volta scelto di costituire società o assumere partecipazioni, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie in misura adeguata alle funzioni esercitate attraverso gli organismi costituiti o partecipati, e di provvedere contestualmente alla corrispondente riduzione della dotazione organica, con attivazione della procedura per la dichiarazione dell'eccedenza di personale¹⁷⁷ (nonché alla riduzione degli stanziamenti in bilancio e del fondo per la contrattazione integrativa). Il pregio della disposizione, che applicandosi a tutti gli organismi partecipati assume una valenza determinante nei confronti del complessivo processo di esternalizzazione¹⁷⁸, risiede senz'altro nel rendere trasparente e certa la consistenza di detti trasferimenti, che vanno asseverati dagli organi di controllo interno, tenuti a relazionare in merito al Dipartimento della Funzione pubblica ed alla Ragioneria generale dello Stato, ed a segnalare eventuali inadempimenti alle sezioni competenti della Corte dei conti.

Il collegamento tra ente costituente ed organismo partecipato va a riflettersi in via immediata sull'organizzazione, sul patrimonio e sulle risorse finanziarie dell'ente e deve trovare adeguata rappresentazione nei documenti di bilancio, per impedire,

¹⁷⁷ La previsione è inserita nel ddl. 3 marzo 2010 n. 1167B recante “*Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro*” il cui art.13, comma 1, prevede, tra l'altro, che in caso di esternalizzazione di attività e di servizi, si applicano al personale ivi adibito, in caso di esubero, le disposizioni dell'articolo 33 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, concernente la procedura di dichiarazione di eccedenza, prodromica, ove inefficace il ricollocamento in mobilità, alla messa in disponibilità del personale.

¹⁷⁸ Anche la determinazione di costituire un'azienda speciale deve trovare riscontro in un piano economico finanziario definito dall'ente costituente ai sensi dell'art.3, comma 30 legge finanziaria 2008, da cui devono emergere le risorse umane, strumentali e finanziarie alla gestione dei servizi in termini di efficacia, efficienza ed economicità (Delibera Sez. Lombardia n.640/2009).

così, manovre elusive delle norme di finanza pubblica eventualmente sottostanti la scelta di utilizzare lo strumento societario¹⁷⁹.

Ma, per altro verso, il citato comma 30 coinvolge gli organi di controllo interno anche nell'analisi economico-finanziaria del *business plan* e, più in generale, del piano industriale dell'organismo costituito o partecipato, operazione necessaria da cui trarre gli elementi sufficienti a quantificarne il fabbisogno "in misura adeguata". E ciò dovrebbe da un lato contribuire a dare la piena consapevolezza all'amministrazione degli oneri correlati all'esternalizzazione del servizio (la cui errata quantificazione gravemente colposa, con conseguente sottocapitalizzazione della società, potrebbe essere valutata quale autonoma fonte di responsabilità per l'amministrazione¹⁸⁰), e dall'altro indurre le necessarie valutazioni circa l'efficacia e l'efficienza della scelta gestoria (qualità e dimensioni del servizio, costi diretti e indiretti, modalità di controllo, grado di soddisfazione dell'utenza, tecniche di *accountability*) anche in relazione alle caratteristiche della struttura aziendale del soggetto affidatario¹⁸¹, a garanzia del buon andamento dell'ente.

Numerosi sono gli effetti del comma 27 e ss. non considerati dal legislatore sui quali ha avuto modo di pronunciarsi la Corte dei conti. Ad esempio, non appaiono definiti, in termini generali, gli effetti degli atti costitutivi di una società creata senza seguire l'*iter* procedimentale indicato dalla legge o il cui statuto non sia conforme alla disciplina dettata¹⁸². Neppure sono stati previsti gli effetti delle dimissioni delle

¹⁷⁹ Delibera Sez. reg. Lombardia n.187/2009.

¹⁸⁰ In proposito ha affermato la Corte dei conti: "In primo luogo la delibera del Consiglio comunale dell'ente (unico organo a ciò competente) deve dare dimostrazione della convenienza, sotto il profilo economico giuridico anche della esternalizzazione in forma societaria, del servizio nonché della sufficienza delle risorse trasferite. In quest'ottica è opportuno richiamare l'art. 3, comma 30, della legge finanziaria 2008. La norma è particolarmente impegnativa: l'accertata insufficienza delle risorse trasferite in relazione alla funzione da esercitare specialmente se in limiti temporali brevi potrebbe dar luogo anche a responsabilità degli amministratori sotto il profilo del danno derivante all'ente per l'impiego delle risorse necessarie a ripianare i disavanzi dell'organismo partecipato, ove il fatto sia stato causato da una analisi gravemente carente delle necessità dell'organismo ed ancor più ove sia stato finalizzato a mantenere risorse finanziarie e/o personale presso l'ente. Si tratta, in ogni caso, di regole intese ad assicurare l'efficacia del servizio reso e l'economicità complessiva della struttura organizzativa dell'ente" (Delibera Sez. reg. Lombardia n.85/2008).

¹⁸¹ In tutti i sistemi di amministrazione e controllo, l'adeguatezza degli assetti strutturali (organizzativi, amministrativi e di controllo) costituisce il principale criterio di valutazione. L'insindacabilità del merito delle scelte gestorie ("*business judgement rule*") da parte del giudice investito dell'esame di un'azione sociale di responsabilità inizia quando sia acclarabile la predisposizione di assetti strutturali adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

¹⁸² È stata al riguardo evidenziata, tra l'altro, l'opportunità di accertare in sede di procedimento per l'acquisto della personalità giuridica, l'uso strumentale di associazioni, fondazioni o altre istituzioni per la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica (Delibera Sez. Lombardia n.270/2008).

società non conformi con la disciplina normativa a cui consegua la riassunzione della gestione diretta del servizio¹⁸³. Al riguardo, particolarmente rilevanti appaiono le ricadute sulla sorte del personale alle dipendenze della società liquidata, suscettibili di essere risolte diversamente a seconda che si tratti di unità originariamente dipendenti dall'ente locale o assunte direttamente dalla società ovvero trasferite alla società con obbligo di retrocessione in caso di dismissione o messa in liquidazione della società¹⁸⁴.

La Corte dei conti ha fornito notizie circa l'attuazione delle disposizioni contenute nell'art.3, commi 27 e ss, della legge finanziaria per il 2008 con riferimento alle Province e ai Comuni.

Ferma restando la non intervenuta scadenza del termine (originariamente fissato in giugno 2009), la Corte dei conti ha ritenuto opportuno che gli enti locali, già a partire dalle attività di approvazione del rendiconto 2007, iniziassero a porre in essere le necessarie azioni prodromiche ad una conoscenza più approfondita delle partecipazioni in essere, onde adottare le scelte più trasparenti e consapevoli in ordine alla dismissione delle partecipazioni non coerenti con le disposizioni dettate dalla legge in questione¹⁸⁵. Secondo l'interpretazione della Corte dei conti¹⁸⁶ entro il termine fissato per legge, le amministrazioni devono avviare la procedura di dismissione, ma non obbligatoriamente completare l'*iter*¹⁸⁷.

La precisazione ha un positivo risvolto in termini economici, atteso che l'assenza di un termine certo scongiura il rischio di svendite o speculazioni dei soggetti privati nella determinazione del prezzo di acquisto della partecipazione pubblica. L'asimmetria della posizione delle pubbliche amministrazioni alienanti rispetto a quella dei terzi concorrenti alla gara, non vincolati, al contrario delle prime,

¹⁸³ Non deve, ovviamente, trattarsi di servizio pubblico locale, la cui gestione deve essere conforme all'art.23-*bis* del d.l. 112/2008 e, quindi, non può essere diretta (TAR Emilia Romagna n.460/2010).

¹⁸⁴ Sulla base di considerazioni non unanimemente condivise a livello regionale, è stata sostenuta la sussistenza dell'obbligo di reinserimento del personale da parte dell'ente locale, originariamente trasferito alla società, a condizione che tale obbligo sia previsto a norma di regolamento di servizio o di statuto o di protocollo d'intesa con le organizzazioni sindacali. Altrimenti, il personale può essere reinserito soltanto ove sia stato assunto originariamente dall'ente locale a seguito di procedura concorsuale. Il trattamento retributivo sarà quello previsto dal CCNL dell'ente locale di destinazione, con applicazione del divieto di *reformatio in pejus*. Non rientrano, invece, nella disciplina della mobilità collettiva obbligata ex art. 2112 c.c. i dipendenti assunti direttamente dalla società partecipata (Delibera Sez. Lombardia 68/2008 e 987/2009).

¹⁸⁵ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Umbria n.9/2009.

¹⁸⁶ Corte dei conti, Parere Sez. contr. Veneto n. 18/2008.

¹⁸⁷ Corte dei conti, Parere Sez. contr. Lombardia n. 48/2008.

ad un termine legale ed obbligatorio di alienazione, se non correttamente intesa, produrrebbe una debolezza strutturale delle ragioni della parte pubblica la quale, per ciò solo, vedrebbe notevolmente ridotte le possibilità di svolgere una gara effettiva ad un congruo prezzo di dismissione. Il cedere obbligatoriamente le partecipazioni vietate entro un termine legale, produrrebbe occasioni al ribasso del prezzo di acquisto, in una prospettiva del tutto contraria all'interesse pubblico alla sana e corretta gestione del patrimonio e delle risorse della collettività. Inoltre, a seguito dell'attività ricognitiva in materia di partecipazioni vietate, le grandi realtà territoriali o gli enti istituzionali di maggiori dimensioni, potrebbero trovarsi a dover contemporaneamente gestire un elevato numero di dismissioni, senza poter oggettivamente approdare in tempi brevi al perfezionamento delle procedure di cessione.

Di fatto, è stata rilevata attività di scarso rilievo in ordine all'attuazione delle disposizioni in esame, e diffusi sono stati i richiami e le raccomandazioni a tal fine (Toscana, Emilia Romagna, Calabria, Umbria, Molise, ecc.), in qualche caso anche oggetto di pronunce specifiche¹⁸⁸.

La Corte dei conti ha dato anche atto dell'intervenuta adozione di provvedimenti di ricognizione, che non hanno dato luogo ad alcuna dismissione¹⁸⁹, così come sono state rilevate applicazioni irrazionali della normativa in argomento, in caso di affidamento di nuove attività a società costantemente in perdita e scarsamente operativa¹⁹⁰. Dubbi in ordine alla legittimità del mantenimento di partecipazioni societarie sono stati formulati con riferimento a società avente ad oggetto l'analisi complessiva delle società partecipate dall'ente con lo scopo di studiarne l'organizzazione e le prospettive di rilancio¹⁹¹. Forti perplessità sono state espresse in merito alla totale mancanza di motivazioni circa la persistenza delle condizioni richieste dalla legge, in ipotesi di trasformazione di s.p.a. in s.r.l., non operativa, sottocapitalizzata e del tutto inidonea a realizzare le attività statutarie¹⁹².

¹⁸⁸ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n.28/2009.

¹⁸⁹ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n. 13/2009, Sez. reg. Umbria n.13/2009.

¹⁹⁰ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n.12/2009.

¹⁹¹ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Campania n.8/2009.

¹⁹² Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia n.245/2009.

3.4.1. La legittimità costituzionale del divieto di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, e di assumere e mantenere partecipazioni in tali società, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato - ex art. 3 commi da 27 a 29, l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008).

Con la sentenza n. 148/2009 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale delle disposizioni della legge finanziaria 2008 volte a porre il divieto di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, e di assumere e mantenere partecipazioni in tali società, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato (v. paragrafo precedente).

Secondo la Regione Veneto, norme di tal fatta avrebbero ad oggetto la materia “*organizzazione amministrativa della Regione*”, riconducibile alla competenza legislativa di tipo residuale delle Regioni, quindi violerebbero gli artt. 117, quarto comma, e 118 Cost. e gli ulteriori parametri sopra indicati.

Inoltre, ad avviso della ricorrente, anche ritenendo che le norme impugnate abbiano ad oggetto la “*tutela della concorrenza*”, spettante alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), nondimeno esse inciderebbero sulla materia “*organizzazione amministrativa della Regione*” e si porrebbero in contrasto con il principio di leale collaborazione, poiché non sono stati previsti adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze.

La Corte costituzionale identifica innanzitutto la materia nella quale si collocano le norme impugnate, con riguardo all’oggetto ed alla disciplina dalle stesse stabilita, per ciò che dispongono, alla luce della loro *ratio*, così da identificare correttamente e compiutamente l’interesse tutelato¹⁹³.

In proposito, è stato osservato che la Relazione al disegno di legge poi divenuto legge n. 244/2007, dopo avere indicato che “*la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività*”, espone che “*scopo della norma è quello di evitare forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, che sottraggono l’agire amministrativo ai canoni*

¹⁹³ V. anche Corte cost., sentenze n. 368, n. 326 e n. 320 del 2008.

della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica)” e di “*tutelare la concorrenza e il mercato*”.

Secondo la Corte, in coerenza con questo obiettivo, le norme censurate, come già accaduto in passato con le disposizioni del decreto Bersani (v. *supra*) di contenuto omologo, definiscono il proprio ambito di applicazione esclusivamente in relazione all’oggetto sociale delle società e mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall’altro, ad evitare che quest’ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione.

Questa essendo la finalità delle norme, la disciplina in esame va ricondotta alla materia “*tutela della concorrenza*”, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), anziché, come sostenuto dalla ricorrente, alla materia dell’organizzazione e del funzionamento della Regione, ai sensi dell’art. 117, quarto comma, Cost.¹⁹⁴

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, la prima di dette materie comprenderebbe, infatti, “*le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione*” e quelle “*di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche*”¹⁹⁵.

Questo sarebbe lo scopo delle norme censurate, le quali, in considerazione del loro contenuto, sono appunto dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, comma 27); al

¹⁹⁴ V. anche Corte cost. n. 159 del 2008.

¹⁹⁵ Corte cost., sentenze n. 63 del 2008 e n. 430 del 2007. Per un approfondimento sulla dimensione economica della concorrenza e sulle correlazioni con il concetto di concorrenza nell’ordinamento giuridico v. *supra* I e soprattutto i richiami e gli approfondimenti svolti nelle note del relativo paragrafo.

fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza. Inoltre, esse mirerebbero a realizzare detta finalità con modalità non irragionevoli, siccome il divieto stabilito dalle disposizioni censurate e l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute in violazione del medesimo non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali.

Ricondotte le norme in esame all'ambito della tutela della concorrenza, la Corte ritiene che il legislatore statale ha titolo a porre in essere una disciplina dettagliata¹⁹⁶; inoltre, in virtù del criterio della prevalenza, è anche palese l'appartenenza a detta materia del nucleo essenziale della disciplina dalle stesse stabilita¹⁹⁷, con conseguente infondatezza della denuncia di violazione del principio di leale collaborazione.

3.5. Taglio delle partecipazioni societarie nei Comuni piccoli e medio-piccoli (art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78).

L'esigenza di riduzione dei costi razionalizzando il fenomeno delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali, unita al rischio di comportamenti sostanzialmente elusivi degli obblighi e vincoli previsti dai sopra commentati commi 27 e ss. dell'art.3 della legge finanziaria 2008, già adottati dagli enti locali destinatari di dette disposizioni, ha indotto il legislatore a ritenere che un ridimensionamento effettivo del fenomeno possa essere ottenuto dai Comuni solo se imposto *ope legis*.

Si tratta di un filone legislativo nuovo che tende a ridimensionare le società pubbliche attraverso l'imposizione di divieti alla costituzione o alla cessione di partecipazioni, non già per finalità concorrenziali (come si è visto in precedenza con il decreto Bersani o con l'art. 3 della finanziaria per il 2008, v. *supra*), ma al fine di ridurre i costi legati al fenomeno.

Nel ribadire la vigenza dei vincoli previsti dal sopra citato art.3, commi 27, 28 e 29 della legge finanziaria 2008, con la manovra finanziaria 2010 il legislatore ha,

¹⁹⁶ V. Corte cost., sentenze n. 411 e n. 320 del 2008.

¹⁹⁷ V. Corte cost., sentenze n. 411, n. 371 e n. 326 del 2008.

infatti, vietato espressamente la costituzione di società ai Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti i quali, entro il 31 dicembre 2011, dovranno mettere in liquidazione quelle già costituite ovvero cederne le partecipazioni¹⁹⁸.

Sono previste eccezioni nei confronti delle società con partecipazione paritaria o proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti, e nei confronti dei Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti, che possono detenere la partecipazione di una sola società. Anche tali Comuni dovranno liquidare le altre società già costituite entro il 31 dicembre 2011¹⁹⁹.

Nonostante in sede di conversione siano state eliminate alcune imprecisioni rispetto al testo originario del decreto legge, l'applicazione concreta delle nuove disposizioni si presenta assai complessa e, pertanto, necessita di interventi interpretativi da parte delle autorità competenti.

Un primo ordine di problemi è ermeneutico e attiene, prima di tutto, alla portata della disposizione: non appare del tutto chiaro se la norma imponga il divieto di qualsivoglia partecipazione societaria ovvero della sola costituzione delle società, lasciando impregiudicata l'assunzione od il mantenimento di partecipazioni a società già costituite (magari da Province o da Comuni grandi). Il richiamo all'art.3, comma 27 della legge finanziaria 2008, in cui la distinzione è chiara, sembrerebbe deporre per la seconda ipotesi la quale, però, appare contraria allo spirito della manovra, oltre che irragionevole laddove si consideri che i Comuni tra 30.000 e 50.000 abitanti possono "detenere" la partecipazione di una sola società (la disposizione non prevede, in questo caso, distinzioni di alcun genere). Sempre a livello interpretativo, con riguardo ai Comuni con popolazione superiore a 30.000 abitanti, sembra opportuno che l'opzione della partecipazione paritaria, quale eccezione al divieto, non debba comunque prescindere dalla partecipazione proporzionale al numero di abitanti, posto che gli oneri correlati alla partecipazione finanziaria dovrebbero sempre essere rapportabili alle dimensioni demografiche dell'ente locale (v. *infra* più diffusamente).

¹⁹⁸ L'art. 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 222 ha previsto che "*Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi*".

¹⁹⁹ In sede di conversione (l. n. 122/2010) è stato previsto che "*Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione*".

In ogni caso, è stato osservato che il legislatore ha introdotto limitazioni assai più severe rispetto al passato pur se – per ragioni che non sono di immediata comprensione – destinate solamente ai Comuni, ed anzi a certi Comuni, individuati sulla base di parametri puramente quantitativi; limitazioni delle quali peraltro non appare certa la legittimità costituzionale sotto il profilo della irragionevolezza e della disparità di trattamento²⁰⁰.

Ma vi sono altri dubbi che impongono uno sforzo interpretativo delle disposizioni, al fine di enucleare alcuni concetti di base che consentano una qualche applicabilità della norma. Per agevolare tale operazione, è possibile scindere la norma nelle cinque previsioni che la compongono: (i) il perimetro di operatività soggettiva, (ii) le espresse esclusioni dall'ambito soggettivo di riferimento, previste sia con riferimento a previsioni normative fatte salve, sia (iii) con riferimento a peculiari strutturazioni societarie - sotto il profilo della compagine - che risultano enucleate dall'operatività del divieto, (iv) le conseguenze sulle partecipazioni societarie attuali costituenti violazione della norma, (v) il rimando ad un regolamento attuativo delle previsioni in commento.

Sotto il profilo soggettivo, un primo elemento che rileva è quello di individuare il corretto concetto di "Comuni" indicato dalla norma, ossia a quali soggetti, con tale dizione, la norma si riferisce. In tale direzione, già altra dottrina ha avuto modo di sostenere, richiamandosi alle previsioni del t.u. enti locali come lo stesso, nel definire le autonomie locali, individua i Comuni e le Province, precisando peraltro poi che questi possono operare anche con forme associate di cooperazione con altri Comuni e con la Provincia. Da ciò, attraverso un'interpretazione sistematica, è stato dedotto che la norma in commento operi nei confronti non solo dei Comuni in senso stretto, ma anche delle diverse forme associative che riguardano i comuni stessi, vale a dire anche nei confronti delle unioni di comuni e, quindi, delle comunità montane. Tale conclusione – che estende la portata del divieto – non sarebbe corretta, almeno per chi ritiene operante il principio della capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni. Per cui essendo il divieto di costituire nuove società una previsione eccezionale rispetto al principio generale, essa non potrebbe essere letta in modo estensivo o applicata in via analogica.

Sotto il profilo degli ambiti esclusi espressamente dall'operatività del divieto in

²⁰⁰ C. IBBA, *op. ult. cit.*

commento, la norma si apre con un inciso ("*Fermo restando quanto previsto...*") la cui interpretazione costituisce uno dei maggiori nodi critici.

Le previsioni espressamente fatte salve, infatti, sono quelle sopra citate di cui alla Finanziaria 2008, che, in sintesi: a) vietano alle pubbliche amministrazioni la costituzione di società per finalità diverse da quelle strettamente legate all'attività istituzionale dell'ente e b) consentono comunque la costituzione di - e la partecipazione in - società di produzione di servizi di interesse generale.

A fronte della non chiara portata dell'inciso di apertura, parte della dottrina ha sostenuto che il tenore letterale delle norme fatte salve porta a ritenere che vi è certamente la possibilità di costituire *ex novo* e partecipare a società attinenti servizi di interesse generale, mentre vi sarebbe qualche dubbio in questo senso per le società strumentali (cioè quelle legate all'attività istituzionale dell'ente), avendo le norme fatte salve portata solo negativa ("*le amministrazioni... non possono costituire società...*").

L'ANCI è intervenuta sull'argomento con una nota di lettura sulla manovra in cui adotta, invece, un'ottica di maggior genericità, non facendo alcuna distinzione tra le due tipologie societarie richiamate dalle norme fatte salve (società legate all'attività istituzionale dell'ente e società attinenti a servizi di interesse generale). In merito al comma 32 dell'articolo 14 in commento, infatti, l'ANCI ha sostenuto: "*I Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società fermo restando quanto già previsto dall' art. 3, commi 27 28, 29 della legge finanziaria 2008, ovvero ad eccezione delle società necessarie costituite strettamente per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'Ente*", in tal modo quindi ritenendo escluse dal divieto di cui al comma 32 (e quindi legittimate) anche le società costituite per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente²⁰¹.

L'interpretazione fornita da ANCI parrebbe peraltro anche resistere alle ipotizzabili critiche di costituire osservazione tale da rendere inefficace la disposizione di cui al comma 32 in commento, trattandosi piuttosto di adottare una severa interpretazione delle norme fatte salve e pervenire ad una riconduzione, di soggetti societari, alle fattispecie di cui all'articolo 3, commi 27 e ss. basata su criteri rigorosi.

In tale direzione, invero, sotto il profilo dei servizi di interesse generale, ed in

²⁰¹ V. *Nota di lettura sulle norme di natura finanziaria di interesse dei Comuni*, in www.piccolicomuni.anci.it.

ordine alla nota questione della individuazione di quali siano tali servizi, soccorrono le previsioni emanate a livello europeo, in base alle quali i servizi di interesse generale si caratterizzano essenzialmente in base all'oggetto della loro attività. Questa deve soddisfare, come già ribadito (v. *supra*) un bisogno generale e "fondamentale" dei membri della collettività e, nel valutare tali bisogni, viene accordata notevole libertà agli Stati membri, affinché definiscano essi stessi gli obiettivi della politica nazionale. In tale nozione rientrerebbero altresì i servizi pubblici locali, sia a rilevanza economica che non, per cui ampia parte della dottrina perviene a sostenere che, dall'operatività del divieto di costituzione di società di cui al comma 32 in commento, siano escluse altresì le società che gestiscono servizi pubblici locali, posto che, tra l'altro, potrebbe apparire paradossale, e comunque contrario ad una visione sistematica del panorama normativo nazionale vigente, obbligare i Comuni interessati dal comma 32 a dismettere le partecipazioni in tali società quando una norma speciale, contenuta nell'articolo 23-bis del dl n. 112/2008, prevede modelli organizzativi di gestione in forma societaria con la presenza degli enti locali.

Viceversa, sotto il profilo delle attività istituzionali, è ipotizzabile che assumerà incisiva rilevanza il requisito normativamente previsto dal comma 27 dell'articolo 3 in commento, afferente la "stretta necessità" - dell'attività affidata - per il perseguimento delle finalità istituzionali. In tale direzione si è segnalato in dottrina la recente pronuncia del TAR Puglia - Sez. I, n. 1898 del 2010, la quale, al fine di legittimare o meno un affidamento ai sensi del comma 27 in commento, ha fatto espresso richiamo al carattere di stretta necessità (ovvero di imprescindibilità, sulla scorta della pronuncia della Corte Costituzionale n. 148/2009) dell'attività affidata rispetto alle finalità istituzionali dell'ente affidante (nel caso di specie è stato ritenuto illegittimo l'affidamento ai sensi dell'articolo 3, comma 27 di un servizio di pulizia degli uffici e presidi ospedalieri di una AUSL).

In tale direzione, è stato precisato che, poiché il rapporto tra le norme di cui al sopra citato articolo 13, del d.l. n. 223/2006, e all'articolo 3 comma 27 della Legge Finanziaria 2008 sono da considerarsi in un rapporto di *species a genus*, anche le società costituite ai sensi dell'articolo 13, devono essere considerate escluse dall'operatività del divieto di cui al comma 32²⁰².

²⁰² V. E. BARNESCHI, *Commento all'art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78*, in Guida ai servizi pubblici locali, Italia Oggi, 2010, 66.

Con riferimento agli ambiti esclusi espressamente dall'operatività del divieto in commento, il comma 32 fa riferimento a peculiari strutturazioni societarie, prevedendo che il divieto non si applichi alle società con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti. In tale direzione, potendo la locuzione “ovvero” essere letteralmente interpretata sia nel senso di una congiunzione fra due ipotesi alternative e diverse, sia come congiunzione che introduce una esplicazione del concetto che precede la congiunzione stessa, ha portato parte della dottrina — e la stessa Corte dei Conti — Sezione delle Autonomie, Delib. n. 14/2010 cit. — a sostenere che la partecipazione paritaria non possa comunque prescindere dalla proporzionalità al numero di abitanti. Avvalorandosi, tale interpretazione letterale, con il concetto che gli oneri correlati alla partecipazione finanziaria dovrebbero essere sempre rapportati e rapportabili alle dimensioni demografiche dell'ente locale, per cui la riorganizzazione in soggetti accorpati rimodulando la partecipazione non in ragione dei patrimoni apportati o dei servizi erogabili sul territorio, non pare costituire una politica di amministrazione della cosa pubblica rispondente a criteri di ragionevolezza e buon andamento.

La norma in commento, a fronte di un vincolo negativo (divieto), prescrive, entro un determinato termine (31 dicembre 2011) un obbligo di comportamento — rappresentato dall'imposizione della cessione delle partecipazioni non consentite o della liquidazione della società — quale opzione rimessa però alla discrezionalità dell'ente locale. Sotto tale profilo, peraltro, occorre sottolineare che tale facoltà di scelta, calata nella realtà concreta, appare notevolmente ridimensionata e, piuttosto, ricondotta ad una opzione fortemente vincolata dall'esistente *asset* societario. Ed infatti, salvo il caso delle società monocomunali, nelle quali il socio ente locale dispone della effettiva possibilità di scegliere tra cessione della partecipazione e scioglimento della società, numerosi sono invece i casi in cui il comune socio non dispone della maggioranza necessaria per imporre uno scioglimento societario. Ne consegue che, in tali casi — posto che non può certo ipotizzarsi che la norma di cui al comma 32 abbia conferito all'ente locale il potere di imporsi sugli altri soci al di fuori dei normali criteri operanti per le società di capitali — al Comune socio non resterà che optare per la cessione delle proprie partecipazioni. I Comuni medi potranno detenere una sola società partecipata e, pertanto, è verosimile che faranno confluire le partecipazioni in una *multiutility* (con delicate operazioni di conferimento, fusione, e

quant'altro) anche nella forma di *holding*.

In ogni caso, è opinione comune in dottrina che tali rimedi, previsti dal legislatore per le partecipazioni contrastanti con il divieto, costituiscano, in realtà, fonte di effetti devastanti per i Comuni sotto il profilo economico. E ciò sia per l'evidente scarsa appetibilità di partecipazioni di Comuni di modeste dimensioni, che comporteranno o una svendita di tali *asset* patrimoniali pubblici o finanche l'impossibilità materiale di vendita per assenza di compratori, sia per i noti problemi connessi allo scioglimento delle società. In tale direzione, infatti, potrebbero individuarsi tre ordini di difficoltà: la sorte del personale, che dovrebbe essere riassorbito nell'organico dell'ente locale, il carico fiscale connesso a tali operazioni, il pagamento dei debiti residui che, anziché poter essere estinti nel tempo e con la normale gestione societaria, devono essere accollati interamente all'ente locale.

In particolare, si può sottolineare che la previsione di un termine così ravvicinato, per quanto non perentorio²⁰³, potrebbe indebolire la posizione dell'ente rispetto ai terzi interessati, che potrebbe essere chiamato a deliberare la dismissione di una quantità anche rilevante di partecipazioni, determinando un presumibile depauperamento economico del valore dell'impresa (e delle casse dell'ente), trattandosi proprio di *assets* generalmente privi di particolare appeal nei confronti del mercato. Inoltre, si profila una significativa ricaduta in termini sociali, ad esempio, con riferimento al personale, che non potrà essere sempre assorbito dall'ente locale a seguito di liquidazioni societarie, o che verrà ceduto insieme al ramo d'azienda.

Determinazioni legislative così drastiche e rigorose avrebbero dovuto costituire senz'altro oggetto di attenta riflessione all'atto della conversione in legge del d.l. 78/2010, tenendo conto dell'esigenza di ridurre i costi degli enti locali e dall'altro dell'esigenza di evitare il rischio di svendita di un patrimonio economico, che talvolta l'ente locale ha costruito, ed un disservizio ai cittadini. L'inadeguata ponderazione di siffatti elementi potrebbe annullare gli effetti positivi della sperata riduzione dei costi (peraltro non quantificata in relazione tecnica). Non vanno, inoltre, sottaciute le intuibili difficoltà applicative della novella normativa, anche tenendo presente che tutte le più recenti disposizioni destinate a razionalizzare e contenere il

²⁰³ Come più volte affermato dalla Corte dei conti, il termine può considerarsi rispettato quando entro il termine previsto siano state almeno deliberate le procedure di cessione ed avviate le procedure di dismissione, non essendo necessario che le stesse siano concluse (Delibera Sez. reg. Lombardia 48/2008).

settore delle partecipazioni societarie degli enti locali sono state oggetto di ripetuti e consistenti differimenti temporali.

Nella parte finale, la norma in commento effettua un rimando ad un regolamento attuativo delle previsioni contenute, volto a determinare le modalità attuative del comma in esame e ad individuare ulteriori ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione del comma stesso. Il rinvio a tale decreto determina l'effetto sostanziale per cui, in dottrina, si è pervenuti alla considerazione che, se il divieto imposto dal comma 32 può ritenersi immediatamente operativo, viceversa per le altre previsioni occorre attendere tale emanazione regolamentare, con particolare riferimento alle modalità di adeguamento alla norma in punto di cessione delle partecipazioni/liquidazione della società ed in considerazione dello spiraglio aperto con le eventuali ulteriori ipotesi di esonero dal divieto stesso. L'ANCI, viceversa, perviene ad una interpretazione di tale rimando di portata più ampia, asserendo, nella già citata nota di lettura sulla manovra, che “*fino all’emanazione del predetto decreto le disposizioni di cui al comma 32 non si applicano*”. Inapplicabilità, quindi, dell'intero comma 32.

In conclusione, può evidenziarsi come, in sede di conversione, le norme legislative abbiano mantenuto il carattere drastico che già presentavano nell'ambito della norma di decreto legge, per cui appare ora rimessa all'intervento regolamentare quell'attenta riflessione volta a individuare un giusto punto di equilibrio tra i vantaggi connessi all'esigenza di ridurre i costi degli apparati degli enti locali (quale finalità delle previsioni esaminate) con il rischio di svendita di patrimoni pubblici e disservizi ai cittadini, onde evitare che tali incognite, concretizzandosi, annullino gli effetti positivi sperati e connessi alla manovra in commento.

3.6. I limiti alla costituzione delle società a partecipazione pubblica posti dall’art. 23-bis, d.l. n. 112/2008.

Per quanto saranno diffusamente esposti, per un verso, l’*iter* storico che ha portato all’attuale 23-bis e, per altro verso, il suo contenuto²⁰⁴, occorre soffermarsi in

²⁰⁴ Per una specifica analisi dei requisiti per l’affidamento “*in house*” si veda il Capitolo IV e con particolare riferimento alla riforma dei servizi pubblici locali il Capitolo V. Si veda anche la Relazione della Corte dei conti – Sezione delle Autonomie, 16 settembre 2008 n. 13 e la più recente Relazione della Corte dei conti – Sezione delle Autonomie, n. 14/2010 del 30 giugno 2010. Si rileva già in questa

questa sede con specifico riguardo sulle disposizioni limitative in esso contenute. Prima ancora, per una più chiara esposizione dell'argomento, occorre tener conto di alcune premesse di principio che qui si riassumono che sono il frutto dell'elaborazione contenuta nel Capitolo V.

La disciplina dell'affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, così come riscritta dall'art. 23-bis, prescinde dall'individuazione degli elementi distintivi di tale categoria di servizi, rimettendone l'onere all'interprete²⁰⁵. Un primo criterio classificatorio è stato, invero, individuato dalla Corte Costituzionale nell'esistenza di un mercato concorrenziale di riferimento²⁰⁶, desumibile da indici già individuati a livello comunitario, rappresentati dall'esistenza di rischi connessi all'attività da esercitare, dallo scopo lucrativo in capo al gestore, dalla tendenziale copertura dei costi attraverso i ricavi, dal finanziamento prevalentemente pubblico²⁰⁷. E seppure alcuni servizi "sociali" siano destinati a soggetti "deboli" e quindi senza corrispettivo, è all'interesse economico globalmente perseguito a livello societario che

sede un recente e fondamentale approdo giurisprudenziale relativo all'ammissibilità del controllo analogo anche in presenza di controllo congiunto esercitato a maggioranza da più autorità pubbliche associate e detentrici di una società concessionaria comune. Necessario è che il controllo sia effettivo, non necessario è che sia individuale (v. Capitolo IV).

²⁰⁵ Diversamente, il *genus* di appartenenza, cioè i servizi pubblici locali, è contenuto in una disposizione normativa (art.112 t.u. enti locali) che ne individua l'oggetto nella produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle Comunità locali. La genericità della definizione non solo ha lasciato tutto lo spazio necessario alle normative di settore ma non offre il fianco ad alcuna limitazione pregiudiziale per quanto riguarda i soggetti giuridici potenzialmente idonei alla fornitura degli stessi servizi pubblici locali che possono, pertanto, essere sia di diritto pubblico che di diritto comune. Per le posizioni della dottrina sulla nozione di servizio pubblico locale v. Capitolo V).

²⁰⁶ Com'è stato precisato nel capitolo I, la Corte Costituzionale con sentenza 272 del 2004 ha espunto dall'ordinamento l'art.113-bis del t.u. enti locali recante la disciplina per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, dichiarato incostituzionale in quanto la mancanza nella fattispecie di un mercato concorrenziale di riferimento impedisce di ricondurre la materia alla tutela della concorrenza e quindi alla competenza esclusiva dello Stato.

²⁰⁷ Espressiva di tale sintesi è la seguente pronuncia del giudice amministrativo: *"La distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n°267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria"* (TAR Sardegna n.1729/2005). Sulla questione vedi anche la recente sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 (v. capitolo V).

bisogna far riferimento per l'individuazione o meno della rilevanza economica²⁰⁸.

La Corte dei conti, pronunciandosi sul punto, ha affermato che *“Ciò che qualifica un'attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata, ma anche il metodo con cui è svolta. ... l'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando le entrate percepite per l'attività sono tese a remunerare i fattori produttivi utilizzati, consentendo nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi. Non può invece qualificarsi come “attività economica” la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che di un soggetto privato, di beni o servizi erogati gratuitamente o a prezzo politico, ciò che fa oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi”*²⁰⁹. Il servizio pubblico a carattere commerciale non si caratterizza, quindi, per l'oggetto bensì per il requisito di economicità, dovendosi assicurare, come prevede l'art. 2082 c.c., almeno l'equilibrio tendenziale dei costi e dei ricavi. Nel servizio pubblico privo della rilevanza economica l'equilibrio è, invece, assicurato dalla fiscalità generale o, comunque, dagli ordinari mezzi di bilancio. In ogni caso, il servizio pubblico privo di rilevanza economica si configura quando la natura stessa del servizio od i vincoli a cui è sottoposta la gestione non rendano configurabile l'esistenza di un mercato concorrenziale²¹⁰.

Quindi, posto che l'elemento distintivo della rilevanza economica del servizio pubblico è l'esistenza di un mercato concorrenziale di riferimento, appare non proprio semplice individuare in concreto quelle situazioni, senz'altro eccezionali, che *“a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”* e che, quindi, ai sensi del comma 3, in deroga alle modalità di affidamento ordinario, consentano l'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica a favore di società che abbiano i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento *“in house”*.

E ciò, oltre che logico, appare di fatto dimostrato dalla considerazione che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato dall'entrata in vigore dell'art.23-*bis* in questione fino alla recente modifica²¹¹, ha espresso soltanto pareri negativi circa

²⁰⁸ In passato tale principio è stato affermato in Cons. St. n.5072/2006, cit.

²⁰⁹ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia n.195/2009.

²¹⁰ Sulla specifica questione vedi anche Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.16/2010.

²¹¹ Modifica che, peraltro, è intervenuta anche per definire i caratteri propri del parere dell'Antitrust,

la sussistenza dei requisiti richiesti per l'affidamento diretto²¹², con qualche eccezione, motivata dall'impossibilità di incidere in misura apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato interessato, in ragione della ridotta dimensione in termini di popolazione interessata e dell'esiguo valore del servizio²¹³. E sarà in linea di massima soltanto il marginale valore economico del servizio a renderlo non appetibile sul mercato e quindi, senza percorrere la via della gara, affidabile *in house* ed a consentire, anche, che il parere dell'Autorità, in tali casi, non debba essere reso²¹⁴. Di detto parere, ora, il legislatore ha chiarito il carattere preventivo, oltre che obbligatorio, confermandone invece il carattere non vincolante, ferma restando, si ritiene, la necessità per l'ente di motivare dettagliatamente un'eventuale scelta difforme, al fine di ridurre al minimo il rischio che deroghe eccezionali diventino la regola. Con il novellato art.23-*bis*, l'affidamento diretto a società esplicitamente qualificate come "*in house*" risulta la sola eccezione alle forme ordinarie di affidamento previste nel comma 2 rappresentate, oltre che da quella (lett.a), già prevista, a favore di imprenditori o società mediante procedure competitive ad evidenza pubblica²¹⁵, dall'affidamento (lett.b) a "*società a partecipazione mista*

stabilendo che si tratta di un parere preventivo da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione dell'ente locale e che si intende reso favorevolmente, alla scadenza del predetto termine.

²¹² Ampia è la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica adottata dall'Antitrust che, nella propria delibera del 16 ottobre 2008, ha escluso soltanto i servizi sociali privi del carattere imprenditoriale.

²¹³ Si tratta del parere del 10/9/2009 richiesto dal Comune di Porto San Giorgio, relativo all'affidamento diretto del servizio di assistenti scuolabus.

²¹⁴ L'art. 4 del regolamento di attuazione dell'art.23-*bis* prevede, quale soglia, il valore economico del servizio di 200.000,00 euro. Nella prima versione dell'art. 4 era previsto che anche a prescindere dal valore economico, il parere doveva essere reso in presenza di una popolazione superiore a 50.000 unità. A tale previsione, il parere del Consiglio di Stato n.2415 del 24 maggio 2010 ha collegato effetti irrazionali in quanto da un lato sarebbero stati assoggettati al parere affidamenti di servizi di modesto valore nei Comuni con popolazione superiore a 50.000 abitanti, producendo un inutile sovraccarico dell'attività dell'Antitrust, dall'altro vi sarebbe stata sottratta la maggior parte dei servizi locali affidati da Comuni di piccole e medie dimensioni, contrastando con la funzione del parere che è di garantire l'eccezionalità dell'affidamento. Pertanto, l'indicazione del Consiglio di Stato è stat nel senso di prevedere l'obbligo del parere se il valore economico complessivo del servizio superi la soglia dei 200.000 euro, qualora la popolazione interessata superi le 50.000 unità, ovvero la soglia di 50.000 euro, qualora la popolazione interessata non superi le 50.000 unità. Non tutte le indicazioni sono state dunque recepite dal legislatore che ha tenuto conto solo del valore economico dell'affidamento senza tener conto in alcun modo della consistenza dei Comuni coinvolti.

²¹⁵ Il regolamento ex art.23-*bis* si occupa, nell'art.2, delle misure di liberalizzazione relative ai servizi pubblici locali, demandando agli enti locali la verifica circa la possibilità di aprire alla concorrenza, limitando l'attribuzione dei diritti di esclusiva. Seguendo l'indicazione del Consiglio di Stato espressa nel parere 2415 del 24 maggio 2010, l'art. 2 del regolamento prevede l'attribuzione di diritti di esclusiva limitatamente ai casi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della collettività, liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento”.

L'intervento normativo è apparso quanto mai opportuno stante la precedente mancanza di chiarezza al riguardo, determinata non solo dal fatto che l'originaria versione dell'art.23-bis aveva totalmente mancato di prevedere espressamente l'ipotesi di affidamento a società mista²¹⁶, ma che nemmeno la giurisprudenza amministrativa (non considerando la Comunicazione della Commissione europea del 5 febbraio 2008, peraltro non vincolante), chiamata a pronunciarsi su precedenti manifeste difformità di orientamento, aveva preso una posizione certa in ordine alle modalità di affidamento a società mista (Cons. Stato. Ad. Plenaria n.1/2008). L'attuale novella normativa si colloca, adesso, in posizione di sostanziale coerenza sia con l'orientamento espresso dalla Commissione europea nella Comunicazione citata del 2008 che con la giurisprudenza comunitaria, intervenuta in epoca successiva²¹⁷. Invero, l'attuale disciplina nazionale ha esplicitato soltanto alcuni principi affermati in sede comunitaria²¹⁸, connotando invece la società mista di alcune peculiarità. La

²¹⁶ Creando notevoli difficoltà di individuazione delle modalità di affidamento (se con doppia o unica gara), nonché, percorsa la via della gara unica, di identificazione e collocazione sistematica di tale forma di affidamento: se tra le procedure ad evidenza pubblica, facendo prevalere le modalità di scelta del socio privato, oppure tra gli affidamenti diretti, facendo prevalere la modalità di affidamento del servizio.

²¹⁷ Afferma la Corte di Giustizia nella sentenza 196 del 15 ottobre 2009 che “*l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrisse ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti... Tuttavia, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo.... Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato”.*

²¹⁸ In particolare, la Corte di Giustizia ha rilevato la necessità che: 1) il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire; 2) che la società sia costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio; 3) che abbia oggetto sociale esclusivo; 4) che l'oggetto sociale rimanga lo stesso per l'intera

prima attiene alla previsione che al socio privato vengano attribuiti “*specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*” in luogo dell’attribuzione dell’universalità dei compiti prevista in sede comunitaria. In effetti, come peraltro affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, la previsione di un’unica gara sia per la scelta del socio che per l’affidamento del servizio avrebbe dovuto rendere conseguente l’affidamento della generalità dei compiti operativi al soggetto selezionato con gara, nei confronti del quale devono essere state previamente e positivamente esperite tutte le necessarie verifiche del possesso dei requisiti di capacità industriale e operativa. Il socio privato è proprietario di una partecipazione non inferiore al 40% (ed è l’altra peculiarità della disciplina italiana) e, anche se può non essere socio di maggioranza, è detentore di una partecipazione e senz’altro rilevante. Non avrebbe dovuto, pertanto, richiedersi che fosse soltanto portatore di specifico *know how* tecnico, ma avrebbe dovuto essere prevista l’esigibilità (soprattutto in sede di controllo) della generalità delle capacità finanziarie, industriali e operative necessarie per una gestione efficace ed efficiente della società costituita²¹⁹.

La disciplina nazionale caratterizza la società mista²²⁰ con il divieto sia di acquisire la gestione di servizi ulteriori che di svolgere attività “extraterritoriale”, cioè in ambiti territoriali diversi da quelli di riferimento del socio pubblico oltre che a favore di altri enti pubblici o privati (art.23-bis comma 9). In tal modo il legislatore, in termini ancora più rigorosi che non per le società strumentali ex art.13 del d.l.223/2006²²¹, avrebbe creato soggetti economici esclusi dal mercato, non tanto e non solo per ragioni riconducibili alla tutela della concorrenza, quanto piuttosto perché affidatari di uno specifico servizio svolto a favore di ben determinati enti, il quale soltanto possono svolgere²²².

durata del contratto; 5) che qualsiasi modifica del contenuto del contratto intervenuta medio tempore determini l’obbligo di indire una gara.

²¹⁹ Nel regolamento ex comma 10 dell’art.23-bis è previsto l’obbligo per il socio privato di svolgere gli specifici compiti operati per l’intera durata del servizio, a pena di revoca dell’affidamento (v. Capitolo V).

²²⁰ Oltre che le società affidatarie dirette (quindi tutte le società *in house*) ed i soggetti a cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali qualora separata dall’attività di erogazione dei servizi.

²²¹ I divieti, stavolta, si applicano espressamente anche alle società di secondo e terzo livello, anche non appartenenti a Stati membri dell’Unione europea, operanti anche all’estero. In verità, l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici si è pronunciata negativamente in merito all’applicabilità dei divieti ex comma 9 a società partecipata di terzo livello controllata da società quotata in borsa (Parere 128/2009).

²²² In effetti, il divieto di extraterritorialità risulta notevolmente limitato nei confronti delle società

In verità la portata del divieto di attività *extra moenia* per le società miste non è ancora chiara, in ragioni di posizioni disomogenee registrate in dottrina e giurisprudenza.

Da ultimo il T.a.r. Calabria con la sentenza n. 561/2010, pur riconoscendo l'astratta condivisibilità della ricostruzione ermeneutica che estende il divieto di attività *extra moenia*, ha preferito discostarsene. Il ragionamento svolto dai giudici si fonda sull'assoluta simmetria tra la scelta del privato cui affidare la gestione di un servizio pubblico locale mediante gara (comma 2, lett. a), d.l. n. 112/08) e la scelta del partner privato del costituendo modulo societario misto, destinato a divenire "socio operativo", anch'esso selezionato all'esito di una procedura di evidenza pubblica (comma 2, lett. b), d.l. n. 112/08).

Infatti, secondo il collegio, un'interpretazione restrittiva del comma 9 dell'articolo 23-bis, seppure consentita dalla lettera della stessa, non può essere condivisa, giacché l'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal comma 2, lett. b), dell'art. 23-bis si appaleserebbe, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole ed immotivata l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione²²³.

A parte le incertezze applicative della disposizione anche in relazione al Decreto Bersani (si pensi alla questione delle società ad oggetto misto, sui cui v. *supra*), più in generale si deve affermare che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica può essere effettuato soltanto ai sensi dell'art.23-bis, che ha evidentemente abrogato quanto al riguardo previsto dall'art.113 del t.u. enti locali: è pertanto da considerarsi illegittima, anche ai sensi della nuova disciplina, la gestione diretta di un servizio pubblico locale da parte dell'ente locale²²⁴.

Va soltanto aggiunto che, poiché la gestione di un servizio pubblico locale a

affidatarie dirette le quali possono partecipare su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, avente ad oggetto i servizi da esse forniti.

²²³ La sentenza richiama i principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato (v. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.C.E. del 12 aprile 2008)

²²⁴ V. di recente TAR Emilia Romagna n. 460/2010.

rilevanza economica può essere effettuata soltanto mediante affidamento a soggetto terzo e nei limiti di quanto previsto dall'art. 3, comma 27 e ss. della legge finanziaria 2008, tra i requisiti che connotano il servizio pubblico a rilevanza economica va senz'altro annoverata anche la rispondenza all'interesse generale, come sopra definita.

La novella normativa si caratterizza, come già ricordato anche per l'espressa previsione di settori esclusi. Ciò, se da un lato ha fatto chiarezza in merito alle normative di settore che sopravvivono all'attuale riforma, dall'altro ha creato perplessità in ordine alle ragioni che sottendono l'esclusione di specifici settori (es. farmacie comunali) e la conseguente automatica inclusione di altri, senza gli opportuni distinguo o eccezioni (es. settore idrico²²⁵).

In verità, il settore idrico, è l'unico dei servizi pubblici locali inclusi nell'ambito di applicazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 ad essere preso in considerazione dalla nuova riforma per sottoporlo ad alcune previsioni peculiari²²⁶ che incidono in misura diversa rispetto ad altri settori sull'operatività delle società pubblica.

Infatti, per un verso, il regolamento attuativo nel definire l'ambito di applicazione della disciplina precisa che, con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato, restano ferme l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse, ai sensi dell'articolo 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135/2009, decreto Ronchi (art. 1, comma 2, del regolamento).

Per altro verso, nella richiesta del parere preventivo all'Autorità Antitrust, esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione *“in house”* non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei

²²⁵ In questa sede si richiama l'orientamento secondo cui la previsione da parte di disposizione regionale precedente alla riforma operata attraverso l'art.23-bis in commento, di affidamento mediante gara pubblica come unica forma di affidamento del servizio di erogazione idrica, quando la legislazione statale prevedeva anche forme diverse (art.113 t.u. enti locali), ha superato il vaglio della Corte Costituzionale trattandosi di norma di più intensa tutela della concorrenza rispetto a quella statale (Corte Cost. 307/2009, v. *supra* Capitolo VIII, par. 8.2.5).

²²⁶ Una disposizione specifica riguarda il settore del servizio di trasporto pubblico locale. Infatti, l'art. 12, comma 4, del regolamento di attuazione prevede che *“Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007”*.

servizi pubblici locali, con particolare riferimento:

a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico;

b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento;

c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore.

Nel settore idrico, l'assoluta eccezionalità del divieto di ricorso all'*in house* prevista in generale per i servizi pubblici locali soggetti alla riforma viene temperata al ricorrere di condizioni oggettive di efficienza della gestione (v. sub a), di standard qualitativi elevati del servizio (sub b) e di convenienza per l'utenza (v. sub c). Dal quadro complessivo emerge la volontà del legislatore di dare maggiore attenzioni alle ragioni di efficienza rispetto a quelle della competitività o, meglio, di sacrificare in modo non del tutto ragionevole le ragioni della concorrenza al mero accertamento dell'efficienza del gestore attuale (per una critica v. Capitolo V).

Peraltro, si osserva che l'organizzazione e la gestione del settore idrico (così come quello dei rifiuti) sono destinate a subire radicali modifiche, entro un termine relativamente breve²²⁷, anche sotto un altro profilo, atteso che con l'art.1, comma 1-*quinquies*, della legge 42 del 2010, di conversione del d.l.2/2010, recante "*Interventi urgenti concernenti enti locali e Regioni*", è stato aggiunto al comma 186 dell'art.2 della legge 191/2009, il comma 186-*bis*, che ha previsto la soppressione entro un anno delle Autorità d'ambito territoriale (ATO) di cui agli artt. 148 e 201 del d.lgs 152/2006 (Codice dell'ambiente) e la conseguente attribuzione con legge regionale da emanarsi entro un anno delle funzioni già esercitate dalle predette Autorità nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. La norma segue al tentativo di riforma, a tutt'oggi rimasto inattuato, già tentato con l'art. 2, comma 38 della legge finanziaria per il 2008, il quale prevede che le Regioni, in sede di delimitazione degli ambiti secondo i criteri e i principi di cui agli articoli 147 e 200 del Codice dell'ambiente, devono valutare prioritariamente i territori provinciali quali ambiti territoriali ottimali ai fini dell'attribuzione delle funzioni in materia di rifiuti alle Province e delle funzioni in materia di servizio idrico integrato di norma alla Provincia corrispondente e, in alternativa, l'attribuzione delle medesime funzioni ad

²²⁷ In realtà il termine è stato prorogato dal decreto mille proroghe ma fino a marzo 2011.

una delle forme associative tra Comuni di cui agli articoli 30 e seguenti del t.u. enti locali. Con la legge 42 del 2010 il legislatore, nell'ottica del risparmio, razionalizzazione e semplificazione delle strutture, si è spinto più avanti non solo sopprimendo tutti gli ATO ma anche, tra l'altro, prevedendo, a decorrere dal 2011, la soppressione dei consorzi di funzioni fra gli enti locali ad eccezione dei bacini imbriferi montani. Sembra pertanto verosimile che, nell'attribuzione delle funzioni degli ATO dovrà essere preventivamente valutata la Provincia quale istituzione di area vasta che, nell'assolvere alle funzioni dei vecchi ATO, scongiurerebbe la creazione di nuovi enti strumentali la cui nascita sarebbe, peraltro, in controtendenza rispetto alle finalità della norma.

3.8. Le tendenze legislative recenti sull'utilizzo dello strumento societario: riflessi sistematici.

Come già detto, la dottrina si è a lungo interrogata sul fondamento e i limiti della legittimità della partecipazione di soggetti pubblici a società. A seguito di questo dibattito, vivacissimo soprattutto negli anni sessanta, la legittimazione a partecipare a società è stata ricondotta – quasi unanimemente – nell'ambito della generale capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche.

Ora, le norme appena esaminate suscitano un interrogativo di fondo, inducendo a chiedersi se esse, in sostanza, determinino un superamento – quanto meno all'interno del loro campo di applicazione – del principio della capacità generale degli enti pubblici, sicché la partecipazione di un soggetto pubblico ad una società debba considerarsi non più generalmente ammessa salvo che in presenza di norme speciali impeditive, bensì in linea di principio vietata salvo che nei casi eccezionali previsti dalla legge.

A questa conclusione perviene una recentissima analisi dottrinale²²⁸ che coglie nelle norme in esame, appunto, un “*radicale mutamento d'indirizzo*” operato dal legislatore, a seguito del quale “*il principio ordinatore della materia deve essere quello non già della libertà – rectius, della capacità generale dell'ente pubblico ad assumere la qualità di socio [...] – bensì quello opposto della preclusione*

²²⁸ A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI, Torino, 2011, p. 57 ss.

all'utilizzazione della forma societaria salve limitate eccezioni predeterminate dalla legge"; in altre parole, *“il legislatore si è indotto a considerare illegittima a priori e ex ante l'assunzione o la conservazione dello status di socio in capo ad un ente pubblico, a meno che lo stesso possa far valere la circostanza esoneratrice del ricorrere, nel caso di specie, di una delle eccezioni consentite dalla legge”*.

In ordine alle partecipazioni societarie, in definitiva, *“l'ordinamento rivela di aver mutato approccio [rispetto a quello tradizionale basato sulla capacità generale di diritto privato] e di preferire quello fondato sull'idea della capacità speciale delle pubbliche amministrazioni in materia societaria, cioè di una capacità limitata all'assunzione e/o mantenimento delle sole partecipazioni consentite”*.

Se fosse così, sul terreno applicativo ciò potrebbe condurre sia a legittimare interpretazioni rigorose, piuttosto che interpretazioni permissive, delle norme in questione, sia a giustificare l'applicazione di sanzioni invalidanti conseguenti all'incapacità.

Su un piano più generale, ne potrebbe derivare non solo un rovesciamento della tendenza espansiva delle partecipazioni pubbliche manifestatasi negli ultimi decenni ma col tempo, addirittura, un vero e proprio *“tramonto delle partecipazioni pubbliche”*.

Se, infatti, *“il senso dell'art. 3, comma 27, l. 244/2007 è di imporre un divieto generalizzato a tutti gli enti pubblici di assumere o mantenere partecipazioni in società diverse da quelle ricomprese nelle tipologie consentite”*, e se l'individuazione di queste tipologie sarà effettuata in modo rigoroso, la forma societaria di partenariato non potrà che diventare, entro l'ambito di applicazione della norma, decisamente recessiva; e ancor più sarà ridotto il numero delle società a partecipazione comunale per effetto delle norme del decreto competitività, dalle quali come si è visto discende l'ammissibilità di un'unica partecipazione societaria per i Comuni fra i 30.000 e i 50.000 abitanti ed una vera e propria incapacità ad acquistare la qualità di socio (salvo che insieme ad altri Comuni) per i Comuni più piccoli.

Probabilmente è prematuro dedurre dalla normativa più recente un così forte impatto sistematico e tale da portare alle estreme conseguenze gli effetti di norme – in particolare quelle della finanziaria 2008 – come si è visto certamente sovradimensionate rispetto alla finalità proconcorrenziale da esse stesse dichiarata.

A ciò si aggiunga che da questo *“radicale mutamento d'indirizzo”* resterebbero

immuni le partecipazioni societarie possedute da amministrazioni dello Stato, originariamente incluse nel campo di applicazione della finanziaria 2008 ma poi assoggettate a regimi diversi da altri provvedimenti; il che evidenzerebbe una non trascurabile disarmonia sistematica, non comprendendosi come una ipotetica “scelta di sistema” possa di fatto assoggettare fattispecie analoghe a logiche opposte.

E lo stesso può dirsi per le norme del decreto competitività, il cui campo di applicazione è ancor più circoscritto, e ciò senza che appaia sicura la ragionevolezza della delimitazione dell’ambito soggettivo dei suoi destinatari.

Quel che appare evidente è l’andamento ondivago della legislazione del settore, che senza troppa consapevolezza passa dal consentire con estrema larghezza l’adozione dello strumento societario da parte di soggetti pubblici (pur non sempre appropriata) al circondarla di limiti e divieti suscettibili di colpire anche situazioni in cui la partecipazione a società può essere assolutamente congrua, soddisfacente sul piano dell’economicità e dell’efficienza e rispettosa del diritto della concorrenza.

Il vero è che questi divieti assomigliano molto ai tristemente noti “tagli lineari”; ma un legislatore attento dovrebbe procedere diversamente, fissando i criteri che permettano di distinguere e trattare diversamente, per così dire, le società pubbliche “buone” e “quelle cattive” ovvero, se vogliamo, un partenariato virtuoso ed uno da valutare negativamente.

In questa prospettiva potrebbero utilizzarsi spunti presenti nella distinzione fra “società di mercato” e “semi-amministrazioni” tracciata nel noto rapporto dell’Assonime, come pure, forse, in quella fra società svolgenti attività d’impresa e società svolgenti attività amministrativa in forma privatistica emergente in alcune pronunce della Corte costituzionale (v. *supra*); e soprattutto in alcune più analitiche e sostanzialmente convergenti riflessioni dottrinali degli ultimi anni.

In ogni caso, tornando al punto da cui si è partiti, se le norme di cui ci siamo occupati non verranno modificate o ignorate o sostanzialmente disapplicate (come pure è possibile), la fase espansiva del partenariato societario debba ormai considerarsi esaurita, il che inevitabilmente lascerà maggior spazio ad altre forme di partenariato.

CAPITOLO IV

LA SOCIETA' *IN HOUSE*

SOMMARIO: 4.1. L'*IN HOUSE PROVIDING* - 4.2. LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SULL'*IN HOUSE* - 4.3. GLI ULTIMI ORIENTAMENTI DEL GIUDICE COMUNITARIO SULL'*IN HOUSE*: LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, SEZ. II, 17 LUGLIO 2008, COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE C. REPUBBLICA ITALIANA, CAUSA C-371/05 E LA SENTENZA, SEZ. III, 13 NOVEMBRE 2008, C-324/07 (CD. SENTENZA CODITEL) - 4.4. LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA NAZIONALE - 4.5. IL CONCETTO DI ATTIVITÀ "PREVALENTE" - 4.6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE ANCHE ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI

4.1. L'*in house providing*.

L'espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquistare un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato²²⁹.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti²³⁰.

In altri termini, il giudice comunitario ha statuito che in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, un soggetto di diritto privato, seppure giuridicamente distinto dalla Pubblica Amministrazione, non può essere

²²⁹ a partire da C. giust. Ce, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

²³⁰ Cfr. Cons. St., ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1 e Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

considerato un organismo terzo rispetto a questa. Manca, dunque, quell'incontro di volontà tra due soggetti in grado di instaurare tra loro un vero e proprio vincolo contrattuale e, di conseguenza, l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

4.2. La giurisprudenza comunitaria sull'*in house*.

La modalità di affidamento "*in house*" costituisce un'eccezione al principio generale dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica per gli affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture, nonché per le concessioni di lavori e servizi. L'autoproduzione, infatti, escludendo la concorrenza per (o nel) mercato, non fa sorgere l'esigenza di parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici.

La legittimità della scelta in favore dell'autoproduzione trova fondamento nel c.d. principio di "*autoorganizzazione amministrativa*", il quale trova a sua volta corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale. Pertanto, la libertà di autoproduzione, in quanto componente essenziale dell'autonomia organizzativa degli apparati amministrativi, non si pone in contrasto con il diritto comunitario²³¹.

4.2.1. Il concetto di "*in house providing*" è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria al fine di armonizzare i principi relativi alla tutela della concorrenza (presenti nel Trattato CE), con il potere di auto-organizzazione egualmente riconosciuto alle Amministrazioni pubbliche dei singoli Stati. In particolare, la Corte di Giustizia ha per la prima volta delineato la figura degli affidamenti "*in house*", nella sentenza sul caso Teckal S.r.l. contro il Comune di Viano (18 novembre 1999,

²³¹ La giurisprudenza amministrativa ha affermato in passato che "*è senza dubbio ammissibile che una pluralità di enti pubblici proceda all'affidamento diretto di un dato servizio prestato nel proprio interesse ad una società di capitali partecipata dai soli enti in questione, per quote commisurate allo stesso interesse al servizio di cui ciascuno è titolare, così tutelandosi la "libertà di autoproduzione" (l'espressione è di Cons. St., sez V, 23 aprile 1998, n. 477) da parte dell'ente pubblico dei beni e servizi che esso intende offrire alla collettività di riferimento*" (T.a.r. Lombardia, Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250). In precedenza, peraltro, il Consiglio di Stato, sezione V, con la pronuncia del 18 settembre 2003, n.5316, aveva affermato che l'esclusione dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica "*trova la propria ratio nel fatto che, nei confronti di un soggetto controllato e che svolga la sua prevalente attività per il soggetto controllore, non sarebbero ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli operatori economici e per il rispetto delle regole della concorrenza*".

procedimento C-107/98)²³². La questione riguardava l'affidamento diretto, da parte del Comune di Viano, della gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali, nonché della fornitura dei combustibili necessari, in favore di un consorzio costituito da diversi comuni per la gestione dei servizi di energia e ambiente. La Teckal S.r.l. (società operante nel medesimo settore) impugnava la delibera di affidamento per il mancato esperimento delle procedure di aggiudicazione a evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti. Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, il giudice a quo domandava, appunto, se tale normativa fosse applicabile nel caso in cui un ente locale avesse affidato direttamente la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi a un consorzio a cui esso partecipava.

Al quesito la Corte ha risposto che la normativa comunitaria sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture è applicabile ove l'Amministrazione intenda stipulare un contratto a titolo oneroso (avente a oggetto la fornitura di prodotti) con un ente giuridicamente distinto da essa, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia a sua volta un'Amministrazione o meno.

La normativa europea in tema di contratti pubblici, infatti, non trova applicazione quando manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti. Per affermare tale inesistenza, la Corte sancisce che il giudice nazionale deve verificare se via sia o meno un incontro di volontà tra l'Amministrazione e una persona da essa giuridicamente distinta, salvo il "*caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della*

²³² In precedenza altre pronunce della Corte avevano tratto il tema solo per *obiter dictum*. Più interessanti erano invece le relative conclusioni degli Avvocati Generali. In particolare, nel caso *Arnhem* (sentenza 10 novembre 1998, procedimento C-360/96), l'Avvocato Generale La Pergola ha sottolineato come dalla dipendenza economica di una società di capitali rispetto agli enti di riferimento (dai quali era stata costituita) discendeva la conseguenza che la prima non poteva considerarsi estranea alla struttura organizzativa degli enti soci di cui costituiva un mero organo indiretto. Nel caso *Ri.San* contro Comune di Ischia (sentenza 9 settembre 1999, procedimento C-108/98), l'Avvocato Generale Alber ha precisato che la qualità di società per azioni non basta ad escludere che essa faccia parte della pubblica amministrazione. Pertanto, conclude che deve essere il giudice nazionale – caso per caso e sulla base di un'analisi funzionale fondata sulle circostanze di fatto – a verificare che l'organismo societario incaricato del servizio sia parte della stessa Amministrazione affidataria. Nel caso di specie, la Corte non ha ritenuto sufficiente il mero intreccio finanziario a configurare un rapporto "*in house*" ente pubblico-società di gestione (il Comune di Ischia deteneva infatti il 51% del capitale sociale della Ischia Ambiente S.p.A., mentre il 49% era detenuto dalla GEPI S.p.A. che a sua volta era controllata al 100% dallo Stato). In effetti, affermano i giudici comunitari, oltre all'intreccio finanziario, è necessario accertare la presenza di un'attribuzione di compiti fra organi al fine di constatare l'esistenza di un servizio "*in house*".

propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"²³³.

In questo modo la Corte ha enucleato – seppur in negativo – i criteri e i requisiti sulla base dei quali le Amministrazioni Pubbliche possono procedere ad affidamenti senza il previo esperimento di gare pubbliche, ossia senza applicare le procedure previste dalle direttive comunitarie.

Ne consegue che, in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, non si può parlare di "terzietà" del soggetto affidatario, venendo meno in radice la possibilità di instaurare un rapporto contrattuale in senso proprio in ragione dell'assenza della bilateralità. Corollario di ciò è che l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

In un successivo caso (*Arge*, sentenza 7 dicembre 2000, procedimento C-94/99), le conclusioni dell'Avvocato Generale Léger riprendendo le argomentazioni svolte dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Teckal*, ne forniscono una chiave di lettura utile a delineare i confini dell'organizzazione amministrativa e, di conseguenza, a segnare il perimetro entro cui una P.A. può procedere con affidamenti "in house".

In sostanza – sostiene l'Avvocato Generale – se un'Amministrazione gode, nei confronti di un operatore, di un potere di controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se fossero stati delegati al suo interno. Infatti, *"la capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia che ne deriva per quest'ultimo negano qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra l'ente ed il prestatore di servizi"*²³⁴.

E ancor più nello specifico, *"la riserva espressa nella citata sentenza Teckal è fondata sul principio secondo il quale la mancanza di autonomia di un ente economico rispetto ad un ente territoriale che ne detiene la proprietà rende impossibile o illusoria l'esistenza di un contratto tra queste due persone, pur tuttavia giuridicamente distinte. L'ipotesi di un rapporto giuridico che esuli dalla sfera di*

²³³ Punto 50 della sentenza *Teckal*. Tali criteri, come anticipato, sono stati codificati nell'ordinamento nazionale con il d.l. 30 settembre 2003, n. 269 che ha modificato l'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000.

²³⁴ Punto 59 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

*applicazione della direttiva presuppone quindi che l'amministrazione aggiudicatrice che richiede all'operatore la realizzazione di differenti servizi sia precisamente l'ente territoriale che esercita su di esso uno stretto controllo e non un'altra autorità*²³⁵.

Tuttavia, *“la sola constatazione di una dipendenza strutturale nei confronti dell'ente pubblico che avvia una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non è sufficiente poter considerare i servizi che essi forniscono come prestazioni analoghe a quelle di cui disporrebbero tali autorità ricorrendo alle loro proprie risorse interne”*, infatti, *“un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte qualora l'operatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti territoriali che lo controllano*²³⁶.

L'Avvocato Generale analizza, dunque, anche il secondo dei requisiti dettati dalla Corte nella sentenza Teckal, sottolineando che *“un ente non è necessariamente privato della libertà di azione, se esso può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori, per la sola ragione che le decisioni che lo riguardano sono prese dall'ente pubblico che lo controlla. Per contro, esso deve essere considerato come totalmente vincolato alla sua autorità controllante qualora il rapporto organico che lo unisce ad essa evoca la figura di una quasi esclusiva, a vantaggio di quest'ultima, per i servizi che l'ente fornisce. Tale situazione testimonia la volontà dell'ente territoriale non solo di utilizzare le prestazioni per fini pubblici, ma anche di destinarle principalmente a suo vantaggio*²³⁷.

4.2.2. La stessa giurisprudenza comunitaria, tuttavia, conferisce una valenza generale ai principi sull' *“in house providing”*, estendendone l'applicazione anche ai casi che esulano dalle direttive in materia di appalti: in particolare, alle concessioni di servizi pubblici.

Come noto, le concessioni di servizi pubblici sono contratti che presentano le medesime caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo per la prestazione del servizio consiste nel diritto di gestire il servizio medesimo²³⁸.

²³⁵ Punto 66 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

²³⁶ Punti 70 e 72 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

²³⁷ Punti 73 e 74 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

²³⁸ In questo senso si v. la Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000; oppure più di recente le definizioni fornite dalla Direttiva n.

Tali tipologie di contratti esulavano dal campo di applicazione delle direttive comunitarie nn. 92/50 e 93/38 e oggi anche da quello della nuova direttiva n. 2004/18. Ciò nondimeno, con la sentenza sul caso *Teleaustria* (7 dicembre 2000, procedimento C-324/98), la Corte di Giustizia ha statuito che “*gli enti aggiudicatori che li stipulano sono [...] tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, dato che tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato*”²³⁹. “*Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione*”²⁴⁰.

I principi fissati con la sentenza *Teleaustria* sono stati ripresi e specificati dalle più recenti sentenze della Corte sul caso *Padania Acque* (21 luglio 2005, procedimento C-231/03)²⁴¹ e soprattutto su quello *Parking Brixen* (13 ottobre 2005, procedimento C-458/03).

Nella prima sentenza, la Corte ha statuito che in mancanza di una disciplina espressa “*è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni*”²⁴².

Nel caso *Parking Brixen*, la Corte ha ribadito l'applicabilità diretta delle disposizioni di cui agli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE, nonché dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione (non solo su base

2004/18/CE (art. 1) e poi recepite dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (art. 3).

²³⁹ Punto 2 del dispositivo della sentenza *Teleaustria*.

²⁴⁰ Punto 3 del dispositivo della sentenza *Teleaustria*.

²⁴¹ La fattispecie concerneva un caso di affidamento diretto da parte del Comune di Cingia de' Botti in favore di Padania Acque S.p.A. (società a prevalente capitale pubblico, in cui detto Comune detiene una partecipazione dello 0,97%) del servizio di gestione, distribuzione e manutenzione del sistema di distribuzione del gas metano. Nella decisione, Corte ha osservato che “*nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso [...] l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro. [...] Orbene, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE*”.

²⁴² Punto 16 della sentenza *Padania Acque*.

nazionale). Pertanto, anche nel caso di concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle disposizioni e dei principi citati impediscono il loro affidamento senza l'esperimento di gare a evidenza pubblica, salvo appunto che si rientri nei confini dell' *"in house providing"*. Infatti, *"la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici [...] non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza"*²⁴³.

4.2.3. Dopo aver riconosciuto la necessità dell'esperimento di gare pubbliche per ogni tipologia di affidamento e individuato come unica eccezione quella dell' *"in house providing"*, nelle sentenze più recenti, la giurisprudenza comunitaria ha adottato un orientamento restrittivo in relazione ai requisiti per poter procedere agli affidamenti senza gara e, in particolare, alla compatibilità del modello delle società miste con l' *"in house"*²⁴⁴.

Nella sentenza sul caso *Stadt Halle* (11 gennaio 2005, procedimento C-26/03)²⁴⁵, la Corte ha affermato che la relazione *"in house"* non può sussistere tra enti locali e società dai medesimi controllate ove si tratti di società pubblico-private (ossia società miste), in quanto *"la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi"*²⁴⁶.

²⁴³ Punti 18 e 19 della sentenza *Padania Acque*.

²⁴⁴ I principi affermati a livello giurisprudenziale sono stati introdotti nell'ordinamento italiano in sede di recepimento delle nuove direttive appalti. In particolare, l'art. 30, d.lgs. 14 aprile 2006, n. 163, dopo aver escluso l'applicazione delle disposizioni del decreto alle concessioni di servizi, statuisce che *"la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi"*. E, infine, fa salve *"purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici"*.

²⁴⁵ La fattispecie riguardava la concessione mediante affidamento diretto della gestione di alcuni parcheggi pubblici a pagamento da parte del Comune di Bressanone in favore di ASM Bressanone S.p.A. (società nata dalla trasformazione dell'Azienda Speciale Servizi Municipalizzati Bressanone e il cui capitale sociale, al momento dell'affidamento del servizio, è totalmente detenuto dall'Amministrazione Comunale).

²⁴⁶ Nel caso di specie la causa riguardava l'affidamento di un contratto da parte della città di Halle a una sub-controllata e cioè da una società controllata al 24,9% da un'impresa privata scelta senza previo svolgimento di una formale procedura di gara, e al 75,1% da una società controllata al 100% da una società controllata a sua volta al 100% dalla città di Halle.

Tale conclusione si fonda su due argomenti:

(i) *“il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottosta a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente”*;

(ii) *“l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”* .

Tale orientamento è stato confermato in successive sentenze della Corte sui casi *Parking Brixen, Mödling* (10 novembre 2005, procedimento C-29/04), *Anav c. Comune di Bari* (6 aprile 2006, procedimento C-410/04) e *Carbotermo-Alisei* (11 maggio 2006, procedimento C-340/04). In particolare, nella citata sentenza *Anav c. Comune di Bari*²⁴⁷, la Corte ha sostenuto che *“Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene”*.

In particolare, secondo la Corte, qualora il capitale della società fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*). La partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società

²⁴⁷ La Corte nel caso di specie ha risposto ad una ordinanza di rimessione del T.A.R. Puglia, Bari, sez. III del 8 settembre 2004, n. 885, relativa ad una questione sorta nell'ambito di una controversia tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (in prosieguo: l'«ANAV»), da un lato, e il Comune di Bari e l'AMTAB Servizio SpA (in prosieguo: l'«AMTAB Servizio»), dall'altro, concernente l'affidamento a quest'ultima del servizio di trasporto pubblico sul territorio del detto comune.

alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude, infatti, che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

In altri termini, secondo la Corte se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione "interna" di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene.

Dalle considerazioni svolte dai giudici comunitari nella sentenza *Anav c. Comune di Bari*, si ricavano quattro elementi, il concorrere dei quali deve essere valutato al fine di determinare la sussistenza del controllo analogo di un'Amministrazione su una società di diritto privato. In particolare:

(i) l'oggetto sociale non deve essere esteso a settori disomogenei;

(ii) il capitale sociale che non deve essere aperto ai privati o a soggetti pubblici non coinvolti;

(iii) l'ambito territoriale di attività deve essere limitato entro i confini geografici del/i soggetto/i che partecipano alla società;

(iv) il sistema di amministrazione e controllo della società deve essere disegnato in modo tale da non concedere all'organo amministrativo della società poteri di gestione esercitabili autonomamente senza alcuna possibile ingerenza nella gestione della società e del servizio da parte dei soci pubblici.

4.2.4. In ordine di tempo va poi citata la sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 (C-340/04 – *Comune di Busto Arsizio/Agosp s.p.a.*) dove il giudice comunitario si è espresso, ancora una volta, sul concetto di “controllo analogo” e “di svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente locale”. La Corte riprende i principi espressi nelle sue precedenti pronunce e precisa che la partecipazione anche minoritaria del capitale privato esclude in ogni caso che l'ente pubblico affidante possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi.

4.3. Gli ultimi orientamenti del giudice comunitario sull'*in house*: la sentenza della Corte di giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana - causa C-371/05* e la sentenza, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07 (cd. sentenza *Coditel*).

L'istituto dell'*in house* è stato da ultimo precisato con due pronunce della Corte di giustizia che hanno avuto un'ampia risonanza tra gli operatori. Con la sentenza 17 luglio 2008, causa C-371/05 (*Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*), il giudice comunitario ha affrontato – in discontinuità rispetto al passato – la questione della presenza di privati nel capitale della società affidataria *in house*. Con la seconda pronuncia è ritornata sulla nozione di “*controllo analogo*”, anche in questo caso affermando principi meno restrittivi rispetto al passato.

Con la prima pronuncia, la Corte ha rilevato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula della convenzione tra l'ente affidante e la società affidataria *in house*, per concludere che non sia soddisfatto il requisito del “*controllo analogo*”. La Corte ha giustificato la sua conclusione ritenendo che, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere a una gara di appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data di aggiudicazione.

La Corte ha ritenuto che non sia ostativa la presenza di soci privati nell'organismo *in house*, siccome intervenuta successivamente all'affidamento diretto e non ancora esistente al momento della stipula del contratto. Tale conclusione è in contrasto con i precedenti orientamenti dello stesso giudice comunitario, secondo cui, se il capitale della società affidataria è aperto, anche solo in parte, ai privati, la società affidataria non può essere considerata come struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene²⁴⁸, recepito a livello nazionale dal Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, afferma che lo statuto della società affidataria non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; più di recente Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, che pare non essersi adeguata al nuovo orientamento

²⁴⁸ Cfr. Corte giust. Ce, 6 aprile 2006, causa C-410/04 e 21 luglio 2005, causa C-231/03, cit.

del giudice comunitario).

Con la sentenza *Coditel* la Corte di giustizia si è soffermata sul concetto di controllo analogo, in relazione ad una fattispecie in cui un'autorità pubblica si era associata ad una società cooperativa intercomunale i cui soci erano tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico.

In tale occasione la Corte ha ritenuto che “*il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento*” (in tale senso v., sentenza *Parking Brixen*, cit., punto 62). Secondo la Corte, inoltre “*L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale*”(punto 46).

La Corte riconosce che, allorché varie autorità pubbliche scelgano di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Tuttavia, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide. Secondo la Corte richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale. Un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 48). Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenza *Asemfo*, cit.,

punto 65).

La conclusione – secondo la stessa Corte - non sarebbe inficiata dai principi della precedente sentenza *Coname*, atteso che in quella circostanza - pur affermando che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza *Coname*, cit., punto 24) - non veniva affrontata la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta.

4.4. La giurisprudenza amministrativa nazionale sul "controllo analogo".

Talune pronunce del giudice amministrativo hanno precisato quali possono essere gli accorgimenti statuari o i possibili vincoli negoziali necessari per poter configurare un rapporto “*in house*”, sviluppando in particolare il profilo relativo al "controllo analogo".

Il Consiglio di Stato²⁴⁹ ha innanzitutto ribadito, in via generale, i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

- l'impresa non deve aver “*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*” da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero²⁵⁰);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. pure la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un “controllo analogo”);

- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto

²⁴⁹ Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1.

²⁵⁰ Cfr., in particolare, le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C 458/03 - *Parking Brixen GmbH* e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - *Mödling o Commissione c/ Austria*.

della cedibilità delle quote a privati²⁵¹.

Anche in precedenza il Consiglio di Stato aveva avuto modo di soffermarsi sul concetto di “*controllo analogo*”, individuandone i caratteri essenziali:

a) innanzitutto, il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico perde rilevanza se lo statuto della società prevede la possibilità di alienazione a terzi dello stesso;

b) inoltre, il controllo analogo non si concretizza nel caso in cui il Consiglio di amministrazione possa adottare tutti gli atti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, non essendo sufficienti i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci.

c) infine, quanto alla società affidataria del servizio, il Consiglio di Stato ha osservato che “*laddove sia prescritto che il Comune conservi soltanto il 51% del capitale sociale, prevedendosi la cessione della rimanente quota a soggetti pubblici e privati, ed anche i poteri del consiglio di amministrazione non risultano in alcun modo limitati o correlati a qualche forma di controllo da parte dell'Ente, salvi i poteri spettanti alla maggioranza dei soci secondo il diritto comune [...]*”, deriva come conseguenza l'impossibilità di derogare alla regola dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto concessionario o affidatario dell'appalto del servizio pubblico in ossequio ai principi di diritto comunitario invocati dall'appellante²⁵².

Il T.A.R. Friuli Venezia Giulia, intervenendo sul concetto di “controllo analogo” ha affermato che “*è da escludersi – ictu oculi - che la società sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente, laddove, soprattutto a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta; però manca un “assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato” da parte degli enti nel loro complesso, riguardante*

²⁵¹ Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Cons. St., V sez., 30 agosto 2006, n. 5072.

²⁵² Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440.

“l’insieme dei più importanti atti di gestione”.

Secondo il T.A.R. Friuli quello che più conta, è che se non è ravvisabile *“un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione”* del Comune sull’attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione, non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore si atteggi ad una sorta di *longa manus* dell’affidante nell’ambito di una amministrazione *“indiretta”*, nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell’ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.

Quanto al profilo del nesso di controllo, secondo il T.A.R. Friuli il tipo di controllo di cui si sta parlando può consistere :

a) nella consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;

b) nelle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;

c) nel consenso degli enti associati all’eventuale esercizio di attività contemplate dallo statuto;

d) nel controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell’efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all’Assemblea degli azionisti, ovvero in ispezioni dirette da parte dei soci²⁵³.

Successivamente il T.A.R. Lazio ha affermato che, ai fini della legittimità dell’affidamento diretto di servizi pubblici, sussiste il presupposto del *“controllo analogo”* nel caso in cui, nello statuto societario e nei contratti di servizio, si rinvenivano clausole attributive agli enti locali di alcune prerogative esercitabili ai fini del controllo sullo svolgimento del servizio ed in particolare:

a) il riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell’organo amministrativo consistente in proposte di iniziative attuative del contratto di servizio;

b) il diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte;

²⁵³ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 30 agosto 2006, n. 579.

c) la riserva all'assemblea ordinaria di trattazione di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni;

d) il diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nei casi in cui il Comune abbia diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed altresì nel caso di violazione di competenza assembleare allorquando l'organo di amministrazione assuma iniziative rientranti nella competenza dell'assemblea, senza autorizzazione di quest'ultima²⁵⁴.

Nel caso di specie, nel rapporto tra il Comune di Contigliano e la società A.M.A. Servizi S.r.l. (società operante nel settore della gestione dei rifiuti solidi urbani e della raccolta differenziata) è stato ritenuto sussistente il "controllo analogo", nonostante l'esiguità della quota di partecipazione del Comune nella società (inferiore

²⁵⁴ Secondo il T.A.R. Lazio la verifica sul "controllo analogo" si sposta necessariamente "nel rinvenimento di clausole o prerogative che conferiscono agli enti locali partecipanti a quote societarie anche se esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito in cui si esplica la attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione) da intendersi tale controllo esercitabile in chiave non soltanto propulsiva o propositiva di argomenti da portare all'ordine del giorno del consesso assembleare bensì, e principalmente, di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si esplica il servizio. In stretta correlazione con la questione dell'esiguità della quota di partecipazione che nel caso che ne occupa raggiunge misure di ridotta percentualizzazione, va anche precisato che il potere inibitivo conferito a ciascun ente locale non è da riferirsi a possibilità di conseguire maggioranze di pacchetto azionario che conducono a prevalenze anche decisionali, bensì ad effettivi poteri di veto che ciascun ente locale interessato può esercitare sulle relative deliberazioni societarie, capaci di paralizzare decisioni o attività che si pongono in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si svolge pur sempre il servizio dato in affidamento sicché anche sotto tale profilo appare irrilevante la consistenza delle quote partecipative in possesso dello stesso ente locale. Per stare al caso che ne occupa, va rilevato che nello statuto societario e nei contratti di servizio si rinvencono clausole attributive agli enti locali di alcune prerogative esercitabili ai fini del controllo sullo svolgimento del servizio. Segnatamente: riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell'organo amministrativo consistente in proposte di iniziative attuative del controllo di servizio; diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte; riserva all'assemblea ordinaria di trattazione di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni; diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nei casi in cui il Comune ha diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed altresì nel caso di violazione di competenza assembleare allorquando l'organo di amministrazione assuma iniziative rientranti nella competenza dell'assemblea, senza autorizzazione di quest'ultima. Tali diritti sono attribuiti a ciascun ente locale indipendentemente dalla quota posseduta, in ragione del particolare ruolo che lo stesso Comune, in quanto titolare del servizio pubblico dato in affidamento, viene ad esercitare all'interno della società affidataria che rende rafforzate le comuni prerogative riconosciute al socio della disciplina civilistica. Tali previsioni integranti il controllo esercitabile dagli enti locali soci sull'organismo societario cui è affidato il servizio consentono di rendere emergente la configurazione di un equivalente esercizio di controllo "in house" in corrispondenza della previsione normativa del "controllo analogo", siccome adattato alla struttura a base societaria cui resta affidata la gestione del servizio" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 16 ottobre 2007, n. 9988)

all'1%).

In un'altra pronuncia, il T.A.R. Lazio ha ritenuto che, nonostante l'amministratore unico della società affidataria fosse titolare di ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria, il controllo esercitato dal Comune sulla società affidataria del servizio fosse da configurare come "controllo analogo" a quello esercitabile dalla Città di Nettuno sui propri servizi²⁵⁵.

Nell'iter argomentativo della sentenza, il T.A.R. giudica condivisibile il precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui, per poter configurare un controllo strutturale sulla società affidataria, sia necessario innanzitutto "il potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza della società"²⁵⁶.

Inoltre ripropone una elencazione, sia pure non tassativa, di alcuni indici rivelatori del controllo analogo, come precedentemente individuati in una sentenza del giudice amministrativo del Friuli Venezia Giulia (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986): "a) le consultazioni tra gli enti associati, circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale e, soprattutto circa le concrete scelte operative; b) il necessario consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività particolari; c) la possibilità di ispezioni dirette, da parte dei soci; d) il controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'assemblea degli azionisti"²⁵⁷.

Nel caso di specie lo statuto della società *Poseidon S.r.l.*, con sede nel comune di Nettuno ed affidataria diretta di servizi da parte dello stesso Comune, ha superato il

²⁵⁵ T.A.R. Lazio, Sezione II *ter*, n. 5408/2007.

²⁵⁶ Cfr. anche Cons. St., sez. V, n. 2316/2004.

²⁵⁷ Il T.A.R. rileva, su un piano più generale, che "Il controllo analogo a quello esercitato sui servizi dell'ente affidante deve, quindi, essere configurato in termini diversi e più intensi rispetto ai consueti controlli societari, quale attività di controllo (che non può che avere una natura amministrativa forte) che si traduce in un potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività, che deve essere riferito a tutti gli atti di gestione ordinaria e straordinaria, in quanto strettamente correlato al perseguimento di pubblici interessi e implicante una ineluttabile ingerenza dell'Ente pubblico nella concreta gestione della società e del servizio affidato. Il controllo analogo, in conclusione, può ritenersi che sussista ogniqualvolta si accerti l'esistenza di uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'Ente pubblico sulla società partecipata, in modo tale che i compiti affidati alla società saranno trattati come se fossero stati ad essa delegati dall'Amministrazione, di talché il soggetto partecipato si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'Amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che tra l'Amministrazione e la società "in house" sussista, agli effetti pratici, un rapporto tale da impedire l'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici".

vaglio del giudice amministrativo in ordine alla sussistenza del controllo analogo.

Il T.A.R. Lazio, nel giustificare concretamente le sue conclusioni, ha richiamato le disposizioni statutarie più significative e la deliberazione costitutiva della società affidataria, osservando che *“il controllo che il Comune è tenuto a svolgere su di essa società avrebbe dovuto esplicitarsi mediante la istituzione o individuazione all'interno della compagine organizzativa dell'Ente locale di un ufficio preposto al controllo della gestione speciale, da interfaccia con i rapporti con la società stessa e con il potere di avere accesso a tutti i libri, e documentazioni ad essa inerenti, nonché ai relativi locali adibiti ad uffici o magazzini. Inoltre è stata prevista la predisposizione e la trasmissione all'Ente locale, almeno trenta giorni prima del termine di approvazione del bilancio di previsione, di un piano programma, di un bilancio di previsione pluriennale e di un bilancio di previsione annuale; poi è stata disposta la trasmissione del bilancio di esercizio, corredato delle previste relazioni e documentazioni, ed, entro tre giorni, dei processi verbali redatti periodicamente dal Consiglio di sorveglianza”*. Aggiunge inoltre che in base allo *“statuto della società in questione, essa ha un socio unico (art. 7 dello statuto) costituito dal Comune di Nettuno (art. 7 dello statuto) e quindi l'assemblea (art. 10 dello statuto) è composta solo dal socio suddetto, che nomina (art. 15 dello statuto) l'Amministratore unico”*.

In particolare, il T.A.R. precisa che *“anche se a detto Amministratore unico sono conferiti, in base all'art. 18 di detto statuto, ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria, tuttavia sono ad esso preclusi attività particolari, come la concessione di ipoteche, fideiussioni ed avalli, e che, comunque il predisposto complesso di condizioni di nomina, funzionamento e controllo sulla società di cui trattasi configuri una sorta di controllo rispondente alle caratteristiche che la sopra evidenziata giurisprudenza in materia ritiene sufficiente per poterlo qualificare “analogo” a quello esercitabile dalla Città di Nettuno sui propri servizi”*.

Tra le pronunce più importanti può essere annoverata anche la sentenza del T.A.R. Puglia che ha ritenuto sussistente il requisito del “controllo analogo” tra il Comune di Bari e la società S.T.M. S.p.a. (già A.M.T.A.B. Patrimonio s.p.a.), operante nel settore dei servizi di trasporto disabili²⁵⁸.

In particolare secondo le pronunce del T.A.R. Puglia *“in base allo statuto*

²⁵⁸ T.A.R. Puglia, 8 febbraio 2007, n. 362/2007 che richiama a sua volta la precedente pronuncia dello stesso tribunale T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318.

societario, la “S.T.M. s.p.a.” (già “A.M.T.A.B. Patrimonio s.p.a.”) risulta effettivamente sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune di Bari, come emerge dalla composizione e nomina degli organi sociali e, segnatamente, dell’assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, cui sono riservati i principali compiti di conduzione della società, oltre che del collegio sindacale.

Infatti, il Comune di Bari è l’unico titolare del capitale sociale, che esercita sulla società e sui servizi ad essa affidati “un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (come precisato nella deliberazione di C.C. n.239/2003), il quale si concretizza nel possesso della partecipazione azionaria di controllo, nello strumento del contratto di servizio e nella sottoposizione della società agli strumenti di controllo di cui alla deliberazione di G.M. n.550 del 10 maggio 2001, la quale, a sua volta, impone l’obbligo di trasmettere mensilmente i verbali delle riunioni del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale, l’ordine del giorno delle adunanze del medesimo Consiglio di Amministrazione al Sindaco ed all’Assessore alle Aziende ed agli Amministratori della società, l’obbligo di trasmettere trimestralmente al Sindaco ed all’Assessore una relazione sull’andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati.

Si deve, in definitiva, concludere che, anche per quanto riguarda il controllo sulla società come previsto dall’art. 113 del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267 per l’affidamento “in house providing”, la struttura organizzativa della “S.T.M. s.p.a.” (già A.M.T.A.B. Patrimonio s.p.a.) appare tale da consentire al Comune di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione nonché sull’andamento economico finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente”

Per quanto non approfondita sul piano argomentativo, visto che il profilo del controllo analogo non era in discussione, anche una sentenza del Consiglio di Stato ha di recente ritenuto sussistente il rapporto *in house* tra il Comune di Roma e la società Zetema progetto cultura S.r.l.²⁵⁹.

Altre pronunce del giudice amministrativo, pur avendo ritenuto insussistente il requisito del “controllo analogo” con riguardo ad ipotesi specifiche, possono risultare

²⁵⁹ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

utili ai fini del presente parere, perché dall'impianto motivazionale di tali pronunce potrebbero ricavarsi spunti e suggerimenti.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto insussistente il requisito del “controllo analogo” e dunque illegittimo l'affidamento diretto del servizio di nettezza urbana da parte di un Comune ad una società di cui deteneva una partecipazione sia pure esigua.

A fondamento della propria decisione il Consiglio di Stato osserva che “*lo statuto, in atti, è quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costruzione degli anzidetti organi*”²⁶⁰.

Una serie di altre pronunce ha ritenuto insussistente il “controllo analogo” in presenza di una quota di partecipazione al capitale sociale “esigua” o “simbolica” quando tale circostanza non sia compensata dalla previsione di altri più significativi poteri che possano determinare comunque tale forma di controllo²⁶¹.

Alcune pronunce del giudice amministrativo, come già rilevato, segnalano tra gli indici della sussistenza del controllo analogo il potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza della società²⁶².

Su tale aspetto occorre rilevare che la Corte di giustizia europea (Corte di giustizia europea, Sez. I, 6 dicembre 2007, causa n. C-464/04) si è pronunciata sulla conformità al diritto comunitario delle disposizioni, quali l'art. 2449 del codice civile italiano, nella misura in cui conferiscono agli Stati o agli enti pubblici la facoltà di esercitare un controllo sproporzionato nella gestione delle società per azioni da esse partecipate²⁶³.

²⁶⁰ Cons. St., 8 gennaio 2007, n. 5. In particolare il giudice amministrativo osserva che “*Il presidente del Consiglio d'amministrazione e il direttore sono eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea è composta “dai soci” senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale è previsto solo che si compone di tre sindaci elettivi e due supplenti, che durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte l'articolo 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati, e anzi l'articolo 21 stabilisce che «Il Consiglio di Amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'Assemblea*”.

²⁶¹ In particolare cfr. T.A.R. Campania, sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, T.A.R. Piemonte, sez. II, 13 novembre 2006, n. 4164, T.A.R. Lazio, sez. II ter, 9 gennaio 2007, n. 72.

²⁶² Cons. St., sez. V, n. 2316/2004.

²⁶³ Secondo la Corte di giustizia “*l'art. 56 CE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del c.c. italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale*

Secondo la Corte, la prerogativa dell'ente pubblico di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione o del collegio sindacale non può essere realizzata a prescindere dalla entità della sua partecipazione al capitale sociale e deve comunque fondarsi sugli strumenti generali messi a disposizione dal diritto societario. Il potere di nomina dovrà essere commisurato all'entità della partecipazione e ad esso proporzionale e, pertanto, la possibilità di nominare la maggioranza degli amministratori o dei sindaci non potrà di regola essere esercitata attraverso partecipazioni esigue.

4.5. Il concetto di “attività prevalente”.

La giurisprudenza comunitaria ritiene che gli art. 43 e 49 Ce, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e *“questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”*²⁶⁴.

Il giudice comunitario ha chiarito che la condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese²⁶⁵.

Secondo il giudice comunitario, infatti, *“un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano*

società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, in seguito a modifiche, nella legge 30 luglio 1994, n. 474, come modificata dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società”.

²⁶⁴ Cfr. da ultimo Corte giust. CE, sez. III, 10 settembre 2009, n. 573.

²⁶⁵ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punto 60.

sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere”²⁶⁶.

Nel precisare il principio la Corte ha stabilito che *“occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni”²⁶⁷.*

Infine, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene *“si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività”²⁶⁸.*

Più di recente la Corte di giustizia CE ha confermato che il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono. Secondo la Corte *“Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività*

²⁶⁶ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punti 61 e 62.

²⁶⁷ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punti 65 e 66.

²⁶⁸ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punto 72.

*avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato*²⁶⁹.

Alla giurisprudenza comunitaria si è adeguato anche il giudice nazionale. La Corte costituzionale con sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439 ha precisato che l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa *“attiva sul mercato”*, con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, una lettura non rigorosa della espressione *“parte più importante della sua attività”* inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto in house alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera *“articolazione interna”* dell'ente stesso. Una consistente attività *“esterna”* determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto *“terzo”* (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente (v. Corte cost., n. 439/2008, cit.).

Numerose altre pronunce del giudice amministrativo hanno recepito l'orientamento comunitario, anche se non mancano difficoltà applicative in concreto, atteso che si tratta di nozioni che rientrano nella categoria dei concetti giuridici indeterminati (attività *“prevalente”*, *“più importante”*, *“quasi esclusiva”*, *“marginale”*) la cui applicazione comporta fisiologicamente un margine di incertezza.

Il Codice dei contratti pubblici – nell'ambito dei settori speciali - consente l'affidamento diretto da parte di un ente aggiudicatore a due condizioni: (i) l'esistenza di un *“collegamento”* tra l'ente aggiudicatore e l'impresa affidataria dell'appalto²⁷⁰;

²⁶⁹ Corte giust. CE, 10 settembre 2009, n. 573, cit. punti 79 – 80.

²⁷⁰ L'art. 218, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che *“Ai fini del presente articolo*

(ii) l'impresa collegata deve aver realizzato la parte preponderante del suo fatturato (80%) negli ultimi tre anni per attività rese a favore dell'ente aggiudicatore al quale è collegata²⁷¹.

La disposizione richiama il concetto di *in house providing* di matrice comunitaria, ma non può dirsi che tra l'*in house* in senso stretto e la fattispecie descritta dal Codice dei contratti pubblici all'art. 218 vi sia una perfetta coincidenza.

La figura degli affidamenti *in house* è stata, infatti, elaborata dalla giurisprudenza per delimitare i confini applicativi della disciplina delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture; ossia per giustificare la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di affidare detti appalti senza il previo esperimento di gare a evidenza pubblica (v. *supra*).

Rispetto all'*in house providing* nell'accezione intesa dalla Commissione europea (come successivamente sviluppata e definita dalla giurisprudenza comunitaria e amministrativa nazionale) vi sono delle differenze.

L'art. 218 del Codice dei contratti pubblici (che riprende l'art. 23 della direttiva 2004/17/Ce) ha il suo antecedente storico nell'art. 13, direttiva 93/38/Cee (che si applicava ai soli servizi) e ha la finalità di favorire la gestione di appalti strumentali all'interno di gruppi industriali. Si tratta di un'esenzione che è precedente e distinta dalla nozione di *in house providing* introdotta per la prima volta nel 1998 dalla Commissione con riferimento ad appalti "aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una amministrazione ed una società interamente controllata" sulla quale si è poi soffermata, come si è detto, la Corte di giustizia.

«impresa collegata» è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, o, nel caso di enti non soggetti a tale decreto, qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'articolo 3, comma 28 del presente codice o che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore o che, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne”.

²⁷¹ L'art. 218, comma 3, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che – oltre all'esistenza del “collegamento” nei termini di cui al precedente comma 1 – l'affidamento diretto senza gara all'impresa collegata è ammissibile:

- a) per gli appalti di servizi, se almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei servizi provenga dalla fornitura di tali servizi alle imprese cui è collegata;
- b) per gli appalti di forniture, se almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo delle forniture provenga dalla messa a disposizione di tali forniture alle imprese cui è collegata;
- c) per gli appalti di lavori, se almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori provenga dall'esecuzione di tali lavori alle imprese cui è collegata.

Infatti, mentre l'esenzione prevista dal Codice dei contratti pubblici mira a semplificare la gestione delle attività strumentali dei gruppi privati in mano pubblica che gestiscono servizi pubblici, facilitando l'organizzazione delle attività strumentali (es. pulizia, manutenzione, gestione immobiliare, ecc.) rispetto al servizio principale (esempio distribuzione gas), essa non ha lo scopo di disciplinare modalità organizzative della gestione di tale attività principale da parte di soggetti pubblici né di consentire l'affidamento dell'intera gestione del servizio a un soggetto distinto.

Nel fenomeno dell'*in house* quale soluzione organizzativa, si ritiene che, almeno sul piano sostanziale, non si verifichi un affidamento ad altro soggetto, ma una mera riorganizzazione dell'erogazione del servizio che rimane imputabile all'ente aggiudicatore. Diverso è il caso contemplato dal Codice, che consente l'affidamento di appalti strumentali all'interno del medesimo gruppo industriale già investito della gestione di un'attività rientrante nei settori speciali e che perciò richiede anche requisiti un po' meno stringenti.

Infatti, non è necessario il "controllo analogo", ma anche sul concetto di prevalenza dell'attività, fissata dal Codice nella misura esclusivamente quantitativa dell'80% del fatturato medio negli ultimi tre anni a favore dell'ente partecipante, la Corte di giustizia ha ritenuto che il criterio non possa essere applicato automaticamente per ricostruire il concetto di "attività prevalente" valevole in generale per individuare il fenomeno dell'*in house*²⁷².

Per quel che rileva ai nostri fini, la sentenza ha escluso in particolare che l'eccezione prevista dall'art. 13 della direttiva 1993/38/Ce sui servizi – di cui l'odierno art. 218 del Codice è l'antecedente storico originario – possa essere applicata in via analogica anche ad altri settori o tipologie di appalti).

Invero, secondo la Corte, il dato meramente quantitativo non basta a verificare se ci si trovi di fronte ad un caso di "in house", ma occorre prendere in considerazione "*tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative che quantitative*"²⁷³. Ciò detto, generalmente la Corte di giustizia si è astenuta dall'indicare parametri numerici certi, quali principalmente la quota di fatturato "pubblico" rispetto a quello privato.

Rispetto alla tendenza di non indicare parametri quantitativi di riferimento,

²⁷² Cfr. Corte giust., sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo e Comune di Busto Arsizio*.

²⁷³ Cfr. Corte giust. Ce, sez. I, 11 maggio 2006, cit.v. punto 64.

una recente pronuncia del giudice comunitario costituisce un'eccezione. In quel caso, infatti, il giudice comunitario – senza peraltro affrontare il problema sotto il profilo qualitativo - ha ritenuto il 90% dell'attività a favore dei controllanti, come dato numerico sicuramente sufficiente a far ritenere la sussistenza del requisito per la configurabilità dell'*in house*²⁷⁴.

Il giudice amministrativo – nel recepire l'orientamento comunitario – ritiene che più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale è necessario un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In particolare *“la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato (cfr. Cons. giust. amm., 4 settembre 2007, n. 719 secondo cui la circostanza che un'impresa creata per gestire lo spin off immobiliare di un grande ente locale come una Provincia, fornisca, saltuariamente, una sola volta nell'anno, e in quantità irrisoria rispetto al fatturato pubblico, un servizio di global service ad una grande impresa privata dello stesso territorio, particolarmente importante sotto il profilo sociale, potrebbe non violare il principio della prevalenza. Ma se la stessa operazione, negli stessi limiti quantitativi, cominciasse ad inserirsi in un piano aziendale di espansione, anche territoriale, ciò implicherebbe una rilevanza “qualitativa” della operazione in contrasto con il principio della prevalenza).*

Il caso esaminato dal supremo giudice amministrativo siciliano nella pronuncia richiamata si riferisce a una precisa vicenda concreta. Tuttavia possono enuclearsi alcuni principi comuni.

Nel caso esaminato dal giudice amministrativo siciliano, l'ente affidante era un ente territoriale (il Comune di Catania). Si poneva il problema del se e a quali condizioni l'esercizio di attività a favore di soggetti terzi e fuori dal territorio comunale potesse violare il principio comunitario di “prevalenza”.

Secondo il giudice amministrativo, la circostanza che l'affidatario diretto impieghi risorse consistenti fuori del territorio di competenza del suo ente promotore è indice *“della rilevanza della attività a favore di soggetto diverso dal suo ente proprietario. Quindi l'extraterritorialità della attività incide, a priori, proprio sul concetto di prevalenza, particolarmente nel senso qualitativo”*. A tal fine *“si deve*

²⁷⁴ Cfr. Corte giust. Ce, sez. II, 19 aprile 2007, n. 295, punto 63.

ritenere che il criterio della prevalenza (“la parte più importante...”) sia soddisfatto quando l’affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall’ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell’ente controllante” (Cons. giust. amm. n. 719/2007, cit.).

Il giudice amministrativo richiama l’orientamento comunitario (v. C. giust., sez. I, C-458/03, *Parking Brixen*), che considera l’aspetto qualitativo e quantitativo, riferendosi al fatto che il soggetto *“ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano: a) la trasformazione della azienda speciale in società per azioni; b) l’ampliamento dell’oggetto sociale; l’apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; c) l’espansione territoriale; d) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di Amministrazione”*.

In questa ottica, il punto chiave è *“l’acquisizione di una vocazione commerciale”* che, dietro lo schermo della forma giuridica della società pubblica, di fatto consegna questo imprenditore al mercato libero, pur in condizioni di privilegio. In tale motivazione si colgono, frammisti, i concetti del controllo analogo, ma anche della prevalenza della attività, sussunti nella rilevante definizione di: *“vocazione commerciale”*.

Con la successiva sentenza *Carbotermo* (v. *supra* Corte giustizia CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, cit.), il giudice comunitario ha chiarito ulteriormente i termini della questione. Nel punto 62 utilizza l’espressione *“sostanzialmente destinata in via esclusiva all’ente locale”*, e nel punto successivo afferma: *“solo se l’attività di detta impresa è principalmente destinata all’ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale”*.

Appare, dunque, che l’evoluzione della giurisprudenza comunitaria sia nel senso di una progressiva riduzione del concetto. Si parte infatti dalla espressione *“parte più importante”* della sentenza *Teckal*, redatta in lingua italiana, e *Stadt Halle*, redatta in lingua tedesca, alla complessa motivazione della sentenza *Parken Brixen* appena citata, alla espressione *“sostanzialmente destinata in via esclusiva all’ente locale in questione”*, sentenza *Carbotermo*, , punto 62, sopra citata, anch’essa redatta in lingua italiana.

Peraltro, l'espressione, in italiano nelle due prime sentenze, "*parte più importante*" è stata tradotta in tedesco con "*im wesentlichen*" che significa, in realtà, "*essenzialmente*", e con il medesimo senso è stata tradotta in inglese: "*the essential part of his activities*"; in francese: "*l'essentiel de son activité*". Nella sentenza *Stadt Halle*, redatta in tedesco, compare infatti direttamente l'espressione "*im wesentlichen*" (essenzialmente). Nella sentenza *Parken Brixen*, redatta in tedesco ma proveniente da un rinvio del TAR di Bolzano e successivamente recepita con gli stessi termini dai giudici italiani di lingua tedesca si usa ancora il termine "*im wesentlichen*", anche se la traduzione in italiano torna ad usare (forse non propriamente) l'espressione "*più importante*".

Orbene, il termine "essenziale" rinvia ad un concetto qualitativo, oltre che quantitativo, facendo riferimento all'"essenza", ovvero all'*ubi consistam* dell'affidatario diretto. In altri termini, la Corte accetta un'attività esterna puramente marginale, insignificante, non essenziale, assai prossima ad un'inesistenza, che è il modo speculare di vedere l'esclusività. Concludendo, si comprende che si sia ad un passo dalla totale esclusività, e che, per l'istante, il giudizio deve essere espresso secondo parametri di eccezionale ristrettezza quantitativa e qualitativa (in questo senso Cons. giust. amm. n. 719/2007, cit.).

I principi espressi trovano conferma anche in una pronuncia della Corte costituzionale e sembrano essere stati recepiti anche dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

La Corte costituzionale ha richiamato la sentenza *Carbotermo*, ricordando che – sul piano quantitativo - la stessa sentenza al paragrafo 65 fa espresso riferimento all'elemento del fatturato, osservando che "*occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante*". Inoltre, per mantenere una impostazione coerente con l'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, non sono ammesse rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante.

Sul piano qualitativo, tale profilo incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo del fatturato, tale profilo può – in astratto –

riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell'attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l'attività "libera" in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente (Corte cost., n. 439/2008, cit.).

Da ultimo anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha rilevato che *“La giurisprudenza prevalente ritiene che tale condizione sia soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante. Più che l'individuazione di una soglia percentuale, necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato mostrano di ritenere a priori che l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, violi la prevalenza”* (Deliberazione n. 2 Adunanza del 13 gennaio 2010).

Va sottolineato, infine, che il requisito dell'attività prevalente va dimostrato, non solo in concreto, ma anche a livello di fonti regolatrici della vita della società. Anzi, il giudice amministrativo ha in passato attribuito alle fonti statutarie un ruolo decisivo.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto soddisfacente semplicemente il fatto formale e astratto che lo Statuto di una società indicasse: *“la parte più rilevante della propria attività risulti rivolta alla collettività degli enti locali soci”* (v. T.A.R. Lombardia, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5758). Mentre, in un'altra pronuncia ha reputato insussistente il requisito in questione per il fatto che le fonti societarie non contemplavano criteri di sorta per evitare che le risorse aziendali della società controllata fossero utilizzate in modo prevalente su attività di impresa esterne al territorio degli enti partecipanti (v. T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 236/2009).

Appare condivisibile il principio di indicare già nello Statuto ci siano meccanismi giuridici volti ad evitare che in concreto la società possa agire facilmente a servizio di soggetti dal socio pubblico. Meno condivisibile è il principio affermato

dal TAR Lombardia sulla sufficienza della clausola statutaria che indichi il limite della "prevalenza" a favore del socio pubblico. L'accertamento della "prevalenza" va fatto sempre in concreto, al fine di evitare qualsiasi elusione dei principi comunitari attraverso la semplice indicazione nominativa nello Statuto del limite in questione.

4.6. Riflessioni conclusive anche alla luce dei recenti interventi legislativi

La tutela della concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche trova un limite nel fenomeno dell'autoproduzione da parte della pubblica amministrazione, il quale si basa a sua volta sul principio di autorganizzazione amministrativa.

Se un operatore privato è sottoposto ad un controllo gestionale talmente pervasivo da parte del socio pubblico da essere "analogo" a quello che quest'ultimo esercita sui propri uffici e se lo stesso operatore esercita la parte più importante della propria attività a favore del socio pubblico controllante, non viene in rilievo l'esigenza di tutela della concorrenza poiché si sta operando al di fuori del perimetro del mercato e cioè all'interno della stessa amministrazione.

"Controllo analogo" e "attività prevalente" sono dunque i criteri concreti atti a disegnare il perimetro dell'autoproduzione amministrativa. In presenza di tali presupposti, la giurisprudenza comunitaria ritiene che l'Amministrazione possa procedere all'affidamento diretto a favore dell'operatore controllato senza ricorrere alla gara. Ciò secondo un principio di tendenziale libertà che non imporrebbe all'Amministrazione neppure di motivare sulle ragioni per cui non si è scelto l'*outsourcing* a favore di imprese private²⁷⁵. Per il diritto comunitario l'autoproduzione e l'*outsourcing* hanno la medesima dignità e non è richiesto all'Amministrazione di motivare l'indispensabilità del ricorso alla prima.

Rispetto ai principi comunitari, l'ordinamento nazionale - inteso nel suo formante giurisprudenziale e normativo - ha optato per una soluzione più "liberistica"²⁷⁶ rendendo sotto diversi profili più restrittivo il ricorso all'*in house*.

Tale irrigidimento in senso più liberistico è avvenuto in due direzioni. Per un verso, sono state introdotte condizioni *esogene* rispetto a quelle individuate dalla

²⁷⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera), p. 27.

²⁷⁶ Cfr. M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 29

giurisprudenza comunitaria e cioè condizioni ulteriori rispetto a quelle relative all'organizzazione decisionale ("controllo analogo") e ai destinatari dell'attività o, comunque, limiti economici relativi al valore dell'affidamento al di sopra dei quali la scelta del modello *in house* è preclusa *a priori*. Per altro verso, anche i presupposti *endogeni* richiamati sono stati recepiti all'interno del nostro ordinamento con una certa restrittività.

Sotto quest'ultimo profilo, mentre nella giurisprudenza comunitaria il requisito dell'attività prevalente è stato ritenuto sussistente anche in casi di operatività sul mercato pari al 10% del fatturato, il giudice amministrativo italiano ha ritenuto che tale requisito sussiste quando l'attività sul mercato sia puramente marginale, insignificante, non essenziale, assai prossima ad un'inesistenza. In questo caso il rigore del giudice amministrativo nazionale sembra essere condivisibile, visto che in gioco v'è l'attribuzione alla società *in house* di ingiustificate rendite di posizione a detrimento della concorrenza.

Sotto il primo profilo, lo sfavore per l'*in house* si è manifestato, anzitutto nel richiedere un onere motivazione più stringente, tale da rendere il modello in questione residuale rispetto all'*outsourcing*. Già l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con atto di segnalazione del 28 dicembre 2006 n. AS375 ha ritenuto che l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale mediante l'*in house* risulta giustificato solo se non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato: l'intervento pubblico dovrebbe essere limitato a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato. Secondo l'Autorità antitrust, le ipotesi in cui è consentita agli enti locali l'erogazione diretta di servizi pubblici, senza ricorso al mercato, sono da applicare in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettiva situazione di conflitto di interesse che tale modalità di affidamento determina in capo a tali enti, che risultano essere al contempo affidatari del servizio, amministratori e azionisti della società di gestione dei servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima società.

Anche la giurisprudenza nazionale del pari ha affermato l'eccezionalità del modello *in house*, in quanto deroga alle regole generali comunitarie di apertura al mercato. In particolare, l'Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1 ha ribadito che la società *in house* costituisce una deroga ai principi di concorrenza, non

discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), per cui è ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale. La plenaria, ancorché in via di *obiter*, aderisce all'impostazione secondo cui l'affidamento diretto ad una società *in house* viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: *a*) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; *b*) dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*²⁷⁷.

L'eccezionalità del modello *in house* è stata di recente affermata e aggravata dal legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. In particolare l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 ha previsto che l'affidamento *in house* sia consentito solo in via eccezionale, a condizione che siano rispettati i requisiti già esaminati del diritto europeo e che, inoltre, "*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*" non permettano un efficace e utile ricorso al mercato. La scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento *in house* deve essere motivata in base a un'analisi di mercato; al di sopra di una determinata soglia dimensionale (valore del servizio oggetto di affidamento superiore a 200.000 euro annui) è necessario il parere preventivo, non vincolante, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Lo sfavore nei confronti dell'*in house* si inserisce in un clima più generale di sfiducia verso le società pubbliche. Il legislatore italiano si è spinto - in nome della tutela della concorrenza - ben oltre i paletti fissati dall'ordinamento comunitario, limitando in modo assai severo la costituzione e l'operatività delle società pubbliche²⁷⁸. Sono espressione di questa direttrice legislativa pro concorrenziale l'art. 13 del d.l. 223/2006, cd. Decreto Bersani e l'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007

²⁷⁷ V. anche Cons. giust. sic. 4 settembre 2007 n. 719, segnalata in *Urb. app.*, 2007,1443; *Urb. e app.*, 2008, 211, con nota di S. Colombari, in *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*.

²⁷⁸ Cfr. M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 7 e ss.

(Finanziaria 2008). A ciò si sono aggiunte alcune disposizioni (art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78) che - per finalità di contenimento della spesa - hanno imposto divieti assoluti di costituzione di mantenimento di partecipazioni pubbliche per i Comuni.

CAPITOLO V

SOCIETÀ 'IN HOUSE' E SOCIETÀ MISTE NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO: 5.1. LA NOZIONE. – 5.2. LA DISCIPLINA: IL CRITERIO DI RIPARTO DELLE COMPETENZE TRA STATO E REGIONI. – 5.3. FORME ORGANIZZATIVE DELL'EROGAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI - 5.4. L'ART. 23-BIS DEL D.L. N. 112/2008 (COME MODIFICATO DAL D.L. N. 135/2009, DECRETO RONCHI) - 5.4.1. IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL REGOLAMENTO GOVERNATIVO - 5.4.2. GLI ASPETTI DI LIBERALIZZAZIONE DEL SETTORE - 5.4.2.1 LA REGOLA DELLA GARA - 5.4.2.2. LE REGOLE APPLICABILI ALLA PROCEDURA PER L'AFFIDAMENTO - 5.4.2.3. L'ACQUISTO DI BENI E SERVIZI DA PARTE DELLE SOCIETÀ IN HOUSE E DELLE SOCIETÀ MISTE - 5.4.2.4. DISTINZIONE TRA FUNZIONI DI REGOLAZIONE E FUNZIONI DI GESTIONE - 5.4.2.5. IL REGIME TRANSITORIO DEGLI AFFIDAMENTI - 5.4.2.6. LE MISURE IN TEMA DI LIBERALIZZAZIONI - 5.4.2.7. CESSIONE DEI BENI IN CASO DI SUBENTRO - 5.5. IL RUOLO DELLE SOCIETÀ MISTE - 5.5.1. IL CONTESTO GENERALE - 5.5.2. LA SOCIETÀ MISTA COME MODELLO DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI - 5.5.3. LA SOLUZIONE PROSPETTATA NEL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO (CONS. STATO, SEZ. II, 18 APRILE 2007, N. 456) - 5.5.4. LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA E L'INTERVENTO DELL'ADUNANZA PLENARIA N. 1/2008 - 5.5.5. CONCLUSIONI ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE COMUNITARIA - 5.6. I PRINCIPI CONTENUTI NELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 325/2010 SULLA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI - 5.7. SULLA LEGITTIMITÀ DELLE NORME REGIONALI CHE ESCLUDONO L'IN HOUSE IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

5.1. La nozione

5.1.1. Il problema dei servizi pubblici locali nasce, nel nostro ordinamento, sul

finire dell'800. Da un lato, l'urbanizzazione creava nuovi bisogni di infrastrutture e di servizi che, nella percezione comune, non erano adeguatamente soddisfatti dalle imprese private (talvolta concessionarie degli stessi comuni). Dall'altro lato, le finanze delle amministrazioni comunali erano spesso in condizioni di difficoltà. La gestione dei servizi locali, taluni dei quali con una naturale vocazione monopolistica, rappresentava una soluzione semplice per incamerare le relative rendite nelle casse comunali.

I tentativi di disciplinare in modo organico la materia furono vari. Tra questi, fu il progetto di legge "Giolitti" che – sostenuto da uno schieramento politico ampio – riuscì a giungere sino alla promulgazione, avvenuta con la l. 29 marzo 1903, n. 103. La legge venne preceduta da un dibattito alquanto approfondito, in cui confluirono le esperienze di altri Stati europei²⁷⁹.

Il problema dei servizi locali fu dunque affrontato con spirito pragmatico e informato. Gli obiettivi che il legislatore perseguiva erano "progressivi", di crescita del benessere per l'utenza. La gestione municipale dei servizi era vista, anzitutto, come una forma di supplenza e di integrazione dei poteri pubblici all'erogazione da parte di privati di servizi ai cittadini. Da questo punto di vista, l'assunzione dell'impresa di servizi pubblico locale aveva in sé una funzione – accrescere la qualità e la disponibilità del servizio – che oggi attribuiremmo alla regolazione e che, nel disegno originario, si confondeva con la gestione del servizio. I poteri pubblici locali, inoltre, potevano trovare nei servizi locali una fonte di finanziamento diversa dall'imposizione fiscale. Per questi aspetti, le finalità delle municipalizzazione non erano dissimili da quelle che oggi sono attribuite ai processi, speculari, di privatizzazione e liberalizzazione.

5.1.2. La legge n. 103/1903 evocava la nozione di "pubblico servizio" e con essa anticipava una serie di problemi teorici – di ricostruzione sistematica dei caratteri comuni alle figure tipiche del servizio pubblico – e pratici. La natura di pubblico servizio, difatti, definiva il perimetro delle possibili assunzioni comunali. Il servizio pubblico, inoltre, avrebbe acquistato una crescente specialità sul piano del regime giuridico. Gli stessi problemi si sarebbero ripresentati con la Costituzione repubblicana, che all'art. 43 consente la collettivizzazione di una serie di attività, tra le quali i "servizi pubblici essenziali".

²⁷⁹ Per una ricostruzione di tale dibattito, cfr. G. PISCHEL, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972.

Le soluzioni avanzate sulla nozione di servizio pubblico sono ricostruibili, grosso modo, intorno a due orientamenti: quello “soggettivo”, per il quale sono di servizio pubblico le attività non autorative che pertengono ai poteri pubblici; quello “oggettivo”, oggi più diffuso, che ha cercato di definire la nozione in relazione ai caratteri o ai fini dell’attività esercitata. Il secondo orientamento ha visto delle sottodistinzioni a seconda che l’enfasi fosse posta sulla produzione di beni o servizi “indispensabili” per le collettività, sul perseguimento di fini sociali o sul regime giuridico dell’attività (quando, ad esempio, vi siano obblighi di universalità, continuità e non discriminazione). I riflessi di tali ricostruzioni si vedono anche nelle norme primarie che contengono la disciplina generale – ancorché parziale e lacunosa – della materia. La legge n. 142/1990 – con una formula poi trasposta nel T.U.E.L. (Testo Unico degli Enti Locali), d.lgs n. 267/2000 e tuttora vigente – prevede che i servizi pubblici locali abbiano per oggetto “*la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”²⁸⁰.

Nessuna di tali soluzioni, in realtà, è interamente soddisfacente. Il carattere indispensabile del bene o del servizio è incerto e mutevole nel tempo e spesso non ricorre nei servizi pubblici tipici (e, d’altra parte, vi sono attività indispensabili non gestite dai poteri pubblici)²⁸¹. I fini sociali ricorrono in pressoché ogni attività dei pubblici poteri e possono risolversi nel fatto dell’assunzione in quanto tale. Se poi si rende il criterio più stringente – riferendolo all’imposizione di specifici obiettivi sociali che vadano al di là della gestione del servizio – esso dimostra lo stesso limite delle nozioni basate sul regime delle attività: può *seguire* a una disciplina di servizio pubblico ma non può giustificare la scelta di *attrarre* un’attività in tale disciplina.

La giurisprudenza, da parte sua, non ha contribuito a fare chiarezza sul tema, combinando i vari spunti ricavabili dalle norme e dalla dottrina secondo logiche di ordine processuale, legate al riparto di giurisdizione. Il giudice civile tende a circoscrivere la nozione di servizio pubblico alle prestazioni erogate alla generalità dell’utenza²⁸², quando sottoposte a un regime particolare di controlli e, eventualmente, conformazioni, o quando rivolte alla soddisfazione di bisogni

²⁸⁰ Si trattava dell’art. 22, comma 1, della l. n. 142/1990, oggi l’art. 112, del d.lgs. n. 267/2000.

²⁸¹ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1995, 142.

²⁸² Cass. (ord.), sez. un., 19 aprile 2004, n. 7461, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 1681.

fondamentali²⁸³. Il giudice amministrativo comprende nella nozione anche i servizi prestati alle amministrazioni, purché a beneficio indiretto della collettività (ad esempio, i servizi di riscaldamento degli immobili pubblici aperti al pubblico²⁸⁴). In questo modo, i pubblici servizi vengono in parte sovrapposti ai contratti di appalto di servizi.

5.1.3. Il terreno di confronto per giungere a una nozione praticabile di servizio pubblico può oggi essere trovato con una lettura sistematica dei principi di concorrenza e di sussidiarietà – anche orizzontale – e dell’istituto del servizio universale, introdotto dal diritto comunitario.

La considerazione di partenza è che il regime di servizio pubblico comporta rinunce – di entità variabile, ma comunque apprezzabili – al sistema di concorrenza non falsata che il Trattato Ce ha previsto²⁸⁵ e che oggi anche la Costituzione include tra gli obiettivi “trasversali” della legislazione statale²⁸⁶. La rinuncia al mercato può assumere la forma estrema della “privativa” – ormai da circoscrivere ai casi direttamente previsti dalla legge²⁸⁷ – o dipendere da quel complesso di ausili pubblici e regole di privilegio che spesso ha portato i servizi pubblici locali a essere erogati in condizioni di monopolio di fatto. In entrambi i casi, il servizio pubblico implica una deroga al regime ordinario delle attività economiche – che è quello di concorrenza – e deve dunque essere adeguatamente giustificata.

Questo schema di analisi del problema, in verità, non può essere considerato del tutto nuovo. L’idea che l’intervento pubblico fosse un rimedio alle insufficienze del mercato – e che dunque andasse dispiegato in questi limiti – era in qualche modo già presente nel dibattito che poi culminò nella l. n. 103/1903 (v. *supra*). Oggi, nondimeno, si può osservare una differenza di approccio.

La lunga esperienza acquisita con le municipalizzazioni ha indicato che alcuni limiti del meccanismo concorrenziale non vengono corretti con l’intervento pubblico diretto, che anzi può aggiungere inefficienza e disordine. L’azione dei poteri pubblici

²⁸³ Trib. Roma, 8 maggio 2000, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 395. Va detto che “Non ogni attività privata, pur soggetta a controllo, vigilanza o autorizzazione da parte di una pubblica amministrazione, costituisce, pertanto, un pubblico servizio, perché così inteso, il servizio pubblico finirebbe col coincidere con ogni attività privata rilevante per il diritto amministrativo”, Cass. n. 7461/2004, cit..

²⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2001, 2605, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1117; Tar Campania, sez. I, 1 aprile 2003, n. 3122, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 594.

²⁸⁵ V. l’art. 3, par. 1, lett. g), del Trattato.

²⁸⁶ V. l’art. 117, comma 1, lett. e), Cost., come interpretato da Corte Cost., 13 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2006, I, 37, e 27 luglio 2004, n. 272, in *Foro it.*, 2005, I, 2648.

²⁸⁷ Cass., sez. I, 6 giugno 2005, n. 11726, in *Foro it.*, 2006, I, 2442.

va perciò sottoposta a una verifica stringente di adeguatezza e proporzionalità, verifica che, a sua volta, influisce sul contenuto che è possibile dare alla nozione di servizio pubblico. Rispetto al passato, inoltre, vi è una conoscenza più analitica degli strumenti di intervento a disposizione, dei loro impieghi e dei loro effetti.

Da tutto ciò è possibile ricavare taluni criteri per intendere in modo attuale la nozione di servizio pubblico. Il primo di tali criteri riguarda gli interessi generali che il servizio pubblico vuole tutelare. La verifica che occorre compiere per definire il perimetro del servizio è se tali interessi non siano o non possano essere adeguatamente garantiti dall'azione concorrenziale dei privati. Il presupposto affinché ci sia il servizio pubblico, dunque, è l'assenza o l'insufficienza del mercato²⁸⁸. Tale presupposto è necessario ma non sufficiente, giacché occorre potere escludere che altre forme di regolazione delle attività private, meno invasive, non possano dare risultati soddisfacenti. Questa stessa linea di ragionamento porta a scomporre il servizio pubblico – come nozione unitaria, che mette insieme l'attività e il suo regime giuridico – in una pluralità di elementi, per ciascuno dei quali è possibile compiere la verifica di proporzionalità sopra descritta.

Una prima conclusione che dunque si può raggiungere, sia pure sommariamente, è che il servizio pubblico vada inteso come un concetto “plastico”, capace di adattamenti e funzionale al raggiungimento di scopi circoscritti di integrazione dei meccanismi di mercato.

5.1.4. La legislazione più recente ha introdotto un ulteriore fattore di complicazione della nozione di servizio pubblico. Dopo un'iniziale distinzione in base della “rilevanza industriale” dell'attività²⁸⁹, il testo attuale del d.lgs. n. 267/2000, art. 113-*bis*, differenzia il regime giuridico dei servizi pubblici locali a seconda che questi abbiano o meno “rilevanza economica”²⁹⁰. La norma – nella parte in cui introduceva una disciplina di dettaglio anche per i servizi privi di rilevanza economica – è stata dichiarata incostituzionale²⁹¹. La distinzione in quanto tale, tuttavia, è restata e, almeno in negativo, porta con sé l'esigenza pratica di ritagliare, nell'ambito della

²⁸⁸ V. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181, nonché M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato dir. amm.*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, parte speciale, tomo IV, 2582.

²⁸⁹ Distinzione che, nel breve periodo di vigenza – tra la l. n. 448/2001 e il d.l. n. 269/2003. – non aveva trovato un chiarimento affidabile. V. M. DUGATO, *op. cit.*, pp. 2581-2583.

²⁹⁰ V. l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000.

²⁹¹ Corte Cost., n. 272/2004, cit..

nozione più ampia, i servizi privi di rilevanza economica.

Tale ultimo carattere può essere ricostruito tenendo conto che il servizio pubblico, per sua natura, dovrebbe implicare la produzione di beni o servizi. Ammettendo che questo aspetto vada conservato, occorre verificare in che modo esso sia conciliabile con la carenza di rilievo economico dell'attività.

Il problema è stato affrontato in ambito comunitario, rispetto alla nozione di "attività economiche" utile per l'applicazione delle regole di concorrenza, nozione a cui il legislatore nazionale sembra essersi intenzionalmente ispirato. Secondo la Corte di giustizia, un'attività che pur abbia a oggetto la produzione di beni e servizi perde il carattere "economico" quando le modalità con cui è esercitata non potrebbero essere, neppure in astratto, adottate da un'impresa. In questo senso, la Corte ha distinto i sistemi previdenziali e assistenziali basati sulla solidarietà tra i lavoratori, ritenuti a carattere "non economico", da quelli fondati su meccanismi di capitalizzazione, che invece avrebbero tale carattere²⁹². A livello locale, situazioni del genere possono ipotizzarsi per alcuni servizi assistenziali o culturali.

Il criterio indicato dalla Corte, nondimeno, attiene alle forme di esercizio e non all'essenza dell'attività. L'attrazione di un servizio nella categoria delle attività prive di rilevanza economica, pertanto, può perdere la sua ragion d'essere qualora mutino i modelli di gestione. L'ipotesi più frequente potrebbe essere quella della creazione di un mercato "a monte" attraverso l'esternalizzazione del servizio ad appaltatori privati, con il pagamento di corrispettivi che renderebbero l'attività coerente con il modello imprenditoriale²⁹³. Anche la nozione di servizi privi di rilevanza economica, dunque, va intesa in modo evolutivo e adattandola alle circostanze del caso²⁹⁴.

5.2. La disciplina: il criterio di riparto delle competenze tra Stato e Regioni.

Per ricostruire il criterio di riparto delle competenze tra Stato e Regioni,

²⁹² Corte giu., 22 gennaio 2002, *Inail*, in causa C-218/00, nonché 21 settembre 1999, *Albany*, in causa C-67/96.

²⁹³ È un'eventualità ben presente nei documenti comunitari in materia: cfr. Commissione, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM (2003) 270 del 21 maggio 2003, punto 44.

²⁹⁴ Cfr. V. Molaschi, *La gestione dei servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica»: prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272 del 2004*, in *Foro it.*, 2005, I, 2652.

occorre prendere in considerazione l'art. 117 della Costituzione, secondo la lettura che ne ha fatto la Corte Costituzionale in seguito alla riforma di cui alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Tra le materie attribuite alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni sono previsti i “*porti e aeroporti civili*”, le “*grandi reti di trasporto e di navigazione*”, “*l'ordinamento della comunicazione*” e la “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia elettrica*”²⁹⁵.

Alla luce dell'art. 117, comma 3, della Costituzione, la disciplina delle infrastrutture e dei grandi servizi a rete è riservata allo Stato per quanto attiene ai principi fondamentali, mentre alle Regioni è rimessa l'attuazione delle scelte nazionali, attraverso una legislazione di dettaglio e l'eventuale emanazione dei regolamenti attuativi, che nelle materie di legislazione concorrente non possono più essere adottati dallo Stato.

In particolare, la Corte ha statuito che, soprattutto nella fase di transizione dal vecchio al nuovo sistema di riparto delle competenze, la legislazione regionale concorrente è tenuta a “*svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore*”²⁹⁶. Tale soluzione è stata, infine, accolta, dal legislatore ordinario all'art. 1, comma 3, della legge 5 giugno 2003, n. 131, di attuazione del Titolo V (cosiddetta legge “La Loggia”).

L'art. 117 della Costituzione non individua invece i servizi pubblici locali come materia da attribuire alla legislazione esclusiva dello Stato, né da assegnare alla legislazione concorrente. Per tale motivo la Corte Costituzionale è stata chiamata a definire in questo ambito i limiti e i rispettivi confini tra potestà legislativa Statale e regionale.

Con la sentenza n. 272 del 27 luglio 2004, originata da una questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la Corte ha collocato i servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative fissato dall'art. 117 definendo i confini tra potestà legislativa statale e regionale nella relativa materia. La Corte, nel caso di specie, ha sostanzialmente confermato l'impostazione della citata pronuncia n. 14 del 13 gennaio 2004 per poi

²⁹⁵ Si tratta di quelle che gli economisti chiamano “*network industries*” a sottolineare la presenza dell'elemento comune e tipizzante costituito dalla rete, il “*network*”.

²⁹⁶ Così nelle sentenze della Corte costituzionale n. 282 del 26 giugno 2002 e, n. 120 del 25 marzo 2005.

chiarire ulteriormente i contenuti delle competenze statali al riguardo.

La sentenza non ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo 113 del d.lgs. 267/2000, se non nei riguardi del suo comma 7.

Secondo la Corte la disciplina censurata non è riferibile né alla competenza legislativa statale in tema di “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*” (art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione), poiché riguarderebbe “*servizi di rilevanza economica*” e comunque non atterrebbe “*alla determinazione di livelli essenziali*”. Non rientrerebbe neppure nell'ambito delle “*funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*” (art. 117, comma 2, lett. p), della Costituzione) poiché la “*gestione di detti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria e indefettibile dell'ente locale*”. Tale disciplina “*può essere agevolmente ricondotta nell'ambito della materia “tutela della concorrenza”, riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato*”.

La Corte, come in parte anticipato, ha però stabilito che tale riconduzione vale solo per i servizi cosiddetti “a rilevanza economica”, mentre per quelli privi di tale rilevanza il titolo di legittimazione costituito dalla “tutela della concorrenza” non è applicabile proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

Già in passato, la Corte ha affermato che “la tutela della concorrenza”, come d'altronde “la tutela dell'ambiente” o “la determinazione dei livelli essenziali”, assume una portata trasversale: essa, infatti, non individua una materia in senso proprio, imponendo piuttosto la promozione di un fine e la cura di un valore che ha ricadute trasversali anche in materie attribuite alle Regioni a titolo di competenza legislativa concorrente o esclusiva.

Ciò vale soprattutto per la materia dei servizi pubblici, rispetto ai quali la tutela della concorrenza spiega efficacia sia nei confronti dello Stato, sia nei confronti delle Regioni e degli enti locali.

Sul punto la Corte costituzionale si era già espressa osservando che la nozione adottata nel diritto interno riflette quella operante in ambito comunitario. Pertanto, essa non si esaurisce negli interventi propriamente antitrust, che si traducono perlopiù nel divieto di condotte anticoncorrenziali (intese, concentrazioni e abusi di posizione dominante), ma abbraccia anche le misure di regolazione e la disciplina degli aiuti, nella misura in cui questa sia volta a promuovere un mercato aperto e in libera

concorrenza²⁹⁷.

Nella sentenza n. 272 del 27 luglio 2004, la Corte ha respinto la tesi della Regione ricorrente²⁹⁸ e ha affermato di non poter accogliere la “*distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di “tutela” o a misure di “promozione” della concorrenza*”, poiché “*la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato*”.

La Corte ha precisato che, “*l’indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l’affidamento dei servizi pubblici locali “di rilevanza economica” e dall’altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali*”.

Inoltre, richiamata la sentenza n. 14/2004 laddove ha stabilito che i “*vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi*”, la sentenza n. 272/2004 riconosce il criterio di “*proporzionalità*” e “*adeguatezza*” come “*essenziale per definire l’ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali*”²⁹⁹.

In un’altra decisione³⁰⁰, la Corte ha affrontato il rapporto tra le competenze generale dello Stato e quella residuale delle regioni in una fattispecie non regolata da una norma statale. La Corte ha affermato che “*versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato*”. Il caso riguardava una norma regionale secondo cui le società a capitale interamente pubblico, alle quali sia stata conferita dagli enti locali la proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali, destinati all’esercizio dei servizi pubblici, non possono partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto gestore del

²⁹⁷ Corte costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14.

²⁹⁸ La Regione Toscana, nel ricorso distingueva tra “*tutela*” (di competenza statale) e “*promozione*” della concorrenza (spettante invece alle regioni nel concreto svolgersi dei servizi pubblici locali)

²⁹⁹ Nel caso di specie, dunque, ha ricevuto l’avallo del Giudice delle leggi una disciplina delle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali che mira a conservare pressoché intatta la posizione dominante che l’ente locale attualmente ricopre.

³⁰⁰ Corte costituzionale, sentenza 1 febbraio 2006, n. 29.

servizio o del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato. La Corte, al riguardo, ha evidenziato che la scelta della regione non solo non era in contrasto con specifiche disposizioni nazionali ma era stata altresì *“coerente con il principio d'ordine generale, pure se derogabile, che postula la separazione tra soggetti proprietari delle reti e soggetti erogatori del servizio”*.

Nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica il rispetto dei principi posti dalla legge statale per la salvaguardia della concorrenzialità del mercato costituisce dunque un limite alla potestà legislativa regionale residuale, cui deve aggiungersi, in ossequio all' art. 117, 1° comma, della Costituzione, la conformità alla disciplina comunitaria dei servizi di interesse economico generale.

Tali limiti, invece, non possono essere opposti alle Regioni nella disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica. Rispetto a tale tipologia di servizi, infatti, la Corte ha in precedenza sostenuto la non applicabilità del *“titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza [poiché] in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale”* sicché deve essere riconosciuto un congruo *“spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale e anche locale”* (di qui l'incostituzionalità conseguenziale dell'art. 113-bis). Altrettanto deve dirsi per la disciplina comunitaria, stante la rilevanza che in essa assume il carattere economico dell'attività. In questo settore non può però ritenersi esclusa una più incisiva incidenza della competenza esclusiva statale in materia di *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”*, di cui all'art. 117, 2° comma, lett. m) (come invece è accaduto con riguardo alla questione oggetto della sentenza n. 272 relativa ai servizi dotati di rilevanza economica).

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale con riferimento ai servizi pubblici a rilevanza economica, giustificano, con le cautele di cui si è detto (v. supra supra 5.1.), un differente assetto normativo per i servizi privi di rilievo economico, per i quali non sussistono ragioni di tutela della concorrenza. In relazione a questo tipo di servizi, alla luce del Titolo V della Costituzione novellato, la disciplina regionale e locale acquista maggiori spazi anche in ossequio ai principi di sussidiarietà verticale e orizzontale.

In sintesi, il quadro costituzionale consente un modello attuativo dei servizi

pubblici che può assumere vesti flessibili e articolate in grado di bilanciare i principi della concorrenza con le esigenze sociali e di interesse generale.

Con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici locali, allo Stato dovrebbe spettare la definizione delle condizioni generali di concorrenza da garantire in modo uniforme, nonché degli standard qualitativi e quantitativi delle prestazioni da assicurare su tutto il territorio nazionale; alle Regioni, invece, spetterà la disciplina dei singoli settori attribuiti alla propria competenza, con l'introduzione di quei margini di flessibilità in ordine alla scelta degli strumenti in grado di superare le asimmetrie del mercato interessato.

Le Regioni dispongono di una competenza legislativa esclusiva-residuale sia nei servizi pubblici privi di rilevanza economica che in quelli di rilevanza economica limitatamente, in quest'ultimo caso, alla disciplina dei criteri di aggiudicazione delle gare e a quelli di scelta del socio privato nelle società a capitale misto. Ad ogni modo, in base al principio di autonomia organizzativa, la scelta in concreto del modulo organizzativo del servizio spetta all'ente territoriale titolare del servizio che, nel rispetto dei principi generali fissati con norme di principio di fonte statale, potrà con normativa di dettaglio disporre l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, mediante procedura ad evidenza pubblica.

Sia a livello comunitario che in ambito nazionale, è lasciata agli enti territoriali competenti la scelta sul concreto modulo gestionale con cui affidare il servizio. Inoltre, è opportuno sottolineare che, mentre l'affidamento diretto del servizio costituisce eccezione al principio generale di espletamento della gara per l'affidamento del servizio, l'utilizzo della procedura ad evidenza pubblica rappresenta la regola.

Tali conclusioni sono state confermate, come si vedrà, con la pronuncia della Corte costituzionale n. 325/2010 sulla legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 (v. *infra* 5.6).

5.3. Forme organizzative dell'erogazione dei servizi pubblici locali.

La gestione dei servizi pubblici locali è tornata alla ribalta per effetto del recente intervento legislativo di cui all'art. 23 –bis del d.l. 112/2008 convertito in l. n.

133/2008. In precedenza, il processo di riforma dei servizi pubblici locali si è articolato in due interventi legislativi statali. Ciò dopo che già in occasione della legge di riforma delle autonomie locali 8 giugno 1990, n. 142 era stata concepita una prima riforma stralcio del settore, in attesa di una legge di riordino più generale della materia dei servizi pubblici locali ancor oggi non approvata.

I due interventi legislativi antecedenti sono stati fondati sulla competenza statale in materia di tutela della concorrenza. Il primo è avvenuto con l'approvazione dell'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha interamente sostituito l'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali – T.U.E.L.).

Il secondo intervento in materia di servizi pubblici locali è avvenuto, invece, con l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 e poi con l'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004) che hanno nuovamente modificato il testo dell'art. 113 introducendo principi parzialmente differenti rispetto a quelli introdotti dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448.

In particolare, in parte ponendosi in controtendenza rispetto all'orientamento legislativo precedente, era stata valorizzata la forma di affidamento "in house", cioè di affidamento senza gara a società a capitale interamente pubblico, sia pur nel rispetto delle condizioni stabilite dall'ordinamento comunitario.

L'art. 35 della l. n. 448/2001 ha introdotto il principio del "*conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica*", quale unica modalità di erogazione del servizio da svolgere in regime di concorrenza (per il mercato) (art. 113, comma 5, TUEL). Il medesimo art. 35 stabiliva, peraltro, con riferimento al servizio idrico integrato che, "*in alternativa*" all'affidamento del servizio con gara, i soggetti competenti avrebbero potuto affidare il servizio idrico integrato "*a società di capitali partecipate unicamente da enti locali che fanno parte dello stesso ambito territoriale ottimale*", per un periodo massimo di cinque anni, con l'obbligo per gli enti locali azionisti di procedere entro due anni da tale affidamento alla dismissione, mediante procedura ad evidenza pubblica, di un pacchetto azionario pari almeno al 40 per cento, pena la perdita immediata dell'affidamento del servizio alla società da essi partecipata.

L'art. 14 del d.l. n. 269/2003 ha modificato il comma 5 dell'art. 113,

introducendo un nuovo regime della gestione e dell'affidamento dei servizi pubblici locali. Tale disposizione ha stabilito che *“l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:*

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Con la disposizione in esame il legislatore ha inteso adeguare la normativa interna sui servizi pubblici locali alle norme dettate dal Trattato della UE in materia di servizi di interesse generale. Infatti, secondo il giudizio della Commissione, l'art. 35 si poneva in contrasto con il diritto comunitario poiché prevedeva deroghe agli obblighi di gara e di pubblicità. Per venire incontro ai rilievi espressi in sede comunitaria e al contempo tener conto del nuovo sistema di riparto delle competenze legislative delineato dalla riforma del Titolo V, il legislatore statale ha modificato gli artt. 113 e 113-bis, con l'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 263, convertito nella legge 24 novembre 2004, n. 326 e poi con l'art. 4, comma 234, legge 24 dicembre 2004, n. 350 (legge finanziaria per il 2004).

Peraltro, indipendentemente dallo scopo immediato che il legislatore ha perseguito con l'art. 14 del d.l. 269/03, le disposizioni dettate dal Trattato della UE in materia di servizi di interesse generale sono applicabili negli ordinamenti dei singoli Stati membri, anche se non espressamente recepite, in base al principio del c.d. 'primato' e a quello dei c.d. 'effetti diretti' del diritto comunitario. Sotto questo profilo, l'art. 14 codifica con la lett. c) la giurisprudenza comunitaria in materia di *“in house providing”*.

5.4. L'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (come modificato dal d.l. n. 135/2009, decreto Ronchi) e il regolamento attuativo (d.P.R. n. 168/2010).

Poco più di due anni fa l'articolo 23-*bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133, ha riformulato la disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi ed ha abrogato le disposizioni dell'articolo 113 del Tuel nelle parti incompatibili con le nuove disposizioni. L'articolo 23-*bis* è stato a sua volta modificato dapprima dalla legge 23 luglio 2009, n. 993, poi dal decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 1664, e di recente, limitatamente alla disciplina transitoria del trasporto pubblico locale, dal decreto legge 29 dicembre 2010, n. 22.

Con il decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168 sono state adottate le disposizioni regolamentari previste dall'articolo 23-*bis* ("il regolamento"), che sono entrate in vigore il 27 ottobre 2010. Come osservato dal Consiglio di Stato, pur trattandosi di un regolamento autorizzato a disporre la delegificazione della materia (ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400), nella sostanza si tratta di un provvedimento attuativo della riforma³⁰¹.

Dopo un lungo periodo di attesa, la nuova disciplina dei servizi pubblici locali è ora operativa. Nei settori che rientrano nel suo campo di applicazione (servizio idrico integrato, gestione dei rifiuti, trasporto pubblico locale ad eccezione del trasporto ferroviario regionale, nonché servizi pubblici locali minori), gli enti locali sono tenuti a seguire le prescrizioni dell'articolo 23-*bis* e del regolamento per tutti i nuovi affidamenti dei servizi. Gli affidamenti non conformi alle nuove regole devono cessare entro le date fissate dalla disciplina transitoria.

In base alla nuova normativa, in via ordinaria la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve essere conferita:

- a) a imprese che ottengono l'affidamento attraverso procedure competitive a evidenza pubblica; oppure
- b) a società a partecipazione mista pubblico privata, se la selezione del socio avviene attraverso procedure competitive a evidenza pubblica che hanno ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti

³⁰¹ Consiglio di Stato, parere 2692/2010 del 14 giugno 2010.

operativi connessi alla gestione del servizio, purché al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento del capitale.

L'affidamento *in house* è ora consentito solo in via eccezionale, a condizione che siano rispettati i requisiti del diritto europeo³⁰² e che, inoltre, “*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*” non permettano un efficace e utile ricorso al mercato. La scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento *in house* deve essere motivata in base a un'analisi di mercato; al di sopra di una determinata soglia dimensionale (valore del servizio oggetto di affidamento superiore a 200.000 euro annui) è necessario il parere preventivo, non vincolante, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Nel corso dell'ultimo biennio varie regioni (Emilia Romagna, Liguria, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria e Marche) hanno presentato ricorsi alla Corte costituzionale lamentando la non conformità dell'articolo 23-*bis* rispetto alle disposizioni della Costituzione³⁰³. I ricorsi riguardano principalmente il fondamento costituzionale della competenza legislativa dello Stato e il corretto esercizio di tale competenza. Alcune regioni hanno inoltre sostenuto che l'articolo 23-*bis* violerebbe l'articolo 117, primo comma, della Costituzione in base al quale la potestà legislativa dello Stato e delle regioni è vincolata al rispetto del diritto dell'Unione europea, perché la disciplina italiana restringe, rispetto al diritto europeo, la possibilità di affidare la gestione dei servizi con modalità diverse dalla gara.

Nella sentenza n. 325/2010 la Corte costituzionale ha valutato le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle regioni e le ha ritenute in gran parte inammissibili o infondate³⁰⁴. E' stata dichiarata illegittima unicamente la disposizione dell'articolo 23-*bis* che prevedeva l'assoggettamento degli affidatari *in house* di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno attraverso un regolamento dello Stato³⁰⁵. La Corte ha osservato che la definizione dell'ambito di applicazione del patto

³⁰² Capitale totalmente pubblico, controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'affidatario analogo a quello esercitato sui propri servizi, svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'ente o degli enti che ne detengono il controllo. Cfr. in tal senso Corte di giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, punto 50, v. più diffusamente Capitolo IV.

³⁰³ Le regioni hanno promosso questioni in riferimento agli articoli 3, 5, 41, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

³⁰⁴ Corte costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325, v. più diffusamente *infra*.

³⁰⁵ Articolo 23-*bis*, comma 10, lettera a) prima parte, limitatamente alle parole “*l'assoggettamento dei*

di stabilità interno rientra nella materia del coordinamento della finanza pubblica, che è di competenza legislativa concorrente dello Stato e delle regioni. Le materie di competenza legislativa concorrente esulano dalla potestà regolamentare dello Stato che, in base all'articolo 117, comma 6, della Costituzione, è prevista solo per le materie di competenza legislativa esclusiva statale.

La recente adozione del regolamento di attuazione dell'articolo 23-bis e i numerosi chiarimenti forniti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 325/2010 inducono ad analizzare in modo autonomo la fenomenologia delle società *in house* e miste nell'ambito dei servizi pubblici locali.

5.4.1. Il procedimento di formazione del regolamento governativo.

L'art. 23-bis contiene una serie di disposizioni che hanno carattere immediatamente precettivo e un secondo gruppo di norme che, invece, sono stabilite per delineare il quadro di principio cui il governo deve attenersi nell'adozione di uno o più regolamenti di disciplina della materia ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Il comma 10, dell'art. 23-bis d.l. 112/2008 affida, infatti, al governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, il compito di adottare uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 al fine di dare attuazione ai principi posti nella stesso art. 23-bis (v. *infra*).

Al fine di adottare la normativa di dettaglio, dunque, il legislatore non ha fatto ricorso allo strumento della delega (come invece previsto dal disegno di legge AS772), ma a quello della delegificazione.

L'attribuzione della potestà regolamentare allo Stato è costituzionalmente legittima, vertendosi in materie di legislazione esclusiva statale rispetto alle quali lo

soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e”.

Stato conserva la potestà regolamentare³⁰⁶.

Il sistema di delegificazione è previsto nel nostro ordinamento dall'art. 17, comma 2, l. 400/1988, richiamato espressamente dallo stesso art. 23-bis. In base all'art. 17, comma 2, l. 400/1988, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari.

Il sistema di delegificazione, per mezzo del quale la legge dispone il trasferimento di determinate discipline dalla sede legislativa a quella regolamentare, consente di alleggerire il parlamento da attività superflue che rallentano la sua azione e che non sono comunque pertinenti rispetto alle sue prerogative in una democrazia moderna³⁰⁷.

Nel caso di specie, tuttavia, l'ampiezza dell'ambito sostanziale oggetto di delegificazione ha suscitato qualche perplessità, atteso che sarebbe stato preferibile affrontare in via legislativa le scelte più significative e non rinviare molti aspetti sostanziali della riforma alla disciplina regolamentare. Altra dottrina ha sostenuto che, come in altre situazioni del passato, l'art. 23-bis non avrebbe fissato "norme generali regolatrici della materia" (come richiesto dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400/1998), ma meri profili che il regolamento dovrebbe disciplinare compiutamente. Ciò significa che, in assenza di una precisa *pars costruens* nella fonte di rango primario anche la *pars destruens* assegnata allo strumento di delegificazione risulterà attutita³⁰⁸.

A livello procedimentale, il potere di impulso all'emanazione del regolamento è stato attribuito al Ministro per i rapporti con le regioni, mentre in sede consultiva è

³⁰⁶ in tal senso cfr. R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10/2008, p. 1115, la quale ricorda che le materie alle quali afferisce il regolamento riguardano la tutela della concorrenza, e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali

³⁰⁷ cfr. R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10/2008, p. 1115) T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, 2007, p. 31.

³⁰⁸ (cfr. S. Colombari, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it).

previsto l'obbligo di sentire la Conferenza Unificata Stato-Regioni (di cui all'art. 8, del d.lgs 28 agosto 1997, n. 281) e le Commissioni parlamentari competenti.

La partecipazione della Conferenza Unificata, sia pure in veste consultiva, realizza il principio costituzionale di *“leale collaborazione”* nella disciplina di una materia che, pur appartenendo alla potestà legislativa statale, produce effetti trasversali incidenti su importanti interessi delle Regioni e degli enti territoriali.

5.4.2. Gli aspetti di liberalizzazione del settore.

La parte più significativa dell'intervento riformatore, nella sostanza, è rinviata alla fonte regolamentare, cui spetta delineare in modo analitico le regole del settore.

In termini di principio, l'art. 23 bis disciplina *“l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”*.

Nel seguire tale impostazione di principio e in attuazione delle specifiche finalità stabilite dal comma 10 dell'art. 23-bis, il regolamento contiene, in una logica di liberalizzazione, disposizioni dirette a ridimensionare le barriere all'accesso al mercato.

5.4.2.1. La regola della gara

In primo luogo, il regolamento, nell'individuare, in un'ottica di armonizzazione, le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua), afferma il principio generale della gara. Accanto all'affidamento

tramite gara a imprenditori e società in qualunque forma costituite, l'altra ipotesi ordinaria di affidamento è quella diretta a società mista, a condizione, però, che la selezione del socio avvenga mediante procedura ad evidenza pubblica che abbia per oggetto allo stesso tempo la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (art. 2, comma 1).

Il regolamento conferma, inoltre, la natura derogatoria dell'*in house* richiamando i limiti posti direttamente in sede legislativa dall'art. 23-bis, commi 3 e 4 (art. 2, comma 1).

L'art. 2 del regolamento è utile in sede interpretativa, atteso che, rispetto al testo legislativo di rango primario (art. 23-bis, comma 2), afferma con chiarezza che l'affidamento a società miste, alle condizioni stabilite (v. *supra*), deve considerarsi come modalità ordinaria di affidamento. Tale precisazione trova controprova anche nella Comunicazione dell'Autorità Antitrust del 16 ottobre 2008 "*Comunicazione sull'applicazione dell'articolo 23-bis, comma 3, del decreto legge n. 112/2008 relativo all'affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", dalla cui rubrica emerge l'esclusione delle società miste dall'ambito di applicazione dell'art. 23-bis, comma 3³⁰⁹.

La disposizione di chiusura dell'art. 2 del regolamento assegna all'Autorità Antitrust, in forza dell'autonomia organizzativa e funzionale attribuita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, il compito di individuare, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali di cui all'articolo 23-bis, comma 3, assumono rilevanza ai fini della tutela della concorrenza. L'introduzione di una soglia di rilevanza concorrenziale tende a discriminare le situazioni di minore significatività analogamente a quanto accade nel settore del controllo delle concentrazioni e degli aiuti di Stato (cd. regola de minimis); tuttavia la previsione esclude dalla decisione qualsiasi altro potere amministrativo o organismo (es. Conferenza Unificata o Autorità Ministeriale), affidando in via esclusiva all'Autorità Antitrust un ruolo decisorio in luogo di un ruolo ausiliario di carattere consultivo.

³⁰⁹ Per alcuni spunti critici cfr. G. Guzzo, *La nuova disciplina "dualistica" dei s.p.l. di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell'AGCM del 16/10/08 e dell'art. 2 della bozza dell'emanando regolamento di attuazione*, in www.lexitalia.it, n. 3/2009).

5.4.2.2. Le regole applicabili alla procedura per l'affidamento

La regola generale della gara è corredata da ulteriori disposizioni di dettaglio sulle modalità di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica con la fissazione di standard e regole inderogabili atte a scongiurare il rischio di restrizioni implicite della concorrenza.

Per un verso, le procedure ad evidenza pubblica devono essere indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, definiti dalle competenti autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti. Sia pure genericamente, il regolamento richiede, dunque, che in sede di gara la valutazione delle offerte sia fatta in una prospettiva complessiva e non meramente quantitativa. In questa ottica, i bandi di gara dovrebbero contenere clausole dirette ad introdurre adeguati incentivi all'efficienza e all'innovazione, fondamentali al fine di garantire nel tempo la qualità del servizio.

Per altro verso, la *lex specialis* delle procedure di gara (in particolare il bando) deve uniformarsi ad una serie di principi, volti alla promozione e alla protezione della concorrenza, che predeterminano in qualche modo il suo contenuto prescrittivo.

In particolare, i bandi di gara per l'affidamento dei servizi pubblici devono escludere privilegi in sede di valutazione delle offerte dei concorrenti per coloro che hanno la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio.

Il potere discrezionale degli enti affidanti nella previsione dei requisiti tecnici ed economici viene espressamente limitato con l'ancoraggio della scelta al principio di proporzionalità rispetto alle caratteristiche e al valore del servizio. Anche la definizione dell'oggetto della gara deve essere tale da assicurare, per un verso, la concorrenza (“garantire la più ampia partecipazione”) e, per altro verso, l'economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa (attraverso “*il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma*”). Tale previsione è inserita nell'ottica di evitare distorsioni della concorrenza derivanti dalla predisposizione di bandi di gara che includono requisiti non strettamente necessari o non proporzionati rispetto all'esigenza di garantire la capacità economico-finanziaria e operativa delle imprese partecipanti.

Ciò risulta il linea con l'orientamento del giudice amministrativo che, pur riconoscendo il potere discrezionale delle stazioni appaltanti nella fissazione dei requisiti di ammissione, introduce un limite di ragionevolezza e proporzionalità rispetto all'oggetto del contratto³¹⁰.

Con riferimento all'affidamento a società mista, il rischio che un tale sistema possa risolversi in un pregiudizio alla concorrenza viene scongiurato con il rafforzamento dei limiti in sede di procedura di scelta del contraente. Infatti, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e tariffa del servizio prevalgono di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie.

La scelta dell'amministrazione sulla durata dell'affidamento, da indicare nel bando, viene limitata prendendo come riferimento la tipologia e la rilevanza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso, la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti. Siffatta previsione tende ad evitare situazioni di privilegio a favore degli affidatari, i quali potrebbero conseguire ingiustificate rendite di posizione se il periodo di durata dell'affidamento fosse determinato a prescindere dalla tipologia e dalla rilevanza degli investimenti che l'affidatario è chiamato ad eseguire.

Il regolamento assegna anche al bando di gara la possibilità di escludere la partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese comunque denominati e di consorzi se i soggetti che ne fanno parte possiedono singolarmente i requisiti economici e tecnici richiesti per l'ammissione, a condizione però che tale partecipazione, in base a un'analisi del mercato, sia idonea a produrre effetti distorsivi della libera concorrenza. Tale disposizione è stata prevista, recependo alcune indicazioni dell'Autorità Antitrust che si è espressa sull'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese con riferimento agli appalti pubblici³¹¹. In particolare, se una impresa, che è da sola in grado di partecipare alla gara, si raggruppa con altre imprese, provoca di per sé un effetto anticoncorrenziale riducendo il numero di partecipanti

³¹⁰ Cfr. T.a.r. Liguria, sez. I, 17 marzo 2006, n. 254.

³¹¹ Segnalazione/Parere dell'Autorità Antitrust: BANDI PREDISPOSTI DALLA CONCESSIONARIA SERVIZI INFORMATICI PUBBLICI - CONSIP S.P.A., AS251 decisione 30/01/2003 pubblicata sul bollettino n. 5/2003.

alla gara e la competizione tra gli stessi. In tal modo lo strumento del raggruppamento temporaneo, previsto proprio per favorire la concorrenza dando la possibilità anche alle piccole imprese di partecipare in gruppo alle gare più significative dal punto di vista economico, viene utilizzato in modo distorto con effetti diversi rispetto a quelli pensati dal legislatore. Comunque, la disposizione, per come è costruita, lascia spazio per immaginare che, in particolari circostanze, anche un raggruppamento composto da imprese che da sole avrebbero i requisiti per partecipare alla gara potrebbe essere ammesso sulla base dell'analisi di mercato.

A tutela dell'imparzialità, ma anche del buon andamento il regolamento prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia.

Infine, nel bando devono essere indicati i criteri e le modalità per la determinazione dell'eventuale indennizzo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

5.4.2.3. L'acquisto di beni e servizi da parte delle società in house e delle società miste.

In attuazione della lett. a) del comma 10 dell'art. 23-*bis* il regolamento reca la disciplina dell'acquisto di beni e servizi da parte delle società *in house* e delle società miste. In particolare, è previsto l'obbligo per le società in house e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, di applicare, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ("*Codice dei contratti pubblici*").

E' previsto, inoltre, che l'articolo 32, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del regolamento in commento. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del Codice dei contratti pubblici.

La previsione in parole nasce dall'esigenza, evidenziata anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici come da atto di segnalazione al Governo e al

Parlamento in data 26 novembre 2008, di coordinare la disciplina sui servizi pubblici di cui all'art. 23-bis con le disposizioni del Codice e con i principi comunitari relativi agli affidamenti delle società miste con socio "operativo".

L'art. 32, comma 1, lett. sottopone all'applicazione del Codice le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Il comma 3, dello stesso art. 32 del Codice prevede tuttavia una deroga; infatti le società di cui al comma 1, lettera c (v. *supra*) non sono tenute ad applicare le disposizioni del Codice, limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:

1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;

2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Il regolamento interviene sull'ambito di applicazione di tale deroga (in particolare il punto 1) precisando che la deroga si applica solo se il socio è stato scelto secondo quanto stabilito dall'art. 2, comma 1, lett. a) del regolamento in commento. In definitiva, per applicarsi la deroga e dunque non applicarsi il codice, non è sufficiente la scelta del socio con gara, ma lo stesso socio deve essere scelto come socio operativo. Restano immutate, invece le disposizioni di cui ai punti 2) e 3) dello stesso art. 32, comma 3.

5.4.2.4. Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione.

Il regolamento disciplina nello specifico anche la distinzione tra funzioni di

regolazione e funzioni di gestione in attuazione della lett. c) del comma 10, dell'art. 23-bis.

In particolare, Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei medesimi servizi. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

I suddetti divieti operano anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti appena indicati, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

Per effetto di tali disposizioni il regolamento evita il rischio di una "cattura" del regolatore o di chi ha poteri di indirizzo e controllo da parte del soggetto regolato o di chi è sottoposto al potere di indirizzo e controllo.

Il regolamento rafforza la posizione di autonomia e l'indipendenza delle società partecipate stabilendo che possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

In attuazione dell'art. 23-bis, comma 10, lett. c) il regolamento realizza, dunque, il duplice obiettivo di evitare possibili conflitti di interesse tra ente controllante e ente controllato e di contenere il fenomeno (diffuso nella prassi) della commistione tra politica e amministrazione. Inoltre la disciplina delle incompatibilità tende ad evitare il cosiddetto effetto dei "vasi comunicanti" tra personale politico e personale dirigenziale delle società pubbliche. In tal modo la dirigenza delle società potrà godere di maggiore autonomia e, a valle, di autorevolezza nelle scelte.

I principi di imparzialità e buon andamento nella scelta dell'affidatario vengono perseguiti salvaguardando la posizione di indipendenza dei commissari di gara in modo analogo a quanto previsto nel Codice dei Contratti pubblici (art. 84 del Codice).

I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di

servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 cod. proc. civ..

Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

Nella stessa ottica di salvaguardia dell'imparzialità e del buon andamento va letta la disposizione secondo cui, in caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4 (affidamento in deroga alla gara), e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione (di cui agli articoli 234 e seguenti del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali).

5.4.2.5. Il regime transitorio degli affidamenti

In attuazione della lett. e) del comma 10 dell'art. 23-bis, il regolamento detta disposizioni sul regime transitorio degli affidamenti.

Gli enti affidanti devono prevedere tempi differenziati per allineare progressivamente alla data del 31 dicembre 2010, prevista dall'articolo 23-bis, comma 9, le gestioni in essere all'entrata in vigore dello stesso art. 23-bis affidate con procedure diverse da quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) e b), vale a dire

affidamento con gara o affidamento a società mista. Resta fermo il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore, con riguardo alla fase transitoria, qualora antecedente al 31 dicembre 2010.

La disposizione fa decadere, alla data prevista, tutte le gestioni in essere affidate a società aventi i requisiti dell'*in house* in base alla normativa previgente, con esclusione invece degli affidamenti a società miste che possono continuare a svolgere il servizio affidato con gara.

Un'ancora di salvataggio per le società *in house* è offerta dal comma 2, dell'art. 9 del regolamento. Infatti, la cessazione del rapporto non si applica alle gestioni in essere alla data di entrata in vigore dell'articolo 23-bis qualora sussistano le condizioni di cui al comma 3, dello stesso art. 23-bis (in situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria). A tal fine l'ente affidante chiede, entro il 31 maggio 2010 e con le stesse modalità previste dall'articolo 23-bis, comma 4, (in particolare trasmettere la relazione contenente gli esiti della verifica relativa all'analisi di mercato) il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione del settore, ove costituite. Il parere deve essere reso nel medesimo termine di cui all'articolo 23-bis, comma 4 (60 giorni dalla ricezione della relazione dell'ente affidante).

Il regolamento esclude espressamente ogni proroga o rinnovo di affidamenti diretti in essere alla data di entrata in vigore dell'articolo 23-bis. Tale previsione è in linea con l'orientamento del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici che, sulla scia del diritto comunitario, esclude in modo sempre più rigoroso qualsiasi deroga al principio della gara alla scadenza degli affidamenti³¹².

In linea con quanto già previsto dall'art. 113 del Tuel e, oggi, dall'art. 23-bis, il regolamento si preoccupa di salvaguardare la posizione delle società quotate in mercati regolamentati. Infatti, queste non sono soggette al potere degli enti affidanti di prevedere tempi differenziati per allineare progressivamente alla data del 31 dicembre 2010, le gestioni in essere.

Le precedenti disposizioni non si applicano al servizio idrico, il cui regime

³¹² Da ultimo cfr. Cons. St., sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391.

transitorio resta disciplinato dall'articolo 23-*bis*, comma 8.

5.4.2.6. Le misure in tema di liberalizzazioni

In attuazione della lett. g) del comma 10, dell'art. 23-*bis* il regolamento reca specifiche misure in tema di liberalizzazione.

In particolare, gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, circoscrivendo l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Gli enti locali, allo scopo di assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo, ove necessario, le corrispondenti compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe.

Nell'attuare l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. g), il regolamento va nella direzione di limitare il più possibile le "privative comunali", individuando tutti i settori per i quali – nella garanzia dell'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali – sia possibile immaginare una competizione "nel" mercato e non soltanto "per" il mercato³¹³.

All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (legge Antitrust). In base al richiamato art. 9 della legge Antitrust, l'attribuzione di diritti di esclusiva, non comporta per i terzi il divieto di produzione di tali beni o servizi per uso proprio, della società controllante e delle società controllate (l'autoproduzione non è consentita solo nei casi in cui in base alle disposizioni che prevedono la riserva risulti che la stessa è stabilita per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale, nonché, salvo concessione, per

³¹³ Tale soluzione è stata auspicata anche dal sistema delle autonomie locali, cfr. la proposta di legge sulla disciplina dei servizi pubblici locali predisposta dall'ANCI e allegata al testo di H. BONURA – A. RUGHETTI, *I "nuovi" servizi pubblici locali*, 2008.

quanto concerne il settore delle telecomunicazioni).

I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi *2-bis* e *2-quater*, della legge Antitrust. In base a queste ultime disposizioni, le imprese che intendano svolgere attività in mercati diversi devono operare mediante società separate. Inoltre, per garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese che operano in esclusiva rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte nell'ambito di esclusiva, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.

5.4.2.7. Cessione dei beni in caso di subentro

In attuazione della lettera i) del comma 10 dell'art. 23-*bis*, il regolamento reca la disciplina dei beni in caso di subentro (cfr. art. 12 del regolamento). La *ratio* della disposizione sembra essere quella di fissare regole precise atte a favorire la circolazione delle imprese e di eliminare vantaggi impropri dei c.d. "*incumbent*".

5.5. Il ruolo delle società miste.

Il regolamento (art. 2 – modalità di affidamento) stabilisce che l'affidamento a società mista sia una modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, accanto a quella tradizionale con gara a imprenditori e società in qualunque forma costituite. La condizione che legittima l'affidamento alla società mista è che la selezione del socio avvenga mediante gara che abbia ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

La corretta interpretazione della disposizione in commento va fatta partendo dal contesto generale dei servizi pubblici locali e dai recenti orientamenti giurisprudenziali sull'affidamento degli stessi.

5.5.1. Il contesto generale

Nell'ultimo quindicennio i servizi pubblici locali, uno dei settori più importanti dell'economia nazionale in termini di fatturato e di occupazione complessive, sono stati oggetto di numerose spinte e contropinte che hanno collocato soprattutto le società miste a capitale pubblico e privato in una sorta di terra di nessuno, cioè a metà strada tra il mercato propriamente detto e l'organizzazione amministrativa interna degli enti locali.

In termini generali, va ricordato che, per un verso, il settore dei servizi pubblici è caratterizzato dalla presenza di «fallimenti di mercato» rilevanti, data la presenza di monopoli naturali (in particolare, la non replicabilità delle reti) che rendono impossibile in molti casi la concorrenza «nel mercato», cioè la compresenza di più gestori privati del medesimo servizio pubblico in un quadro di regolazione pubblica, e consentono tutt'al più la concorrenza «per il mercato», cioè l'avvio di procedure a evidenza pubblica competitive per la scelta del gestore privato al quale viene affidato il servizio.

Affinché possa operare correttamente, il mercato dunque va costruito attraverso un sistema di regolazione complesso (bando di gara, contratto di servizio, vigilanza dell'ente locale sulla qualità delle prestazioni, forme di tutela degli utenti, ecc.). Per altro verso, se le infrastrutture sono di proprietà dell'ente locale o in presenza di «privative comunali», cioè di riserve di attività legislativamente previste, la scelta se organizzare il servizio all'interno dell'ente locale (società in house, azienda municipalizzata, gestione in economia), oppure se avviare la procedura competitiva per l'affidamento del servizio a un gestore privato (in concessione) è una scelta politicamente impegnativa al pari di altre forme di privatizzazione di attività gestite direttamente o indirettamente di pubblici poteri.

D'altro canto, il diritto comunitario non indica una preferenza netta tra gestione privata e gestione pubblica delle imprese.

La scelta se produrre direttamente un certo servizio («make») o acquistarlo sul mercato in seguito a un'operazione di esternalizzazione («buy») è rimessa integralmente al diritto nazionale. E su questo punto le scelte del legislatore sono state ondovaghe.

5.5.2. La società mista come modello di gestione dei servizi pubblici locali

Una ricostruzione completa dello stato dell'arte in materia, con l'individuazione di alcuni punti fermi in tema di società miste pubblico-privato per la gestione dei servizi pubblici locali è stata svolta dal Consiglio di Stato in un parere³¹⁴ e da una successiva sentenza dell'Adunanza Plenaria³¹⁵.

Il tema è complesso e forse il modo migliore per inquadrarlo consiste nell'individuare anzitutto i soggetti che sono in grado di plasmare e condizionare «lo spazio regolatorio» entro il quale operano i gestori dei servizi pubblici locali.

Protagonisti indiscussi sono il legislatore e la giurisprudenza comunitaria e nazionale, ma attori comprimari sono stati in questi anni anche la Commissione Ue (in particolare il cosiddetto Libro Verde sulla collaborazione tra pubblico e privato (PPP) del 15 novembre 2005, COM (2005), il quale precisa, tra l'altro, che la partnership pubblico-privato va senz'altro favorita ma essa non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha emanato in questi anni numerose segnalazioni (per esempio, il parere del 6 settembre 2005 il quale invita i regolatori e la giurisprudenza a promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali all'esterno tramite procedure competitive) e la stessa Corte Costituzionale (in particolare con la sentenza n. 272/2004 che ha valorizzato la clausola della tutela della concorrenza per fondare una competenza legislativa statale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali).

Il legislatore nazionale ha proceduto in modo incerto e oscillante. L'apertura a forme di collaborazione tra pubblico e privato in materia di gestione dei servizi pubblici privati risale alla riforma delle autonomie locali dell'inizio degli anni Novanta del secolo scorso (art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142). Ma si trattava di un'apertura cauta che imponeva la prevalenza del capitale pubblico locale rispetto al capitale privato.

Da quel momento, fino a oggi, un punto di equilibrio definitivo non è stato ancora raggiunto.

³¹⁴ Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

³¹⁵ Cons. St., Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1.

I nodi cruciali sono stati essenzialmente due: se il socio privato deve essere scelto attraverso una procedura a evidenza pubblica; se l'affidamento del servizio richiede a sua volta l'espletamento di una procedura competitiva.

Il primo quesito è stato risolto in senso positivo sia dall'art. 113, comma 5, lett. b) del Testo unico degli enti locali, sia in via ancor più generale dal Codice dei contratti pubblici il quale pone il principio che nel caso in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste, la scelta del socio privato avviene con procedure a evidenza pubblica (art. 1, comma, 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Quanto al secondo quesito, il quadro legislativo è stato meno chiaro e il problema si intreccia in qualche modo con quello dei limiti dell'affidamento *in house* previsto del legislatore, sulla falsa riga della definizione contenuta nella ormai celebre sentenza della Corte di Giustizia Ue nel caso Teckal³¹⁶, dall'art. 113, comma 5, lett. c) del Testo unico degli enti locali.

Aver previsto l'affidamento diretto a società *in house* come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali equiparata alle altre, e in particolare alle procedure competitive secondo la logica della concorrenza "per il mercato", era stata interpretata all'epoca, di fatto, come un passo indietro rispetto alla preferenza accordata in precedenza a quest'ultime.

Inoltre, aver legiferato la formula contenuta nella sentenza Teckal per la definizione dell'affidamento *in house*, da un lato, costituiva un modo formalmente ineccepibile per conformare il sistema normativo nazionale al modello comunitario; dall'altro lato, però, rimetteva agli orientamenti giurisprudenziali comunitari l'individuazione in concreto dei limiti di una nozione (quella di *in house*) che era e resta in qualche misura ambigua.

Da questo punto di vista, si può anzi sostenere che l'ascesa e la crisi del modello della società mista pubblico e privato è stato il riflesso dell'evoluzione giurisprudenziale della nozione di affidamento diretto o *in house*.

Infatti, dalle aperture iniziali, soprattutto della giurisprudenza amministrativa nazionale, che ha interpretato estensivamente il concetto di società *in house* fino a includervi molte fattispecie di società miste a partecipazione pubblica maggioritaria³¹⁷, con conseguente esclusione della necessità di procedere

³¹⁶ Sentenza del 18 novembre 1999 in causa C-107/98

³¹⁷ Cfr., in particolare, Cons. St., V Sez., 3 febbraio 2005, n. 272 secondo la quale la società per azioni

all'affidamento del servizio tramite procedure a evidenza pubblica, si è passati progressivamente a un'interpretazione della nozione sempre più ristretta, prima da parte della giurisprudenza comunitaria seguita a ruota da quella nazionale.

Se infatti, a livello comunitario, il coinvolgimento nella gestione dei servizi pubblici locali di soggetti privati è visto con favore perché essi possono apportare agli enti locali know how aggiuntivi e contribuire a una gestione più manageriale delle aziende, nella pratica lo strumento della società mista si può prestare ad abusi. Questo modello ha costituito spesso, in Italia ma anche in altri Stati membri, un espediente per aggirare le regole dell'affidamento dei servizi locali in base a una procedura competitiva³¹⁸. Infatti, a ben considerare, la gara per la scelta del socio privato della società mista al quale poi affidare direttamente il servizio rischia di essere una finzione perché non è facile prefigurare criteri oggettivi, soprattutto se la costituzione della società mista avviene in una fase nella quale non è ancora chiarito quali saranno i servizi che le verranno affidati in gestione.

In ogni caso, soprattutto a partire dal 2005, definito da taluni critici del nuovo indirizzo interpretativo come «*annus horribilis*»³¹⁹, la Corte di Giustizia (in particolare, la sentenza Stadt Halle³²⁰), seguita via via dalla giurisprudenza amministrativa nazionale³²¹, ha chiarito che la presenza di un socio privato esclude che il servizio possa essere affidato «in house», cioè senza procedura competitiva. Del resto anche la partecipazione totalitaria dell'ente locale in una società che gestisce un servizio pubblico locale, ma il cui statuto consente la cessione di partecipazioni a soggetti privati, costituisce, secondo la giurisprudenza più recente, un indizio volto a escludere la possibilità di considerare «in house» l'affidamento del servizio³²².

A questo punto, qualche commentatore ha intonato il «*de profundis*» delle

a capitale pubblico maggioritario costituisce un modello alternativo alle aziende speciali e pertanto l'affidamento del servizio può avvenire senza esperimento di una procedura di gara.

³¹⁸ la fioritura delle società miste ha avuto, secondo i critici, anche la finalità di ampliare «in misura rilevante le potenzialità di uso clientelare del potere politico, ovviamente senza alcun vantaggio per la migliore realizzazione dell'interesse pubblico»: cfr. C. SALVI – M. VILLONE, *Il costo della democrazia*, Milano, 2005, p. 107.

³¹⁹ Cfr. C. IAIONE, *Le società in house degli enti locali*, Roma, 2006, p. 53.

³²⁰ Sentenza 11 gennaio 2005, in causa C-26/03 seguita a ruota da altre sentenze: 11 gennaio 2005, causa C-26/03 – Stadt Halle e RPL Lochau; 21 luglio 2005, causa C 231/03 – Corame; 13 ottobre 2005, causa C 458/03 – Parking Brixen GmbH; 10 novembre 2005, causa C-29/04 – Mödling o Commissione c/ Austria; 6 aprile 2006, causa C-410/04

³²¹ cfr. da ultimo Cons. Stato, VI Sez., n. 1514/2007

³²² cfr. T.A.R. Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072

società miste³²³.

La giurisprudenza nazionale si è spinta poi sino al punto di affermare, con un'operazione interpretativa non condivisa, come si vedrà, dal parere del Consiglio di Stato sopra citato, che anche se il socio privato è stato scelto con gara, l'amministrazione deve comunque affidare il servizio con procedura a evidenza pubblica³²⁴. In realtà, anche questa procedura competitiva è anomala perché è esposta al rischio di un conflitto di interesse.

Infatti lo stesso ente locale, da un lato, disciplina e gestisce la procedura per l'affidamento del servizio; dall'altro partecipa alla gara come socio della società mista. Ciò di per sé può costituire un disincentivo a un'ampia partecipazione alla procedura competitiva perché può esserci la percezione che la «par condicio» non sia garantita sul piano sostanziale oltre che su quello formale.

5.5.3. La soluzione prospettata nel parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456).

Il parere del Consiglio di Stato ha delineato una soluzione equilibrata, che potrebbe essere avallata dalla Corte di Giustizia Ue che non si è mai occupata in modo esplicito di casi riguardanti la gara per la scelta del socio di una società di gestione di servizi pubblici locali. In questo senso, il parere si pone in qualche modo il problema di leggere «nella mente» del giudice comunitario, cercando di trarre qualche indizio dagli indirizzi giurisprudenziali sin qui emersi.

In primo luogo, il parere ha ribadito che società mista e affidamento «in house» sono modelli incompatibili. Pertanto, se l'ente locale decide di costituire una società mista, l'affidamento del servizio deve avvenire necessariamente attraverso una procedura a evidenza pubblica. Resta impregiudicato, come si vedrà subito, se quest'ultima possa essere strutturata anche come gara per la scelta del socio privato.

Inoltre, il ricorso alla società mista deve essere adeguatamente motivato. La società mista, infatti, sarebbe già un ripiego rispetto alla soluzione che sembra più in linea con il diritto comunitario, vale a dire la gara per l'affidamento del servizio aperta

³²³ Cfr. O. FORLENZA, *Decretata la fine della figura giuridica utilizzata spesso in maniera distorta*, in *Guida al diritto*, giugno 2007, pp. 106 ss.

³²⁴ Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589.

a tutti. L'obbligo di partecipare a una società mista, infatti, può essere percepita, dal punto di vista dell'imprenditore privato, come un vincolo ulteriore (una sorta di coabitazione forzosa), non necessariamente gradito, rispetto a un normale rapporto contrattuale (nella forma del contratto di servizio) instaurato all'esito di una procedura competitiva.

In terzo luogo, la società mista va concepita solo come una modalità organizzativa con la quale l'amministrazione «controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società». Affidare il servizio con gara e imporre al privato la partecipazione a una società mista serve dunque a rafforzare l'influenza dell'ente locale. Nella sua veste di socio, infatti, quest'ultimo potrà monitorare dall'interno la gestione della società mista e dunque il servizio.

Infine, se la figura del socio privato è ancillare alle esigenze del servizio, occorre prevedere un meccanismo di uscita e liquidazione della sua posizione al termine del periodo di affidamento nel caso in cui il socio privato perda la nuova gara.

5.5.4. La giurisprudenza successiva e l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 1/2008.

Dopo il parere n. 456/2007, il Consiglio di Stato si è pronunciato in altre occasioni sulle condizioni di ammissibilità dell'affidamento alla società mista, in particolare con l'intervento dell'Adunanza plenaria n. 1/2008.

Nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, la sezione V del Consiglio di Stato³²⁵ ha svolto alcune precisazioni e puntualizzazioni alla ricostruzione formulata nel precedente parere n. 456/2007.

L'ipotesi ricostruttiva del giudice amministrativo si fonda sui seguenti punti:

a) l'esistenza di una norma speciale che consenta l'affidamento diretto a una società mista;

b) la sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio privato (configurabile come "socio industriale o operativo") il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso;

³²⁵ Cons. St., 23 ottobre 2007, n. 5587.

c) la previsione dell'obbligo di rinnovo della procedura selettiva del partner privato alla scadenza del periodo originario dell'affidamento, in modo da evitare che il socio operativo divenga socio stabile (a tal fine sarebbe necessario che sin dagli atti di gara per la selezione del partner privato siano fissate le modalità per l'uscita del socio stesso, per l'ipotesi in cui, all'esito della nuova gara, egli risulti non più aggiudicatario);

d) la necessità che l'affidamento diretto riguardi esclusivamente il servizio oggetto degli atti di gara e non vi siano affidamenti successivi³²⁶;

Tuttavia, la questione non è stata risolta dall'Adunanza Plenaria, la quale si è limitata a prendere atto che *“allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo”*. Allo stato, qualunque scelta provocherebbe dunque *“il rischio di dar luogo a interpretazioni praeter legem, che non potrebbero trovare l'avallo della Corte di Giustizia”* (Cons. St., Ad. pl. n. 1/2008)³²⁷.

L'intervento dell'Adunanza plenaria non sembra, dunque, aver dato una soluzione definitiva in merito alla questione dell'affidamento alle società miste, auspicando un intervento comunitario dirimente.

Di recente il giudice amministrativo si è pronunciato nuovamente sulla questione, ritenendo che, ai fini della legittimità dell'affidamento diretto di servizi ad una società mista è necessario che ricorrano le seguenti condizioni: 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; 6) che il rapporto instaurando

³²⁶ A questa soluzione si sono richiamate altre pronunce del giudice amministrativo (cfr. Cons. St. sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603).

³²⁷ La ricostruzione della giurisprudenza sulle società miste nei termini riportati è stata tratta da H. Bonura – A. Rughetti, *I “nuovi” servizi pubblici locali*, 2008, al quale si rimanda per gli approfondimenti.

abbia durata predeterminata (Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009).

5.5.5. Conclusioni alla luce dell'evoluzione comunitaria.

In materia di società miste, il regolamento sembra recepire le conclusioni della giurisprudenza amministrativa sulle modalità di svolgimento della gara per la scelta del socio. Sicuramente il riferimento alla necessità della “gara” per la scelta del socio “operativo” costituisce il sintomo della volontà di ricondurre la società mista a un ambito più ristretto rispetto ad alcune ricostruzioni del passato, in modo tale da evitare un uso distorto di questa modalità di gestione dei servizi pubblici locali (in ciò v’è la sostanziale conferma dell’orientamento del giudice amministrativo). Ormai il confine tra affidamento «in house» e concorrenza «per il mercato» tramite procedura competitiva sembra essere tracciato in modo netto, senza zone franche o vie di fuga. Ciò è stato confermato anche dal giudice comunitario.

Come indicato in precedenza, è risultata minoritaria la tesi secondo cui la giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing* avrebbe messo, in punto di fatto, la parola fine alle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali³²⁸.

Era, invece, stato correttamente sottolineato come la giurisprudenza comunitaria non si fosse occupata della conformità al diritto europeo di un affidamento diretto del servizio pubblico locale a società che, pur essendo costituita in parte da capitale privato, abbia, però, scelto il socio privato tramite procedura di evidenza pubblica³²⁹.

³²⁸ Cfr. R. URSI, Le società per la gestione dei servizi pubblici locali, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 193: "... sancendo l'illegittimità di un affidamento diretto, il giudice comunitario ha reso, se non palesemente illegittima, ma quanto meno impraticabile, la disposizione di cui all'art. 113, 5° comma, lett. b), in quanto per il connubio tra impresa privata e ente locale ha una sua ragione di essere solo se è garantito l'affidamento del servizio, in quanto i costi di costituzione e di gestione di una società spingeranno le amministrazioni locali o a gestire direttamente il servizio attraverso una società interamente partecipata ovvero ad optare forme chiare di esternalizzazione attraverso la selezione del gestore tramite gara, in attuazione delle norme europee che regolano gli appalti e le concessioni".

³²⁹ Cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 299, secondo cui non sarebbe possibile desumere la illegittimità comunitaria delle società miste locali alla luce delle affermazioni contenute nelle riportate sentenze della Corte di giustizia. Il modello gestionale in esame si collocherebbe, infatti, al di fuori della problematica dell'*in house providing*; v. anche CE. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 343. M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giom. dir. amm.*, 2004, 125-126, mette in evidenza come non si possa ritenere che "la procedura selettiva del socio giustifichi affidamenti atemporali o di durata irragionevole. Si possono dunque immaginare due soluzioni. Si potrà definire fin nelle regole di gara un periodo di affidamento del servizio, allo scadere del quale dare corso allo scioglimento della società, oppure si potrà stabilire che, terminato il periodo predefinito, la società rimarrà in vita e si provvederà ad una nuova gara per l'individuazione del socio. In

Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, la Commissione ha indicato la seguente procedura: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

La Commissione non esclude che nel periodo di validità del rapporto contrattuale possa sopravvenire l'esigenza di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico, ma tale possibilità di adeguamento dovrà essere espressamente prevista nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piano di parità nel momento della formulazione dell'offerta. Mentre, qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'oneri impone di ricorrere a una nuova procedura di gara.

La soluzione proposta dalla Commissione è molto simile a quella espressa dal Consiglio di Stato a partire dal citato parere n. 456/07 della II sezione e ha trovato di recente condivisione da parte della Corte di giustizia. Infatti, la questione se sia sufficiente una unica gara per la scelta del socio privato e per l'affidamento diretto di una specifica missione alla società mista, è stata rimessa all'esame della C. giust. CE nel corso del 2008 da parte del T.A.R. Sicilia-Catania.

In particolare, la C. giust. CE è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 43, 49 e 86, Trattato, un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa", sia selezionato mediante una procedura di evidenza

quest'ultimo caso, il bando originario dovrà prevedere, in capo all'aggiudicatario, un obbligo a cedere le proprie azioni o le proprie quote al vincitore della selezione successiva, ad un prezzo determinato fin dall'origine ovvero stabilito al momento della nuova gara in base a parametri oggettivi o ad opera di un arbitratore".

pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire³³⁰.

Con sentenza del 15 ottobre 2009 la Corte di giustizia si è espressa in una controversia, avente ad oggetto una fattispecie in cui la gestione di un servizio pubblico era stata affidata ad una società mista con socio privato individuato con gara e con contestuale affidamento del servizio e dopo l'aggiudicazione la gara era stata annullata per una presunta incompatibilità con il diritto comunitario dello strumento dell'affidamento a società mista³³¹.

La Corte di giustizia, dopo aver ribadito la distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici³³², ha condiviso le considerazioni svolte dalla Commissione circa l'inutilità di una doppia gara e ha sostenuto l'ammissibilità dello svolgimento in unico contesto di una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.

A tal fine, le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio.

Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento, ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara.

³³⁰ T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, 22 aprile 2008 n. 164, ord.

³³¹ Corte giust., sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*; in senso conforme alla sentenza anche le conclusioni dell'avvocato generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 2 giugno 2009.

³³² La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C 206/08, *WAZV Gotha*), "Un appalto pubblico di servizi" ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C 458/03, *Parking Brixen*). Si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C 437/07, *Commissione/Italia*). Peraltro, anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo delle direttive nn. 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare e sono, quindi, tenute a svolgere procedure di evidenza pubblica, benché caratterizzate da una minore rigidità di quelle relative agli appalti pubblici di forniture, servizi o lavori.

5.6. I principi contenuti nella sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali.

Con la sentenza n. 325/2010 la Corte costituzionale è tornata³³³, in primo luogo, sul riparto di competenza tra Stato e Regioni in ordine all'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali. Inoltre si è soffermata su alcuni profili generali sui servizi pubblici locali che meritano di essere sinteticamente esposti.

In particolare, la Corte costituzionale si è pronunciata su alcune disposizioni dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e su alcune disposizioni regionali vertenti nella stessa materia.

La Corte precisa che, sebbene in ambito comunitario non venga mai utilizzata l'espressione "*servizio pubblico locale di rilevanza economica*", ma solo quella di "*servizio di interesse economico generale*" (SIEG), la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno "contenuto omologo". Lo stesso comma 1 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 confermerebbe tale interpretazione, attribuendo espressamente ai servizi pubblici locali di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di "*servizi di interesse generale in ambito locale*" di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria. Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento, infatti, ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "*qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato*"; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "*fini sociali*") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni. Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

³³³ Un importante precedente sulla questione è costituito da Corte cost. n. 272/2004, v. *supra*, Per un primo commento v. S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. e app.*, n. 1/2011. v. anche F. COSTANTINO, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sentenza n. 325 del 2010*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2011; A. LUCARELLI, *Primissime considerazioni a margine della sentenza 325 del 2010*, *ivi*.

La disciplina comunitaria del SIEG e quella sui servizi pubblici locali divergerebbero, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla regola dell'evidenza pubblica.

La normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale. Lo Stato italiano ha invece vietato di regola la gestione diretta dei servizi pubblici ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto. Ciò, peraltro, è stato fatto legittimamente richiamandosi alla sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo.

Ciò posto, secondo la Corte costituzionale, il testo vigente dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, è conforme alla normativa comunitaria, nella parte in cui consente l'affidamento diretto della gestione del servizio, "*in via ordinaria*", ad una società mista, alla doppia condizione che la scelta del socio privato "*avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica*" e che a tale socio siano attribuiti "*specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*" (cosiddetta gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto: scelta del socio e attribuzione degli specifici compiti operativi). La stessa nuova formulazione dell'art. 23-*bis* si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita "*una partecipazione non inferiore al 40 per cento*". Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria.

Con riferimento all'*in house*, invece, la Corte ricorda che la normativa comunitaria sulle condizioni integranti siffatta modalità di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto deve essere interpretata restrittivamente, costituendo l'*in house providing* un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto, ma si limita a chiarire via via la concreta portata delle condizioni. Al contrario, il legislatore nazionale, nella versione vigente dell'art. 23-*bis* del d.l. n.

112/2008, non soltanto richiede espressamente, per l'affidamento diretto *in house*, la sussistenza delle condizioni poste dal diritto comunitario, ma esige il concorso delle seguenti ulteriori condizioni: a) una previa "*pubblicità adeguata*" e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'"*analisi di mercato*", con successiva trasmissione di una "*relazione*" dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-bis), ovvero all'AGCM (testo vigente dell'art. 23-bis), per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; b) la sussistenza di "*situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*" (commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis), ovvero di "*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*" (commi 3 e 4 del testo vigente del medesimo art. 23-bis), "*non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*". Siffatte ulteriori condizioni si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica.

La Corte afferma al riguardo che è innegabile l'esistenza di un "*margin di apprezzamento*" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettabili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario.

La disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - ivi compreso il servizio idrico - rientra, infatti, nella materia "tutela della concorrenza" di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost³³⁴.

Non è apparsa, quindi, irragionevole, anche se non costituzionalmente obbligata, una disciplina intesa a restringere ulteriormente - rispetto al diritto comunitario - i casi di affidamento diretto *in house* (cioè i casi in cui l'affidatario

³³⁴ Principio anch'esso affermato nella sentenza n. 272/2004.

costituisce la *longa manus* di un ente pubblico che lo controlla pienamente e totalmente). La Corte rileva, infatti, che tale normativa si innesta coerentemente in un sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia (introdotto dai non censurati artt. 35 della l. n. 448/2001 e 14 del d.l. n. 269 del 2003) e nel quale, pertanto, i casi di affidamento *in house*, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono essere eccezionali e tassativamente previsti.

In ordine al regime transitorio degli affidamenti non conformi (art. 23-bis, comma 8 del d.l. n. 112/2008), la Corte rileva che esso è congruo e proporzionato all'entità ed agli effetti delle modifiche normative introdotte e, dunque, ragionevole. Tali ampi margini temporali assicurerebbero, infatti, una concreta possibilità di attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione e, pertanto, escluderebbero la possibilità di invocare quell'incolpevole affidamento del gestore nella durata naturale del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare una possibile irragionevolezza della norma.

La Corte si sofferma anche su altre questioni di principio, che hanno costituito il fondamento della sua decisione.

In particolare ricorda che la nozione di "rilevanza economica", al pari di quella omologa di "interesse economico" propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell'ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discrezionale per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi. Ne deriva che, proprio per tale suo ambito di utilizzazione, la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di "tutela della concorrenza", ai sensi del secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. Poiché l'ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell'ordinamento comunitario nel promuovere l'applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio.

Aggiunge la Corte che "l'interesse economico generale", in quanto funzionale ad una disciplina comunitaria diretta a favorire l'assetto concorrenziale dei mercati, è

riferito alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente (reale o potenziale) ed ha, pertanto, natura essenzialmente oggettiva. Ne deriva che, l'ordinamento comunitario, in considerazione della rilevata portata oggettiva della nozione di "interesse economico", vieta che gli Stati membri e gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere circa la sussistenza di tale interesse.

Secondo la Corte, quindi, il legislatore statale, in coerenza con la normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato, ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione.

Infine, la competenza legislativa esclusiva statale nella materia "tutela della concorrenza" comprende anche la disciplina amministrativa relativa all'organizzazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, a prescindere dall'avocazione allo Stato di competenze amministrative degli altri livelli territoriali di governo.

Ciò posto, l'unica disposizione della nuova disciplina statale sui servizi pubblici locali che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima è la prima parte della lett. a) del c. 10 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, in cui si prevede che la potestà regolamentare dello Stato prescriva l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. L'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene, infatti, alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, c. 6, Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare.

Con riferimento ad alcune disposizioni regionali che pure hanno formato oggetto di sindacato da parte della Corte, la sentenza n. 325/2010 afferma che la disciplina del servizio idrico integrato va ascritta alla competenza esclusiva dello Stato nelle materie "tutela della concorrenza" e "tutela dell'ambiente" e, pertanto, è inibito alle Regioni derogare a detta disciplina. Ne consegue che, è costituzionalmente illegittimo il c. 1 dell'art. 4 della l. R. Liguria n. 39/2008, in quanto attribuisce alla Giunta regionale una serie di competenze amministrative spettanti al COVIRI (ora CONVIRI), ai sensi dell'art. 161, c. 4, l. c), del d.lgs. n. 152 del 2006. Risulta così

violato l' art. 117, c. 2, lett. s), Cost., che riserva allo Stato la competenza legislativa nella materia "tutela dell'ambiente".

Inoltre, è costituzionalmente illegittimo il c. 4 dell'art. 4 della l. R. Liguria n. 39/2008, il quale prevede la competenza dell'Autorità d'Ambito a provvedere all'affidamento del servizio idrico integrato, "*nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 113, c. 7, del d.lgs. 267/2000 e delle modalità di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs.152/2006*". La norma censurata impone, infatti, l'applicazione del c. 5 dell'art. 113 T.u. enti locali, cioè di un comma abrogato per incompatibilità dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. In particolare, il citato comma 5 dell'art. 113 è palesemente incompatibile con i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, perché disciplina le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali in modo difforme da quanto previsto da detti commi.

Sono, altresì, costituzionalmente illegittimi i commi 5 e 6 dell'art. 4 della l. l. Liguria n. 39/2008, in quanto tali norme impongono l'applicazione del comma 15-*bis* dell'art. 113 T.u. enti locali, abrogato per incompatibilità dall'art. 23-*bis*, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. Il citato comma 15-*bis* dell'art. 113 T.u. enti locali, infatti, è incompatibile con il suddetto art. 23-*bis*, perché disciplina il regime transitorio degli affidamenti diretti del servizio pubblico locale in modo difforme da quanto previsto dal parametro interposto. Ne deriva, pertanto, la violazione dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

E' costituzionalmente illegittimo il comma 14 dell'art. 4 della l. R. Liguria n. 39/2008, il quale affida all'Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO) la competenza a definire "*i contratti di servizio, gli obiettivi qualitativi dei servizi erogati, il monitoraggio delle prestazioni, gli aspetti tariffari, la partecipazione dei cittadini e delle associazioni dei consumatori di cui alla l.r. 2 luglio 2002, n. 26*", in quanto si pone "*in contrasto con la normativa statale*", cioè con il c. 4, lett. c), del nuovo testo dell'art. 161 del d.lgs. n. 152/2006, il quale ha attribuito al COVIRI la relativa competenza. Anche in tal caso, infatti, la Regione è intervenuta, nella materia "tutela dell'ambiente", attribuendo all'Autorità d'ambito una serie di competenze amministrative spettanti, invece, al COVIRI (ora CONVIRI), ai sensi dell'art. 161, c. 4, lettera c), del d.lgs. n. 152 del 2006, ed ha pertanto violato l'art. 117, c. 2, lett. s), Cost.

Infine è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il c. 1 dell'art. 1 della l.

R. Campania n. 2/2010, il quale prevede la competenza della medesima Regione a disciplinare il servizio idrico integrato regionale come servizio privo di rilevanza economica ed a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere, in quanto essa si pone in contrasto con gli artt. 141 e 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, il d.l. n. 135 del 2009 e l'art. 113 t.u. enti locali, che ricomprendono il servizio idrico integrato tra i servizi dotati di rilevanza economica. La disciplina statale pone una nozione generale e oggettiva di rilevanza economica, alla quale le Regioni non possono sostituire una nozione meramente soggettiva, incentrata cioè su una valutazione discrezionale da parte dei singoli enti territoriali e ponendosi, altresì, in contrasto con il regime transitorio disciplinato dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, il quale non può essere oggetto di deroga da parte delle Regioni.

5.7. Sulla legittimità delle norme regionali che escludono l'in house in materia di servizi pubblici locali.

Con la sentenza n. 307/2009 la Corte costituzionale ha affermato la legittimità di una disposizione regionale (si trattava della Regione Lombardia) che, in materia di servizio idrico integrato, esclude la possibilità di ricorrere all'*in house* per l'affidamento del servizio; con ciò limitando le possibilità di affidamento al solo sistema della gara, in modo più rigoroso rispetto a quanto previsto dal legislatore nazionale.

La Corte rileva che le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica sono regolate, in via generale, dall'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 (T.u. enti locali) e dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008. Norme entrambe emanate nell'esercizio della competenza statale in materia di tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione (cfr. sent. n. 272 del 2004).

Ciò posto la Corte afferma l'inconferenza, in *subiecta materia*, degli artt. 114 e 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, nonché dell'articolo 148, comma 5, del d.lgs. n. 152/2006, cd. Codice dell'ambiente (dedotti dalla ricorrente Presidenza del Consiglio dei ministri).

In particolare, il Presidente del Consiglio dei ministri ha ritenuto che la disposizione impugnata, nello stabilire che l'affidamento del servizio di erogazione

possa avvenire solo con la modalità della gara pubblica, prevista dalla lettera a) del comma 5 dell'art. 113 del T.u. enti locali, escludendo, pertanto, che possa avvenire anche secondo le modalità della società a capitale misto pubblico-privato ovvero della società a capitale interamente pubblico, previste dalle lettere b) e c) del medesimo comma 5, violerebbe la disciplina dettata dallo Stato, nell'esercizio della sua competenza legislativa in materia di tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione).

La disposizione regionale, per l'Avvocatura, sarebbe pure in contrasto con la disciplina di settore, recata dal Codice dell'ambiente, tanto nella parte in cui questa (art. 150, comma 2) prevede che l'autorità di ambito aggiudica la gestione del servizio idrico mediante gara in conformità ai criteri di cui all'art. 113, comma 5, lettere a), b) e c), del T.u. enti locali, quanto nella parte in cui questa (art. 148, comma 5) riconosce ai Comuni di popolazione fino a mille abitanti, ricadenti in comunità montane, la facoltà di scegliere la gestione diretta del servizio.

Complessivamente, la limitazione delle modalità di affidamento del servizio idrico integrato alla sola procedura di gara pubblica sarebbe, per l'Avvocatura, lesiva dell'autonomia degli enti locali ed eccederebbe dalla competenza legislativa regionale, finendo per incidere sulla competenza esclusiva statale in materia di funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione.

La Corte non ha condiviso le prospettazioni della ricorrente sulla base delle seguenti argomentazioni.

La regolamentazione di tali modalità non riguarda un dato strutturale del servizio né profili funzionali degli enti locali ad esso interessati, bensì concerne l'assetto competitivo da dare al mercato di riferimento.

La disciplina statale vigente al momento della proposizione del ricorso (art. 113 del T.u. enti locali) prevedeva, al riguardo, più forme di affidamento, consentendo che esso avvenisse, oltre che a favore di società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, anche, a determinate condizioni, a favore di società a capitale misto pubblico-privato ovvero di società a capitale interamente pubblico.

Al fine di garantire una maggiore concorrenzialità dei relativi mercati la successiva disciplina recata dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, che si è in parte

sovrapposta e in parte integrata con quella dell'art. 113 del T.u. enti locali, ha previsto la necessità della gara pubblica per l'affidamento del servizio pubblico locale a rilevanza economica, limitando ulteriormente e sempre con il rispetto delle norme comunitarie il ricorso a forme di affidamento differenti.

In questo contesto si inserisce la disposizione regionale impugnata, la quale, peraltro, in riferimento al solo servizio di erogazione idrica, prevede una disciplina parzialmente differente, consentendo solo l'affidamento mediante gara pubblica.

La Corte rileva che le norme statali, tanto quelle vigenti all'epoca dei fatti, quanto le attuali, sono meno rigorose di quelle poste dalla Regione. Occorre allora stabilire se le Regioni, in tema di tutela della concorrenza, possono dettare norme che tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato.

Al riguardo, la Corte considera che la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, e si deve, pertanto, ritenere che le norme impuginate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai “servizi pubblici locali”, non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione.

CAPITOLO VI

I PROFILI ORDINAMENTALI, TRA SPINTE ALLA SPECIALITÀ E RITORNO AL DIRITTO COMUNE.

SOMMARIO: 6.1. PREMessa. – 6.2. LA MORALIZZAZIONE DEL FENOMENO DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE NELLA DISCIPLINA NORMATIVA PIÙ RECENTE. - 6.3. L'ESTENSIONE DEI VINCOLI PUBBLICISTICI - 6.4. IL RITORNO AL DIRITTO COMUNE. - 6.4.1 LA DISCIPLINA DELLE NOMINE PUBBLICHE. - 6.4.1.1 (SEGUE): LE NOMINE PUBBLICHE PRIMA DELLA CONDANNA COMUNITARIA DEL 2007. - 6.4.1.2 (SEGUE): LA CONDANNA COMUNITARIA: C. GIUST. CE, SEZ. I, 6 DICEMBRE 2007, C-463/04 E C-464/04. - 6.4.1.3 (SEGUE): IL TESTO DELL'ART. 2449 C.C. NOVELLATO NEL 2008. - 6.4.1.4 (SEGUE): LA CONDANNA COMUNITARIA DEL 2009: CORTE DI GIUST. CE, SEZ. III, 26 MARZO 2009, C-327/07. - 6.4.2. LA SENTENZA N. 28699/2010 CHE ESTENDE ALLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI PER ILLECITI AMMINISTRATIVI DIPENDENTI DA REATO. - 6.4.3. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. - 6.4.3.1. I PRECEDENTI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. - 6.4.3.2. LA SVOLTA SULLA RESPONSABILITÀ PER DANNI ARRECATI ALLA SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA.

6.1. Premessa.

Come si è visto nel capitolo II, la legislazione più recente in materia di società partecipate da pubbliche amministrazioni può essere razionalizzata seguendo tre direttrici che vanno tutte nel senso della specialità rispetto alle regole di diritto

comune.

La prima direttrice, tesa ad evitare che il fenomeno delle partecipazioni pubbliche possa provocare distorsioni concorrenziali, si concreta nella introduzioni di limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto delle società pubbliche (v. Capitolo III).

Una seconda direttrice mira a moralizzare il fenomeno delle partecipazioni pubbliche attraverso l'introduzione di vincoli volti ad evitare che la partecipazione pubblica possa essere foriera di sprechi ingiustificati (es. limiti ai compensi e al numero dei componenti degli organi societari). Peraltro, tale direttrice nella legislazione più recente ha prodotto gli effetti tipici della prima direttrice, ossia una limitazione alla possibilità di costituire società pubbliche (v. Capitolo III, art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78).

La terza direttrice, volta ad evitare che lo schermo privatistico possa comportare l'elusione di disposizioni proprie dei soggetti pubblici, comporta l'estensione di alcuni vincoli tipicamente pubblicistici (es. vincoli pubblicistici all'assunzione di personale).

Le ultime due direttrici accennate hanno ad oggetto in via prevalente disposizioni speciali che incidono sugli aspetti ordinamentali delle società a partecipazione pubblica. Di questi vincoli speciali di carattere ordinamentale ci si occuperà nel presente Capitolo.

Ferma restando la validità della classificazione svolta nelle tre linee direttrici, si deve osservare in questa sede che il legislatore spesso differenzia – qualche volta in modo non immediatamente comprensibile – la disciplina relativa alle società nazionali rispetto a quelle locali. Alcuni aspetti riguarderanno, dunque, o solo le une o solo le altre.

Accanto alle disposizioni che vanno nel senso della specialità, vi sono però aspetti ordinamentali (soprattutto imposti a livello giurisprudenziale) che vanno nel senso del ritorno al diritto comune. Ne sono esempio la disciplina delle nomine pubbliche, dopo la condanna del giudice comunitario sulla *golden share*, e l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle disposizioni del d.lgs n. 231/2001, sulla responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, anch'essa avvenuta in via giurisprudenziale ad opera del giudice nazionale.

Tra i profili ordinamentali, infine, spicca per importanza la questione della responsabilità degli amministratori delle società pubbliche, sulla quale di recente

alcune pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione hanno cercato di razionalizzare la compresenza dell'azione sociale disciplinata dal codice civile e la responsabilità erariale tipica degli enti pubblici.

6.2. La moralizzazione del fenomeno delle partecipazioni pubbliche nella disciplina normativa più recente.

La moralizzazione del fenomeno delle società pubbliche ha indotto il legislatore, anzitutto a introdurre *limiti numerici ai consigli di amministrazione* delle società pubbliche. A questo proposito la l. finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006) detta importanti disposizioni di carattere ordinamentale in relazione alle società *in house* e miste degli enti locali e delle Regioni, in ordine al numero massimo di amministratori, al compenso massimo ad essi erogabile e ad una specifica responsabilità di risultato (art. 1, co. da 725 a 735). Altre disposizioni, sugli stessi temi, sono dettate in altri co. della l. finanziaria per gli amministratori delle società a partecipazione statale (v. art. 1, comma 465 l. 296/2006 e art. 3, comma 12, della l. n. 244/2007 come successivamente modificata dal d.l. n. 78/2009 e dalla legge n. 69/2009). A chiarimento della disciplina è intervenuta la circolare 13 luglio 2007. L'ambito della disciplina è costituito dalle società a totale o parziale partecipazione degli enti locali, e con esclusione delle società quotate in borsa (art. 1, co. 733, l. n. 296/2006). Secondo la circolare 13 luglio 2007 la disciplina si applica alle società a totale partecipazione degli enti locali, anche "indiretta", e, cioè, per il tramite di altri enti interamente partecipati o detenuti, e società "miste", ossia al cui capitale partecipino anche altri soggetti, privati o pubblici, oltre agli enti locali³³⁵.

Nell'ottica di moralizzazione del fenomeno, il legislatore ha previsto disposizioni sulla *incompatibilità* per gli amministratori che sono stati responsabili di perdite nella gestione delle società pubbliche. Anche in questo caso emergono alcuni profili differenziali tra la disciplina prevista per le società partecipate dagli enti locali rispetto a quelle che hanno una dimensione nazionale. Per quest'ultime l'art. 3, co. 14, l. n. 244/2007 stabilisce che nelle società controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da

³³⁵ Su siffatte limitazioni è intervenuta anche la Corte costituzionale, dichiarando l'incostituzionalità di alcune disposizioni. In particolare è stato dichiarato incostituzionale il comma 734 nei confronti di Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano per lesione della competenza in materia di autonomia dell'organizzazione amministrativa.

amministrazioni statali, non quotate in borsa, e in cui le amministrazioni statali detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che non siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere permanente e continuativo, ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante. In tali casi gli emolumenti rivenienti dalla partecipazione agli organi della società controllata sono comunque riversati alla società controllante. La disposizione non ha posto particolari problemi applicativi come è, invece, accaduto con la disposizione relativa alle società partecipate dagli enti locali. Con riferimento a queste, l'art. 1, co. 734, l. n. 296/2006 (dichiarato incostituzionale per le Regioni e le Province autonome) stabilisce che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi. Viene configurata una responsabilità di risultato, commisurata alla chiusura del bilancio in pareggio o con profitto. La norma ha dato luogo a non poche perplessità che di recente hanno indotto il legislatore a darne una interpretazione autentica (v. comma 32-bis dell'art. 3 della l. n. 244/2007 aggiunto dalla lettera f) del comma 1 dell'art. 71, l. n. 69/2009). In particolare, il legislatore ha interpretato la norma nel senso che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali. Il legislatore ha, dunque, stabilito condizioni più flessibili che nel passato all'ineleggibilità di amministratori di organismi partecipati, legata non più all'aver chiuso in perdita un triennio consecutivo nel precedente quinquennio, bensì al progressivo peggioramento dei conti registrato per tre esercizi consecutivi nei cinque anni precedenti, per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali. In tal modo, distinguendo tra scelte gestionali discrezionali e attività in qualche modo condizionata dalla struttura stessa dei conti aziendali, non si viene più ad attribuire valore negativo a ripetute chiusure in perdita per importi comunque in riduzione nel tempo, mentre, diversamente, si riconoscono effetti negativi a gestioni positive ma con margini di utile via via più esigui.

Altre disposizioni riguardano la fissazione di un *teito ai compensi*. Anche in questo caso sono dettate regole differenziate, nella l. n. 296/2006, per le società degli enti locali e per le società a partecipazione statale. Ulteriori norme sono dettate per le società controllate da amministrazioni statali, nella l. n. 244/2007. La disciplina dettata per le società degli enti locali è vincolante per le Regioni solo in relazione ai principi da essa desumibili (art. 1, co. 730, l. 296/2006). Si sottraggono alla disciplina dei compensi massimi le società quotate in borsa (art. 1, co. 733, l. n. 296/2006; art. 3, co. 16, l. n. 244/2007). Per quanto attiene alla disciplina del compenso degli amministratori di società di enti locali, l'art. 1, l. n. 296/2006 opera una distinzione tra società a totale partecipazione di comuni o province (co. 725), società a totale partecipazione pubblica di una pluralità di enti locali (co. 726) e società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici e privati (co. 728). In relazione all'ambito applicativo dei co. 725, 726 e 728, è intervenuta la circolare interministeriale 13 luglio 2007 chiarendo che: a) le disposizioni si applicano anche alle società partecipate "indirettamente" dall'ente locale; b) nelle società con sistema dualistico, le norme si applicano anche ai componenti del consiglio di gestione; c) il tetto massimo non può essere superato per effetto del riconoscimento di remunerazioni attribuite ad alcuni amministratori in relazione all'investitura di particolare cariche previste statutariamente, avuto riguardo alla perentorietà del co. 725, che ammette il superamento solo per effetto di indennità di risultato e solo per il caso, di produzione di utili, purché sia determinato in misura ragionevole e proporzionata, tenuto conto della onnicomprensività del compenso preso in considerazione dalla citata disposizione. Per gli amministratori di società a partecipazione statale, il tetto massimo ai compensi era disciplinato dall'art. 1, co. 466, l. n. 296/2006, con riferimento agli amministratori delle società di cui al precedente co. 465. L'ambito era dunque quello delle società non quotate in borsa, partecipate dallo Stato (quale che fosse l'entità della partecipazione statale), e delle società collegate o controllate dalle società a partecipazione statale. Il contenuto dell'art. 1, co. 466, è stato interamente sostituito dalla l. n. 244/2007 che fissa anche la disciplina delle deroghe ai limiti previsiti.

Sempre nell'ottica di moralizzazione, nella manovra economica del 2010 (d.l. n. 78/2010 conv. in l. n. 122/2010) sono stati previsti ulteriori riduzioni dei compensi, introducendo al contempo limiti al finanziamento delle società con bilancio in perdita.

La prima novità riguarda le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istat in base all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (legge di contabilità e finanza pubblica)³³⁶ e le società interamente possedute, in via diretta o indiretta, dalle amministrazioni pubbliche alla data del 31 maggio 2010. In queste società, i compensi che spettano ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo in base a quanto previsto dall'articolo 2389, comma 1, del codice civile, a decorrere dalla prima scadenza del consiglio o del collegio successiva all'entrata in vigore del decreto legge sono ridotti del 10 per cento rispetto al compenso stabilito al momento della nomina³³⁷. Sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione le società quotate e le loro controllate. Con la legge di conversione del decreto legge n. 78/2010 è stato opportunamente chiarito che non si applicano, invece, alle società le disposizioni in base alle quali *“la partecipazione agli organi collegiali (...) degli enti che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica”* e *“può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute”*, e gli eventuali gettoni di presenza non possono eccedere i trenta euro a seduta giornaliera³³⁸. Una seconda novità, come anticipato, ha riguardato il finanziamento delle società in perdita. In particolare il legislatore ha introdotto alcuni limiti al finanziamento delle società a partecipazione pubblica non quotate che hanno i bilanci in perdita. Il decreto legge fa espressamente riferimento all'obiettivo di aumentare l'efficienza delle società pubbliche e richiama *“i principi nazionali e comunitari in termini di economicità e concorrenza”*, tra cui evidentemente vi sono i principi in materia di aiuti di Stato. Salvo l'ipotesi in cui il capitale sociale si riduce al di sotto del limite legale³³⁹, le amministrazioni pubbliche non possono partecipare ad

³³⁶ La legge n. 196/2009 prevede che l'Istat individui l'insieme dei soggetti che costituiscono il settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche sulla base delle definizioni europee volte alla costruzione del conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni ai fini dell'applicazione della procedura sui deficit eccessivi. La ricognizione di tali soggetti è operata annualmente dall'Istat con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta ufficiale entro il 31 luglio. L'elenco aggiornato è disponibile sul sito dell'Istat (http://www.istat.it/strumenti/definizioni/elenco_amministrazioni_pubbliche). Nell'elenco sono incluse alcune società, tra cui Anas, Equitalia, Italia Lavoro, Patrimonio dello Stato, Coni Servizi, Arcus e, tra le società partecipate da amministrazioni locali, Azienda Strade Lazio Spa, Patrimonio del Trentino Spa, Riscossione Sicilia Spa, Società Infrastrutture Lombarde Spa.

³³⁷ Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 6.

³³⁸ Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 2.

³³⁹ Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale sociale, questo si riduce al disotto del minimo legale, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza,

aumenti di capitale, né effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, rilascio di garanzie a favore di società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre anni consecutivi, perdite di esercizio oppure che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti effettuati a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse oppure alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, la norma prevede alcune deroghe al divieto qualora sussistano gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico o la sanità. In questi casi su richiesta dell'amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri soggetto a registrazione presso la Corte dei conti, è possibile autorizzare specifici interventi finanziari a favore delle società partecipate³⁴⁰. Va osservato, infine, che, tenuto conto della giurisprudenza costituzionale relativa ai limiti della competenza legislativa statale in materia di società a partecipazione pubblica³⁴¹, il decreto legge n. 78/2010 prevede espressamente che tutte le disposizioni contenute nell'articolo 6 volte a ridurre i costi degli apparati amministrativi, incluse le disposizioni sui limiti ai compensi, sul finanziamento delle società in perdita (e, come si vedrà, anche quelle sui vincoli alle spese e alle assunzioni di personale), “*non si applicano in via diretta alle regioni*” e “*alle province autonome*”³⁴². Per tali soggetti, queste previsioni costituiscono “*disposizioni di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica*”. Per le Regioni a statuto ordinario che aderiscono volontariamente alle regole previste dall'articolo 6 è introdotto un meccanismo premiale, che dovrebbe essere operativo dal 2011; le modalità, i tempi e i criteri di attuazione saranno definiti con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

6.3. L'estensione dei vincoli pubblicistici.

La specialità organizzativa e di funzionamento delle società pubbliche

devono convocare l'assemblea affinché essa deliberi la riduzione del capitale sociale e il contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al limite legale oppure la trasformazione della società (articolo 2447 del codice civile).

³⁴⁰ Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 19.

³⁴¹ Cfr. ad esempio Corte costituzionale, sentenze 20 maggio 2008, n. 159, e 6 giugno 2008, n. 190

³⁴² Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 20.

dipende, come già anticipato, dall'estensione a queste di vincoli tipicamente pubblicistici. Si vuole in tal modo evitare che lo schermo della forma giuridica privata possa determinare l'elusione di vincoli necessari all'azione pubblica, a prescindere dalla sua forma di esplicazione.

Vanno annoverati anzitutto i profili tradizionali che connotano in senso speciale l'organizzazione e il funzionamento di queste società.

In questo senso può annoverarsi la disciplina dei *controlli* da parte della corte di conti (v. per esempio l'art. 12 della l. n. 259/1958 la cui perdurante operatività nei confronti delle figure soggettive derivate dalla trasformazione degli enti pubblici economici di cui al d.l. n. 333 del 1992 è stata affermata dalla Corte Costituzionale con la celebre sentenza n. 466 del 1993).

A ciò si aggiunga l'obbligo di garantire *l'accesso ai documenti amministrativi*, visto che la legge n. 15/2005 ha ampliato – sulla scorta della giurisprudenza amministrativa – l'ambito di applicazione soggettivo della relativa disciplina.

Il legislatore è intervenuto di recente anche sul problema *dell'assunzione di personale e del rispetto degli obblighi di finanza pubblica*. La peculiare relazione che lega gli enti locali alle società per la gestione dei servizi pubblici locali *in house* e miste ha reso consequenziale nell'ottica del legislatore prevedere il concorso anche di tali soggetti al rispetto degli obblighi di finanza pubblica, come più volte affermato dalla Corte dei conti³⁴³. A tal fine il legislatore, già nell' art.23-bis, comma 10, lett. a, ha assunto lo specifico impegno, da attuare in via regolamentare, di prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari *in house* di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società miste di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale (V. gli artt. 5, 6 e 7 del d.P.R. n. 168/2010, regolamento attuativo dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008). Peraltro, nel d.l. n.112/2008, art.18 sono rinvenibili, in parte fin dall'originaria stesura, disposizioni immediatamente operative in materia di reclutamento e spesa di personale, di limiti alle assunzioni, di conferimento di incarichi, di assoggettamento al patto di stabilità, aventi, stavolta, come destinatari le società a totale partecipazione pubblica e di controllo³⁴⁴. Al di là della mancanza di

³⁴³ Un'ampia trattazione dell'argomento è contenuta nella Relazione della Corte dei conti di cui alla citata Deliberazione 13/2008.

³⁴⁴ In particolare, i primi due commi dell'art.18 hanno inizialmente assoggettato le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali e le altre società a partecipazione

allineamento tra il comma 10, lett. a dell'art.23-bis (e oggi l'art. 4, comma 17 del d.l. n. 138/2011) e l'art.18 citati e della loro non sovrapposibilità, sembra che il legislatore sia preoccupato, non certo di mantenere una adeguata coerenza delle disposizioni normative con le caratteristiche ontologiche del modello societario, quanto piuttosto di scongiurare, almeno teoricamente, il rischio che utilizzando strumentalmente specifici modelli organizzativi il socio pubblico possa porre in essere manovre elusive dei vincoli di finanza pubblica o violare principi giuridici fondamentali, anche di ordine costituzionale, tutelati da precise norme di garanzia. La Corte dei conti (v. Deliberazione n. 14/AUT/2010/FRG) ha però rilevato che il legislatore ha proceduto a ciò senza valutare del tutto né la reale applicabilità, né gli effetti su soggetti e attività di diritto comune di norme conformate a pubbliche amministrazioni. In alcune ipotesi, infatti, potrebbero verificarsi delle difficoltà applicative. Se è verosimile ritenere che in presenza di una società totalmente partecipata da più enti locali si debba far riferimento ai vincoli alle assunzioni previste per il socio pubblico che detiene la partecipazione di controllo, non è altrettanto chiaro quale sia il socio di riferimento quando, in presenza di quote paritarie o molto frammentate, si sia in presenza di un controllo congiunto esercitato da enti che possono essere destinatari di differenti vincoli assunzionali. Inoltre, è apparso arduo estendere la disciplina relativa al rispetto del patto di stabilità (peraltro decaduto per effetto della declaratoria di incostituzionalità della relativa previsione ad opera della sentenza n. 325/2010) a soggetti societari, senza prevedere modalità comuni di rilevazione quanto meno delle voci contabili che assumono valenza ai fini del patto stesso. In più – secondo la Corte dei conti - nel caso di mancato rispetto del patto di stabilità da parte dell'amministrazione controllante, l'applicazione automatica ad una

pubblica totale o di controllo a specifici obblighi da rispettare per il reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi. In seguito, l'art.19 del d.l 78/2009, convertito in legge 102/2009, aggiungendo il comma 2-bis, ha previsto l'applicazione delle disposizioni che stabiliscono divieti o limitazioni alle assunzioni di personale a carico del socio pubblico, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo: a) che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali; b) che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale; c) che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione. Le medesime società devono, inoltre, adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Infine, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle predette società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo.

società di servizi del divieto di assunzioni è verosimile che determini ricadute negative sulla collettività in termini di livello e qualità delle prestazioni. Ad ogni buon conto, al di là delle difficoltà applicative e delle incertezze ermeneutiche, è stato ritenuto³⁴⁵ che la nuova disciplina comporti l'obbligo del ricorso a procedure di evidenza pubblica da parte di tutte le società partecipate affidatarie di servizi pubblici locali, in riferimento al reclutamento del personale, al conferimento di incarichi ed all'acquisto di beni e servizi. Va aggiunto che con la manovra 2010 (art. 9, comma 29 del d.l. 78/2010), il legislatore ha previsto per le società non quotate, inserite nel conto economico consolidato della PA, come individuate dall'ISTAT, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni, l'obbligo di adeguarsi alle politiche assunzionali previste per le pubbliche amministrazioni stesse, con ciò estendendo espressamente i vincoli assunzionali anche alle controllate indirettamente. Ciò comporta, in particolare, che dal 2015 le assunzioni di personale a tempo indeterminato, previo svolgimento delle procedure di mobilità, non potranno comportare una spesa superiore a quella relativa al personale cessato nell'anno precedente. In ogni caso il numero delle unità di personale da assumere non potrà eccedere quello delle unità cessate nell'anno precedente³⁴⁶. La Corte dei conti, oltre allo specifico impatto sul bilancio dell'ente locale delle spese di personale sostenute dagli organismi partecipati, si è pronunciata anche sugli effetti che la disciplina dettata per gli enti locali in merito all'affidamento di incarichi di collaborazione e di consulenze ha sulle società partecipate e specificamente sulle società *in house*. In particolare, tenuto conto degli obblighi di adeguamento contenuti nell'art.18, comma 2-bis, del d.l. 112/2008 e di quanto disposto dall'art.3, commi da 55 a 57 della legge finanziaria 2008, nell'esercizio del riesame della legalità e della regolarità contabile della Corte dei conti relativo alle disposizioni regolamentari adottate dagli enti locali in materia di affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, aveva affermato che andasse espressamente precisato che le società *in house* debbono osservare i principi e gli obblighi fissati in materia per gli enti cui appartengono nonché criteri per il controllo dell'ente locale sull'osservanza delle regole da parte delle società partecipate³⁴⁷. Peraltro, l'obbligo in questione va inquadrato anche in quanto disposto

³⁴⁵ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Toscana 45/2010.

³⁴⁶ Decreto legge n. 78/2010, articolo 9, comma 8.

³⁴⁷ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia n.37/2009.

dall'art.61, comma 7 del d.l. 112/2008 relativo al dovere di conformazione per le società inserite nel conto economico della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, (che dovrebbe ricomprendere, quanto meno, tutte le società *in house*), al principio di riduzione della spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e sponsorizzazioni. Tale disposizione è stata di recente ribadita nell'art.6, comma 11, del d.l. 78/2010, il quale ha aggiunto la previsione dell'obbligo che l'inerenza della spesa sia attestata da apposita relazione sottoposta a controllo del collegio sindacale. La disposizione conferma che le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, che come visto sono un insieme molto ristretto, sono soggette a una serie di vincoli più stringenti rispetto alle altre società a partecipazione pubblica. Anche con riferimento alle disposizioni sui vincoli all'assunzione vale la regola dell'inapplicabilità diretta alle Regioni e alle Province autonome già vista per i limiti di spesa. In particolare, tenuto conto della giurisprudenza costituzionale relativa ai limiti della competenza legislativa statale in materia di società a partecipazione pubblica³⁴⁸, il decreto legge n. 78/2010 prevede espressamente che tali disposizioni “*non si applicano in via diretta alle regioni*” e “*alle province autonome*”³⁴⁹. Per tali soggetti, queste previsioni costituiscono “*disposizioni di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica*”. Per le Regioni a statuto ordinario che aderiscono volontariamente alle regole previste dall'articolo 6 è introdotto un meccanismo premiale, che dovrebbe essere operativo dal 2011; le modalità, i tempi e i criteri di attuazione saranno definiti con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

Sempre in questo ambito possono essere annoverate le norme sulla *pubblicità di incarichi, compensi e partecipazioni societarie*, secondo cui le società pubbliche, come gli enti pubblici più tradizionali, sono soggetti a stringenti obblighi di trasparenza (v. art. 3, comma 44, l. n. 244/2007; art. 1, comma 735, l. n. 296/2006, art. 1, comma 587 e ss., l. n. 296/2006).9.3.10. Il ritorno al diritto comune.

³⁴⁸ Cfr. ad esempio Corte costituzionale, sentenze 20 maggio 2008, n. 159, e 6 giugno 2008, n. 190

³⁴⁹ Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 20.

6.4. Il ritorno al diritto comune.

6.4.1 La disciplina delle nomine pubbliche.

6.4.1.1. (segue): le nomine pubbliche prima della condanna comunitaria del 2007.

L'art. 2449 c.c. si riferisce alle società per azioni partecipate dallo Stato o da un altro ente pubblico.

Nel testo anteriore alla condanna della Corte di giustizia intervenuta nel 2007, e alla conseguente novella apportata con la l. 34/2008, si stabiliva che se detti enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, o componenti del consiglio di sorveglianza.

Non si specifica, in tale formulazione, né quale debba essere entità della partecipazione, sicché l'ambito della norma è quello della società per azioni con qualsivoglia entità di partecipazione pubblica (minoritaria, maggioritaria, totalitaria), e dunque sia la società *in house*, sia la società mista, né alcun rapporto di proporzionalità tra entità della partecipazione e numero di soggetti nominabili.

I soggetti nominati dal socio pubblico possono essere revocati solo dagli enti che li hanno nominati. Hanno però i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea, con salvezza delle disposizioni delle leggi speciali.

6.4.1.2. (segue): La condanna comunitaria: C. giust. Ce, sez. I, 6 dicembre 2007, C-463/04 e C-464/04.

Tale versione dell'art. 2449 c.c è stata reputata illegittima alla luce del diritto comunitario dalla Corte di giustizia, che, con una pronuncia del 2007³⁵⁰ ha affermato che le disposizioni nazionali non possono conferire agli stati o agli enti pubblici la facoltà di esercitare un controllo sproporzionato nella gestione delle società per azioni da essi partecipate. Ciò in quanto l'art. 56, Trattato CE (oggi art. 63 TFUE), che vieta in maniera generale le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione, quale l'art. 2449, c.c.,

³⁵⁰ C. giust. CE, sez. I, 6 dicembre 2007 C-463/04 e C-464/04, in *Foro it.*, 2008, Iv, 67.

secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé — o in combinato con una disposizione, quale l'art. 4, d.l. n. 332/1994, conv. in l. n. 474/1994, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, — è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla, sua partecipazione nel capitale di detta società.

Secondo la Corte, l'art. 2449 c.c. mette a disposizione di detti azionisti pubblici uno strumento che fornisce la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dei loro investimenti. Al contempo, l'influenza degli altri azionisti può risultare ridotta rispetto ai loro investimenti.

Inoltre, l'art. 2449 c.c. non prevede alcun limite per quanto riguarda il numero degli amministratori che possono essere direttamente nominati dallo Stato o da un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di una società per azioni.

Fornendo agli azionisti pubblici uno strumento che permette loro di limitare la possibilità degli altri azionisti di partecipare alla società con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo, una normativa nazionale siffatta è idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall'investire nel capitale della società.

La sola circostanza che il legislatore nazionale inserisca una misura diretta specificamente a conferire poteri speciali allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni in una società per azioni nelle disposizioni del codice civile che disciplinano tali società non può sottrarre detta misura all'ambito di applicazione dell'art. 56, Trattato CE (oggi art. 63 TFUE).

In secondo luogo, anche se il diritto di nomina non è attribuito direttamente allo Stato o all'ente pubblico dall'art. 2449 c.c., ma, in applicazione di tale articolo, è necessaria una decisione dell'assemblea generale degli azionisti della società interessata, conformemente al meccanismo previsto dalla legge per la formazione della volontà dei soci, ciò non di meno siffatta circostanza non priva la relativa disciplina del suo carattere restrittivo.

Infatti, indipendentemente dalla questione se l'azionista pubblico disponga di

per sé della maggioranza necessaria per fare inserire nello statuto della società interessata il suo diritto di nomina diretta di amministratori di quest'ultima, o se può conseguire tale modifica solo con il concorso di altri azionisti, la Corte di giustizia ha constatato che è solo in forza della disciplina di cui trattasi la quale deroga al diritto societario comune, che l'azionista pubblico, a differenza di un'azionista privato, può ottenere che gli sia concesso il diritto di partecipare all'attività del consiglio d'amministrazione con maggiore rilievo rispetto a quanto gli sarebbe normalmente concesso dalla sua qualità di azionista.

Anche se un tale diritto di nomina, una volta inserito nello statuto, non è immutabile, dato che, in via di principio, può essere oggetto di modifica in occasione di un'ulteriore revisione dello stato medesimo, esso tuttavia gode di una protezione relativamente intensa. L'azionista pubblico, infatti, può trarre profitto dalla garanzia di continuità di cui beneficia lo statuto di una società per azioni, in quanto per la modifica di quest'ultimo è di norma necessaria una maggioranza qualificata degli azionisti. Così, anche quando l'azionista pubblico non dispone più successivamente, da solo o con il concorso di altri azionisti, della maggioranza necessaria per ottenere l'attribuzione di un diritto di nomina diretta degli amministratori, segnatamente perché, nel frattempo, ha ridotto la sua partecipazione al capitale della società interessata, esso può tuttavia continuare a godere di un tale diritto.

Un investitore potrà avere la certezza di riuscire ad abrogare diritto di nomina diretta degli amministratori di una società per azioni solamente qualora l'investimento effettuato sia di una rilevanza tale da assicurargli la maggioranza necessaria per modificare lo statuto di detta società, il che può richiedere un investimento ben al di là di quello che, in assenza dell'inserimento del diritto di nomina di cui trattasi nello statuto, gli consentirebbe di partecipare alla società interessata con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo.

La libera circolazione dei capitali può essere limitata da provvedimenti nazionali che si giustificano per le ragioni di cui all'art. 58 Trattato CE (oggi art. 65 TFUE) o per motivi imperativi di interesse generale, purché non esistano misure comunitarie di armonizzazione che indichino i provvedimenti necessari a garantire la tutela di tali interessi. In mancanza di tale armonizzazione comunitaria, spetta in linea di principio agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela

di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Essi non possono tuttavia farlo se non nei limiti indicati dal Trattato e, in particolare, nel rispetto del principio di proporzionalità, che richiede che le misure adottate siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.

A tale riguardo, occorre ricordare in particolare che, secondo la giurisprudenza della Corte, non possono essere negate le preoccupazioni che, a seconda delle circostanze, possono giustificare che gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o strategici.

Tuttavia, l'art. 2449 c.c non sottopone l'inserimento nello statuto di una società per azioni di un diritto per lo Stato, o per un ente pubblico che hanno partecipazioni in quest'ultima di nominare direttamente uno o più membri del consiglio di amministrazione nessuna condizione, e pertanto siffatta disposizione non è stata considerata giustificata.

6.4.1.3 (segue): Il testo dell'art. 2449 c.c. novellato nel 2008.

In adeguamento a tale pronuncia della C. giust. CE, l'art. 2449 c.c. è stato novellato dalla l. n. 34/2008 (1. comunitaria 2007), nel senso, da un lato, che la facoltà di nomina di uno o più componenti degli organi sociali, riservata allo Stato, non può essere prevista in società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale a rischio, e che comunque tale facoltà di nomina, ove consentita, si deve riferire ad un numero “*proporzionale alla partecipazione capitale sociale*”.

Alle norme rimaste immutate, secondo cui gli amministratori i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma 1 possono essere revocati soltanto dagli enti che hanno nominati, e secondo cui hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea, sono state aggiunte previsioni alla durata massima dei componenti degli organi societari nominati dallo Stato.

Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, stanno in carica

per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica.

Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del dell'art. 2346, comma 6 c.c, a tenore del quale resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di missione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione.

Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.

6.4.1.4 (segue): La condanna comunitaria del 2009: Corte di giust. Ce, sez. III, 26 marzo 2009, C-327/07.

Con sentenza del 26 marzo 2009, la Corte di giustizia ha condannato la Repubblica Italiana per l'inadempimento degli obblighi su essa incombenti in forza degli artt. 43 e 56 del Trattato CE (oggi artt. 49 e 63 del TFUE). In particolare, la Corte ha ritenuto incompatibili con il diritto comunitario le disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del DPCM 10 giugno 2004 (DPCM)³⁵¹, dirette a stabilire le condizioni

³⁵¹ Prima della condanna comunitaria l'art. 1 del DPCM 10 giugno 2004 disponeva: "1. *I poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge n. 332 del 1994, sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione.*

2. *I poteri speciali di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 332 del 1994, ferme restando le finalità indicate allo stesso comma 1, sono esercitati in relazione al verificarsi delle seguenti circostanze:*

a) grave ed effettivo pericolo di una carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, nonché di erogazione dei servizi connessi e conseguenti e, in generale, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, nonché di un livello minimo di servizi di

per l'esercizio dei poteri speciali (le *golden shares*) disciplinati nell'art. 2, comma 1, lettere a), b) e c) del d.l. n. 332/1994 (come modificato dalla Finanziaria 2004)³⁵².

telecomunicazione e di trasporto;

b) grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico;

c) grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei servizi pubblici essenziali;

d) grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica;

e) emergenze sanitarie.

3. Al fine di garantire la proporzionalità delle misure adottate, i poteri speciali di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 332 del 1994, potranno essere esercitati anche in forma condizionata. Il potere speciale di cui alla lettera c) potrà essere esercitato sia in relazione alle delibere assunte dall'assemblea degli azionisti che in relazione alle delibere degli organi di amministrazione”.

³⁵² L'art. 2 del d.l. n. 332/1994, attualmente dispone: “Tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi, sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive:

a) opposizione all'assunzione, da parte dei soggetti nei confronti dei quali opera il limite al possesso azionario di cui all'articolo 3, di partecipazioni rilevanti, per tali intendendosi quelle che rappresentano almeno la ventesima parte del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'economia e delle finanze con proprio decreto. L'opposizione deve essere espressa entro dieci giorni dalla data della comunicazione che deve essere effettuata dagli amministratori al momento della richiesta di iscrizione nel libro soci, qualora il Ministro ritenga che l'operazione rechi pregiudizio agli interessi vitali dello Stato. Nelle more di decorrenza del termine per l'esercizio del potere di opposizione, il diritto di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante, sono sospesi. In caso di esercizio del potere di opposizione, attraverso provvedimento debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato dall'operazione agli interessi vitali dello Stato, il cessionario non può esercitare i diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante e dovrà cedere le stesse azioni entro un anno. In caso di mancata ottemperanza al tribunale, su richiesta del Ministro dell'economia e delle finanze, ordina la vendita delle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante secondo le procedure di cui all'articolo 2359-ter del codice civile. Il provvedimento di esercizio del potere di opposizione è impugnabile entro sessanta giorni dal cessionario innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio;

b) opposizione alla conclusione di patti o accordi di cui all'articolo 122 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nel caso in cui vi sia rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'economia e delle finanze con proprio decreto. Ai fini dell'esercizio del potere di opposizione la CONSOB informa il Ministro dell'economia e delle finanze dei patti e degli accordi rilevanti ai sensi del presente articolo di cui abbia avuto comunicazione in base al citato articolo 122 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998. Il potere di opposizione deve essere esercitato entro dieci giorni dalla data della comunicazione effettuata dalla CONSOB. Nelle more di decorrenza del termine per l'esercizio del potere di opposizione, il diritto di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale dei soci aderenti al patto sono sospesi. In caso di emanazione del provvedimento di opposizione, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato dai suddetti accordi o patti agli interessi vitali dello Stato, gli accordi sono inefficaci. Qualora dal comportamento in assemblea dei soci sindacali si desuma il mantenimento

Oggetto della contestazione non sono, quindi, i poteri speciali in quanto tali, ma la modalità del loro esercizio, in particolare sotto il profilo della proporzionalità rispetto al fine da perseguire. In via preliminare la Corte rileva che una normativa nazionale che non è destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni tali da conferire una sicura influenza sulle decisioni di una società e da consentire di indirizzarne le attività ma che si applichi indipendentemente dall'entità della partecipazione detenuta da un azionista in una società, può rientrare nell'ambito di applicazione sia dell'art. 43 del Trattato CE (relativo alla libertà di stabilimento), sia dell'art. 56 del Trattato CE (relativo alla libera circolazione dei capitali). Ciò premesso in via generale, nel caso di specie la Corte ha distinto la disciplina dei poteri di opposizione dello Stato all'acquisizione di partecipazioni e alla conclusione di patti tra azionisti che rappresentino una determinata percentuale dei diritti di voto, dal potere di porre un veto a talune decisioni della società.

Innanzitutto, i poteri di opposizione (di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) e b), del d.l. n. 332/1994) sono stati esaminati sotto il profilo sia dell'art. 43, sia dell'art. 56 del Trattato Ce. Con riferimento a quest'ultima previsione, la Corte di giustizia rileva che, in mancanza di specifiche misure di armonizzazione comunitaria che fissino direttamente i provvedimenti necessari per limitare la libera circolazione dei capitali, in linea di principio spetta agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Essi possono tuttavia farlo soltanto nei limiti tracciati dal Trattato e,

degli impegni assunti con l'adesione ai patti di cui al citato articolo 122 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, le delibere assunte con il voto determinante dei soci stessi sono impugnabili. Il provvedimento di esercizio del potere di opposizione è impugnabile entro sessanta giorni dai soci aderenti ai patti o agli accordi innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio;
c) *veto, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato, all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo. Il provvedimento di esercizio del potere di veto è impugnabile entro sessanta giorni dai soci dissenzienti innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio;*
d) *nomina di un amministratore senza diritto di voto.*

1-bis. Il contenuto della clausola che attribuisce i poteri speciali è individuato con decreto del Ministro del tesoro, di concerto con i Ministri del bilancio e della programmazione economica, e dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

2. Ai soci dissenzienti dalle deliberazioni che introducono i poteri speciali di cui al comma 1, lettera c) , spetta il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2437 del codice civile.

3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle società controllate, direttamente o indirettamente da enti pubblici, anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici e individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante, al quale verranno riservati altresì i poteri previsti al comma 1.

in particolare, nel rispetto del principio di proporzionalità, il quale richiede che le misure adottate siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.

Nel caso di specie, secondo la Corte di giustizia i criteri in esame (sebbene relativi a diversi tipi di interessi generali) sono stati formulati in modo generico ed impreciso. Inoltre, l'assenza di un nesso tra tali criteri e i poteri speciali ai quali si riferiscono accentua l'incertezza in ordine alle circostanze in cui i medesimi possono essere esercitati, tenuto in particolare conto del potere discrezionale di cui dispongono le autorità nazionali per il loro esercizio, potere che la Corte di giustizia considera non proporzionato.

Peraltro, la Corte ha sottolineato che la mera enunciazione di cui all'art. 1, comma 1, del decreto del DPCM 2004 - secondo cui i poteri speciali devono essere esercitati soltanto in conformità con il diritto comunitario - non può naturalmente rendere l'applicazione di siffatti criteri compatibile con quest'ultimo. Infatti, il carattere generale e astratto dei criteri non è tale da garantire che l'esercizio dei poteri speciali sarà effettuato conformemente ai requisiti di diritto comunitario. Infine, anche se l'esercizio dei poteri speciali può essere soggetto al controllo del giudice nazionale, in forza dell'art. 2, comma 1, lett. a) c), del d.l. n. 332/1994, tuttavia tale possibilità di controllo non è sufficiente, di per sé, per sanare l'incompatibilità con tali norme dei criteri di applicazione dei poteri speciali.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento all'art. 43 del Trattato Ce. Infatti, poiché l'esercizio dei poteri di opposizione riguarda anche partecipazioni che conferiscono ai loro detentori il potere di esercitare una sicura influenza sulla gestione delle società considerate nonché di indirizzarne le attività, e può dunque limitare la libertà di stabilimento, si deve considerare, per le stesse ragioni sopra esposte in relazione all'art. 56 Ce, che tali criteri conferiscono alle autorità italiane un potere discrezionale sproporzionato nell'esercizio dei poteri di opposizione.

Per quanto concerne, infine, i criteri sanciti dall'art. 1, comma 2, del DPCM del 2004 in relazione all'esercizio del potere di veto, sebbene tale potere possa essere esercitato soltanto in situazioni di pericolo grave ed effettivo o di emergenze sanitarie (art. 1, comma 2) per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica e di difesa (art. 1, comma 1), in mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono di esercitare il potere in parola gli investitori non sanno

quando tale potere di veto possa trovare applicazione. Di conseguenza, secondo la Corte, le situazioni che consentono di esercitare il potere di veto sono potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili e lascerebbero, pertanto, alle autorità italiane un ampio potere discrezionale.

Inoltre, la Corte di giustizia ha rilevato che anche se gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, tali esigenze, in quanto deroghe ad una libertà fondamentale, devono essere intese in senso restrittivo, in modo che la loro portata non può essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea. Pertanto, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono essere invocati solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Nel caso di specie italiano, il decreto del 2004 non contiene precisazioni sulle circostanze concrete in cui può essere esercitato il potere di veto e i criteri da esso fissati non sono dunque fondati su condizioni oggettive e controllabili.

L'ordinamento nazionale si è uniformato alle prescrizioni comunitarie con il DPCM 20 maggio 2010 che ha abrogato il comma 2 dell'art. 1 del DPCM 10 giugno 2004.

6.4.2. La sentenza n. 28699/2010 che estende alle società a partecipazione pubblica la responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Con la sentenza n. 28699 del 21 luglio 2010 la Corte di Cassazione, Seconda Sezione Penale, si è pronunciata sull'applicabilità alle società a partecipazione pubblica del d.lgs n. 231/2001, sulla responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato³⁵³. Il ricorso sottoposto alla Corte riguardava l'applicabilità della disciplina a un ospedale specializzato interregionale che opera in forma di società per azioni partecipata al 51 per cento da capitale pubblico e al 49 per cento da capitale privato.

³⁵³ Sul decreto legislativo n. 231/2001, cfr. circolare Assonime n. 68/2002 e *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo n. 231/2001*, maggio 2008. Il tema della responsabilità della società per illeciti amministrativi dipendenti da reato non va confuso con il tema della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubbliche, sul quale cfr. paragrafo successivo.

L'analisi della Corte di Cassazione si incentra sull'ambito soggettivo di applicazione della disciplina come definito dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 231/2001. In base all'articolo 1, le disposizioni sulla responsabilità dell'ente per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio si applicano agli enti forniti di personalità giuridica, alle società e alle associazioni, anche prive di personalità giuridica; sono esclusi dall'ambito di applicazione solo lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economico. Secondo la Corte di Cassazione, *“il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso”*, dovendo ricorrere anche la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica.

La Corte di Cassazione osserva che la condizione dell'assenza di attività economica è *“contraddetta dalla veste stessa di società per azioni”*: ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (articolo 2247 del codice civile), a prescindere da quella che sarà poi la loro destinazione.

Non è stato accolto l'ulteriore argomento secondo il quale la società a partecipazione pubblica, in ragione dell'attività espletata nel settore sanitario, sarebbe stata esonerata dall'applicazione del decreto legislativo n. 231/2001 in quanto ente chiamato a svolgere funzioni di rilievo costituzionale. Secondo la Cassazione, infatti, supporre che per l'esonero dal decreto legislativo n. 231/2001 basti la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori coinvolti nella funzione dell'ente *“è opzione interpretativa che condurrebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando valori (e non 'funzioni') di rango costituzionale”*.

L'orientamento riportato, con le stesse fondamentali argomentative, è stato ribadito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 234/2011 dove il soggetto coinvolto era la società Ennauno S.p.A. (ente che svolge le funzioni di ATO).

In particolare la Corte di cassazione ribadisce che la *ratio* dell'esenzione è

quella di escludere dall'applicazione delle misure cautelari e delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001 enti non solo pubblici, ma che svolgano funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti, sotto profilo dell'assetto costituzionale dello Stato amministrazione. In questo caso, infatti, verrebbero in considerazione ragioni dirimenti che traggono la loro origine dalla necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione costituzionale del Paese. Secondo la Corte, nella fattispecie in esame tuttavia proprio la preminente, se non esclusiva, attività di impresa che deve essere riconosciuta alla Società Ennauno s.p.a. non può essere messa in dubbio dallo svolgimento di una attività, che ha sicuramente ricadute indirette su beni costituzionalmente garantiti, quali ad esempio il diritto alla salute (art. 32 cost.), il diritto all'ambiente (art. 9 cost.), ma che innanzitutto si caratterizza per una attività e per un servizio che, per statuto, sono impostati su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra i costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata ed integrale del ciclo dei rifiuti.

In definitiva, secondo la Corte l'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, quali sono riconosciute agli enti pubblici territoriali, come i comuni, non possono tralasciamente essere riconosciute a soggetti che hanno la struttura di una società per azioni, in cui la funzione di realizzare un utile economico, è comunque un dato caratterizzante la loro costituzione.

6.4.3. La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

La responsabilità amministrativa, tradizionalmente applicata ai dipendenti pubblici sulla base del rapporto di servizio che li lega all'amministrazione pubblica, è stata successivamente estesa nel nostro ordinamento fino a ricomprendere anche gli amministratori di società a partecipazione pubblica. Ciò ha comportato in capo a questi ultimi l'imputazione di una doppia responsabilità, in quanto la responsabilità amministrativa si aggiunge alla responsabilità societaria disciplinata dal codice civile.

La dottrina aveva auspicato il superamento del modello in base al quale gli amministratori delle società di mercato sono assoggettati alla responsabilità amministrativa in aggiunta a quella civilistica, sottolineando in particolare che la

responsabilità amministrativa può disincentivare l'assunzione di rischi che sono ragionevoli in un'ottica di mercato, ma potrebbero essere considerati eccessivi in quella di tutela delle risorse pubbliche tipica della magistratura contabile³⁵⁴.

Recentemente la Corte di Cassazione, a sezioni unite, ha adottato alcune importanti pronunce che si muovono in questa direzione. In particolare, la sentenza n. 26806 del 19 dicembre 2009 e l'ordinanza n. 519 del 15 gennaio 2010, di contenuto pressoché identico, hanno sancito che nei casi di responsabilità di amministratori di società a partecipazione pubblica per danno arrecato alla società è competente il giudice ordinario con esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti.

6.4.3.1. I precedenti orientamenti della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa nelle società a partecipazione pubblica.

In base all'articolo 103, secondo comma, della Costituzione, *“la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”*. In tema di responsabilità amministrativa, il fondamento normativo della giurisdizione contabile si ritrova anzitutto nell'articolo 13 del regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, che sancisce la competenza della Corte dei Conti sulla responsabilità per danni arrecati all'erario da funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni.

Successivi interventi normativi sono stati letti come indici positivi per un'estensione dell'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa anche a soggetti che non hanno un rapporto di servizio con una pubblica amministrazione. Si tratta dell'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, la quale disciplina il rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nonché gli effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, e dell'articolo 1, comma 4, della legge 1994, n. 20 che detta disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti.

L'articolo 7 della legge n. 97/2001 afferma che la sentenza irrevocabile di condanna per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, pronunciata nei confronti di una serie di

³⁵⁴ Cfr. ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, disponibile sul sito www.assonime.it nella sezione Note e studi. Sul tema, cfr. anche L.TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Note e studi Assonime, n. 8/2009 e M. P. CHITI, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Note e studi ASSONIME n. 10/2009.

soggetti tra cui i dipendenti di “enti a prevalente partecipazione pubblica”, deve essere comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei Conti affinché promuova l’eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

L’articolo 1, comma 4, della legge n. 20/1994 prevede, inoltre, che “*la Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza*”, configurando una forma di responsabilità amministrativa anche in assenza di un rapporto di servizio con l’ente danneggiato. La giurisdizione della Corte non è quindi circoscritta alla sola ipotesi di responsabilità contrattuale dell’agente, ma si estende anche ai casi di responsabilità aquiliana³⁵⁵.

In questo quadro normativo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte dei Conti ha ritenuto che vi possa essere responsabilità amministrativa, e la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti, anche per gli amministratori e i dipendenti delle società a partecipazione pubblica in presenza di determinati presupposti.

Nel 2003 la Corte di Cassazione, superando il tradizionale orientamento secondo il quale per gli enti pubblici economici la Corte dei Conti avrebbe la giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa unicamente per i danni prodotti nell’esercizio di attività di carattere organizzativo o a carattere autoritativo, ha affermato la competenza della Corte dei Conti anche per i fatti commessi dai dipendenti degli enti pubblici economici nello svolgimento di attività imprenditoriali³⁵⁶.

In successive sentenze è stato sottolineato che si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando si perseguono le finalità istituzionali proprie dell’amministrazione pubblica in forme privatistiche³⁵⁷.

E’ stata, tra l’altro, riconosciuta la responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di

³⁵⁵ Cfr. sul tema Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza n. 26806/2009, punto 3.1.

³⁵⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite, ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667

³⁵⁷ Cfr. ad esempio la sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite, 20 giugno 2006, n. 14101

una società per azioni, che nel caso specifico era a partecipazione quasi totalitaria dell'ente locale, qualora tra la società e l'ente locale si stabilisca un rapporto di servizio, *“ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo”*³⁵⁸.

La Cassazione ha individuato come elemento cruciale della giurisdizione della Corte contabile il fatto che l'evento dannoso si sia verificato a carico di una pubblica amministrazione, piuttosto che *“il quadro di riferimento – pubblico o privato – nel quale si colloca la condotta produttiva del danno”*³⁵⁹. E' stata assunta, come elemento centrale per la valutazione della tipologia di responsabilità, la natura del patrimonio che subisce il danno. Se il patrimonio è pubblico, il danno ad esso arrecato consente di configurare una responsabilità amministrativa e deve quindi essere sottoposto alla giurisdizione contabile.

In generale, la giurisprudenza della Suprema Corte ha teso *“a privilegiare un approccio più sostanzialistico, sostituendo ad un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei Conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo che fa leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate”*³⁶⁰.

Anche la Corte dei Conti si è orientata nel senso di ritenere sussistente la propria giurisdizione per le ipotesi di responsabilità amministrativa nei confronti di amministratori e dipendenti di società controllate, anche indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni³⁶¹. In particolare, il procuratore generale della Corte dei Conti, con nota interpretativa del 2 agosto 2007 in materia di denunce di danno erariale, ha specificato quali sono, nell'ambito delle società, i soggetti tenuti agli obblighi di denuncia dei fatti dannosi per il pubblico erario partendo dal presupposto che deve ritenersi pacifica *“la sussistenza del potere di cognizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori o dipendenti per danni causati ad*

³⁵⁸ Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899.

³⁵⁹ Corte di Cassazione, sezioni unite, 25 maggio 2005, n. 10973. Cfr. anche sentenza n. 26806/2009, punto 3.2.

³⁶⁰ Sentenza n. 26806/2009, punto 3.2

³⁶¹ Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114 e 5 settembre 2007, n. 448.

enti pubblici economici e a società a partecipazione pubblica”.

Nel 2008 un intervento normativo ha escluso la responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti di società quotate in cui lo Stato o altre amministrazioni o enti pubblici hanno una partecipazione, anche indiretta, inferiore al cinquanta per cento³⁶². Per queste società è stato previsto che la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario.

6.4.3.2. La svolta sulla responsabilità per danni arrecati alla società a partecipazione pubblica.

La pronunce della Corte di Cassazione, a sezioni unite, n. 26806/2009 e n. 519/2010 segnano una svolta rispetto all’orientamento giurisprudenziale descritto. L’elemento centrale sul quale si basa il nuovo orientamento della Corte è la distinzione tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o terzi.

Le due pronunce della Corte di Cassazione sanciscono, come anticipato, che nei casi di responsabilità di amministratori di società a partecipazione pubblica per danno arrecato alla società la competenza è del giudice ordinario con esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti.

Le società di diritto privato partecipate da un soggetto pubblico non perdono infatti la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. I diritti e gli obblighi dei componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, anche quando designati direttamente dal socio pubblico, sono gli stessi di quelli esistenti per gli amministratori e gli organi di controllo di qualsiasi società privata, anche per quanto attiene al regime di responsabilità. La Cassazione ha sottolineato, al riguardo, che *“il danno inferto dagli organi sociali della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all’azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a*

³⁶² Articolo 16-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, introdotto dalla legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31, sul quale cfr. circolare ASSONIME n. 29/2008.

configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei Conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci – pubblici o privati – i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale”.

La distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio privato dell'ente. Il danno al patrimonio della società è sicuramente destinato a ripercuotersi anche sui soci, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione, ma il sistema del diritto societario impone di distinguere in modo netto i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il solo riflesso di danni sofferti dalla società. La legittimazione a dolersi dei primi spetta unicamente al socio, mentre il risarcimento dei danni sociali spetta alla società e il socio ne usufruisce solo indirettamente, così come indirettamente si è prodotto il suo pregiudizio.

Pertanto, la Cassazione osserva che l'esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti per l'azione di risarcimento dei danni causati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico non provoca il rischio di una lacuna nella tutela dell'interesse pubblico coinvolto in questa situazione. Nella disciplina della società per azioni, e ancora di più in quella della società a responsabilità limitata, non solo l'assemblea ma anche una minoranza dei soci (o il singolo socio nella società a responsabilità limitata) possono proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori, secondo le norme del codice civile³⁶³. Pertanto il socio pubblico è in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio di tali azioni civilistiche. Anzi, osserva la Corte, qualora l'azionista pubblico ometta di promuovere l'azione di responsabilità sociale dinanzi al giudice civile in caso di danno alla società causato dagli amministratori e l'ente pubblico subisca per questo un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della sua partecipazione, è prospettabile l'azione del

³⁶³ Articolo 2393-bis del codice civile per le società per azioni e articolo 2476, terzo comma, per le società a responsabilità limitata.

procuratore contabile “*nei confronti (non già dell’amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell’ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione*”.

A conferma della tesi in base alla quale il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale non è idoneo a configurare anche un’ipotesi di azione che ricade nella giurisdizione della Corte dei Conti, la Cassazione adduce anche l’impossibilità di realizzare un coordinamento soddisfacente tra l’ipotizzata azione di responsabilità per danno erariale e l’esercizio dell’azione di responsabilità civile. I presupposti e le caratteristiche delle due azioni sono completamente diversi. L’azione di responsabilità per danni davanti al giudice contabile è obbligatoria, ha una finalità sanzionatoria, quindi non comporta necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito, richiede il dolo o la colpa grave e solo in alcuni casi è esercitabile nei confronti degli eredi del soggetto responsabile del danno. Le azioni di responsabilità contemplate dal codice civile sono, invece, discrezionali, hanno una finalità ripristinatoria, per esse è sufficiente la colpa lieve e il debito risarcitorio è trasmissibile agli eredi. Inoltre, è evidente che la responsabilità amministrativa non potrebbe escludere l’esperibilità degli ordinari strumenti di tutela previsti dal codice civile³⁶⁴. Pertanto, se si ipotizzasse un possibile concorso tra due azioni con caratteristiche così diverse tra loro, occorrerebbe trovare il modo di disciplinare tale concorso; l’assenza del “*benché minimo abbozzo di coordinamento normativo in proposito*” costituisce secondo la Corte di Cassazione “*palesa conferma della non configurabilità, in simili situazioni, di un’azione diversa da quelle previste dal codice civile, che sia destinata a ricadere nella giurisdizione del giudice contabile*”.

Nelle due pronunce della Cassazione viene invece sostenuto che sussiste la competenza della Corte dei Conti per i danni diretti causati all’ente pubblico dagli organi della società partecipata che non si identifichino con il solo riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale.

Secondo la Cassazione, la presenza dell’ente pubblico all’interno della compagine sociale e il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche e abbia implicato l’impiego di pubbliche risorse

³⁶⁴ Cfr. anche L.TORCHIA, cit., p. 14 ss

comporta per gli organi sociali “una particolare cura” nell’evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione dell’ente pubblico nella società o che possano comunque causare direttamente un pregiudizio al patrimonio dell’ente. Tipico esempio di questa situazione è il danno all’immagine dell’ente pubblico che derivi da atti illegittimi realizzati dagli organi sociali e non costituisca, come anticipato, solo una proiezione del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale; ciò a prescindere dalla circostanza che sia configurabile e risarcibile anche un autonomo e distinto danno all’immagine della società³⁶⁵.

A conferma della tesi circa la sussistenza della giurisdizione contabile in queste ipotesi, la Cassazione ricorda che vi sono specifiche disposizioni normative sull’azione della magistratura contabile in caso di danno all’immagine causato da dipendenti di enti a prevalente partecipazione pubblica³⁶⁶ e “*non si vede come la medesima regola stabilita per i dipendenti non debba valere anche per gli amministratori e gli organi di controllo della società a partecipazione pubblica*”.

La sentenza n. 26806/2009 fa espressamente salva, rispetto all’applicazione dei principi sinora illustrati, “*la specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis*”. La successiva ordinanza delle sezioni unite della Cassazione n. 27092 del 22 dicembre 2009 si sofferma sulla questione. Secondo la Corte, nel caso di enti che, nonostante la veste formale di società per azioni, hanno “*natura sostanziale di ente assimilabile a una amministrazione pubblica*”, il danno cagionato alla società dai suoi agenti o da quelli degli enti pubblici azionisti è qualificabile come danno erariale, assoggettabile pertanto all’azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile.

³⁶⁵ Non si porrebbero in questi casi, secondo la Cassazione, difficoltà per la possibile concorrenza dell’azione davanti al giudice contabile con quella in sede civile (ai sensi degli articoli 2395 e 2476, sesto comma) in quanto “l’una e l’altra mirerebbero in definitiva al medesimo risultato”.

³⁶⁶ Articolo 17, comma 30-ter, della legge 3 agosto 2009, n. 102, come modificato dal decreto legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito con ulteriori modifiche nella legge 3 ottobre 2009, n. 141.

CAPITOLO VII

LA CONFIGURABILITÀ DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE COME ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO O IMPRESA PUBBLICA O SOGGETTO COMUNQUE TENUTO ALL'OSSERVANZA DI PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA

SOMMARIO: 7.1. PROFILI GENERALI. - 7.2. LE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI. IN PARTICOLARE, L'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO. - 7.2.1. L' "ORGANISMO NEL DIRITTO INTERNO". - 7.3. I CONCESSIONARI. - 7.3.1. I CONCESSIONARI DI SERVIZI. - 7.3.2. I CONCESSIONARI DI LAVORI PUBBLICI. - 7.4. LE SOCIETÀ A CAPITALE PUBBLICO. - 7.5. I SETTORI SPECIALI: L'IMPRESA PUBBLICA E I TITOLARI DI DIRITTI DI ESCLUSIVA NEI SETTORI SPECIALI. 7.6. CONFIGURABILITÀ O MENO DELLA SOCIETÀ IN HOUSE COME ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, O IMPRESA PUBBLICA, O SOGGETTO COMUNQUE TENUTO A SEGUIRE PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA. - 7.7. CONFIGURABILITÀ O MENO DELLA SOCIETÀ MISTA COME ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, O IMPRESA PUBBLICA, O SOGGETTO COMUNQUE TENUTO A SEGUIRE PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA. - 7.8. PROFILI SPECIFICI SULLA SOCIETÀ MISTA.

7.1. Profili generali.

Nei capitoli precedenti si è affrontato il tema della società pubblica, *in house* o mista, come soggetto affidatario di "missioni" da parte dei soci pubblici (lavori, servizi, forniture), e si è visto a quali condizioni tale affidamento può avvenire in via diretta, senza gara (in favore delle sole società *in house*, ovvero delle società miste di scopo, limitatamente alla specifica missione per cui sono state costituite), ovvero con gara.

Nel presente capitolo si affronta invece il tema della configurabilità o meno della società pubblica come soggetto tenuto, nell'affidamento a terzi di contratti di lavori, servizi e forniture, a seguire procedure di evidenza pubblica, in quanto qualificabile come organismo di diritto pubblico o impresa pubblica³⁶⁷ o altra qualifica soggettiva rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici.

³⁶⁷ G. FISCHIONE, in *Le società a partecipazione pubblica che operano nell'ambito dei servizi pubblici locali e la categoria dell'organismo di diritto pubblico dopo la riforma legislativa del 2003*, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2003, 1599.

7.2. Le amministrazioni aggiudicatrici. in particolare, l'organismo di diritto pubblico.

La nozione codicistica di amministrazione aggiudicatrice e di organismo di diritto pubblico non diverge in maniera sostanziale da quella offerta nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE³⁶⁸.

Il legislatore comunitario racchiude nella classe delle amministrazioni aggiudicatrici “*lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico*”³⁶⁹.

Per organismo di diritto pubblico si intende “*qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*”³⁷⁰.

Anzitutto, la Corte di giustizia ha affermato la necessità di adottare una nozione di pubblica amministrazione in senso “funzionale”³⁷¹. Tale criterio interpretativo trae spunto dagli indici desumibili dalla normativa sui contratti pubblici ed è diretto a delimitare con la maggiore precisione possibile l'area delle eccezioni al principio della libera circolazione dei servizi per garantire l'effetto utile delle direttive³⁷².

Uno dei punti chiave della nozione funzionale di pubblica amministrazione è

³⁶⁸ L'unica differenza si riscontra nella nozione di organismo di diritto pubblico. Il Codice esplicita un connotato che per la giurisprudenza doveva ritenersi implicito della nozione e cioè che l'organismo può avere anche “*forma societaria*”.

³⁶⁹ Su tutti, v. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Servizio pubblico appalti*, 2006, p. 27; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e le organizzazioni in house*, 2003.

³⁷⁰ Cfr. art. 1, lett. b), direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE; art. 1, lett. b), direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE; art. 1, lett. b), direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE; art. 1, lett. b), direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE.

³⁷¹ Corte giustizia CE 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna*.

³⁷² Corte giustizia CE 10 novembre 1998, causa C-360/96, *BFI Holding BV*, pt. 62; Id. 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjies*, pt. 11.

l'irrilevanza della natura giuridica. Se la natura pubblica di un ente non costituisce una condizione sufficiente per ritenere un organismo ricompreso nell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva, la natura privata non consente di escluderlo. L'attenzione si deve, dunque, spostare dalla natura giuridica del soggetto agente all'attività svolta, considerata in se stessa³⁷³.

La categoria di amministrazione aggiudicatrice perde, così, qualsiasi connotazione definitoria e cede il passo a una ricostruzione operata caso per caso in chiave teleologica e funzionale³⁷⁴.

Con un approccio empirico, dunque, occorre analizzare il regime che disciplina le condizioni di esistenza e, soprattutto, l'attività svolta dal singolo organismo al fine verificare se sussistano gli indici di rilevazione che la giurisprudenza comunitaria ha utilizzato per affermare la presenza dei requisiti costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico³⁷⁵.

I requisiti sono, come già accennato, (i) la personalità giuridica; (ii) la stretta dipendenza da poteri pubblici; (iii) il fine di interesse generale non industriale né commerciale. Vediamo punto per punto quali sono gli indici di rilevazione enucleati dalla Corte.

Quanto alla personalità giuridica, occorre rilevare che in alcuni casi³⁷⁶ la costituzione dell'organismo come soggetto dotato di personalità giuridica è rimessa alla scelta dell'organismo stesso (o, meglio, di chi costituisce l'organismo) che può optare per forme organizzative prive di personalità giuridica. In tali casi, l'applicabilità della normativa sugli appalti, pur in presenza di tutti gli altri elementi costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico, viene a dipendere da una scelta strategica del soggetto regolato. Per gli organismi non dotati di personalità giuridica (es. associazione non riconosciuta), infatti, l'obbligo di evidenza pubblica viene meno, nonostante essi svolgano la medesima attività e si avvalgano dello stesso tipo di risorse finanziarie utilizzate dagli organismi che optano per forme organizzative dotate di personalità giuridica (es. associazione riconosciuta o

³⁷³ Corte giustizia CE 17 dicembre 1998, causa C-306/97, *Connemara*.

³⁷⁴ Corte giustizia CE 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann*.

³⁷⁵ Per una recentissima applicazione di siffatto approccio e per una stima di tali indici di rilevazione, v. Corte giustizia CE 10 aprile 2008, causa C-393/06, *Ing, Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH*.

³⁷⁶ Ci si riferisce ad esempio ai Fondi interprofessionali paritetici per la formazione continua di cui all'art. 118, legge 23 dicembre 2000, n. 388 (successivamente modificato dall'art. 48, legge 27 dicembre 2002, n. 289) e in particolare al comma 6 della disposizione citata che conferisce a siffatti organismi la facoltà di adottare una formula organizzativa priva di personalità giuridica.

fondazione).

Sulla seconda condizione, ossia il "controllo pubblicistico", la legislazione comunitaria sui contratti pubblici individua tre aspetti tra loro alternativi dalle quali si può inferire la sussistenza di tale requisito: a) il finanziamento pubblico maggioritario; b) il controllo pubblico sulla gestione; c) la nomina degli organi sociali da parte dei poteri pubblici.

Nell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria ciascuna di queste condizioni *“riflette una situazione di stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, di enti pubblici territoriali, o di altri organismi di diritto pubblico”*³⁷⁷. In pratica, la norma citata definisce le tre forme sotto le quali si può presentare l'influenza pubblica su un organismo come tre varianti di “stretta dipendenza” nei confronti di un'altra amministrazione aggiudicatrice.

Quanto al primo aspetto (il finanziamento pubblico maggioritario), secondo la giurisprudenza comunitaria la forma di finanziamento di un determinato organismo non è di per sé rivelatrice di una stretta dipendenza di quest'ultimo rispetto ad un'altra amministrazione aggiudicatrice.

Infatti, il giudice comunitario invita a distinguere gli aiuti finanziari che senza specifica causa siano diretti a sostenere le attività dell'organismo, dalle erogazioni che invece hanno un titolo giuridico, posto che *“non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza”*³⁷⁸. Se non si utilizzano risorse elargite senza corrispettivo dall'amministrazione aggiudicatrice, questa non è posta in condizione di influenzare la condotta dell'organismo³⁷⁹.

In ordine al secondo aspetto, che potrebbe condurre all'affermazione dell'esistenza di un controllo pubblicistico sull'organismo (il controllo gestionale), la giurisprudenza comunitaria richiede che tale controllo assuma le forme di una *“dipendenza riguardo ai poteri pubblici equivalente a quella che esiste allorché uno*

³⁷⁷ Corte giustizia CE 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, pt. 20

³⁷⁸ Corte giustizia CE 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, pt. 21.

³⁷⁹ Si ricorda però che la Corte di giustizia ha recentemente precisato che, ad esempio, *“vi è finanziamento effettuato in modo maggioritario dallo Stato qualora le attività di organismi radiotelevisivi pubblici come quelli di cui alla causa principale siano finanziate in modo maggioritario da un canone a carico di coloro che detengono un apparecchio ricevente, canone che sia imposto, calcolato e riscosso secondo disposizioni [stabilite con legge o atto amministrativo]» e che «il requisito relativo al "finanziamento statale" non impone l'ingerenza diretta dello Stato o di altre pubbliche Autorità al momento dell'aggiudicazione, da parte di tali organismi, di un appalto”* Corte giustizia CE 13 dicembre 2007, causa C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*.

degli altri due criteri alternativi è soddisfatto, vale a dire il finanziamento che provenga in modo maggioritario d'ai poteri pubblici oppure la nomina da parte di questi ultimi di più della metà dei membri che compongono gli organi dirigenti”.

Affinché possa configurarsi come controllo idoneo a configurare una dipendenza tanto stretta da giustificare l'inquadramento di un dato organismo nell'ambito della nozione di amministrazione aggiudicatrice, è necessario che l'intervento dei poteri pubblici rientri nella *«politica di gestione della società interessata e non nel semplice controllo della regolarità»*³⁸⁰. Solo ove l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di imporre all'organismo *“un profilo di gestione determinato»*, si può affermare che la gestione è soggetta al *«controllo dei pubblici poteri che permette loro di influenzare le decisioni [dell'organismo] in materia di appalti pubblici”*.

In alcuni casi, i poteri di ingerenza nella gestione diretta dell'attività degli organismi consistono esclusivamente nel potere di commissariamento degli organi amministrativi e in quello di sospensione dell'operatività dell'organismo, attribuiti a un'Autorità pubblica, in caso di gravi irregolarità e inadempimenti nella gestione dell'organismo. Si tratta di facoltà che possono rientrare negli ordinari poteri di vigilanza e controllo su attività private di interesse generale (come l'attività bancaria³⁸¹, il mercato mobiliare³⁸², i fondi pensione privati³⁸³). Quando l'esercizio dei poteri di commissariamento e sospensione degli organismi rimane eccezionale e ha funzione meramente sanzionatoria di una situazione di anti-giuridicità esso si atteggia come controllo a posteriori di legittimità avente oggetto la verifica della eventuale commissione di irregolarità. Fintantoché questo potere non sia diretto a sindacare l'economicità, redditività e razionalità delle scelte gestionali effettuate, le quali rimangono di esclusiva pertinenza degli organi amministrativi dell'organismo, esso non configura un controllo pubblicistico rilevante ai fini della normativa comunitaria sui contratti pubblici³⁸⁴.

L'ultimo aspetto relativo alla *“condizione di stretta dipendenza”* da un'amministrazione aggiudicatrice è rappresentata dalla nomina degli organi

³⁸⁰ Corte giustizia CE 1 febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione c. Repubblica francese*, pt. 21.

³⁸¹ V. art. 70, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

³⁸² V. art. 53, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

³⁸³ V. art. 17, d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124.

³⁸⁴ Corte giustizia CE 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, pt. 74.

amministrativi dell'organismo.

È indifferente che il potere di nominare la maggioranza dei membri degli organi amministrativi derivi dalla quota di partecipazione dell'Autorità pubblica nell'organismo ovvero da poteri speciali attribuiti alle Autorità pubbliche per legge o statuto (es. *golden share*). Ciò che rileva è che attraverso il controllo amministrativo l'Autorità pubblica abbia la possibilità di ingerirsi nella gestione dell'organismo.

Ciò posto sul requisito della stretta dipendenza, da ultimo l'interprete è chiamato a verificare la ricorrenza del requisito teleologico degli organismi di diritto pubblico. Da questo punto di vista, la riconducibilità di un ente nella categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico presuppone che l'attività svolta sia, in primo luogo, diretta a soddisfare bisogni di interesse generale e in secondo luogo che siffatta attività non presenti carattere industriale o commerciale.

Con riferimento alla prima condizione e, quindi, alla nozione di bisogni di interesse generale, si è anzitutto sottolineata la necessità di privilegiare un'interpretazione basata sul diritto comunitario per assicurarne l'omogeneità di applicazione³⁸⁵. Il giudice comunitario ha affermato che tale nozione rientra nell'ambito del diritto comunitario e pertanto deve ricevere, in tutta la Comunità, «un'interpretazione autonoma ed uniforme, che deve essere ottenuta tenendo conto del contesto della disposizione nella quale essa figura e dell'obiettivo perseguito dalla normativa di riferimento»³⁸⁶.

Peraltro, come già rilevato, a livello comunitario manca una definizione specifica di bisogno di interesse generale.

Nondimeno l'esame di alcune pronunce del giudice comunitario consente di ritenere che l'astratta riferibilità a un numero illimitato di persone (la collettività) sia condizione necessaria per integrare il predetto requisito³⁸⁷.

Per giurisprudenza costante, poi, costituiscono bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale ai sensi delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici «*quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o*

³⁸⁵ Corte giustizia CE 1 febbraio 2000, causa C-287/98, *Linster*.

³⁸⁶ Corte giustizia CE 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, pt. 36, 40 e 45.

³⁸⁷ Corte giustizia CE 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen*, pt. 44, 45 e 47; Id. 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann*, pt. 24; Id. 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *BFI Holding BV*, pt. 52; Id. 17 dicembre 1998, causa C-306/97, *Connemara*; Id. 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, pt. 19; Id. 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria*.

servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante»³⁸⁸.

Infine, con riguardo ad attività per le quali non si può affermare che lo Stato provveda direttamente (con oneri aggiuntivi a carico del proprio bilancio e dunque della collettività generale) o mantenga un'influenza determinante su tali attività, non è dato configurare il requisito teleologico che caratterizza la nozione di organismo di diritto pubblico³⁸⁹.

Più problematica è risultata l'interpretazione del carattere negativo del requisito finalistico (il carattere non industriale, né commerciale). Sul punto si è formata ormai una giurisprudenza ormai consolidata.

In primo luogo, per il giudice comunitario l'esistenza o la mancanza del carattere industriale o commerciale del bisogno di interesse generale deve essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione³⁹⁰.

A tale proposito si è precisato che la circostanza che un ente eserciti la propria attività in regime di concorrenza costituisce solo un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale abbia carattere non industriale o commerciale³⁹¹. In altri termini l'esistenza di una concorrenza articolata non consente, di per sé, di dichiarare l'insussistenza di un bisogno di interesse generale³⁹².

³⁸⁸ Corte giustizia CE 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 80; Id. 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen*, pt. 47; Id. 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, pt. 50 e 52.

³⁸⁹ Corte giustizia CE 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 80; Id. 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen*, pt. 44, 45 e 47; Id. 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, pt. 50 e 53; Id. 10 maggio 2001, cause C-223/99 e C-260/99, *Agorà e Excelsior*, pt. 37; Id. 10 novembre 1998, causa C-360/96, *BFI Holding BV*, pt. 50 e 51.

³⁹⁰ Corte giustizia CE 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 81; Id. 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen*, pt. 48 e 59; Id. 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, pt. 66.

³⁹¹ Corte giustizia CE 10 maggio 2001, cause C-223/99 e C-260/99, *Agorà e Excelsior*, pt. 42; Id. 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *BFI Holding BV*, pt. 48 e 49.

³⁹² Corte giustizia CE 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen*, pt. 50; Id. 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, pt. 61.

Parimenti, l'assenza di scopo di lucro non costituisce in realtà un elemento determinante a questi fini se non è previsto alcun meccanismo per compensare eventuali perdite finanziarie tale per cui si possa affermare che un ente non sopporta direttamente il rischio della propria attività³⁹³.

Pertanto, dalla giurisprudenza comunitaria emerge che l'elemento realmente determinante al fine di stabilire se un determinato ente debba farsi rientrare nella nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice è rappresentato dalla effettiva sopportazione del rischio economico connesso alla propria attività, che impone all'organismo di adottare una condotta gestionale improntata a criteri di redditività, economicità e razionalità.

Tale elemento non è assicurato tutte le volte che esista un meccanismo (giuridico o economico) di compensazione delle eventuali perdite registrate nell'attività dell'ente. In tale circostanza, infatti, vi è la possibilità che l'organismo si impegni in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate. Solo per ovviare a tale eventualità si impone l'applicazione della normativa dettata in materia di appalti pubblici. Secondo giurisprudenza costante, infatti, lo scopo di tali direttive è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche³⁹⁴.

Gli organismi che, oltre a operare in un “*ambiente embrionalmente concorrenziale*”, non usufruiscono di un siffatto meccanismo di compensazione delle perdite ma rispondono con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte e delle eventuali perdite subite nello svolgimento delle proprie attività, sopportano il rischio economico collegato a tali attività.

Se ricorrono queste condizioni, infatti, è possibile escludere che l'organismo si lasci guidare da considerazioni anti-economiche nel concludere contratti relativi all'approvvigionamento dei mezzi necessari al funzionamento e alla gestione delle

³⁹³ Corte giustizia CE 10 maggio 2001, cause C-223/99 e C-260/99, *Agorà e Excelsior*, pt. 40.

³⁹⁴ Corte giustizia CE 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 92; Id. 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen*, pt. 52; Id. 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale Bau*, pt. 52; Id. 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, pt. 42; Id. 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, pt. 17.

proprie attività. Vengono meno così le ragioni che richiederebbero l'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

7.2.1. L'“organismo nel diritto interno”.

La categoria comunitaria in esame ha faticato a farsi largo nel diritto interno, E probabilmente gli esiti non sono ancora del tutto in linea con le aspettative comunitarie³⁹⁵.

La giurisprudenza nazionale si è occupata di diverse tipologie di soggetti. Le pronunce dei giudici nazionali si possono descrittivamente suddividere in tre categorie a seconda del tipo di soggetto chiamato in questione.

In primo luogo, le S.p.A. in mano pubblica, tra cui la giurisprudenza è stata chiamata in particolare a giudicare su: a) la società Grandi Stazioni S.p.A.³⁹⁶; b) la società Poste S.p.A.³⁹⁷; c) RAI S.p.A.³⁹⁸; d) la società interporto Padova³⁹⁹; e) la

³⁹⁵ Sul tema la letteratura è vastissima e perciò si preferisce rinviare a M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

³⁹⁶ Cons. Stato, Ad. plen. 23 luglio 2004, n. 9, in Urb. App., 2004, p. 1297; in Giur. it., 2004, p. 2411, con commento di R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*; in *Foro amm. Cds.*, 2005, fase. 5, p. 1347 con commento di L.R. PERFETTI, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9/2004*; in *Giorn. dir. amm.*, 2005 fase. 2, p. 142 con commento di D. GALLI- C.GUCCIONE, *La disciplina degli appalti di pulizia nel settore del trasporto ferroviario*. In precedenza sul medesimo caso si era pronunciata Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902, in *Foro amm. Cds.*, 2004, 3, p. 870 con commento di L.R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere, il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*.

³⁹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in Urb. App., 2001, p. 632, con commento di R. GAROFOLI. Rientra nella giurisdizione del Giudice amministrativo la controversia attinente alla legittimità di una procedura concorrenziale, seppure informale, indetta dalle Poste italiane S.p.A. per la scelta del fornitore di assegni postali. Poste italiane S.p.A. è un organismo di diritto pubblico poiché possiede i tre requisiti cui la normativa nazionale, ricalcando quella comunitaria, subordina l'attribuzione di detta qualifica e cioè: 1) il requisito della personalità giuridica (soddisfatto dalla veste di società per azioni); 2) la sottoposizione ad una influenza pubblica (trattasi infatti di S.p.A. a totale partecipazione pubblica); 3) la gestione di un servizio pubblico inteso al soddisfacimento dei bisogni della collettività non aventi carattere industriale o commerciale (il servizio postale appunto), risultando del tutto irrilevante lo svolgimento di altre attività quali il servizio di Bancoposta.

³⁹⁸ TAR Lazio, Sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1112, con commento di MARCHI; nonché in *www.giustamm.it*, 2004, fase. 3, con commento di A. CLARIZIA, *La RAI è "impresa pubblica" e... anche "organismo di diritto pubblico"*.

³⁹⁹ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2005, n. 9940, in *Contratti*, 2006, fase. 1, p. 39, con commento di A. ANGIULI, *Organismi di diritto pubblico e applicazione della normativa sugli appalti pubblici*; in *Riv. trim. appalti*, 2006, p. 143, con commento di M. ROBLES, *Alla strenua ricerca dell'"organismo di diritto pubblico": ragioni (antiche) di (attuale) incertezza*; Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, fase. 1, p. 31 con commento di L. CIMELLARO, *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*; in *Foro amm. Cds.*, 2003, fase. 12, p. 3827, con commento di D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*.

CIRA s.c.p.a.⁴⁰⁰; f) la Bagnoli S.p.A.⁴⁰¹; g) la SO.P.R.IN. S.p.A., Società Piemontese per la Rilocalizzazione industriale⁴⁰².

In secondo luogo, hanno costituito oggetto di attenzione particolare le fondazioni e tra queste, in particolare, il giudice si è occupato di: a) fondazioni bancarie⁴⁰³; b) enti lirici⁴⁰⁴; e del c) Comitato organizzatore dei XX giochi olimpici invernali Torino 2006 (TOROC)⁴⁰⁵.

In terzo luogo, la giurisprudenza interna si è occupata di una serie eterogenea di altri soggetti tra cui: a) le università libere⁴⁰⁶; b) gli enti fieristici; e, da ultimo, c) le Casse di previdenza dei liberi professionisti, privatizzate⁴⁰⁷.

L'impressione che si trae dall'analisi di questa giurisprudenza è che il Giudice nazionale non abbia ancora del tutto assimilato gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria e che in alcuni casi (come quelli da ultimo citati) stenti ad abbandonare

⁴⁰⁰ Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2006, n. 4959 in *www.giustamm.it*, con commento di L. SOVERINO, *Enti privati non riconosciuti, organismo di diritto pubblico e gestione dei pubblici servizi*.

⁴⁰¹ TAR Campania, Napoli, Sez. I, 21 giugno 2004, n. 9677, in *www.giustamm.it*.

⁴⁰² TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 19 aprile 2004, n. 637, in *www.giustamm.it*

⁴⁰³ Corte cost 29 settembre 2003, nn 300 e 301, in *Giornale dir amm*, 2003, p 1254 ss, con commento di M. CLARICH-A. PISANESCHI, *fondazioni bancarie ultimo approdo?*, *Foro it.*, 2003,1, e 1326, con commento di GIORGIANTONIO, nonché in *foro amm Tar*, 2004, fase 6, p 1912, con commento di F. GAMBARDELLA, *Le fondazioni bancarie e l'organismo di diritto pubblico dopo i recenti interventi della Corte costituzionale*, *Cons Stato, Sez atti normativi*, 13 gennaio 2003, n 4751/02, *Cons Stato, Sez atti normativi*, 1° luglio 2002, n 1354/02, in *Cons. Stato*, 2002, I, p 1788 Per un commento a questi pareri si veda C. VARRONE, *Le fondazioni bancarie alla luce dei principi di sussidiarietà*, in C. BOTTARI (a cura di), *Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, Rimini, 2003, nonché F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir amm*, 2004, fasc 3, p 447.

⁴⁰⁴ Cass, Sez Un, 8 febbraio 2006, n 2637, in *www.giustamm.it*, con commento di R. DI PACE, *L'organismo di diritto pubblico ed i contratti atipici*. V. anche TAR Sicilia, Palermo, Sez II, 16 maggio 2002, n 1281, con commento di D. BIAGIO, *Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di atti do gara relativi ad appalti indetti da enti linci trasformati in fondazioni*, nonché TAR Lombardia, Milano, Sez I, 23 dicembre 1999, ti 5049, in *Urb. App*, 2000, p 309 Sul tema v anche F. BRUNETTI, *Sulla qualificabilità come organismi di diritto pubblico degli enti Ima privatizzati*, *Riv. amm appalti*, 2005, fase 2, p 91 Per rilievi più generali F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir amm*, 2004, fase 3, p 447

⁴⁰⁵ TAR Piemonte, Sez II, 3 marzo 2004, n 362, in *Urb App*, 2004, fase 8, p 967, con commento di S. VERZARO, *Giochi olimpici invernali ed organismi di diritto pubblico*.

⁴⁰⁶ TAR Lazio, Sez III, 18 gennaio 2005, n 351, con commento di M. CALABRO, *Università non statali e procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm Tar*, 2005, fase 5, p 1769, nonché in *Contratti dello Stato e degli enti pubblico*, 2005, fase 2, p 251, con commento di C. DE BENETTI, *Enti pubblici non economici e organismi di diritto pubblico interpretazione logico-sistematica del quadro normativo Brevi riflessioni in tema di organismo di diritto pubblico in parte qua*

⁴⁰⁷ Cons Stato, Sez VI, 23 gennaio 2006, n 182. Per commenti a questa sentenza v. S. DEL GATTO, *Natura privata e "sostanza pubblica". Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Foro amm Cds*, 2006, fase 2, p 579, nonché L. CARBONE, *Profili privatistici e pubblashci degli enti previdenziali categoriali dei liberi professionisti*, in *Foro it*, 2006, fase 4, e 203, M. DE ROSA, *Le casse previdenziali organismi di diritto pubblico*, in *Giornale dir amm*, 2006, 9, p 978, e R. PROIETTI, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, in *Urb App*, 2006, fase 6, p 726 Anche il Giudice ordinano sembra orientato nella medesima direzione cfr Cass, Sez Un, 15 maggio 2006, n 11088, in *www.giustamm.it*

un approccio pan-pubblicistico per abbracciare una nozione funzionale e teleologica di organismo di diritto pubblico.

Così è capitato che il Giudice italiano (soprattutto quello amministrativo) abbia sfruttato questa categoria per "ri-pubblicizzare" soggetti ormai usciti dalla sfera dei poteri pubblici, almeno secondo le coordinate della normativa sui contratti pubblici.

La nozione di organismo di diritto pubblico non è stata ideata con l'intento di dettare una nozione comunitaria generale di pubblica amministrazione. Essa taglia trasversalmente il crinale pubblico-privato, includendovi enti pubblici, fondazioni e soggetti privati. Ma fa ciò con l'intento di non interferire nelle dinamiche di privatizzazione operanti a livello nazionale sulle quali il diritto comunitario mantiene un atteggiamento di assoluta neutralità. L'obiettivo che il diritto comunitario si pone con la nozione di organismo di diritto pubblico è quello di garantire la massima effettività ai principi di libera prestazione dei servizi e di diritto di stabilimento nel settore dei contratti pubblici. E per fare ciò ha rinunciato ad agganciare l'applicabilità delle proprie disposizioni a una nozione comunitaria di pubblica amministrazione che si sarebbe sovrapposta alle eterogenee nozioni di diritto interno dei vari Stati membri. Ha quindi adottato a esclusivo uso e consumo della normativa in esame e degli anzidetti obiettivi una categoria soggettiva che potesse essere "*interpretata in modo autonomo e uniforme in tutta la Comunità*" e "*definita da un punto di vista funzionale con riferimento esclusivamente ai tre requisiti cumulativamente enunciati*"⁴⁰⁸.

7.3. I concessionari.

7.3.1. I concessionari di servizi.

L'art. 32, lett. f) stabilisce che le disposizioni della Parte I, IV e V, si applicano ai "*lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice*".

⁴⁰⁸ Corte giustizia CE 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*, in *Race*, p. 1-73, pt. 20 e 21; 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, in *Race*, p. 11617, pt. 51-53; 5 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione/Spagna*, in *Race*, p. 1-4667, pt. 52 e 53, e 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione/Spagna*, in *Race*, p. 1-11697, pt. 69; 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna*, in *Race*, p. 1-139, pt. 27-32,

Questa è una clausola generale che sembra dettata sia per i concessionari di servizi a terzi che per i concessionari di servizio pubblico indipendentemente dall'attività che essi svolgano⁴⁰⁹.

Peraltro, con riguardo ai concessionari di servizio pubblico, l'attività contrattuale di questi soggetti si svolge prevalentemente nei settori speciali⁴¹⁰ e, dunque, soggiace alle disposizioni contenute nella Parte III del Codice.

Infatti, i servizi pubblici più importanti rientrano tra le attività dei settori speciali soggette alle regole dettate dalla direttiva 2004/17/CE e alle norme della Parte III del Codice. I “*diritti speciali ed esclusivi*” sono costituiti da un atto di natura autoritativa (si parla di "atto" e non di "contratto"), concernono attività riservate e

⁴⁰⁹ In ogni caso a questi soggetti non si applicano gli artt. 63 (avviso di preinformazione), 78, comma 2 (redazione del verbale di gara), 90, comma 6 (affidamento della progettazione a progettisti esterni), 92 (corrispettivi e incentivi per la progettazione) 128 (programmazione dei lavori pubblici) e, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

⁴¹⁰ Si tratta di settori (definiti esclusi della disciplina anteriore al Codice dei contratti pubblici) con riferimento ai quali il legislatore comunitario (e di conseguenza quello nazionale) ha tradizionalmente ritenuto di dettare una disciplina speciale rispetto a quella generale degli appalti nei settori “ordinari”, improntata all'evidenza ad una maggiore flessibilità nelle procedure di affidamento (v. R.PALASCIANO, Commento al Codice dei contratti pubblici, a cura di M.SANINO, 2006, pp. 611 e ss.). Al riguardo, un decisivo ausilio giunge all'interprete dalle stesse premesse alla Direttiva 2004/17, le quali espressamente individuano i motivi che giustificano una disciplina distinta per le procedure di aggiudicazione degli appalti nei settori in oggetto. In particolare, la *ratio* fondamentale di tale specialità va ricercata nella circostanza che, nei settori ex esclusi, sia ravvisabile un tradizionale difetto di concorrenza legato alla duplice circostanza, da un lato, che le autorità nazionali sono spesso in grado di influenzare in una pluralità di modi il comportamento degli enti operanti in tali settori, ivi compresi l'assunzione di partecipazioni al capitale sociale e l'inserimento dei propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza (così il 2° considerando alla Direttiva 2004/17/Ce); dall'altro, che i mercati in cui tali enti operano presentano normalmente un carattere chiuso, dovuto alla concessione, da parte delle autorità nazionali, di diritti speciali o esclusivi per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono i servizi in questione (così il 3° considerando). Del resto, la dichiarata finalità della specialità (in termini, come accennato, di maggiore flessibilità) della normativa recata dalla Direttiva 2004/17 è proprio quella di assicurare l'apertura alla concorrenza e l'effettiva, completa liberalizzazione del mercato nei settori *de quibus* (in tali termini il 9° considerando delle premesse). Non è invece riprodotta un'altra giustificazione che invece compariva nelle premesse. Non è invece riprodotta un'altra giustificazione che invece compariva nelle premesse alla previgente Direttiva 1993/38 (e, più precisamente, ivi, all'8° considerando delle premesse), e cioè il fatto che gli enti che gestiscono i servizi nei settori in esame sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri sono regolati dal diritto privato. Tale mancata riproduzione appare quanto mai opportuna, atteso che, per un verso, la compresenza di enti retti dal diritto pubblico ed enti retti dal diritto privato è un fenomeno diffuso in numerosi settori, anche al di là di quelli "speciali"; per un altro, l'esigenza di prescindere dalla formale natura e qualificazione giuridica (pubblica o privata) di un soggetto in base al diritto interno degli Stati membri costituisce ormai da tempo una direttiva di fondo di tutta la normativa comunitaria in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti, la quale proprio per tale scopo ha introdotto ed elaborato la nozione di organismo di diritto pubblico. Parimenti, non è stata considerata nelle premesse alla Direttiva 2004/17 una delle ragioni che pure, secondo gran parte della dottrina, si trova alla base della specialità (e, in precedenza, della esclusione) della disciplina nelle materie in esame, e cioè la circostanza che tali settori erano (e sono) caratterizzati anche da un'elevata connotazione tecnologica, tale da sconsigliare una piena equiparazione con settori meno evoluti sotto tale profilo.

incidono sulla capacità degli altri soggetti (v. art. 207, comma 2, del Codice). I “*titolari di diritti speciali ed esclusivi*” (siano o meno gestori di un servizio pubblico) sono “soggetti aggiudicatori” nei settori speciali (art. 214)⁴¹¹ e anche eventualmente nei settori ordinari (art. 32, comma 1, lett. b).

Gli appalti del concessionario nei settori ordinari non ricevono una disciplina altrettanto uniforme.

Sotto questo profilo, rileva l'art. 30, comma 6⁴¹², che assoggetta l'aggiudicazione degli appalti di forniture da parte dei concessionari di servizio pubblico al rispetto del “*principio di non discriminazione in base alla nazionalità*”.

Gli appalti di lavori dovrebbero essere invece coperti dalla clausola generale contenuta nell'art. 32, lett.f)⁴¹³.

Quid iuris per gli appalti di servizi?

Infatti, non si stabilisce alcunché per gli appalti di servizi del concessionario di servizi pubblici nei settori ordinari (eccezion fatta per il caso dell'art. 214). Probabilmente, nei settori ordinari il concessionario non è soggetto alla applicazione generalizzata della normativa sulle procedure di evidenza pubblica in quanto è stato prescelto mediante gara. Tutto ciò ha importanti ricadute in termini di tutela e di giurisdizione⁴¹⁴.

Ma questo dovrebbe valere anche per il concessionario di servizi a terzi. Per il quale peraltro non si stabilisce nulla neppure in tema di appalti di forniture.

⁴¹¹ V. *infra* par. 9.5.

⁴¹² “*Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità*”.

⁴¹³ In base all'art. 32, lett. f) il Codice si applica ai “*lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice*”

⁴¹⁴ E in argomento non è di aiuto (ma anzi complica maggiormente il quadro) l'art. 2, comma 3, del Codice, che appare una norma dagli effetti dirompenti: secondo tale disposizione le “*procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici*”, per quanto non espressamente previsto nel Codice, devono rispettare la legge n. 241/1990. A parte l'assenza di definizione esatta delle “attività amministrative in materia di contratti” diverse dalle procedure di affidamenti e di “contratto pubblico”, l'applicazione della legge n. 241/1990 agli affidamenti non ricompresi nel Codice dovrebbe comportare l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del Giudice amministrativo (art. 6, legge n. 205/2000 e art. 244 del Codice, oggi art. 133 del Codice del processo amministrativo). A meno che non si voglia adottare una interpretazione ristretta di “*attività amministrativa*”, intesa come attività svolta da una amministrazione, e al “*pubblico*” del contratto, inteso come contratto con una amministrazione.

7.3.2. I concessionari di lavori pubblici.

Non si intende qui affrontare il tema del regime dell'attività contrattuale dei concessionari di lavori pubblici disciplinato dagli artt. 142 e ss. del Codice.

Ci si limiterà a sottolineare un importante profilo "soggettivo" della nozione codicistica di concessione di lavori pubblici. Sotto questo profilo, infatti, il Codice istituisce una distinzione fra due tipologie di concessionari di lavori pubblici.

Esso opera, infatti, una distinzione tra concessionari-organismi di diritto pubblico e concessionari, che non rivestono tale qualifica.

La formula codicistica darà luogo a qualche difficoltà interpretativa in relazione all'individuazione dei caratteri di tale istituto. Ma qui preme sottolineare che essa sembra escludere che la concessione di lavori pubblici possa di per sé configurare la nozione di organismo di diritto pubblico⁴¹⁵.

La diversa qualificazione comporta ovvie ripercussioni sul regime applicabile all'attività contrattuale, cioè ai cd. "affidamenti a valle". Infatti, ai sensi dell'art. 142, comma 4, del Codice, il concessionario, che non è amministrazione aggiudicatrice - sulla falsariga dell'art. 2 legge Merloni - non sono assoggettati alle disposizioni in tema di programmazione, incentivi per la progettazione, esecuzione, direzione lavori e collaudo ed i lavori possono essere assegnati alle imprese "collegate"⁴¹⁶.

Dovrebbe, di conseguenza, essere chiara anche la differenza tra impresa collegata al concessionario, che non è amministrazione aggiudicatrice, e affidamento in house. A tale istituto, con le restrizioni di recente operate dalla Corte di giustizia, può farsi ricorso solo per gli appalti del concessionario - amministrazione aggiudicatrice, che, senza ricorrere al mercato, realizza con le proprie risorse interne o con strutture, che, ancorché giuridicamente distinte dal medesimo, agiscono "prevalentemente" per suo conto e che sono sottoposte ad un "controllo analogo" a quello esercitato sulle proprie strutture.

⁴¹⁵ Ipotesi che in giurisprudenza aveva trovato qualche seguito. Cfr. Cons. giur. Amm. Reg. Sicilia, Sez. giurisd., 4 ottobre 2005, n. 668, in *Urb. App.*, 2006,5, p. 595 con commento di M. BALDI.

⁴¹⁶ Cfr. A. CLARIZIA, *Concessioni, concessioni di servizi e project financing*, in *www.giustamm.it*, il quale aggiunge che le imprese collegate potranno essere "individuate in base al tradizionale concetto correlato alla appartenenza nell'ambito di una holding (restando fermo che il relativo elenco può essere aggiornato nel tempo in relazione ai mutamenti che si determinano a livello societario)".

7.4. Le società a capitale pubblico.

Il Codice con l'art. 32, comma 1, lett. c) assoggetta parzialmente alla propria disciplina l'attività contrattuale delle società a capitale (totalmente o parzialmente) pubblico⁴¹⁷.

Esso stabilisce, infatti, che le disposizioni della Parte I, IV e V, si applicano a *“lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del t.u. enti locali”*.

Con particolare riguardo alle società miste, tuttavia, sempre l'art. 32 consente un regime derogatorio per l'attività contrattuale ed. "a valle" della scelta del socio privato alle condizioni stabilite nel comma 3. Anzitutto, occorre che per la scelta "a monte" del socio privato della società mista sia stato rispettato il principio generale della gara, già ribadito nell'art. 1, comma 2 del Codice. È altresì necessario che il socio privato prescelto abbia i requisiti di qualificazione previsti dal Codice *“in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita”*, E, infine, che la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto *“in misura superiore al 70% del relativo importo”*.

La *ratio* di questa deroga e delle condizioni cui essa viene assoggettata risiede nella natura di “socio imprenditore” del privato prescelto mediante la gara "a monte" ovvero nella fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la realizzazione dell'opera o la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società. Infatti, la deroga è limitata *“alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali [le società miste] sono state specificamente costituite”* (v. sull'applicabilità del Codice alle società miste v. *infra* 9.7).

In ogni caso, alle società a capitale pubblico non si applicano gli artt. 78, comma 2 (redazione del verbale di gara), 90, comma 6 (affidamento della progettazione a progettisti esterni), 92 (corrispettivi e incentivi per la progettazione),

⁴¹⁷ P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; R. DiPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006. v. anche a C. IAIONE, *Le società in house degli enti locali*, Napoli, 2007.

128 (programmazione dei lavori pubblici) e, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

7.5. I settori speciali: l'impresa pubblica e i titolari di diritti di esclusiva nei settori speciali.

L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui settori speciali è individuato all'art. 207, espressamente dedicato agli "enti aggiudicatori". La norma costituisce l'esito del recepimento degli artt. 2 e 8, direttiva n. 2004/17/CE e va a sostituire le omologhe disposizioni contenute agli artt. 1 e 2, d.lg. n. 158/1995.

Alla stregua del dato normativo, sono tenuti all'applicazione della disciplina dettata per i settori speciali le amministrazioni aggiudicatrici o le imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 208 a 213 del codice [art. 207, lett. a)], ovvero i soggetti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più delle attività sopra richiamate e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente [lett. b)]⁴¹⁸.

Nel definire, quindi, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, il legislatore comunitario e nazionale, in considerazione della disomogeneità nella natura giuridica dei soggetti operanti nei settori in questione, ha inteso prescindere dalla qualificazione giuridica del soggetto aggiudicatore ovvero dalla sua natura pubblica o privata, facendo riferimento allo svolgimento delle attività oggetto della disciplina speciale.

Ne risulta che tra gli "enti aggiudicatori" al fine dell'applicazione, disciplina contenuta nella Parte III del Codice, sono ricompresi le amministrazioni aggiudicatrici (tra queste figurando anche gli organismi di pubblico)⁴¹⁹, le imprese pubbliche e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente

⁴¹⁸ Ai sensi del comma 3 dell'art. 207 del codice "sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività".

⁴¹⁹ Ai sensi del comma 25 dell'art. 3 del codice "le 'amministrazioni aggiudicatrici' sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti".

secondo le norme vigenti.

In definitiva, rispetto ai settori ordinari, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina speciale è arricchito dalla equiparazione alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi (che non siano amministrazioni prese pubbliche). Ed è proprio con riferimento a tali categorie differenziali che s'intende qui soffermarsi.

L'art. 3, comma 28, del Codice ascrive alla categoria dell'impresa pubblica le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta, quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: *a)* detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; *b)* controllano la maggioranza voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; *c)* hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione direzione o di vigilanza dell'impresa.

Evidente è come la categoria dell'impresa pubblica presenti caratteri differenziali rispetto ai modelli di amministrazioni pubbliche gestiti con moduli privatistici, di cui l'organismo di diritto pubblico ne costituisce figura emblematica. L'impresa pubblica, nella costruzione operata da fonte comunitaria⁴²⁰, persegue interessi di rilievo pubblicistico in campo industriale e commerciale⁴²¹ ma secondo canoni tipici delle imprese commerciali, prefiggendosi il fine lucrativo anche laddove il rilievo pubblicistico delle attività potrebbe prescindere dal conseguimento di un profitto.

Ne deriva che alla categoria in questione afferiscano sia le aziende autonome e gli enti pubblici economici, sia le società di capitali a prevalente partecipazione pubblica o, comunque, a dominanza pubblica⁴²².

L'ambito soggettivo, come si è sopra accennato, è stato ulteriormente arricchito dalla previsione della categoria dei soggetti titolari di diritti speciali o

⁴²⁰ Sull'impresa pubblica nel diritto europeo, da ultimo, CAFAGNO, *Impresa, pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, diretto da Chiti e Greco, II, Milano, 2007, 1205 ss.

⁴²¹ Il rilievo industriale e commerciale, sulla base degli ormai consolidati principi, è invece espressamente escluso per l'organismo di diritto pubblico.

⁴²² Cfr. M.A. SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in *Trattato sui contratti pubblici, V, I settori speciali. L'esecuzione*, diretto da SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI, Milano, 2008, 3150.

esclusivi. Si tratta di soggetti operanti su mercati sostanzialmente chiusi alla concorrenza, caratterizzati dalla "concessione", da parte delle autorità nazionali di diritti speciali o esclusivi per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti per la fornitura di un servizio o lo sfruttamento di un'area geografica per un fine determinato. Quanto alle definizioni dei diritti speciali e diritti esclusivi, al fine della loro distinzione, soccorre quanto previsto nella direttiva 2000/52/CE⁴²³, che definisce "diritti esclusivi" quelli riconosciuti ad un'impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riserva alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare un'attività [art. 2, lett. f)]; "diritti speciali", quelli riconosciuti a un numero limitato di imprese mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che, con riferimento a una determinata area geografica, congiuntamente o disgiuntamente: 1) limita a due o più, senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione, il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività; 2) designa, senza osservare detti criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività; 3) conferisce, senza osservare detti criteri, a una o più imprese determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudicano in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti [lett. g)].

La nozione di diritti speciali o esclusivi ha subito, per effetto dell'evolversi in chiave concorrenziale dei mercati relativi ai settori in questione, un progressivo affinamento, tanto da determinare il legislatore comunitario sollecitarne una definizione "appropriata". Ritenendo non più dirimente il diritto dell'ente di avvalersi, per costruire reti o installare strutture portuali o aeroportuali, di una procedura per l'esproprio per pubblica utilità o l'uso della proprietà privata, ovvero il fatto di alimentare di acqua potabile, elettricità, gas o calore una rete a sua volta gestita da un altro ente che gode di diritti speciali o esclusivi concessi da un'autorità competente dello Stato membro interessato. Ovvero ancora laddove diritti esclusivi o speciali

⁴²³ Direttiva 2000/52/CE, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese. Tale direttiva è stata attuata con il d.lg. n. 333/2003 8 (v. *infra* Capitolo X).

fossoro concessi da uno Stato membro in qualsiasi forma, anche mediante atti di concessione, a un numero limitato di imprese in base a criteri obiettivi, proporzionali e non discriminatori, che offrano agli interessati che soddisfino tali criteri la possibilità di beneficiarne⁴²⁴.

7.6. La teoria del contagio.

Il problema dello svolgimento contestuale di attività in mercati pienamente concorrenziali e in mercati più o meno intensamente regolati si è posto, come ricordato, ai fini dell'individuazione degli organismi di diritto pubblico e delle imprese (pubbliche o meno) tenute all'applicazione della normativa comunitaria sui contratti pubblici (si v. le direttive 2004/18/Ce, sui settori ordinari, e la direttiva 2004/17/Ce, sui settori speciali).

In questi casi, la giurisprudenza comunitaria tende ad attrarre l'intera sfera di attività nella disciplina pubblicistica, secondo il principio c.d. del "contagio"⁴²⁵.

La *ratio* di tale orientamento sembra essere che lo svolgimento di attività in contesti non concorrenziali, quando abbia dimensioni non trascurabili rispetto al complesso delle attività svolte, è in grado di condizionare l'intera logica di azione del soggetto.

Nella sentenza Mannesmann, in particolare, la Corte ha affermato il principio che la condizione secondo cui l'organismo deve essere stato istituito per soddisfare "specificatamente" bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere.

Secondo la Corte, la direttiva 93/37 (all'epoca vigente) non esclude che un'amministrazione aggiudicatrice, oltre al suo compito di soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, possa esercitare altre attività.

Per quanto riguarda siffatte attività, l'art. 1, punto a), della direttiva non distingueva tra gli appalti pubblici di lavori aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale

⁴²⁴ Cfr. *Considerando* n. 26, direttiva 2004/17/CE.

⁴²⁵ v., Corte di Giustizia Ce, 15 gennaio 1998 in C-44/96, *Mannesmann* e da ultimo Corte giust., 10 aprile 2008, *Ing. Aigner / Fernwarme Wien GmbH*, causa C-393/06.

e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito.

Secondo la Corte “*La mancanza di una distinzione del genere si spiega con la finalità della direttiva 93/37, che mira ad escludere il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici*” (v. punto 33)

Infine, un'interpretazione dell'art. 1, punto b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37 secondo la quale la sua applicazione varia in base alla parte relativa, più o meno ampia, dell'attività esercitata per soddisfare bisogni aventi carattere non industriale o commerciale sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto, il quale esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati.

I principi enunciati dalla Corte nella sentenza *Mannesmann* sono stati ribaditi anche successivamente alla luce delle direttive 2004/17 relativa agli appalti nei settori speciali e 2004/18 in materia di appalti nei settori ordinari.

Nella sentenza *Ing. Aigner / Fernwarme Wien GmbH* al giudice comunitario è stata posta la questione in ordine al se tutti gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi della direttiva 2004/17 o della direttiva 2004/18, debbano essere soggetti alle regole dell'una o dell'altra di tali direttive, mentre, applicando misure efficaci, è possibile una netta separazione tra le attività che tale organismo esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che esso esercita in condizioni di concorrenza, separazione che esclude un finanziamento incrociato tra tali due tipi di attività.

Il giudice comunitario ha ricordato che la problematica che è alla base della questione ha costituito, per la prima volta, materia di esame da parte della Corte nella causa *Mannesmann*, vertente sull'interpretazione della direttiva 93/37 sugli appalti pubblici di lavori, affermando che tutti gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dalla loro natura, dovevano essere soggetti alle norme di tale direttiva.

Tale posizione è applicabile – secondo la Corte - alla direttiva 2004/18, che costituisce un rifacimento delle disposizioni di tutte le direttive precedenti in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, cui è subentrata.

Inoltre, la conclusione si impone altresì per enti che applicano una contabilità intesa ad una netta separazione interna tra le attività che essi svolgono per adempiere

il loro compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che essi svolgono in condizioni di concorrenza.

Secondo la Corte di giustizia, infatti, “è consentito dubitare seriamente che sia realmente possibile porre in essere una siffatta separazione tra le differenti attività di un ente che costituisce un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente, e questo anche prescindendo dai numerosi altri ostacoli di ordine pratico circa il controllo, *ex ante* e *ex post*, della assoluta separazione tra i differenti settori di attività dell'ente di cui trattasi e dell'appartenenza dell'attività di cui trattasi a questo o a quel settore” (punto 53).

In definitiva, considerate le ragioni di certezza del diritto, di trasparenza e di prevedibilità che regolano l'attuazione delle procedure di tutti gli appalti pubblici, la Corte ribadisce la posizione già assunta con la sentenza *Mannesmann*.

Nell'ambito della stessa pronuncia la Corte ha affermato che un ente aggiudicatore, ai sensi della direttiva 2004/17, è tenuto ad applicare il procedimento previsto da tale direttiva unicamente per l'aggiudicazione degli appalti che sono in relazione con attività che tale ente esercita in uno o più dei settori considerati negli artt. 3-7 della detta direttiva.

Infatti “Si deve precisare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, rientrano nella direttiva 2004/17 gli appalti che sono aggiudicati nel settore di una delle attività espressamente considerate negli artt. 3-7 della detta direttiva nonché gli appalti che, anche se sono di natura differente e potrebbero così, in quanto tali, rientrare di norma nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, servono per l'esercizio delle attività definite nella direttiva 2004/17 (v., in tal senso, sentenza *Strabag e Kostmann, cit.*, punti 41 e 42)” (punto 57).

La Corte ha, dunque, concluso che gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18, che hanno nessi con l'esercizio di attività di tale ente in uno o più settori considerati negli artt. 3-7 della direttiva 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da tale direttiva. Per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da tale ente in relazione con l'esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18. Ciascuna di tali due direttive trova applicazione, senza distinzione tra le attività che il detto ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare

bisogni d'interesse generale e le attività che esso esercita in condizioni di concorrenza, e anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, al fine di evitare i finanziamenti incrociati tra tali settori.

7.7. Configurabilità o meno della società *in house* e della società mista come organismo di diritto pubblico, o impresa pubblica, o soggetto comunque tenuto a seguire procedure di evidenza pubblica.

Se la società pubblica, dopo aver conseguito l'affidamento di un contratto *in house*, non intenda esplicitare direttamente i lavori o i servizi, ma si rivolga invece a terzi, sarà tenuta a seguire le procedure di evidenza pubblica, come avrebbe dovuto fare in origine l'ente costituente la società, se avesse optato di rivolgersi al mercato⁴²⁶.

In tal senso, la giurisprudenza ha affermato in passato che l'art. 8, comma 3, d.lgs. n. 158/1995, nell'ammettere l'affidamento diretto di servizi da un'amministrazione aggiudicatrice ad un'impresa collegata, non opera nelle ipotesi in cui l'impresa collegata non intenda svolgere direttamente il servizio oggetto dell'appalto: si è pertanto ritenuto che la società Italferr costituita da Ferrovie dello Stato s.p.a. per svolgere servizi anche di progettazione, ove intenda affidare a terzi la progettazione, debba seguire procedure di evidenza pubblica⁴²⁷.

In tale direzione dispone anche l'art. 113, comma 5-ter, t.u. n. enti locali, inserito dall'art. 4, comma 234, l. n. 350/2003 (l. finanziaria 2004), a tenore del quale in ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti consentiti dal vigente ordinamento. Se la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, sia stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori, purché in possesso dei necessari requisiti di qualificazione, e purché a suo tempo la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio, sia l'esecuzione dei lavori connessi; se, invece, la gara a suo

⁴²⁶ Ancora una volta, ai fini, del presente lavoro, risultano importanti e si richiamano testualmente le osservazioni contenute in R. Nictolis - L. Cameriero, *op. cit.*

⁴²⁷ Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2001 n. 5007, in *Cons. Stato*, 2001,1, 2125; *Guida al dir.*, 2001, fasc. 40, 88, con nota di CARUSO.

tempo espletata abbia avuto per oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente.

A tale conclusione si perviene, come già ricordato, anche alla luce del Codice dei contratti pubblici.

Da un lato, infatti, va verificato se la società *in house* rientri nel novero delle qualificazioni soggettive previste dal Codice (in particolare organismi di diritto pubblico o delle imprese pubbliche). E, d'altro canto, l'art. 32, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, annovera tra i soggetti tenuti a seguire le procedure di evidenza pubblica, le società con capitale pubblico (anche non maggioritario), che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi espressamente comprese le società contemplate dagli artt. 113, 113-ter, 115, 116, tu. enti locali⁴²⁸.

La categoria soggettiva di cui alla lett. c) è menzionata espressamente, perché non sempre tali società rientrano nella nozione di organismo di diritto pubblico, e dunque nel *genus* delle amministrazioni aggiudicatrici (in particolare nel caso di società con capitale pubblico non prevalente, potrebbe difettare, in concreto, il requisito della influenza pubblica dominante).

Beninteso, se vi sono società a partecipazione pubblica che hanno i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, le stesse sono tenute all'osservanza di tutte le norme che devono osservare gli organismi di diritto pubblico (lettera a), e non solo all'osservanza di quelle previste per le società miste (lettera b)⁴²⁹.

7.8. Profili specifici sulla società mista.

Anche la società mista può, in concreto, avere i connotati tipici delle figure soggettive previste dal Codice o comunque rientrare nell'art. 32, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006⁴³⁰.

Con riferimento alle società miste vengono in rilievo altre specifiche questioni⁴³¹.

⁴²⁸ R. Nictolis - L. Cameriero, *op. cit.*

⁴²⁹ R. Nictolis - L. Cameriero, *op. cit.*

⁴³⁰ R. Nictolis - L. Cameriero, *op. cit.*

⁴³¹ Si condividono nel presente paragrafo le osservazioni di R. Nictolis - L. Cameriero, *op. cit.*

Si è posto, in primo luogo, il problema se, nel caso di scelta del socio privato con procedura di evidenza pubblica, occorra o meno una procedura di evidenza pubblica anche per gli appalti o concessioni che la società pone in essere per realizzare i lavori o servizi per i quali la società è stata specificamente costituita. In particolare, si deve tenere conto del fatto che per la costituzione di società miste aventi ad oggetto lavori, servizi, (forniture) vanno seguite procedure di evidenza pubblica, come affermato dalla giurisprudenza e dalla legislazione vigente (vedi ora art. 1, Codice dei contratti pubblici), e si deve affrontare la questione se tali procedure di evidenza pubblica vanno o meno ripetute per gli specifici lavori e servizi per cui sono state costituite.

Secondo la disciplina attuale (art. 32, comma 3, Codice dei contratti pubblici), per le società pubbliche previste dallo stesso art. 32, comma 1, lett. c) (v. *supra* par. 10.4. sulle “società pubbliche”) la doppia gara non è necessaria per i lavori o servizi per i quali la società è stata specificamente costituita, se ricorrono le seguenti condizioni: (i) scelta del socio con procedura di evidenza pubblica; (ii) qualificazione del socio privato in relazione all'oggetto della prestazione; (iii) esecuzione diretta di opera o servizio da parte della società con mezzi propri superiori al 70% (sicché il restante 30% affidato a terzi assume i connotati di un subappalto, che per il diritto comunitario non deve seguire le procedure di evidenza pubblica, essendo sufficiente la gara a monte).

Fuori di tali condizioni, la gara per la scelta del socio non esonera dalla seconda gara per l'affidamento di lavori servizi e forniture. Ciò varrebbe, per esempio, per i lavori, servizi, forniture, diversi e successivi rispetto a quelli per i quali la società è stata costituita (seconda ipotesi di cui sopra). Ma anche per lavori, servizi, e forniture se in relazione ad essi i soci privati non sono qualificati (viene di solito fatto l'esempio dell'ente locale costituisce una società con una banca, per realizzare una scuola pubblica, la società non ha la qualificazione e i mezzi tecnici per realizzare l'opera pubblica in via diretta; deve seguire procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori a terzi, anche se c'è già stata una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato.). Infine la gara sarebbe necessaria per i lavori, servizi, forniture, anche se coincidenti con quelli per cui la società è stata costituita, se la società non li esegue in via diretta in misura superiore al 70%.

Infine, nel caso in cui la società mista, una volta costituita, partecipa a gare per

pubblici appalti o pubbliche concessioni di lavori e ne diviene affidataria, ove non esegua direttamente i lavori o servizi, ma operi con subappalti (nel caso in cui sia appaltatrice) o appalti (nel caso in cui sia concessionaria), si pone la questione se occorra o meno procedura di evidenza pubblica per gli appalti e subappalti indetti dalla società mista. In questa ipotesi non occorre la procedura di evidenza pubblica se la società è risultata a sua volta aggiudicataria a seguito di procedura di evidenza pubblica, salve le norme sugli appalti del concessionario, se la società è concessionaria (v. *supra* per la disciplina applicabile ai concessionari).

CAPITOLO VIII

CONCLUSIONI: CRITICITA' E PROSPETTIVE DI RIORDINO

SOMMARIO: 8.1. PROFILI GENERALI - 8.1.1. LE SOCIETÀ *IN HOUSE* - 8.1.2. LE SOCIETÀ MISTE. - 8.1.3. PROFILI ORDINAMENTALI - 8.2. LA RISORMA DEI SERVIZI PUBBLICI.

8.1. Profili generali.

8.1.1. Le società *in house*.

La tutela della concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche trova un limite nel fenomeno dell'autoproduzione da parte della pubblica amministrazione, il quale si basa a sua volta sul principio di autorganizzazione amministrativa.

Se un operatore privato è sottoposto ad un controllo gestionale talmente pervasivo da parte del socio pubblico da essere "analogo" a quello che quest'ultimo esercita sui propri uffici e se lo stesso operatore esercita la parte più importante della propria attività a favore del socio pubblico controllante, non viene in rilievo l'esigenza di tutela della concorrenza poiché si sta operando al di fuori del perimetro del mercato e cioè all'interno della stessa amministrazione.

"Controllo analogo" e "attività prevalente" sono dunque i criteri concreti atti a disegnare il perimetro dell'autoproduzione amministrativa. In presenza di tali presupposti, la giurisprudenza comunitaria ritiene che l'Amministrazione possa procedere all'affidamento diretto a favore dell'operatore controllato senza ricorrere alla gara. Ciò secondo un principio di tendenziale libertà che non imporrebbe all'Amministrazione neppure di motivare sulle ragioni per cui non si è scelto l'*outsourcing* a favore di imprese private⁴³². Per il diritto comunitario l'autoproduzione e l'*outsourcing* hanno la medesima dignità e non è richiesto all'Amministrazione di motivare l'indispensabilità del ricorso alla prima.

Rispetto ai principi comunitari, l'ordinamento nazionale - inteso nel suo formante giurisprudenziale e normativo - ha optato per una soluzione più

⁴³² Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera, p. 27).

"liberistica"⁴³³ rendendo sotto diversi profili più restrittivo il ricorso all'*in house*.

Tale irrigidimento in senso più liberistico è avvenuto in due direzioni. Per un verso, sono state introdotte condizioni *esogene* rispetto a quelle individuate dalla giurisprudenza comunitaria e cioè condizioni ulteriori rispetto a quelle relative all'organizzazione decisionale ("controllo analogo") e ai destinatari dell'attività o, comunque, limiti economici relativi al valore dell'affidamento al di sopra dei quali la scelta del modello *in house* è preclusa *a priori*. Per altro verso, anche i presupposti *endogeni* richiamati sono stati recepiti all'interno del nostro ordinamento con una certa restrittività.

Sotto quest'ultimo profilo, mentre nella giurisprudenza comunitaria il requisito dell'attività prevalente è stato ritenuto sussistente anche in casi di operatività sul mercato pari al 10% del fatturato, il giudice amministrativo italiano ha ritenuto che tale requisito sussiste quando l'attività sul mercato sia puramente marginale, insignificante, non essenziale, assai prossima ad un'inesistenza. In questo caso il rigore del giudice amministrativo nazionale sembra essere condivisibile, visto che in gioco v'è l'attribuzione alla società *in house* di ingiustificate rendite di posizione a detrimento della concorrenza.

Sotto il primo profilo, lo sfavore per l'*in house* si è manifestato, anzitutto nel richiedere un onere motivazione più stringente, tale da rendere il modello in questione residuale rispetto all'*outsourcing*. Già l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con atto di segnalazione del 28 dicembre 2006 n. AS375 ha ritenuto che l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale mediante l'*in house* risulta giustificato solo se non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato: l'intervento pubblico dovrebbe essere limitato a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato. Secondo l'Autorità antitrust, le ipotesi in cui è consentita agli enti locali l'erogazione diretta di servizi pubblici, senza ricorso al mercato, sono da applicare in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettiva situazione di conflitto di interesse che tale modalità di affidamento determina in capo a tali enti, che risultano essere al contempo affidatari del servizio, amministratori e azionisti della società di gestione dei servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima società.

⁴³³ Cfr. M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 29

Anche la giurisprudenza nazionale del pari ha affermato l'eccezionalità del modello *in house*, in quanto deroga alle regole generali comunitarie di apertura al mercato. In particolare, l'Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1 ha ribadito che la società *in house* costituisce una deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), per cui è ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale. La plenaria, ancorché in via di *obiter*, aderisce all'impostazione secondo cui l'affidamento diretto ad una società *in house* viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: *a)* da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; *b)* dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*⁴³⁴.

L'eccezionalità del modello *in house* è stata di recente affermata e aggravata dal legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. In particolare l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 ha previsto che l'affidamento *in house* sia consentito solo in via eccezionale, a condizione che siano rispettati i requisiti già esaminati del diritto europeo e che, inoltre, "*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*" non permettano un efficace e utile ricorso al mercato. La scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento *in house* deve essere motivata in base a un'analisi di mercato; al di sopra di una determinata soglia dimensionale (valore del servizio oggetto di affidamento superiore a 200.000 euro annui) è necessario il parere preventivo, non vincolante, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Lo sfavore nei confronti dell'*in house* si inserisce in un clima più generale di sfiducia verso le società pubbliche. Il legislatore italiano si è spinto - in nome della tutela della concorrenza - ben oltre i paletti fissati dall'ordinamento comunitario,

⁴³⁴ V. anche Cons. giust. sic. 4 settembre 2007 n. 719, segnalata in *Urb. app.*, 2007,1443; *Urb. e app.*, 2008, 211, con nota di S. Colombari, in *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*.

limitando in modo assai severo la costituzione e l'operatività delle società pubbliche⁴³⁵. Sono espressione di questa direttrice legislativa pro concorrenziale l'art. 13 del d.l. 223/2006, cd. Decreto Bersani e l'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008). A ciò si sono aggiunte alcune disposizioni (art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78) che - per finalità di contenimento della spesa - hanno imposto divieti assoluti di costituzione di mantenimento di partecipazioni pubbliche per i Comuni.

L'esigenza di tutelare la concorrenza - a volte a prescindere da una effettiva lesione della stessa, secondo una logica di tutela anticipatoria⁴³⁶ - e l'obiettivo di contenere la spesa pubblica hanno avuto, dunque, l'effetto di ridimensionare in modo più rigoroso il fenomeno delle partecipazioni pubbliche rispetto al diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto comunitario, come ricordato, è soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati. A tal punto si è spinto il legislatore in questo disegno di ridimensionamento che in dottrina si è parlato di "tramonto" della partecipazione pubblica e di superamento del principio della capacità generale degli enti pubblici, sicché la partecipazione di un soggetto pubblico ad una società debba considerarsi in linea di principio vietata salvo che nei casi eccezionali previsti dalla legge⁴³⁷.

8.2. Le società miste.

A differenza della società *in house*, oggetto di una significativa compressione da parte del legislatore nazionale rispetto all'ordinamento comunitario, con riferimento alla società mista le indicazioni dell'ordinamento interno sono tendenzialmente analoghe agli esiti cui è giunta la giurisprudenza e l'ordinamento comunitario. Anche qui non mancano però dettagli stringenti come il vincolo del 40% di partecipazione privata.

Sicuramente il riferimento alla necessità della "gara" per la scelta del socio "operativo" costituisce il sintomo della volontà di ricondurre la società mista a un

⁴³⁵ Cfr. M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 7 e ss.

⁴³⁶ A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema*, op. cit., pp. 68 e ss.

⁴³⁷ A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, richiamato anche da C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., p. 12.

ambito più ristretto rispetto ad alcune ricostruzioni del passato, in modo tale da evitare un uso distorto di questa modalità di gestione dei servizi pubblici locali (in ciò v'è la sostanziale conferma dell'orientamento del giudice amministrativo). Ormai il confine tra affidamento «in house» e concorrenza «per il mercato» tramite procedura competitiva sembra essere tracciato in modo netto, senza zone franche o vie di fuga. Ciò è stato confermato anche dal giudice comunitario.

Come indicato in precedenza, è risultata minoritaria la tesi secondo cui la giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing* avrebbe messo, in punto di fatto, la parola fine alle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali⁴³⁸.

Era, invece, stato correttamente sottolineato come la giurisprudenza comunitaria non si fosse occupata della conformità al diritto europeo di un affidamento diretto del servizio pubblico locale a società che, pur essendo costituita in parte da capitale privato, abbia, però, scelto il socio privato tramite procedura di evidenza pubblica⁴³⁹.

Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, la Commissione ha indicato la seguente procedura: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo

⁴³⁸ Cfr. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 193: "... sancendo l'illegittimità di un affidamento diretto, il giudice comunitario ha reso, se non palesemente illegittima, ma quanto meno impraticabile, la disposizione di cui all'art. 113, 5° comma, lett. b), in quanto per il connubio tra impresa privata e ente locale ha una sua ragione di essere solo se è garantito l'affidamento del servizio, in quanto i costi di costituzione e di gestione di una società spingeranno le amministrazioni locali o a gestire direttamente il servizio attraverso una società interamente partecipata ovvero ad optare forme chiare di esternalizzazione attraverso la selezione del gestore tramite gara, in attuazione delle norme europee che regolano gli appalti e le concessioni".

⁴³⁹ Cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 299, secondo cui non sarebbe possibile desumere la illegittimità comunitaria delle società miste locali alla luce delle affermazioni contenute nelle riportate sentenze della Corte di giustizia. Il modello gestionale in esame si collocherebbe, infatti, al di fuori della problematica dell'*in house providing*; v. anche CE. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 343. M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giom. dir. amm.*, 2004, 125-126, mette in evidenza come non si possa ritenere che "la procedura selettiva del socio giustifichi affidamenti atemporali o di durata irragionevole. Si possono dunque immaginare due soluzioni. Si potrà definire fin nelle regole di gara un periodo di affidamento del servizio, allo scadere del quale dare corso allo scioglimento della società, oppure si potrà stabilire che, terminato il periodo predefinito, la società rimarrà in vita e si provvederà ad una nuova gara per l'individuazione del socio. In quest'ultimo caso, il bando originario dovrà prevedere, in capo all'aggiudicatario, un obbligo a cedere le proprie azioni o le proprie quote al vincitore della selezione successiva, ad un prezzo determinato fin dall'origine ovvero stabilito al momento della nuova gara in base a parametri oggettivi o ad opera di un arbitratore".

alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

La Commissione non esclude che nel periodo di validità del rapporto contrattuale possa sopravvenire l'esigenza di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico, ma tale possibilità di adeguamento dovrà essere espressamente prevista nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piano di parità nel momento della formulazione dell'offerta. Mentre, qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'oneri impone di ricorrere a una nuova procedura di gara.

La soluzione proposta dalla Commissione è molto simile a quella espressa dal Consiglio di Stato a partire dal citato parere n. 456/07 della II sezione e ha trovato di recente condivisione da parte della Corte di giustizia. Infatti, la questione se sia sufficiente una unica gara per la scelta del socio privato e per l'affidamento diretto di una specifica missione alla società mista, è stata rimessa all'esame della C. giust. CE nel corso del 2008 da parte del T.A.R. Sicilia-Catania.

In particolare, la C. giust. CE è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 43, 49 e 86, Trattato, un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa", sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire⁴⁴⁰.

Con sentenza del 15 ottobre 2009 la Corte di giustizia si è espressa in una controversia, avente ad oggetto una fattispecie in cui la gestione di un servizio pubblico era stata affidata ad una società mista con socio privato individuato con gara e con contestuale affidamento del servizio e dopo l'aggiudicazione la gara era stata annullata per una presunta incompatibilità con il diritto comunitario dello strumento

⁴⁴⁰ T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, 22 aprile 2008 n. 164, ord.

dell'affidamento a società mista⁴⁴¹.

La Corte di giustizia, dopo aver ribadito la distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici⁴⁴², ha condiviso le considerazioni svolte dalla Commissione circa l'inutilità di una doppia gara e ha sostenuto l'ammissibilità dello svolgimento in unico contesto di una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.

A tal fine, le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio.

Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento, ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara.

8.3. Profili ordinamentali

Come si è visto nel capitolo II, la legislazione più recente in materia di società partecipate da pubbliche amministrazioni può essere razionalizzata seguendo tre direttrici che vanno tutte nel senso della specialità rispetto alle regole di diritto comune.

La prima direttrice, tesa ad evitare che il fenomeno delle partecipazioni

⁴⁴¹ Corte giust., sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*; in senso conforme alla sentenza anche le conclusioni dell'avvocato generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 2 giugno 2009.

⁴⁴² La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C 206/08, *WAZV Gotha*), "Un appalto pubblico di servizi" ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C 458/03, *Parking Brixen*). Si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C 437/07, *Commissione/Italia*). Peraltro, anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo delle direttive nn. 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare e sono, quindi, tenute a svolgere procedure di evidenza pubblica, benché caratterizzate da una minore rigidità di quelle relative agli appalti pubblici di forniture, servizi o lavori.

pubbliche possa provocare distorsioni concorrenziali, si concreta nella introduzioni di limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto delle società pubbliche (v. Capitolo III).

Una seconda direttrice mira a moralizzare il fenomeno delle partecipazioni pubbliche attraverso l'introduzione di vincoli volti ad evitare che la partecipazione pubblica possa essere foriera di sprechi ingiustificati (es. limiti ai compensi e al numero dei componenti degli organi societari). Peraltro, tale direttrice nella legislazione più recente ha prodotto gli effetti tipici della prima direttrice, ossia una limitazione alla possibilità di costituire società pubbliche (v. Capitolo III, art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78).

La terza direttrice, volta ad evitare che lo schermo privatistico possa comportare l'elusione di disposizioni proprie dei soggetti pubblici, comporta l'estensione di alcuni vincoli tipicamente pubblicistici (es. vincoli pubblicistici all'assunzione di personale).

Le ultime due direttrici accennate hanno ad oggetto in via prevalente disposizioni speciali che incidono sugli aspetti ordinamentali delle società a partecipazione pubblica. Di questi vincoli speciali di carattere ordinamentale ci si occuperà nel presente Capitolo.

Ferma restando la validità della classificazione svolta nelle tre linee direttrici, si deve osservare in questa sede che il legislatore spesso differenzia – qualche volta in modo non immediatamente comprensibile – la disciplina relativa alle società nazionali rispetto a quelle locali. Alcuni aspetti riguarderanno, dunque, o solo le une o solo le altre.

Accanto alle disposizioni che vanno nel senso della specialità, vi sono però aspetti ordinamentali (soprattutto imposti a livello giurisprudenziale) che vanno nel senso del ritorno al diritto comune. Ne sono esempio la disciplina delle nomine pubbliche, dopo la condanna del giudice comunitario sulla *golden share*, e l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle disposizioni del d.lgs n. 231/2001, sulla responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, anch'essa avvenuta in via giurisprudenziale ad opera del giudice nazionale.

Tra i profili ordinamentali, infine, spicca per importanza la questione della responsabilità degli amministratori delle società pubbliche, sulla quale di recente alcune pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione hanno cercato di razionalizzare la compresenza dell'azione sociale disciplinata dal codice civile e la responsabilità

erariale tipica degli enti pubblici.

Vale la pena in sede conclusiva soffermarsi sul ridimensionamento dei poteri speciali, per cercare in questa tendenza un criterio di riordino per il futuro.

In particolare, con riferimento ai poteri speciali dell'azionista pubblico, l'ordinamento comunitario - nel suo formante giurisprudenziale - ha in due occasioni accertato nell'ordinamento nazionale situazioni di privilegio a favore del socio pubblico, lesive delle libertà tutelate dal Trattato. A differenza della disciplina degli aiuti, in questo ambito l'ordinamento comunitario impone la rimozione dei profili speciali della disciplina delle società pubbliche nella direzione di un ritorno al diritto comune. Lo stesso diritto comunitario riconosce comunque che per ragioni particolarmente gravi (sicurezza nazionale, ecc.) lo Stato possa essere titolare di poteri speciali, ma ciò deve avvenire secondo il principio di proporzionalità, ossia secondo la misura della stretta necessità rispetto al fine da perseguire. D'altronde il principio di proporzionalità è stato invocato qualche anno fa in termini più generali come principio regolatore nell'ottica di un riordino della disciplina delle società pubbliche⁴⁴³. In particolare, occorre chiedersi se e in quale misura l'interesse pubblico sotteso alla costituzione delle società pubbliche possa giustificare deroghe, in taluni casi assai marcate, alla disciplina societaria di diritto comune. A questo riguardo, il rapporto dell'OCSE sulla *governance* delle *State Owned Enterprises* (SOE)⁴⁴⁴ suggerisce proprio il principio di proporzionalità come criterio che può rappresentare un'utile guida, anche per classificare e valutare gli statuti singolari e le deroghe al diritto comune previste nel nostro ordinamento per le società pubbliche. Il criterio di riferimento dovrebbe essere rappresentato dall'applicabilità alle società pubbliche, in linea di principio, delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe assolutamente necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici. A ogni deroga, cioè, è richiesta una giustificazione in termini di stretta proporzionalità.

La partecipazione pubblica - e veniamo all'ultimo profilo di analisi del presente contributo - è rilevante nell'ottica comunitaria anche sotto un diverso aspetto,

⁴⁴³ Cfr. M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.

⁴⁴⁴ Cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005, dove si sottolinea, nelle annotazioni al Cap. 1 "Ensuring an Effective legal and Regulatory Framework for State-Owned Enterprises", che "When streamlining the legal form of State-Owned Enterprises, governments should base themselves as much as possible on corporate law and avoid creating a specific legal form when this is not absolutely necessary for the objectives of the enterprise".

anch'esso riguardante l'ordinamento della società pubblica. "L'ondata neoliberistica"⁴⁴⁵ degli anni '80 e '90 ha indotto le autorità europee - in nome della tutela della concorrenza - a disciplinare un particolare profilo dei rapporti fra azione pubblica e funzionamento dei mercati: l'impatto concorrenziale degli enti pubblici in qualità di committenti o di concedenti⁴⁴⁶. La Comunità applica, dunque, il principio della concorrenza anche alla domanda pubblica e non solo all'offerta imponendo la procedura ad evidenza pubblica per la selezione dei contraenti. In questa ottica il legislatore comunitario si è preoccupato di evitare l'elusione del principio della gara. Da qui la nascita dell'organismo di diritto pubblico, volta ad evitare che la privatizzazione puramente formale di alcuni enti possa fungere da espediente per gli enti pubblici controllanti per affidare le proprie commesse senza gara⁴⁴⁷. E' bene ricordare che la figura dell'organismo di diritto pubblico non ha carattere *costitutivo* di una nuova nozione generale di pubblica amministrazione di matrice comunitaria, ma semplicemente - in un'ottica sostanzialistica - è strumentale all'applicazione effettiva del principio della concorrenza, a prescindere dalla natura pubblica o privata degli enti che ne integrano i presupposti⁴⁴⁸. Anche la nozione di "impresa pubblica" risponde al medesimo principio pro concorrenziale, conducendo sotto la sfera della disciplina comunitaria degli appalti pubblici ambiti di attività molto significativi dal punto di visto economico, che fino a qualche decennio fa erano ancora retaggio del protezionismo nazionale. In questo ambito, la teoria del contagio - di matrice giurisprudenziale - rappresenta l'indice di una marcata sensibilità del giudice comunitario nel difendere la concorrenza negli appalti pubblici. Il problema dello svolgimento contestuale di attività in mercati pienamente concorrenziali e in mercati più o meno intensamente regolati si è posto ai fini dell'individuazione degli organismi di diritto pubblico. In questi casi, la giurisprudenza comunitaria tende ad attrarre l'intera sfera di attività nella disciplina pubblicistica, secondo il principio c.d. del "contagio"⁴⁴⁹. La *ratio* di tale orientamento sembra essere che lo svolgimento di attività in contesti non concorrenziali, quando abbia dimensioni non trascurabili

⁴⁴⁵ Cfr. M. Libertini, *La società di autoproduzione in mano pubblica*, op. cit., p. 23

⁴⁴⁶ Cfr. M. Libertini, *La società di autoproduzione in mano pubblica*, op. cit., p. 24

⁴⁴⁷ Cfr. M. Libertini, *Organismi di diritto pubblico, rischio di impresa e concorrenza: una riflessione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 1201 e ss.

⁴⁴⁸ Cfr. C. Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, op. cit., pp. 251 - 252.

⁴⁴⁹ Cfr., C. giust., 15 gennaio 1998 in C-44/96, *Mannesmann* e da ultimo Corte giust., 10 aprile 2008, *Ing. Aigner / Fernwärme Wien GmbH*, causa C-393/06.

rispetto al complesso delle attività svolte, è in grado di condizionare l'intera logica di azione del soggetto.

Va vista, in definitiva, con favore l'applicazione delle norme sugli appalti alle società pubbliche i

in house e miste. In esse vi è infatti l'esigenza pro concorrenziale di evitare che lo schema formale societario possa condurre a facili elusione della gara.

8.2. La riforma dei servizi pubblici locali.

Discorso a parte merita di essere svolto conclusivamente sui servizi pubblici locali, ambito eletto per lo sviluppo delle tematiche sulle società *in house* e miste.

I servizi pubblici locali rappresentano un segmento importante dell'economia italiana e un settore nevralgico anche da un punto di vista sociale.

Da tempo, le cause prime del mancato sviluppo sono state individuate, in primo luogo, nell'"orto" protetto del monopolio (non solo pubblico), di cui sono espressione gli affidamenti e concessioni non a gara e di durata pressoché illimitata e gli "steccati" comunali.

In secondo luogo, un fattore di criticità è stato individuato nella debolezza della regolazione. In particolare è stata rilevata la commistione di ruoli tra concedente, regolatore e gestore del servizio (nel migliore dei casi, l'azienda regolatore di se stessa) e un quadro regolatorio fatiscente per l'assenza di autorità di regolazione indipendenti.

In sintesi, è stato rilevato un uso privato dell'interesse pubblico: la rendita di monopolio può essere goduta non solo sotto forma di extraprofitto, ma anche sotto forma di "quieto vivere" del management, sovradimensionamento degli organici, organizzazione del lavoro permissiva, livelli salariali superiori a quelli in vigore nei settori dell'economia esposti alla concorrenza.

La caratteristica dell'assetto esistente è, dunque, la debolezza del governo pubblico dei servizi e la forza degli interessi costituiti.

In una prospettiva di riordino e di riforma, la soluzione non è passare dal monopolio pubblico a quello privato ma definire un sistema di regole chiare e certe che creino un contesto favorevole all'imprenditorialità; perciò aprire i mercati attraendo capacità imprenditoriali e risorse private; la liberalizzazione passa per

l'affidamento a gara della gestione dei servizi (condizioni di monopolio naturale e oneri di servizio pubblico limitano in questi settori lo spazio per la concorrenza “nel” mercato); rafforzare il ruolo di regolatore e di programmatore dell’ente locale; aggregare gli enti locali minori e definire bacini di servizio che superino la frammentazione; istituire autorità indipendenti (o affidarne le funzioni ad autorità già esistenti) che - nei settori idrico, dei rifiuti, dei trasporti - presidino le regole pubbliche di governo dei mercati, garantiscano affidabili standard di qualità e stabiliscano rigorose metodologie tariffarie.

Alcuni passi avanti sono stati fatti in questa direzione, ma non mancano importanti indietreggiamenti.

Tra i passi in avanti si può annoverare il disegno complessivo che emerge dalla riforma dei servizi pubblici locali varata con l’art. 23-*bis* d.l. 112/2008 e l’art. 15 del d.l. 135/2009 e anche i processi di integrazione orizzontale in atto tra aziende di servizio pubblico locale e i primi ingressi di imprese estere.

Tuttavia, in senso negativo, si rileva il permanere di un quadro istituzionale incompleto, in cui acqua, rifiuti e trasporti sono privi di organi indipendenti di regolazione a livello nazionale e, in secondo luogo, la soppressione delle autorità d’ambito già costituite, disposta dalla l. 42/2010 sotto l’alibi di una ripartenza da zero del processo di costituzione di aggregazioni sovracomunali.

Sull’art. 23-*bis*, le ragioni di un giudizio positivo possono riassumersi nei seguenti aspetti: (i) proprietà pubblica delle reti, (ii) la gara per l’affidamento del servizio o per la scelta del socio privato nella gestione del servizio diviene la regola; (iii) nel caso di società mista, la prevalenza dei criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e tariffa, rispetto a quelli riferiti al prezzo delle quote, avvicina la gara per la scelta del socio alla gara per l’affidamento del servizio; (iii) nella medesima direzione va la possibilità per il socio, ma non per la società mista in quanto tale, di partecipare a gare fuori del territorio (iv) la transizione appare nel complesso coerente con l’assetto a regime (ma con due eccezioni significative su cui ci soffermeremo fra breve); (v) è importante la disposizione che consente a tutte le società oggi in affidamento diretto di partecipare alla prima tornata di gare.

Non mancano però elementi negativi che richiederebbero un intervento del legislatore.

In questa sede può segnalarsi che il parere preventivo dell’Antitrust sulle

deroghe all'affidamento a gara non è vincolante.

Le possibilità di deroga sono state ampliate dal regolamento attuativo per quanto riguarda il settore idrico (per di più su indicatori che non colgono il criterio dichiarato dell'efficienza), col rischio che se ne chieda l'estensione agli altri settori.

Resta poi da capire chi e come dovrà bandire le gare una volta che le autorità d'ambito siano state soppresse in virtù della l. n. 42/2010.

Un *vulnus* all'equiparazione della gara per la scelta del socio nella società mista e la gara per l'affidamento del servizio deriva dalla possibilità di delimitare a "specifici" compiti operativi il ruolo del socio. E' un *vulnus* che viene amplificato nella fase di transizione, prevedendo che le gestioni *in house* possano permanere fino alla scadenza naturale ove le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale a un socio privato con gara.

Più in generale il modello della società mista come si è consolidato nelle ultime modifiche normative presenta alcune peculiarità che potranno dar luogo a conflitti interpretativi. Un problema sul quale la giurisprudenza dovrà fare chiarezza riguarderà il divieto di attività *extra moenia*. L'art. 23-bis, comma 9, sembra estendere siffatto divieto anche alle società miste. Tuttavia la prima giurisprudenza sembra superare il dato testuale (Tar Calabria 561/2010) garantendo un maggiore spazio di operatività a queste società (rispetto a quelle *in house*) che sono dallo stesso legislatore equiparate alle società totalmente private ai fini dell'affidamento.

E' stata criticata la norma che condiziona il permanere degli affidamenti diretti a società quotate fino a scadenza naturale alla riduzione della partecipazione pubblica al 40% entro il 30/6/2013 e al 30% entro il 31/12/2015: sono affidamenti difformi dalla nuova normativa; in particolare è stato ritenuto singolare che quanto più la società divenga privata tanto più le si garantisce una posizione di monopolio non contendibile.

Grave è apparsa la norma che prevede che la cessione delle quote possa essere effettuata anche a trattativa diretta e non con procedura ad evidenza pubblica.

Ciò posto, in una prospettiva *de iure condendo* è stato segnalato che una risposta allo sviluppo potrà derivare dal completamento dell'assetto istituzionale di regolazione (Autorità per acqua e rifiuti o attribuzione delle competenze all'AEEG; Autorità dei trasporti) e da una rivalutazione del ruolo di programmazione dello Stato centrale in collaborazione con regioni ed enti locali (per esempio: disegno degli

obiettivi di sviluppo e di riequilibrio tra le aree del paese; messa in campo di risorse di bilancio per gli investimenti, rendendo “calde” le infrastrutture “fredde” tipiche dei tre settori in questione: il ritardo infrastrutturale del settore idrico in alcune aree del paese richiede che una parte dei costi di investimento non possa essere coperta in tariffa; il trasporto pubblico locale è, in tutto il mondo, un settore in cui le tariffe non coprono integralmente i costi).

Per ciò che più interessa ai nostri fini, occorrerebbe in via più immediata correggere la norma sulla transizione per le società quotate. In primo luogo, si potrebbe eliminare la possibilità per l’ente locale di cedere le quote a trattativa diretta e prevedere solo la cessione tramite procedure ad evidenza pubblica. In secondo luogo, si potrebbe riconoscere un premio a queste società per l’essersi comunque prima di altre collocate, tramite la quotazione in borsa, in una prospettiva imprenditoriale, prevedendo un periodo transitorio più lungo (ma non fino alla scadenza naturale della concessione), accompagnato dal divieto a partecipare a gare fino al suo termine. Infine, si potrebbe dare la possibilità di partecipare a gare prima della scadenza solo in relazione a un ulteriore accorciamento volontario e predeterminato del periodo di affidamento.

Tra gli interventi auspicabili si potrebbe annoverare la previsione che le gestioni *in house* cessino comunque al 31 dicembre 2011 e che, nel caso di passaggio a società mista, si debba procedere a un nuovo affidamento con scelta a gara del socio.

In ogni caso, occorre subito mettere riparo al vuoto creato dalla soppressione delle autorità d’ambito operata con la l. n. 42/2010 che potrebbe provocare effetti impedienti ad un efficiente e tempestivo avvio della riforma.

BIBLIOGRAFIA

- G. ABBAMONTE, *Profili costituzionali della gestione dei servizi pubblici locali a mezzo di società per azioni*, in Studi in onore di Leopoldo Elia, a cura di A. PACE, Giuffrè, Milano, 1999;
- B. ACQUAS e C. LECIS, *La società mista*, Giappichelli, Torino, 2001;
- N. AICARDI, *Le società miste*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI), I, Milano, 2008, 231 ss.;
- A. ALAIMO, *Affidamenti diretti e in house: l'esperienza della Francia*, in *Amministrare*, 2006, 433;
- A. ALAIMO e A. TEMPESTA, *Affidamenti diretti e in house: l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrare*, 2006, 425;
- P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Economia e dir. del terziario*, 2003, 589;
- C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 495;
- G.S. ALEMANNINO, *Considerazioni sulle società per azioni ed i servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 2002, 73;
- G. ALPA, A. CARULLO e A. CLARIZIA, *Le spa comunali e la gestione dei servizi pubblici - Primo commento al regolamento emanato con d.P.R. ». 333/1996*, Il Sole-24 Ore-Pirola, Milano, 1998;
- C. ALVISI, *Principio di sussidiarietà e servizi pubblici locali: garanzie di trasparenza nella scelta dei soci privati e tutela dell'imprenditorialità*, in *Resp. comunicazione impresa*, 2002, 237;
- L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU e P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001;
- L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 906;
- A. ANCISI, *Società di servizio pubblico locale e ruolo dei consigli comunali*, in *Nuova rass.*, 2002, 2554;
- A. ANDREANI, *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 1995, 245;
- G. ARMAO, *La disciplina delle società di capitali partecipate da enti locali nella regione siciliana*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1992, 783;

A. AZZARITI, *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it;

AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione* (atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995), relazioni di G. CORSO, C. MARZUOLI, C. MALINCONICO, M. CAMMELLI, A. TRAVI, M. CARABBA, M. RISTUCCIA, M. RUSCIANO, A. PAJNO e D. SORACE, Giuffrè, Milano, 1997;

AAVV., *Le società miste per i servizi locali* (atti del convegno, Messina, 22-23 novembre 1996), a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1999;

AAVV. *Società, contratti, metodo* (a cura di P. ZANELLI), Giuffrè, Milano, 2002;

AAVV., *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici - La società per azioni per gli enti locali* (a cura di E. MELE), Giuffrè, Milano, 2003;

AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35 l. 28 dicembre 2001 n. 448)*, (a cura di A. TRAVI), in *Nuove leggi civ.*, 2003,3;

AA.VV., *La privatizzazione dei servizi pubblici locali* (atti del convegno, Benevento, 20 febbraio 1998), relazioni di: A. MARESCA, *Disciplina e gestione del personale nei servizi pubblici locali*, e M. CAMMELLI, *I modelli organizzativi e d'azione: le società di servizi pubblici e locali*;

M. BASSANI, *ha piccola riforma del regime di ineleggibilità e incompatibilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: riflessi nei rapporti fra enti locali e società da essi partecipate*, in *Nuova rass.*, 2005, 2015;

M. BASSANI, *La partecipazione degli enti locali sulle società a capitale misto: una riforma mancata*, in *Nuova rass.*, 2006, 1144;

M. BASSANI, *Le società partecipate dagli enti locali: un ordinamento troppo speciale*, in *Nuova rass.*, 2007, 1354;

G. BASSI, A. MASSARI, S. CAPACCI e F. MORETTI, *Le società a partecipazione pubblica locale*, Maggioli, Rimini, 2006;

G. BASSI, *Ancora sulle società miste degli enti locali: le coordinate giuridiche e tecnico-industriali che ne definiscono il perimetro di legittimazione alla luce del diritto comunitario e nazionale*, in *Appalti & Contratti*, 2007, fase. 12, 51;

G. BASSI, *Il «potere di ingerenza» dell'ente locale nella governance delle società partecipate: qualche breve considerazione tra diritto societario ed ordinamento pubblicistico*, in *Appalti & Contratti*, 2006,61;

G. BASSI, *La società delle infrastrutture nei servizi pubblici locali: aspetti di governance e di strategia aziendale*, in *Comuni d'Italia*, 2005, fase. 6, 30;

G. BASSI, *Operazioni di concentrazione e strategie di riorganizzazione nelle società a partecipazione pubblica locale*, in *Appalti & Contratti*, 2007, fase. 4,54;

G. BELLONI, *Efficacia delle eventuali sanzioni a carico delle società in house*, in *Azienditalia*, 2006, 567;

G.P. BELLONI, *I lavori pubblici nella società di servizi locali (art. 113, 5° co. ter, tuel)*, in *Azienditalia*, 2004, 518;

G.P. BELLONI, *Le società unipersonali degli enti locali*, in *Azienditalia*, 2003, 31;

G.P. BELLONI, *Nuovo diritto societario, società e gruppi nei servizi locali*, in *Azienditalia*, 2003, 183; *pubblici locali*, in *Contratti Stato e enti pubbl*, 2000, 13;

J. BERCELLI, *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 2654;

L. BERNARDINI, *Le società per azioni miste a partecipazione pubblica locale*, in *Impresa*, 1996, 1616;

L. BONADONNA e R. CAMPORESI, *Le società veicolo per la cartolarizzazione dei proventi della dismissione del patrimonio immobiliare degli enti locali: le novità contenute nell'art. 84 l. finanziaria 2003*, in *Finanza loc*, 2003, 1135;

V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 5;

M. A. CABEDDU, *Le società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Studium iuris*, 1999, 302;

G. CABRAS, *Scelta dei soci privati nelle società a prevalente capitale pubblico locale*, in *Società*, 1996, 48;

G. CAIA, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, 172;

G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082;

G. CAIA, *Compiti dei consorzi tra enti locali e loro partecipazione a società*, in *Giur. comm.*, 1996,1, 880;

G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326 ed art. 4, co. 234° della legge 24 dicembre 2003 n. 350)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004;

G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in

Servizi pubbl. e appalti, 2005, 139;

G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi - Premesse di inquadramento*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, 355;

G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003;

A. CALLEA, *Gli affidamenti in house*, in *Amministrare*, 2006, 331;

D. CALDIROLA, *Dialettica tra pubblico e privato nel sistema delle società di capitale a partecipazione locale*, in *Dir. regione*, 1995, 925;

M. CAMELLI e A. ZIROLDI, *La società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Maggioli, Rimini, 1999;

M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 513;

M. CAMPIDELLI, *Problematiche inerenti le «società per azioni a prevalente capitale pubblico locale»*, in *Comuni d'Italia*, 1992, 1131;

G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per i servizi locali*, in *Foro nap.*, 1997, 87;

G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. società*, 1998, 390;

R. CAMPORESI, *Enti locali: il favor del legislatore per il modello societario - Un processo irreversibile*, in *Finanza loc*, 2006, fase. 10, 105;

R. CAMPORESI, *I vincoli dell'azione dell'ente locale a mezzo di società partecipate*, in *Finanza loc*, 2006, fase. 12, 57 e *Appalti ^Contratti*, 2006, fase. 5,47;

R. CAMPORESI, *Introduzione ad una teoria generale sulle società miste per la riscossione dei tributi locali*, in *Tributi loc. e reg.*, 2002, 27;

R. CAMPORESI, *Società di public utilities dall'in house alle gare, novità applicative e prospettive*, in *Finanza loc*, 2007, fase. 5, 113;

R. CAMPORESI, *Vincoli del patto di stabilità e società partecipate da enti locali: questioni aperte fra interpretazione formale e sostanziale*, in *Appalti & Contratti*, 2007, fase. 11, 82;

R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51;

M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 801;

D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene ed., Napoli, 2003;

F. CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitari n. 62/2005* (a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI), Giuffrè, Milano, 2005, 231-260;

F. CARINGELLA, *Il problema dell'in house providing un nodo irrisolto dal codice*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di R. DE NICTOLIS), voi. I, Giuffrè, Milano, 2007, 337 ss.;

F. CARINGELLA, *In particolare, le società miste*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di R. DE NICTOLIS), voi. I, Giuffrè, Milano, 2007, 279 ss.;

A. CATRICALÀ, M. GUARANY, S. LO RUSSO, M.T. SEMPREVIVA e A. ASTAZI, *I succedanei dell'ente pubblico nell'epoca delle privatizzazioni: a) Le agenzie (cenni); b) Le autorità amministrative indipendenti; c) Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico; d) Le società per la gestione dei servizi pubblici locali; e) Le società organismi di attestazioni (Soa)*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, 659;

F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e «privatizzazione» dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 248;

F. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione pubblica locale di maggioranza e scelta del partner privato*, in *Giur. comm.*, 1997, II, 114;

M. CELLA e V. TERMINI, *La funzione economica del « contratto di servizio » nella trasformazione in spa delle aziende di servizi pubblici locali*, in *Economia pubbl.*, 1999, fase. 4, 31;

G. CENTONZE, *I mutui delle società per azioni a prevalente capitale di enti locali territoriali*, in *Ammin. it.*, 1986, 1868;

M. CHIAPPETTA, *Appalti in house: verso una nuova definizione di «controllo analogo»*, in *Corti calabresi*, 2006, 73;

P. M. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1161;

C CIRIELLO, *L'attuazione normativa delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Enti pubblici*, 1995, 149;

M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giur.*, 2007, 893;

M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it

A. CLARIZIA, *Appalti in house: il Consiglio di Stato tenta di forzare la Corte di giustizia*, in www.giustamm.it;

A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it;

A. CLARIZIA, *Tendenze e prospettive in tema di esternalizzazione*, in www.giustamm.it;

A. COLAVECCHIO, *Gli affidamenti in house a «future» società miste*, in *Giust. amm.*, 2005, 524;

S. COLOMBARI, *Società « degli enti locali » e soluzioni organizzative per la gestione dei servizi pubblici*, in *Contratti Stato e enti pubbl*, 1999, 7; *Riv. amm. appalti*, 1997, 301;

S. COLOMBARI, *Caratteri della gestione societaria dei servizi pubblici locali (in attesa della riforma di settore)*, in *Dir. economia*, 1999, 95;

C. CONTESSA, *Servizi pubblici locali ed evoluzione giurisprudenziale: quale futuro per il modello societario?*, in *Corriere merito*, 2005, 1329;

C. COSTANZO, *Società con partecipazione degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Enti pubblici*, 1999, 277;

P. COPPOLA, *Riflessi fiscali dell'applicazione della l. n. 142/1990 alle aziende di gestione dei servizi pubblici locali*;

R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998,1, 798;

G. CUSUMANO, *Affidamenti diretti e in house: l'esperienza della Spagna*, in *Amministrare*, 2006, 439.

S. D'ANTONIO, *La giurisprudenza recente sulle società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 62;

E. D'ASPE, *La disciplina legislativa della gestione dei servizi pubblici locali a mezzo di società per azioni: perplessità ed incertezze interpretative*, in *Trib. amm. reg.*, 1997, li, 305;

L. DE ANGELIS, *La spa a capitale pubblico locale: quale regime?*, in *Ambiente*, 1996, 650;

G. DE CANDIA, *Il contratto di servizio nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società di capitali a partecipazione pubblica*, in *Nuova rass.*, 2000, 2036;

E. DE CARLO, *Affidamento diretto di servizi locali a società pubbliche: recente evoluzione interpretativa ed applicativa*, in *Nuova rass.*, 2006,328;

E. DE CARLO, *Affidamento in house di servizi pubblici: il ed. «controllo analogo» che legittima l'affidamento a società pubbliche da parte degli enti locali deve essere attentamente verificato dall'esame delle disposizioni statutarie e convenzionali regolanti i rapporti*, in *Nuova rass.*, 2006, 2114;

G. DE DOMINICIS e G.F. MIELLARO, *Enti locali: il reperimento di risorse finanziarie di una spa a capitale pubblico*, in *Appalti & Contratti*, 2007, fase. 5,47;

G. DE MINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro amm.*, 1994,1666;

R. DE NICTOLIS, *Le società pubbliche in house e miste*, 2008;

R. DE NICTOLIS, *Comuni, affidamenti in house pia lontani -Concessione di servizi: niente privilegi per le società pubbliche*, in *Dir. e giustizia*, 2005, fase. 42, 86;

D. DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, 803;

C. DE ROSE, *Le società miste ed i lavori in house tra norme comunitarie e norme nazionali: spunti da un convegno dell'IGI*, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1611-1618;

PA. G. DI CESARE, *Le società miste per la gestione dei tributi locali*, in *Tributi loc. e reg.*, 2003, 672;

G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 797;

G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO E G. RUTA, *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Esi, Napoli, 1997;

R. DI LEGAMI, *Disciplina applicabile alla privatizzazione delle società controllate dagli enti locali (Nota a Trib. Varese, 12 dicembre 2006)*, in *Merito*, 2007, fase. 6,23;

R. DI RAIMO, *Società miste per la gestione di servizi pubblici locali e diritto societario*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 1999, fase. 2,35;

C. DIANI, *I servizi idrici integrati e gli affidamenti in house*, in *Ambiente*, 2004, 439;

M. DIDONNA, *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 377;

R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006;

V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. regione*, 2002, 375 e *Dir. amm.*, 2002, 311;

- M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsoa, Milano, 2001;
- M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali - Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. appalti*, 1996, 229;
- M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 121;
- G. FALCON, *Sulla rappresentanza dell'ente locale azionista nell'assemblea della società*, in *Foro amm.*, 1989, 1293;
- R. FAZIOLI, P. MATINO e L. PETRETTO, *Ruolo e prospettive delle società patrimoniali locali*, in *Economia pubbl.*, 2004, fase. 3, 25;
- R. FRASCAROLI, *La gestione delle risorse degli enti locali a mezzo di società miste*, in *Riv. trib. loc.*, 1998, 119; *Cons. Stato*, 1998, II, 1549;
- G. FAUCEGLIA, *Appunti in tema di società per azioni con partecipazione degli enti locali*, in *Finanza loc.*, 1991, 487;
- S. FERLA, *In house providing: una questione da ridefinire*, in *Appalti & Contratti*, 2006, fase. 6, 61;
- E. FERRARO, *Servizi pubblici locali: una società a capitale misto per la gestione di una farmacia comunale*, in *Ammin. civ.*, 2001, fase. 1, 47;
- M. FERRI, *La costituzione di società per azioni per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Comuni d'Italia*, 1994, 1461;
- F. FERRI, *I servizi pubblici locali con particolare riferimento alla gestione degli stessi mediante società di capitali*, in *Riv. amm.*, 1997, 1225;
- M.V. FERRONI, *Settore dell'energia e società degli enti locali*, in *Giurisdir. amm.*, 2007, TV, 173-187;
- G. FISCHIONE, *Le società a partecipazione pubblica che operano nell'ambito dei servizi pubblici locali e la categoria dell'organismo di diritto pubblico dopo la riforma legislativa del 2003*, in *Giust. amm.*, 2005, 170;
- D. FLORENZANO, *Società mista e gestione dei servizi pubblici locali - La problematica scelta del socio: qualche osservazione controcorrente*, in *Nomos*, 1998, fase. 2, 105;
- F. FONTANA e M. ROSSI, *L'ente locale come holding pubblica e il controllo sulle società partecipate*, in *Nuova rass.*, 2006, 2426;
- P. FORTE, *La protezione dei beni (e degli interessi) pubblici nei servizi locali gestiti da società, tra diritto pubblico e privato: spunti di riflessione*;

M. FRANCESCA, *Società miste per la gestione di servizi pubblici locali e regole di mercato: prime riflessioni*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 1999, fase. 2,75;

D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 17;

CE. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 327;

C. GALTIERI, *Il rapporto tra ente locale e società miste per la gestione dei tributi locali - Profili contrattuali di monitoraggio dell'attività e di responsabilità*, in *Tributi loc. e reg.*, 2003, 759;

C.F. GAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995,1, 998;

D. GANDOLFO, *Considerazioni sulla forma di gestione dei servizi pubblici locali in forma di società per azioni*, in *finanza loc.*, 1984,739;

R. GAROFOLI, *Modalità di scelta dei partners privati di una società a prevalente partecipazione pubblica locale*, in *Urb. e app.*, 1998, 168;

L. GIAMPAOLINO, *Le società miste nell'evoluzione della legislazione sui lavori pubblici*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 1998, 359;

L. GIAMPAOLINO, *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, in *Riv. trim. appalti*, 1999,7;

P. GIAMPIETRO, *Servizi pubblici locali: verso la privatizzazione tramite il ricorso alle s.p.a.*, in *Ambiente*, 1997, 21; *Comuni d'Italia*, 1997, 351, *Rass. giur. energia elettrica*, 1997;

P. GIAMPIETRO, *La privatizzazione dei servizi pubblici locali con ricorso alla spa*, in *Ragiusan*, 1999, fase. 176, 98;

M. GIANNONI e P. TONELLI, *I modelli di società di capitali a partecipazione pubblica locale nella legislazione vigente*, in *Nuova rass.*, 1997, 1897;

A. GRAZIANO, *Le società per azioni con partecipazione degli enti locali: affidamento di servizi e appalto di lavori pubblici - Per un'interpretazione degli art. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990 n. 142 e l. 23 dicembre 1992 n. 498*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, 601;

A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2005, 1369;

G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara* (Nota a C. giust. CE, 9 settembre 1999 C-108/98, Soc. Risan e. Com. Ischia; C. giust. CE, 18 novembre 1999 C-107/98, Soc. Teckal e. Com. Viano; C. giust. CE, 2 dicembre 1999 C-176/98, Soc. Holst Italia e. Com. Cagliari; C. giust. CE, 7 dicembre 2000 C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH e. Telekom Austria AG eC giust. CE, 7 dicembre 2000 C-94/99, Arge Gewässerschutz e. Bundesministerium Land Forstwirtschaft), in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 1461;

M. GRECO, *In house providing - Orientamenti recenti della giurisprudenza amministrativa e comunitaria in merito alla nozione di « controllo analogo » nei servizi pubblici locali*, in *Appalti & Contratti*, 2006, fase. 2, 35;

R. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 61;

U. GRELLA, *Un nuovo strumento di gestione per i servizi pubblici locali: la società per azioni a capitale misto pubblico-privato*, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1133;

G. GUCCIONE, *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*, (Nota a C. giust. CE, 8 maggio 2003 C-349/97, Gov. Spagna e. Commiss. CE), in *Riv. trim. appalti*, 2004, 1073;

F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 681;

G. GUZZO, *Affidamenti in house: extraterritorialità, lesione di interessi legittimi e regime transitorio secondo l'attuale teorica del giudice amministrativo e del legislatore italiano*, in *Appalti & Contratti*, 2006, fase. 3, 34;

C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. privato*, 1999, 22;

D. IELO, *Gli affidamenti interni negli enti locali: il caso della provincia di Siena*, in *Amministrare*, 2006, 379;

V. IOVINELLI, *Affidamento in house e stato attuale della giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. trib. loc.*, 2006, 97;

P. LA ROCCA, *Le aziende speciali degli enti locali e la loro trasformazione in società per azioni secondo la l. 15 maggio 1997 n. 127 (legge Bassanini bis)*, in *Comuni d'Italia*, 1999, 21;

M. LAMANDINI, *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali - La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 541;

C. LECIS, *La gestione societaria dei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. sarda*, 2003, 871 ;

A. M. LEOZAPPA, *Sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici degli enti locali*, in *Giur. comm.*, 1998,1, 67;

M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e autonomia statutaria*, in *Le società a partecipazione pubblica* di F. GUERRERA, 2010.

F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali - Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2004;

A. LIROSI, *Affidamento in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in *Giusi, amm.*, 2006, 990;

N. LONGOBARDI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, azionariato degli enti territoriali locali e gestione di pubblici servizi*, *va Comuni d'Italia*, 1992, 1613;

N. LONGOBARDI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, azionariato degli enti territoriali locali e gestione di pubblici servizi*, in *Finanza loc.*, 1993, 649;

P. LOTTI, *Affidamento in house nei servizi pubblici locali e pregiudizio per la concorrenza: la parola alla Corte di giustizia*, in *Urb. e app.*, 2005, 223;

M. LUCCA, *Criticità della gestione in house dei servizi pubblici*, in *Riv. corte conti*, 2004, fase. 4, 290;

F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 275;

A. LUPO, *La rilevanza dell'elemento teleologico nella classificazione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2002, 903;

A. LUPO, *Legittimazione delle società miste ad esercitare direttamente o a mezzo di soci operativi il servizio pubblico locale - Aspetti problematici*, in *Nuove autonomie*, 2000, 951;

A. MANCAZZO, *Confronti tra la nuova e la vecchia disciplina sulle modalità di scelta del socio privato di minoranza di società miste*, in *Urb. e app.*, 2002, 749;

L. MANGIAVACCHI, *L'affidamento in house tra capitale pubblico e partecipazione privata*, in *Giusi, amm.*, 2006, 1011;

G. MANINI, *Gestione dei servizi pubblici: partecipazione degli enti locali a società di capitali*, in *Nuova rass.*, 1995, 2353;

G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i ed. « affidamenti in-house »*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 945;

G. MARCHEGIANI, *Gli affidamenti in house e la sindrome del cavallo a dondolo - Sentenze a confronto*, in *Giust. amm.*, 2005, 511;

G. MARCHEGIANI, *La Corte di giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia d'organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamenti « quasi in house »*, in *Giust. amm.*, 2007, 267;

V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1997;

C. MARZUOLI, *Società a partecipazione pubblica minoritaria per "l'esercizio dei pubblici servizi locali e disciplina mediante regolamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 371;

A. MASSARI, *Gli appalti in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Comuni d'Italia*, 2004, fase. 9, 21 e fase. 10, 19;

A. MASSARI, *La difficile (impossibile?) quadratura dell'in house*, in *Appalti & Contratti*, 2007, fase. 11, 2;

A. MASSARI, *Affidamento di servizi alle società miste degli enti locali e in house providing*, in *Comuni d'Italia*, 2005, fase. 3,16;

A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1201;

M. A. MASUCCI, *Sì al modello in-house, ma l'ente controlli -Dai giudici Uè i limiti all'affidamento diretto delle attività*, in *Dir. e giustizia*, 2006, fase. 11, 98;

C. MATTEI, *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2005, fase. 1, 89 e *Riv. amm.*, 2005, 519;

M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Unione europea*, 2001, 537;

M. MAZZARELLI *La società per azioni con partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1987;

M. MAZZARELLI *Note sull'utilizzazione di società per azioni controllate da parte degli enti locali territoriali per la gestione di pubblici servizi: l'art. 22, lett. e), l. n. 142/1990 e la normativa comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 764;

M. MAZZARELLI *Società miste per i servizi pubblici (commento al d.l. 30 novembre 1994 n. 658)*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 180;

G. MAZZUTI, *Le società miste per la gestione delle entrate locali*, in *Riv. trib. loc.*, 2004, 292;

F. MERUSI – D. IARIA, *Partecipazioni Pubbliche*, in *Enc. Giur. XXII*, Roma, 1990,

4.

F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario*, 2001, Milano, 2002, 69.

F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004,39.

N. MICHELI, *Le società per azioni a capitale pubblico locale: sei anni di applicazione della l. 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro amm.*, 1997, 663;

A. MINGARELLI, *Quali controlli sono possibili e quali dovuti sulle società partecipate dagli enti locali*, in *Nuova rass.*, 2006,2374;

M. MOLE, *Società miste per la gestione di servizi pubblici: costituzione e scelta del socio*, in *Società*, 1997, 512 e 629;

G. MOLINARI, *In house providing e profili di diritto societario*, in *Nuovo dir.*, 2006,183;

G. MONTEDORO, *Controlli delle regioni e degli enti locali territoriali sulle aziende e le società a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria tra diritto pubblico ed autonomia privata*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 2565-2591;

F. MONTEMURRO, *Perché limitare il ricorso all'affidamento in house*, in *Comuni d'Italia*, 2007, fase. 4, 47;

S. MONZANI, *L'attività imprenditoriale delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici locali*, in *Ammin. it.*, 2006, 170;

I. MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di «controllo analogo»*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 2245;

S.E. MUNGASI, *Reti, impianti e altre dotazioni: le nuove regole per la gestione in house*, in *Amministrare*, 2004, 313;

R. MURER, *I contributi erogati a norma di legge alle spa a prevalente capitale pubblico locale esercenti l'attività di trasporto di persone nel d.l. n. 209/2002 e nella legge finanziaria 2003 (l. n. 289/2002)*, in *Fisco 1*, 2003, 513 ;

G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, 2010.

G. NATULLO, *Servizi pubblici locali e sicurezza del lavoro*;

S. NEGRINI, *La pagina della Spisa - Gli statuti delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Comuni d'Italia*, 2000, 1215;

M. NICO, *Stop and go sugli affidamenti in house: un istituto del diritto ancora senza*

certezze, in *Nuova rass.*, 2007, 1094;

S. NICODEMO, *Società locali per la gestione dei servizi e realizzazione di infrastrutture: dalla l. 142/1990 alla l. 127/1997*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 609;

G. NICOLETTI, *Società (quasi) in house: i requisiti necessari*, in *Azienditalia*, 2005, 741;

A. NIUTTA e A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999,1, 477;

V. OTTAVIANO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. società*, 1999, 237;

M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in house*, in *Riv. amm. appalti*, 2005,325;

V. PAKISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione ed innovazione nel quadro della collaborazione pubblico-privato*, in *Giusi, civ.*, 1993, II, 495;

A. PALLOTTA, *Affidamento in house dei servizi locali di rilevanza economica*, in *Riv. amm.*, 2007, 195;

M. PALLOTTINO, *Le società miste locali e la realizzazione di opere e infrastrutture: un'ipotesi di project financing*, in *Riv. amm.*, 1997,593;

M. PALLOTTINO, *La gestione dei servizi pubblici locali per mezzo di aziende speciali o di società miste: aspetti e problemi*, in *Riv. amm.*, 1999, 867;

M. L. PALMIERI, *Le società miste nella gestione dei servizi pubblici locali all'indomani del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali): fra efficienza e concorrenzialità*, in *Comuni d'Italia*, 2001, 1002;

V. PAPADIA, *Le società a responsabilità limitata degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Comuni d'Italia*, 1998, 33;

F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2006, 27;

L. R. PERFETTI e P. POLIDORI (a cura di) *Analisi economica e metodo giuridico -I servizi pubblici locali*, Cedam, Padova, 2003;

L. R. PERFETTI, *Società affidatane di servizi pubblici locali, partecipazione a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005,3343;

L. R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387;

A. PIAZZA, *In house providing: assenza d'eterozietà e nuovi approcci interpretativi*, in

Riv. trim. appalti, 2006, 531;

A. PIEROBON, *Quadro problematico delle spa a prevalente capitale pubblico locale*, in *Nuova rass.*, 1994, 742;

A. PIEROBON, *L'affidamento in house dei servizi pubblici ambientali*, in *Comuni d'Italia*, 2007, fase. 7, 26;

S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali del nuovo sistema delle autonomie*, Cedam, Padova, 2004;

M. PILADE CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in *II diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007;

P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione statale*, Giuffrè, Milano, 1994;

G. PIROCCHI, *La società di capitali per la gestione di servizi pubblici locali quale istituto di diritto (speciale) pretorio*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 1998, 527;

G. PIROCCHI, *Problematiche connesse alla «discesa», al di sotto della quota di maggioranza, della partecipazione azionaria degli enti locali al capitale delle società per la gestione dei servizi*

P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2007;

F. PORCELLANA, *Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza: la corte salva l'in house nazionale*, in *Giust. amm.*, 2006, 474;

S. POZZOLI, *Società in house e « controllo analogo »*, in *Azienditalia*, 2005, 458;

A. PURCARO, *Comuni e società a capitale pubblico locale - Guida per la redazione degli statuti, con schemi allegati*, in *Nuova rass.*, 2007, 451;

A. PURCARO, *Sulla possibilità per l'ente locale della costituzione di società di capitali per l'erogazione di servizi all'amministrazione*, in *Nuova rass.*, 2003, 1717;

A. QUADRIO CURSIO (a cura di), *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Il Mulino, Bologna, 2000;

A. QUIETI, *Servizi pubblici e affidamenti in house - Spunti di riflessione*, in *Ammin. it.*, 2006, 845;

G. RACCA, *Questioni sulla partecipazione degli enti territoriali a società di capitali*, in *Dir. economia*, 1998, 381;

N. RANGONE, *Collaborazione istituzionale pubblico-privato: le sociétés d'économie mixte locales (Semi)*, in *Jus*, 1993, fase. 1, 71;

D. RESTA, *Il ricorso alla spa per la gestione dei pubblici servizi da parte degli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1677;

M. RENZULLI, *La gestione societaria dei servizi pubblici locali tra legislazione vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. amm.*, 2000, 279;

F. RICCIO, *Affidamento in house e rilievi giurisprudenziali, con riferimento ai principi desumibili dalla normativa comunitaria*, in *Comuni d'Italia*, 2007, fase. 7, 22;

G. ROMAGNOLI, *Società, impresa e servizi pubblici locali alla luce dell'art. 35 l. finanziaria per il 2002*, in *Società*, 2002, 1217 e *Dir. regione*, 2002, 651;

D. ROSATO, *Appalti in house: rassegna critica della giurisprudenza*, in *Rass. avv. Stato*, 2006, fase. 4, 33;

P. ROSSI, *Liberalizzazione dei servizi pubblici locali e antitrust*, Giuffrè, Milano, 2004;

M. ROSSI, *Brevi note sulle indicazioni in ordine alle società partecipate dagli enti locali*, in *Nuova rass.*, 2007, 1355;

P. ROSSI, *Ascesa e declino dell'in house providing e dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società miste - Prima parte: la gestione diretta tramite le spa partecipate*, in *Economia e dir. del terziario*, 2006, 397;

S. ROSTAGNO, *Attività extraterritoriale e rischio di impresa nelle società di capitali partecipate dall'ente locale*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2001, 519;

M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1371;

E. RUSSO, *La sussidiarietà orizzontale e le prospettive delle società miste nel settore della riscossione dei tributi erariali e locali*, in *Riv. trib. loc.*, 2004, 264;

V. SALAMONE, *L'affidamento dei servizi pubblici locali, tra normativa nazionale e diritto comunitario*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 3422;

P. SALVATORE, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, IV, 231-241;

M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 167;

P. SANTORO, *Società a partecipazione pubblica e concorrenza*, in *Riv. personale ente locale*, 1997, 405;

D. SANTORO, *L'azionariato degli enti pubblici locali negli orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Nuovo dir.*, 1998, 801;

D. SANTORO, *Nasce una nuova forma di gestione dei servizi pubblici locali: le srl*, in

Nuovo dir., 1998, 671;

R. SANTUCCI, *Aspetti problematici sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali e sulla disciplina dei lavori socialmente utili*;

G. SAVIOLI, M. CASTELLANI, F. FABBRI e V. COLA, *ha governance delle società partecipate dagli enti locali - ho stato dell'arte, un modello di riferimento e la sua applicazione concreta*, in *Azienditalia*, 2004, inserto n. 9;

M. SAVOJA, *Compatibilità degli affidamenti in house dei servizi pubblici locali con il diritto comunitario*, in *Riv. amm.*, 2007, 77;

C. SCARDACI, *La clausola di salvaguardia negli Ato veneti ed il concetto di affidamento in house*, in *Ambiente*, 2005, 538;

F. G. SCOCA, *Il punto sulle ed. società pubbliche*, in *Dir. economia*, 2005, 239;

E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915;

A. SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza « Tragsa II » del 2007*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2007, 281;

D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1997, 51;

M. SPAGNUOLO, *L'affidamento in house del servizio pubblico di igiene ambientale*, in *Nuova rass.*, 2006, 2848;

D. SPINELLI, *L'affidamento in house e l'assenza di terzietà del soggetto affidatario dell'appalto o del servizio pubblico*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2005, fase. 11, 106;

G. STANCANELLI, I. MOSCARDI, R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI), I, Milano, 2008, 308 ss.;

A. STAZI e C. AGOCELLA, *Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la scelta del socio privato*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, li, 153;

M. STECCANELLA e U. SCANFERLA, *Gestione dei servizi pubblici locali, utilities, affidamento in concessione, affidamento in house: il «punto» sui problemi*, in *Riv. amm. lombardia*, 2004, 29;

G. STUMPO, *L'appalto di servizi, la concessione di servizi e l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste; alcune riflessioni sul quadro comunitario di riferimento, importanti anche in relazione al disposto di cui all'art. 351. finanziaria 2002 (commento a circ. P.C.M. 19 ottobre 2001 n. 12727)*, in *Riv. trini, appalti*, 2001, 808;

- M. L. TAMBORINO, *In tema di natura giuridica delle società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Nuova rass.*, 1997, 2143;
- T. TESSARO, *Le farmacie degli enti locali: luci ed ombre del modello organizzativo societario*, in *Comuni d'Italia*, 2003, fase. 4,63;
- L. TILOCCA, *La costituzione delle spa per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Ammin. it.*, 2006, 707;
- L. TILOCCA, *La gestione in house providing dei servizi pubblici mediante società a partecipazione pubblica locale*, in *Ammin. it.*, 2006, 215;
- R. TRAVAGLINE *Sulla ammissibilità di una attestazione di qualificazione, ex d.P.R. n. 34/2000, in capo a società miste costituite per la gestione di servizi pubblici locali*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2001, 505;
- A. URICCHIO, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali e credito d'imposta sui dividendi percepiti dai comuni per la partecipazione a società miste*, in *Riv. trib. loc.*, 2003, 147;
- R. URSI, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento « in house » di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° co., lett. e), del testo unico sugli enti locali*, in *Foro it.*, 2004, III, 196;
- R. URSI, *Gli affidamenti in house a società a capitale interamente pubblico: la parola un'altra volta alla corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2004, III, 546;
- R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra out-sourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179;
- S. USAI, *Enti locali e organi in house: modus agendi a confronto*, in *Dir. e pratica amm.*, 2007, fase. 12, 34;
- A. VACCA, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1225;
- L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. Unione europea*, 2005, 739;
- A. VALLANTE, *Gli affidamenti in house degli enti locali ed i vincoli di finanza pubblica*, in *Risorse umane nella p.a.*, 2007, fase. 6, 51;
- M. VALLERGA, *Società miste per la gestione dei pubblici servizi: « certezze » e prospettive di riforma*, in *Dir. amm.*, 1999, 627;
- L. VANDELLI, *Affidamenti in house, società pubbliche locali e nuove prospettive della legislazione*, in *Comuni d'Italia*, 2007, fase. 6, 5;

F. VANNICELLI, *La gestione societaria dei servizi pubblici locali*, in *Nomos*, 1993, fase. 3, 103;

S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2004;

S. VARONE, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario (Nota a Oberlandesge-richts [Germania] Naumburg, 8 gennaio 2003)*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 2416;

S. VENTURI, *L'evoluzione del concetto dell'in house providing dalla sentenza « Teckal » n. 107/98 alla sentenza n. 410/04 della Corte di giustizia*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2006, 363;

S. VENTURI, *L'evoluzione storico-giuridica della scelta del socio nell'ambito delle società a partecipazione pubblica maggioritaria e/o minoritaria*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2003, 571;

R. VESPIA, *Brevi note sugli affidamenti in house in senso lato da parte delle amministrazioni centrali alla luce della giurisprudenza della corte di giustizia delle comunità europee*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2005,375;

R. VESPIA, *L'interpretazione e l'applicazione pratica della fattispecie dell'in house in senso lato alla luce delle recenti evoluzioni a livello di diritto comunitario e nazionale*, in *Riv. corte conti*, 2006, fase. 4, 181;

R. VILLATA, *Pubblici servizi - Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2006;

P. M. VIPIANA, *In tema di società a partecipazione pubblica locale*, in *Dir. economia*, 1992, 367;

A. VISCOMI, *Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*;

A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione locale per la costruzione di opere pubbliche: diffusione di un modello e problemi di ammissibilità*, in *Riv. trim. appalti*, 1988, 33;

A. ZIROLDI, *Il controllo giudiziale sulle società a partecipazione pubblica locale*, in *Contratto e impr.*, 1998,398;

L. ZOPPOLI, *Le «piccole privatizzazioni»: problemi e prospettive*, in *Annali facoltà economia Benevento*, 2000, fase. 5, 191;

A. ZUCCHETTI, *l'attuale sistema dei servizi pubblici locali - Il controllo sulle società a totale capitale pubblico*, in *Nuova rass.*, 2004, 1449;